



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº 1 - Tomo I (A/J) - jan./jun. 2018



Elaborado no 1º Semestre 2018





REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 10 - nº1 - Tomo I (A/J) - jan./jun. 2018



Elaborado no 1º Semestre 2018



© 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 2018

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL

Ana Cristina Sargentelli Porto

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior



ALESSANDRA MAIELLO SAVERNINI

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO
PROCESSO PENAL..... 11

ALINE DE ALMEIDA MOTTA

A DISCRICIONARIEDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCESSÃO
DE PRISÃO DOMICILIAR: O CASO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS
MENORES DE 12 ANOS..... 25

ALINI DE PAULA MOZELLA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MULHER
TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO 42

AMANDA LOIO VAZ PAOLINI

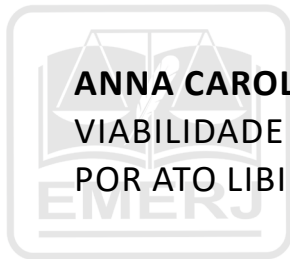
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO
MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER..... 57

AMÓS DA SILVA BENTO

ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL 74

ANA CÉLIA MARQUES GARCIA

A PEDOFILIA NA LEITURA CLÍNICA E A VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO..... 91



ANNA CAROLINA ANTUNES MADUREIRA

VIABILIDADE JURÍDICA DO ESTUPRO VIRTUAL E A CONSUMAÇÃO DO DELITO
POR ATO LIBIDINOSO DIVERSO 107

AUGUSTO CESAR RIBEIRO DOS SANTOS

O COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
NAS RELAÇÕES COM ENTIDADES PRIVADAS E A TEORIA DA CAPTURA 121

ÁUREA LÚCIA DE ANDRADE SERAFIM FELIPE

PRISÃO PREVENTIVA: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA NO CRIME DE ROUBO.....136

BRUNA MENDES D' ALMEIDA

RESPONSABILIDADE DO AUTOR DE ESCRITÓRIO EM APARATOS ORGANIZADOS
DE PODER.....151

BRUNARA DE ARAUJO MEIRELLES

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.....165

CAMILA CRESPO DO AMARAL

DESENLACE AFETIVO E DANO MORAL: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE
ROMPIMENTO DE NOIVADO E ABANDONO AFETIVO.....180

CARLOS ALBERTO ALVES LIMA

DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA:
DISCRIMINAÇÃO AOS PRATICANTES DE RELIGIÃO DE MATRIZ AFRO-BRASILEIRA....197

CAROLINA PATROCÍNIO TEIXEIRA VAZ

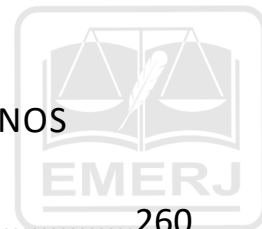
A MERCANTILIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: UM OLHAR SOBRE A
INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS.....214

CAROLINA VALENTE FERNANDES

O USO DA INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE COMBATE ÀS FALSAS
DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....229

CAROLINE AZEVEDO DE SOUZA MELO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A PROBLEMÁTICA NO CUMPRIMENTO DO PRAZO
DE APRESENTAÇÃO ESTABELECIDO PELA RESOLUÇÃO Nº 213/2015 DO CNJ.....244



CAROLINE MACEDO NASCIMENTO COSTA

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E A APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPC/2015 NOS
PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, ANTE A PRESUNÇÃO DE
LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....260

CEZAR EDUARDO MARCH FARIAS SEGUNDO

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....274

CLARISSA MARIA FREIRE MACHADO

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE: DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS ESCOLHAS DA CONITEC.....290

DANDARA INGRID PINTO MOURA

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER.....304

DANIELA DE AZEREDO SOARES

OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....319

DAYANE BARBOSA DA S. SILVA

A CONSTITUCIONALIDADE DO PROGRAMA DE RESIDÊNCIA JURÍDICA NO
ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A ADI
Nº 5.387/AM.....333

DEJANE SILVA GOMES RODRIGUES

CEGUEIRA DELIBERADA: ALGUNS ASPECTOS OBJETIVOS.....349

DIOGO CROSARA ITAGIBA

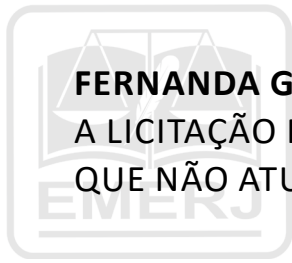
OPERAÇÃO LAVA-JATO: A NECESSIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA E A
OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO A
AUTOINCRIMINAÇÃO.....364

EUCLIDES DUARTE RAMOS JUNIOR

JUIZ DE GARANTIAS: UMA VISÃO PROSPECTIVA DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO.....378

FERNANDA CRISTINA ACCETTA VIANNA

EFEITOS SUCESSÓRIOS DA MULTIPARENTALIDADE.....394



FERNANDA GONÇALVES CRISTOVÃO

A LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI 13.303/2016 APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA.....411

FERNANDA MANTECA GUIMARÃES

O ABORTO LEGAL POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MULHER NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL (PLS N. º 236/12).....428

FILIFE JUDSON RIGUES GONÇALVES AZEVEDO

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....445

FLAVIO ARTHUR SOUZA DA COSTA

A NECESSIDADE DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO DECORRENTE DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS.....459

GABRIELA FARIAS LACERDA

O ABORTO AOS TRÊS MESES DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL MUDANÇA DE PERSPECTIVA QUANTO AO CRIME DE ABORTO APÓS O JULGAMENTO, PELO STF, DO HC Nº124.306/RJ.....473

GABRIELA PALET DE BRITO

O DIREITO À VISITAÇÃO APLICADO À FAMÍLIA EXTENSA COLATERAL.....487

GABRIELA TAVARES CEZAR DE ARAÚJO

REFLEXÕES ACERCA DO COMBATE AO TERROR NO ÂMBITO DA LEI 13260/16.....502

GABRIELLA DE MIRANDA VENTURA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: RESPONSABILIDADE PENAL EM CASOS DE LINCHAMENTO VIRTUAL.....517

GIOVANNA CAVALCANTI NUNES

OS CONTORNOS DELINEADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PATERNA POR ABANDONO AFETIVO E A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA.....531

GLÓRIA VIRGÍNIA SATURNINO BRAGA PÉRES

O ATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....547



GUILHERME ALVES DE LIMA

LIMITES ECONÔMICOS DA TRIBUTAÇÃO E A DIFICULDADE DE O PEQUENO EMPREENDEDOR CUMPRIR SUAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS.....563

GUILHERMO DE PAULA MACHADO CATRAMBY

A INAPLICABILIDADE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ÀS TAXAS: UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 177.835/PE.....578

GUSTAVO BUSTILLOS MONÇORES VELLOSO

DANO TEMPORAL: UM NOVO PARADIGMA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL.....594

GUSTAVO MESQUITA MARINHO

REFLEXÕES QUANTO À LEI MARIA DA PENHA E À ISONOMIA JURÍDICA.....610

GUSTAVO RUIZ FONSECA DE FREITAS

A REVISÃO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA POSTERIOR À HOMOLOGAÇÃO E OS SEUS LIMITES.....626

HANNA ROCHA HEYMAN

DIREITO E TECNOLOGIA: UMA ANÁLISE SOBRE A LAW TECH.....640

ISABEL CORRÊA DE GUAMÁ

A RAZOABILIDADE ENTRE O TEMPO DE VIDA ÚTIL DO PRODUTO E O PRAZO PARA PLEITEAR REPARAÇÃO PELOS VÍCIOS OCULTOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....657

ISMAEL AUGUSTO SIRIEIRO MONTEIRO

O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CENÁRIO DA ACENTUADA VIOLÊNCIA URBANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....671

JOÃO DAJOLIM CALDAS DE SÁ JUNIOR

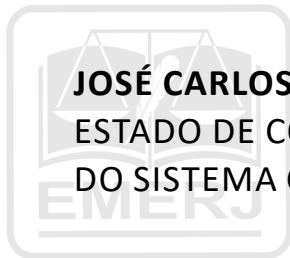
LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E ADEQUAÇÃO DE DATA DE CONCURSO PÚBLICO.....688

JOÃO PAULO RAMOS OLIVEIRA

ASPECTOS JURÍDICOS DE ALTERAÇÃO LÍCITA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA QUE CONFIGURA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE CONSTITUCIONAL.....702

JOELMA CARMO DE MELO BARBOSA

O INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA CIVIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A SISTEMÁTICA BRASILEIRA E A AMERICANA.....719



JOSÉ CARLOS BARBOSA FERREIRA

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A INTERAÇÃO DOS PODERES DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....735

JULIANA ALVES LAMEIRA

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FRAUDE CONTRA O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO.....751

JULIANA DOS SANTOS GERIVAZO

INTERPRETAÇÕES E USOS DA REQUEST FOR PROPOSAL (RFP) PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE.....766

JULIETE JANAINÉ BERHALDO DE PIERI

LEGITIMIDADE PARA NEGOCIAR DELAÇÃO PREMIADA.....780

JULIO CESAR MEDEIROS CARNEIRO

PULVERIZAÇÃO PARTIDÁRIA E FISIOLÓGISMO POLÍTICO: A IMPRESCINDIBILIDADE DA (RE) INTRODUÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE BARREIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-ELEITORAL BRASILEIRO.....795

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO PROCESSO PENAL

Alessandra Maiello Savernini

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a presunção de inocência é consagrada pelo princípio da não culpabilidade que teve a sua aplicação relativizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir a execução provisória da pena. Nesse contexto, discute-se a admissibilidade de ponderação de princípios constitucionais, para que a prisão, atinente ao cumprimento de pena, seja decretada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Analisar-se-á as recentes decisões da Suprema Corte à luz da Constituição da República de 1988 e o atual panorama jurídico brasileiro. Conclui-se pela impossibilidade de ponderação dos princípios constitucionais para uma interpretação restritiva de garantias fundamentais.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípio da presunção de inocência. Trânsito em julgado. Princípio da soberania dos veredictos.

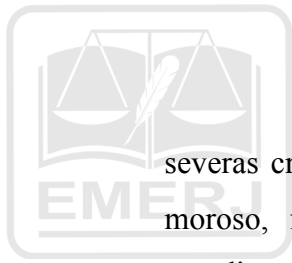
Sumário – Introdução. 1. A possível violação aos princípios constitucionais pela autorização da execução provisória da pena. 2. A permissão dada pelo STF para executar provisoriamente o acórdão condenatório recorrível. 3. A custódia imediata do acusado após sentença proferida no Tribunal do Júri, ainda que impugnada via Apelação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a recente discussão jurisprudencial acerca da possibilidade do condenado por sentença ainda não transitada em julgado, ser custodiado para iniciar o cumprimento provisório da pena estabelecida. O objetivo do trabalho é identificar o amparo normativo e principiológico que tenta sustentar essa possibilidade nos Tribunais.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, em especial, os posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a fim de conseguir discutir se a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, em determinados casos, viola ou não o princípio constitucional da presunção de inocência.

A Constituição da República de 1988, abarca diversos direitos fundamentais e, dentre eles, a presunção de inocência. Pela sua interpretação literal, significa dizer que o acusado só é considerado culpado quando não há mais recurso cabível para impugnar a decisão que lhe condenou. Entretanto, a instabilidade política e econômica, bem como as



severas críticas feitas ao nosso sistema, tido como ultrapassado, ineficaz e extremamente moroso, fizeram com que a jurisprudência se movimentasse para tentar quebrar o paradigma da impunidade do sistema criminal brasileiro. Ocorre que, o legislador não pôde prever todas as situações existentes na prática jurídica e, por este motivo, a estrutura jurídica brasileira vem admitindo a aplicação da lei de acordo com a interpretação dada pelos Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira, o dito princípio da presunção de inocência está sendo relativizado nas recentes decisões do STF, a fim de diminuir, de certo modo, a impunidade dos crimes atuais. Porém, aqui reside o problema. A hipótese do Judiciário poder interpretar de forma diferenciada os direitos fundamentais resguardados pela Constituição está gerando uma celeuma doutrinária e jurisprudencial, com repercussões práticas relevantes.

Cabe frisar que, a todo momento, o Supremo Tribunal Federal revira ainda mais a matéria, que não está pacificada dentro da própria Corte. Desse modo, impõe-se um tema extremamente atual que carece de estudos mais aprofundados, para que o posicionamento jurisprudencial acompanhe a realidade social do país.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo desta pesquisa com o estudo aprofundado acerca da viabilidade de relativização do princípio da presunção de inocência em virtude da execução provisória da pena. Assim, chegar a uma conclusão efetiva se é possível a interpretação ampliativa do referido princípio em prol da efetividade da prestação jurisdicional do processo criminal.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se a validade jurídica dos fundamentos utilizados pelo STF para permitir a execução provisória da pena proferida em acórdão condenatório recorrível. É preciso verificar a possibilidade de ponderar-se os princípios constitucionais consagrados na Carta Magna sem que isso signifique na supressão de algum deles.

Já no terceiro capítulo, a relativização da presunção de inocência é analisada nas sentenças do Tribunal do Júri, de maneira que se busca estudar a possibilidade de execução provisória da sentença do magistrado de piso, sob o crivo da soberania dos veredictos, mesmo que pendente julgamento de recurso da defesa do réu. Assim, visa-se conseguir um ponto de equilíbrio entre a efetividade do processo penal e a presunção de inocência também nas decisões do procedimento especial do júri.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e explicativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência),

para sustentar sua tese.

1. A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PELA AUTORIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A celeuma jurisprudencial formada em torno da relativização do princípio da presunção de inocência em virtude da duração razoável do processo e da efetividade do processo penal tem se aquecido cada dia mais nos Tribunais. Assim, o cerne desse trabalho é expor os principais argumentos utilizados para embasar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da autorização da execução provisória da pena.

Certo é que a Constituição da República de 1988¹ foi a grande responsável por positivizar princípios e garantias para os cidadãos, como prova disso ela foi apelidada de Constituição Cidadã. Um desses princípios, que pode ser considerado um dos mais importantes para o Direito Processual Penal, é o princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, está positivado no inciso LVII, do artigo 5º, da CRFB/88²: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ocorre que se encontra intimamente conectado ao princípio do “*in dubio pro reo*”, pelo qual a interpretação do magistrado em um processo criminal deve ser sempre a favor do réu, ou seja, o convencimento do magistrado deve ser pleno, de maneira que, caso haja dúvida quanto a comprovação do delito, deve ser sempre decidido em prol da absolvição do acusado.

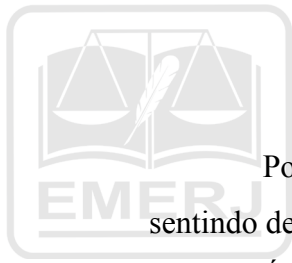
Todas essas vertentes e garantias constitucionais trazidas pela CRFB/88³ traz uma abordagem extremamente “garantista” e “*pró-réu*”. Isso porque, ao fazer uma interpretação sistemática dos princípios processuais penais trazidos pela Constituição, é possível concluir pela interpretação favorável também da sentença penal condenatória.

Isso significa dizer que, quando um acusado é considerado culpado em sentença de primeiro grau, ainda dentro do prazo de interposição de recurso, em verdade, ele ainda não teve a sua condenação confirmada, ou seja, ainda é possível que se decida pela sua absolvição. Nesse sentido, as balizas norteadoras da presunção de inocência permitem chegar a conclusão que, se a decisão que condenou o acusado ainda é passível de reforma, ele não pode ser considerado culpado, ou seja, não pode ser submetido à custódia estatal.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

² Ibid.

³ Ibid.



Portanto, dessa análise primária, conclui-se que a decisão que pode ser alterada, no sentido de retirar a condenação do réu, não poderia ser executada de imediato.

É justamente da Constituição Federal de 1988⁴ que se extrai a efetivação dos princípios, que deve ter aplicabilidade em conjunto e ser ponderada. Sendo assim, questiona-se a possibilidade de ter como verdade absoluta os princípios supra narrados ou se também deve-se aquecer a discussão com os princípios da efetividade do processo penal e a da duração razoável do processo.

É bem verdade que o dia-a-dia jurídico vem demonstrando que, por diversas vezes, presunção de não culpabilidade vem prejudicando a desenvoltura do processo penal e do *ius puniendi* estatal, bem como a efetividade da função jurisdicional do Estado.

Nesse sentido, a jurisprudência vem se movimentando no sentido de autorizar a ponderação desse princípio para que se alcance a efetivação de outros tão importantes quanto. Esse balizamento é atribuído sob o argumento de que a presunção de inocência não é um princípio absoluto, que deve ser interpretado de acordo com o ordenamento jurídico constitucional de maneira geral, e não somente enfatizando um princípio em relação aos demais em todos os casos, de maneira uníssona⁵.

Pode ser considerado como exemplo da relativização da presunção de não culpabilidade a questão da própria prisão cautelar que, presente o *periculum libertatis* e a *fumus comissi delicti*, é autorizado o recolhimento do réu ao cárcere, ainda que não exista qualquer sentença com trânsito em julgado que autorize sua custódia.

Com base nessas premissas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP⁶, autorizou a execução provisória da sentença recorrível, criando esse novo precedente, alvo de severas críticas de toda a doutrina. O referido *decisum* será alvo de minuciosa análise no capítulo seguinte.

Desde fevereiro de 2016, data de julgamento do referido Habeas Corpus, o STF teve que conviver com duras análises doutrinárias que afirmam que a Corte violou prontamente diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, como o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88⁷ e o artigo 283, do CPP⁸. A maior parte desses posicionamentos advém de uma

⁴ Ibid.

⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 11 out.2017.

⁶ Ibid.

⁷ Idem. Op. Cit. nota 1. Art. 5º, inciso LVII, CRFB/88 – ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória. Acesso em: 11 out.2017

⁸ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Art. 283, CPP – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada



análise literal, uma vez que entendem por evidente que o texto constitucional vedou a antecipação da pena. É o caso de Nicollit⁹ que assevera que:

a literalidade do dispositivo constitucional é cristalina ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (no mesmo sentido o art. 283 do CPP). Com igual clareza, não há dúvida de que nada ilustra mais a consideração de alguém como culpado do que a execução da pena, destacadamente a privativa de liberdade, cujos efeitos são irreversíveis.

Dito isso, superada a exposição principiológica, cumpre analisar, nas próximas linhas dessa obra, os principais argumentos utilizados pelo STF para relativizar a presunção de inocência como princípio constitucional, admitindo a execução provisória de acordo condenatório recorrível.

Ademais, com base nas mesmas balizas relativizadoras dos princípios constitucionais em apreço, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a possibilidade da execução provisória de sentença proferida em Tribunal do Júri, incluindo na análise ponderadora o princípio da soberania dos veredictos, previsto na CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”. Essa pauta será trazida no terceiro capítulo desta obra.

Portanto, o que se extrai dos recentes posicionamentos do STF é uma tendência universal de relativizar a presunção de inocência, uma vez que muitas de suas decisões vem sendo atualizadas e reformadas a fim de não dar à esse princípio um tratamento tão absoluto e mais valioso do que os demais princípios previstos da Carta Magna. Assim, concluiu que cada caso concreto deve ser analisado, ocasião em que serão ponderadas as garantias em exame.

2. A PERMISSÃO DADA PELO STF PARA EXECUTAR PROVISORIAMENTE O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL

Conforme explicitado nesse artigo, o princípio constitucional da presunção de inocência é o principal óbice à possível execução provisória da sentença penal antes do seu trânsito em julgado. Para tecer uma melhor análise, faremos uma pequena digressão histórica acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos.

em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Acesso em: 02 mar.2018

⁹ NICOLLIT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. *IBCCRIM*, Boletim nº290. Jan/2017, p. 07/08.



Certo é que até fevereiro de 2009, a orientação do STF acerca da execução de acordo condenatório recorrível era possível, uma vez que os recursos extraordinários cabíveis (Recurso Extraordinário e Recurso Especial) não possuíam efeito suspensivo. Sendo assim, não haveria qualquer impedimento para a execução da pena imposta no julgamento da Apelação Criminal, sem que isso ferisse o princípio da presunção de inocência resguardado pela Constituição da República.

Contudo, como toda matéria jurisprudencial, a questão da execução provisória da pena também não possui entendimento engessado, e, nesse sentido, a jurisprudência da Corte começou a se transformar a fim de não permitir mais a execução provisória nesses termos.

Naquele ano, o principal argumento extraído do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG¹⁰, precursor dessa alteração de posicionamento, é no sentido de que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo, além do que “a Lei de Execuções Penais condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória”¹¹. Sendo assim, o que a Corte Suprema quis dizer foi que, antes do trânsito em julgado, só é possível a prisão cautelar, justificada em seus termos, uma vez que a execução provisória dessa decisão condenatória constitui flagrante violação à legislação executória penal e a Constituição da República.

O referido processo foi de relatoria do ministro Eros Graus, quem afirmou que, para rechaçar a tese de que as Cortes Superiores estava abarrotadas de recursos extraordinários, não se poderia afastar a presunção de inocência por uma “comodidade operacional da Corte”, uma vez que “poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”¹².

Sendo assim, deste momento em diante o princípio da presunção de inocência começou a reinar absoluto, vez que inadmitida a execução provisória da sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado.

Entretanto, como bem se sabe, a jurisprudência, assim como a política, é pendular. As cadeiras da magistratura se renovam com frequência e isso também vale para as Cortes Superiores, que de tempos em tempos têm a sua composição alterada. Certo é que isso pode levar à uma mudança de posicionamentos considerados pacificados para algo totalmente novo ou resgatar algo do passado, como justamente vem ocorrendo com esse tema. Veja-se.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 03 mar.2018.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.



Nos últimos anos, os ministros do STF já traziam indícios da sua mudança de posicionamento em virtude da enxurrada de recursos protelatórios que acabou por gerar uma sensação de impunidade. Foi no meio desses boatos de alteração de jurisprudência pacificada que o Supremo julgou o Habeas Corpus nº 126.292/SP¹³, modificando integralmente o que era pacífico, a fim de retomar o primeiro posicionamento exposto no início deste capítulo.

O referido julgado foi de relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki¹⁴, que exarou seu voto resgatando a jurisprudência da Corte anterior à 2009, foi enfático no sentido de que o duplo grau de jurisdição, o qual garante a legislação pátria, é consagrado pelo julgamento da Apelação Criminal nos Tribunais, pois nessa ocasião que fica exaurido o exame de provas e fatos. Essa análise abduz a presunção de inocência, que possui justamente a ideia de que todos são inocentes até que se prove o contrário.

Assim, com a condenação em segundo grau, estaria literalmente comprovado que o indivíduo praticou o ilícito em questão, restando a presunção de culpabilidade afastada. Nessa mesma tela, o ministro afirma que “não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”¹⁵.

Por fim, o relator, Ministro Zavascki¹⁶, pontua que:

A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

O primeiro Ministro a anuir com o posicionamento do Ministro Zavascki foi o Ministro Edson Fachin¹⁷, que enfatizou o caráter não absoluto da presunção de inocência, o qual deve estar em harmonia com as outras normas constitucionais. Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁸, que asseverou que a CRFB/88 condicionou a culpabilidade ao trânsito em julgado da decisão condenatória (e não a prisão). Ademais, pontuou que a presunção de inocência é um princípio, podendo ter sua aplicação com força variada. Por fim, convalida que, com o acórdão penal condenatório, as instâncias ordinárias se esgotam. O Ministro destaca ainda que a execução provisória da pena evita a interposição de recursos

¹³ Idem, op. cit., nota 5

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.



protelatórios, diminui a seletividade da justiça criminal, uma vez que somente pessoas com disponibilidade financeira conseguem recorrer tantas vezes, e, ainda, quebra a sensação de impunidade da população.

Seguindo o voto do relator, também o Ministro Luiz Fux¹⁹, que exaltou as manifestações anteriores, apenas pontuando que é necessário a perspicácia para perceber e, eventualmente, modificar, aquela interpretação constitucional que não corresponde mais com a realidade social. Assim como a Ministra Cármen Lúcia²⁰, que aduziu que não configura ruptura com o princípio da não culpabilidade, o início do cumprimento da pena após proferido acórdão condenatório.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, que, concordando com os membros da Suprema Corte relatados acima, asseverou que “com a declaração de culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos”²¹.

Entretanto, a decisão não foi unânime, ocasião em que os outros Ministros trouxeram à baila os aspectos negativos dessa alteração de posicionamento da casa.

O primeiro voto divergente foi proferido pela Ministra Rosa Weber²², que enxergou uma dificuldade na alteração da jurisprudência da interpretação do texto constitucional. Nessa tela, o Ministro Marco Aurélio²³ se limitou a expor suas lástimas à mudança de paradigma do Supremo.

Já o Ministro Celso de Mello²⁴, pontuou que a presunção de inocência foi uma garantia conquistada a duras penas, além de ressaltar que não há qualquer interpretação possível a não ser a necessidade do trânsito em julgado da condenação para o afastamento desse princípio. Por último, o Ministro Ricardo Lewandowski²⁵ manteve sua linha de raciocínio já conhecida, no sentido de prestigiar a presunção de inocência em favor dos demais princípios.

Ante o exposto, o que se extrai do posicionamento dos votos vencedores, que ensejaram a mudança de posicionamento do STF, é que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo, uma vez que não impugnam mais a matéria, as provas e os fatos, de maneira que apenas analisam eventual violação à lei federal ou à Constituição. Portanto, a maioria dos Ministros consagraram que o princípio da presunção de inocência deve ser

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.



ponderado, assim como todos os princípios, para uma aplicação sistêmica das normas constitucionais e processuais penais, uma vez que ele não pode ser taxado como absoluto. Outra conclusão a que se chega com esse novo entendimento é que a mudança se deu, principalmente, como tentativa de acabar com o recursos protelatórios, que permitam àqueles que tinham condições econômico-financeira, de atrasar o máximo o trânsito em julgado daquela decisão, objetivando o alcance da prescrição penal.

Sendo assim, hoje é cediço que o réu, que for condenado em segunda instância, ainda que continue recorrendo às Cortes Superiores, poderá ser recolhido ao cárcere, pois a execução provisória da sua condenação é respaldada pela Suprema Corte desse país. Diante disso, como dito alhures, verificamos que a justiça também é pendular e mutante. Não há regra definitiva. O que é admitido no momento, abraçado pela jurisprudência, em breve espaço de tempo, poderá não ser mais, tudo irá depender dos reclames e anseios da sociedade.

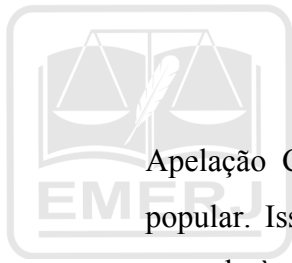
3. A CUSTÓDIA IMEDIATA DO ACUSADO APÓS SENTENÇA PROFERIDA NO TRIBUNAL DO JÚRI, AINDA QUE IMPUGNADA VIA APELAÇÃO

Certo é que conforme visto alhures, o Supremo Tribunal Federal já direcionou seu posicionamento acerca de ser possível a execução provisória de acórdão condenatório recorrível, em virtude da inexistência, via de regra, de efeito suspensivo dos recursos extraordinários. Contudo, no caso do Tribunal do Júri, o que está se analisando é a possibilidade de executar a sentença condenatória, lê-se decisão ainda de primeira instância, mesmo que tenha sido impugnada via Apelação. Ou seja, o que se quer analisar é a possibilidade de realizar a prisão do condenado logo em seguida à sua condenação em plenário.

O que se pontua aqui, portanto, é a possível ponderação acerca do princípio da presunção de inocência no caso de crimes julgados pelo Tribunal do Júri, e, para isso, é preciso trazer à baila um outro princípio constitucional que é o princípio da soberania dos veredictos, encontrado no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da CRFB/88²⁶.

Ocorre que, dentre outros princípios balizadores do julgamento de crimes dolosos contra a vida, julgados pelo Tribunal do Júri, segundo a Carta Magna, está o princípio da soberania dos veredictos, que consiste na ideia de que o Tribunal, acionado em sede de

²⁶ Idem. op. cit., nota 1.



Apelação Criminal, não tem a autonomia de modificar o veredicto consagrado pelo júri popular. Isso porque, a Apelação servirá, no máximo, para cassar a decisão e submeter o acusado a um novo júri, sem que o Tribunal de segunda instância possa reformar de pronto a decisão. Além da Constituição Federal trazer essa baliza norteadora do processo penal, tal regra é positivada no artigo 593, inciso III, alínea d, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal²⁷.

Esse tópico foi inicialmente trazido à tona pelo Ministro Luís Roberto Barroso, como voto divergente no HC nº 118.770/SP²⁸, que, em seu voto, narra que a decisão do júri é soberana, conforme preceitua a CRFB/88²⁹, assim, o Tribunal acionado pela via impugnativa não pode refazer aquela decisão. Desta feita, o Ministro entendeu que o princípio constitucional da soberania dos veredictos se sobrepõe à qualquer outro, uma vez que o tribunal togado não pode anulá-la, de maneira que a presunção de inocência não se intimida pelo referido princípio.

Por mais que tenha sido um voto simples em julgamento de Habeas Corpus, o supracitado Ministro já se posicionou no mesmo sentido, em sede de julgamento de liminar da ADC 43, ao afirmar que: “a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, d, CRFB/88”³⁰.

Ademais, o acórdão do HC nº 118.770/SP³¹, foi veemente ao afirmar que:

Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

É claro e evidente que essa interpretação acerca das decisões do Tribunal do Júri só vem tendo espaço no judiciário brasileiro em decorrência da mudança de entendimento do Supremo acerca da possibilidade de execução provisória da pena. Isso porque, o julgamento

²⁷Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 02. mar.2018

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=118770&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 15 mar.2018.

²⁹Idem. op. cit., nota 1.

³⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>> Acesso em 15 mar.2018.

³¹ Idem. op. cit., nota 28.



do HC nº 116.292/SP³², que foi o responsável por essa alteração brusca na jurisprudência brasileira, trouxe, de certa maneira, o enfraquecimento do princípio da não culpabilidade.

É evidente que a possibilidade de execução provisória da pena de acórdão condenatório recorrível e de sentença proferida no Tribunal do Júri se dão por razões distintas, mas todas esbarram na relativização do princípio da não culpabilidade. A primeira delas se pauta no não reconhecimento de efeito suspensivo nos recursos extraordinários *latu sensu*, que permite assim, a execução do *decisum* de segunda instância que naquele momento não pode mais ser impugnada de outra maneira que não por intermédio dos referidos recursos. Já a segunda, estipula uma ponderação de princípios constitucionais (princípio da presunção de inocência e da soberania dos veredictos), que estão na mesma hierarquia normativa, o que permite aos magistrados, ao aplicar a lei, sopesar qual deles tem mais valor em cada uma de suas decisões.

Portanto, o que se conclui nesse capítulo é que em todas as áreas do direito, há uma ponderação dos princípios constitucionais para que atuem em harmonia no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, a decisão em cada caso concreto, bem como a aplicação da lei, vai determinar e valorar cada um desses princípios. É cediço que no caso da soberania dos veredictos, a movimentação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de priorizá-la em relação à todos os outros, dentre eles, a presunção de inocência.

Destarte, ainda que seja um posicionamento primário, passível de alteração, pode-se concluir, pela linha de movimentação da Suprema Corte acerca das prisões precoces em relação ao trânsito em julgado das ações penais, que o intuito da jurisprudência daqui em diante é evitar a sensação de impunidade da população. Sendo assim, atribuiu maior valor a decisão consagrada pelos jurados em sede de Tribunal do Júri, permitindo a sua execução de imediato, com a consequente prisão do réu, independente de apresentar impugnação via Apelação.

CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática principal, a questão da relativização de alguns princípios constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência. O debate se materializa pelo fato que a Constituição da República narra que “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

³² Idem. op. cit., nota 5.



condenatória”. Entretanto, a jurisprudência pátria vem traçando parâmetros norteadores para essa garantia no sentido de permitir o cumprimento de pena do condenado na medida em que se afasta do seu status quo de inocente.

Por óbvio, trata-se de assunto delicado em que a jurisprudência, assim como a doutrina, não é uníssona. Prova disso é que, em que pese decisão por maioria da Suprema Corte de relativização do princípio, alguns Tribunais Pátrios não a aplicam, de maneira que não decretam a prisão do réu, mesmo com decisão condenatória em segunda instância.

De acordo com os estudos realizados no decorrer do trabalho, foi possível chegar à conclusão de que está na essência do princípio da não culpabilidade a impossibilidade de sua relativização, ou seja, a ideia de que ninguém pode ser considerado culpado até que se prove o contrário é justamente um corolário da cidadania brasileira, consagrada pela Constituição.

É preciso traçar uma linha de raciocínio acerca dos recursos extraordinários e sua função reformadora na condenação dos denunciados, bem como o tratamento igualitário que é preciso dar a todos os que apresentam condição de réu. Na prática, o que se observa é que aqueles que são abastados conseguem arcar com os elevados custos de uma defesa privada no âmbito penal, motivo pelo qual apresentam uma infinidade de recursos protelatórios. Dessa maneira, visam postergar a prisão dos agentes, que teriam tido a sua presunção de inocência afastada, uma vez que foram condenados em primeira e segunda instância.

Muito embora possa parecer injusto não permitir a execução provisória da pena em virtude de condenação em Acórdão de segunda instância, tendo em vista o caráter postergador dos recursos, não é possível fazer uma interpretação “anti-constitucional” para admiti-la. Isso porque, a Carta Magna brasileira foi categórica ao afirmar que só é possível tratar um cidadão como culpado, depois de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, aquela à qual não cabe mais qualquer recurso. Ora, nada pode ser mais característico do que o status de culpado de uma pessoa do que a efetivação da sua prisão.

Ainda que a decisão condenatória proferida em segunda instância não possa ser objeto de exame fático-probatório e que os recursos cabíveis desse acórdão se limitem tão somente à analisar a aplicação de Lei Federal ou da Constituição da República, não configuram trânsito em julgado da presente ação penal. Assim, admitir a prisão, pautada somente na condenação que ainda não é definitiva, seria um ato contra legis.

Ocorre que, por mais que se queira combater a impunidade, uma interpretação contrária ao que está exposto explicitamente na Constituição, embora mais curto, não parece o caminho correto. Sendo assim, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a presunção de inocência decorre de uma estrutura jurídica constitucional



em que deve ser observado, sem qualquer ressalva, a não culpabilidade do agente até que se prove o contrário, sem chances de alteração de entendimento naquela ação penal.

Nesse sentido, observa-se no segundo capítulo desse artigo, que, em que pese a posição divergente de alguns ministros, a maioria da Suprema Corte entende que, no panorama atual, é possível a execução provisória da pena, quando afastado o maior grau de inocência do agente. Assim como, conforme se nota no terceiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal também aceita a execução de sentença condenatória prolatada em sede de Tribunal do Júri, em virtude do princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Portanto, muito embora, hoje, a relativização do princípio da presunção de inocência seja o posicionamento majoritário da Corte, é preciso respeitar a hierarquia dos próprios princípios constitucionais, de maneira que melhor sorte assiste à preponderância daqueles que resguardam garantias conquistadas à alto preço pelo brasileiro, tal qual a liberdade.

Destarte, é preciso pontuar que o princípio da não culpabilidade sempre irá prevalecer à qualquer outro que perfaça aspectos processuais, por exemplo, como é o caso da soberania dos veredictos. Isso porque, decorre da dignidade da pessoa humana o direito à liberdade, até que se tenha ordem de prisão devidamente fundamentada, nas hipóteses previstas expressamente em lei.

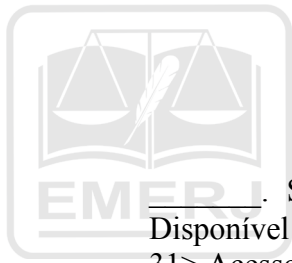
Sendo assim, ficou claro para este pesquisador a tendência da jurisprudência de ponderar os princípios constitucionais em cada caso tratado. Contudo, é evidente que a ponderação entre eles não pode ser supressora de garantias individuais. Dessa maneira, a execução provisória da pena de acórdão condenatório recorrível não pode ser admitida tendo em vista ser manifestamente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *IBCCRIM*, Boletim nº281. Abr/2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set.2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 set.2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 03 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=118770&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 15 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 11 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>> Acesso em 15 mar.2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e outros tópicos de direito processual penal à luz da constituição de 1988*. Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade. v.2, n.4, julho-dez 1997.

CRUZ, Rogério Schiatti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *IBCCRIM*, Boletim nº281. Abr/2016.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. *IBCCRIM*, Boletim nº290. Jan/2017

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2008.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *IBCCRIM*, Boletim nº277. Dez/2015.

RITTER, Ruiz. Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência. *IBCCRIM*, Boletim nº288. Nov/2016

A DISCRICIONARIEDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR: O CASO DAS MULHERES PRESAS COM FILHOS MENORES DE 12 ANOS

Aline de Almeida Motta

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Faculdade Nacional de Direito. Advogada.

Resumo – O art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se deferir prisão domiciliar a mulheres com filhos menores de 12 anos, em substituição à prisão preventiva. Apesar disso, referido artigo não traz as condições objetivas que essa mulher deve cumprir para fazer jus ao benefício. Essa situação faz com que as decisões judiciais sobre o tema sejam subjetivas e dependam dos critérios de avaliação de cada julgador, o que ameaça a segurança jurídica. Essencialmente, esse trabalho buscou analisar quais parâmetros são ou poderiam ser adotados pelo Superior Tribunal de Justiça na apreciação do tema, concluindo-se que a garantia do desenvolvimento infantil deve ser o principal vetor de decisão sobre a matéria.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão domiciliar. Discricionariedade. Superior Tribunal de Justiça.

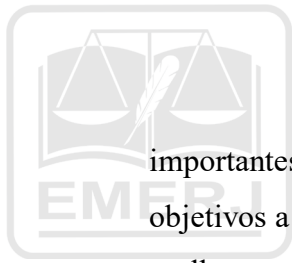
Sumário – Introdução. 1. Os parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça ao deferir a prisão domiciliar nos termos do art. 318, inciso V do Código de Processo Penal. 2. O contexto social-econômico da ré presa e sua influência no deferimento da medida pleiteada. 3. Critérios objetivos que podem fundamentar as decisões sobre a prisão domiciliar, sem que fatores subjetivos influenciem na prestação jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No atual contexto social e político brasileiro, no qual o encarceramento em massa se revela como uma realidade, a prisão domiciliar de mulheres que possuem filhos menores de 12 anos apresenta-se como importante ferramenta alternativa à prisão. Diante desse cenário, este artigo científico propõe a análise de critérios objetivos que são ou que podem ser adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para o deferimento dessa medida.

Objetiva-se discutir a atual falta de padronização quando da concessão de prisão domiciliar, o que pode permitir que mulheres, mães de crianças de até doze anos e nas mesmas condições, recebam provimentos jurisdicionais distintos.

Para que seja possível concluir ou não pela existência de deliberações contraditórias, que podem representar um risco à segurança jurídica, será analisado um conjunto de decisões, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto a favor quanto contra a concessão desse benefício. Além disso, a legislação penal, os tratados internacionais e a doutrina serão



importantes fontes dos fundamentos jurídicos que poderão nortear a eleição de critérios objetivos a serem adotados por referido Tribunal para o deferimento da prisão domiciliar para mulheres com filhos de até doze anos.

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, cujo estrutura basilar é representada pela garantia do desenvolvimento infantil integral, com a consolidação da família no exercício de sua função de cuidado e educação de crianças na primeira infância, o Código de Processo Penal sofreu significativa modificação e recebeu nova redação em seu art. 318, inciso V, cujo teor faculta ao juiz a substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando o agente infrator for mulher com filho até doze anos incompletos.

Cada vez mais, o tema ganha relevância, dado que o Poder Judiciário, por meio de seu ativismo no atual cenário político, assumiu papel de destaque e tem suas decisões frequentemente acompanhadas pela mídia e pelos cidadãos brasileiros. Por conta disso, é lógico concluir que as decisões do Superior Tribunal de Justiça vêm sendo acompanhadas mais de perto, e, no que tangem o deferimento de prisão domiciliar a mulheres com filhos de até 12 anos, precisam ser analisadas sob o ponto de vista da influência que recebem de acordo com as características econômico-sociais da presa.

Diante do exposto, pretende-se sustentar a necessidade de parametrização quantos aos requisitos da prisão domiciliar nas circunstâncias analisadas, sem que se leve em consideração fatores externos aos elementos que constam dos processos, e, ao mesmo tempo, sem que se deixe de averiguar e valorar os aspectos pessoais da infratora, de forma a tutelar a segurança jurídica que se espera das decisões judiciais.

No primeiro capítulo será analisado se, efetivamente, existem critérios objetivos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para o deferimento dessa medida alternativa, que é a prisão domiciliar, ou se essas decisões são casuísticas, o que faz com que mulheres, em situações análogas, recebam tratamento jurisdicional distinto.

Em seguida, no segundo capítulo, examinar-se-á em que medida o contexto social da presa que postula o benefício influencia no deferimento da medida pleiteada e qual a repercussão dessas decisões nos diversos segmentos econômico-sociais existentes no Brasil.

No terceiro capítulo, buscar-se-á estabelecer uma padronização em relação aos fundamentos jurídicos que podem embasar as decisões que deferem a prisão domiciliar, sem que fatores alienígenas influenciem na prestação jurisdicional que será entregue. Desse modo, procura-se estabelecer um modelo que sirva a todas as mulheres que reivindicam esse benefício.

Esse artigo terá como metodologia o método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador objetiva selecionar um grupo de proposições hipotéticas, as quais acredita serem



viáveis e adequadas para a análise de seu objeto, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isso, será realizada pesquisa básica, qualitativa, de caráter exploratório, baseada, essencialmente, na leitura da bibliografia relevante sobre o tema, sob a forma de artigos, capítulos de livros, e livros, material publicado na imprensa, legislação e jurisprudência brasileira, fichada na fase exploratória da pesquisa, e que possibilite a sustentação da tese.

1. OS PARÂMETROS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO DEFERIR A PRISÃO DOMICILIAR NOS TERMOS DO ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A prisão domiciliar é um instituto previsto pelo Código de Processo Penal¹, de natureza humanitária, aplicável a determinadas situações especiais. Funciona como instrumento alternativo ao encarceramento, pelo qual é facultado ao juiz a adoção de medida menos desumana quando comparada à segregação cautelar. Dessa forma, permite-se que seja imposto ao acusado a obrigação de permanecer em sua residência, ao invés de ser mantido em estabelecimento prisional. Todavia, a aplicação desse instituto exige prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318, do Código de Processo Penal².

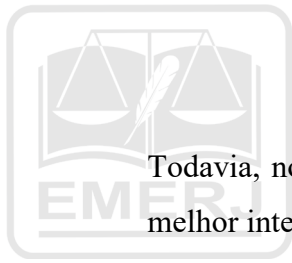
No ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB/88³ estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. O art. 227 consagra a doutrina da proteção integral⁴ e o princípio da prioridade absoluta da criança. Apesar disso, esse preceito fundamental, que é constantemente reforçado pela legislação infraconstitucional, como se verá adiante, nem sempre pode ser cumprido por mães encarceradas. Inevitavelmente, mulheres presas são afastadas do convívio do lar, o que implica em um afastamento da relação com seus filhos.

¹ BRASIL, *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁴Art. 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. Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.



Todavia, no Brasil, existem mecanismos que objetivam mitigar essa realidade, em nome do melhor interesse da criança, como os apontados a seguir.

Normas internacionais sobre direitos humanos, como as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010⁵ ou “Regras de Bangkok” e o Marco da Primeira Infância⁶ – Lei nº 13.257/2016 – são fundamentais para a regulação do tratamento da mulher presa que é mãe. O tratado internacional, por exemplo, estabelece em sua regra nº 2⁷, que a mulher tem o direito de definir com quem deixará os filhos enquanto estiver presa, e, se necessário, até ter a prisão suspensa enquanto procura resolver esta questão. Dispõe, ainda, a regra de número 64⁸ que as penas não privativas de liberdade devem ser priorizadas quando se tratar de mulher grávida ou com filho dependente, desde que o crime não tenha sido cometido com violência e a mulher não represente uma ameaça contínua.

Nesse mesmo viés, a Lei nº 13.257/2016⁹, denominada como o novo marco legal da primeira infância, alterou a redação do artigo 318, do Código de Processo Penal¹⁰ e passou a prever que o juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade. Isso significa que os tribunais brasileiros, o que inclui o Superior Tribunal de Justiça, podem deferir o benefício previsto, mediante o atendimento dos requisitos legais.

Acontece que a ausência de referência expressa a quais seriam esses requisitos, sem sombra de dúvidas, é um dos problemas de mencionada norma, pois não são determinados legalmente critérios objetivos que possam ser analisados para o deferimento da medida. Em razão disso, torna-se comum a existência de decisões proferidas pelo STJ¹¹, tanto pelo

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/0704a9d9eccf5db41ec280b397a41674.pdf>>

⁶ BRASIL, *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁷ Regra 2.2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

⁸ Regra 64. Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ Idem, op. cit., nota 1.

¹¹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 433.040*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79777042&num_registro=201800063277&data=20180202&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 430.212*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1687628&num_registro=201703306483&data=20180323&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.



deferimento quanto pelo indeferimento do benefício, em situações muito próximas. Indutivamente, esse fenômeno representa um risco à segurança jurídica.

O último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – relativo a junho de 2014, apurou que a população carcerária feminina cresceu 567% no Brasil¹². O aumento progressivo da população carcerária gera consequências externas no cenário social bastante graves como, por exemplo, a perda do poder familiar pelas mulheres presas; a destinação das crianças para abrigos, nos quais há o risco de elas serem levadas à adoção, caso não haja membros da família, além de suas mães, para cuidá-las e também a ruptura dos laços de afeto e convivência com a mãe em situação de privação de liberdade. Por esses motivos, alternativas ao encarceramento devem ser estimuladas. As consequências apontadas são usadas muitas vezes pelo STJ¹³ para deferir o recolhimento à prisão domiciliar, enquanto outras vezes são ignoradas no contexto de um indeferimento do pedido.

As decisões proferidas no âmbito de referido Tribunal Superior¹⁴, ao conceder a prisão domiciliar levam em consideração diferentes aspectos dos casos concretos, por exemplo, a idade dos filhos da mulher presa, a natureza do crime praticado, as condições pessoais da agente, os fundamentos legais sustentados pelo juízo de 1ª instância quando da decretação da prisão preventiva e a necessidade de se proteger integralmente a criança e o adolescente, nos termos do art. 227, da CRFB/88¹⁵. Todavia, não há um padrão. Cada decisão é fundamentada de forma diferente da anterior, o que, por si só, não é um problema, diante da necessidade de individualização da prestação jurisdicional. Todavia, constata-se que, em variadas oportunidades, um critério usado para o deferimento de um benefício não é mencionado para a concessão ou rejeição de outro, sem qualquer justificativa.

A legislação processual¹⁶, por exemplo, não estabelece a natureza do crime cometido como requisito para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Por conseguinte, é possível concluir que o benefício em comento poderia ser aplicado a qualquer espécie de infração penal, tenha ou não natureza hedionda, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos alternativos dos incisos do art. 318, do CPP. Diante do fato de a prisão domiciliar também possuir natureza cautelar, seus efeitos serão os mesmos da prisão substituída.

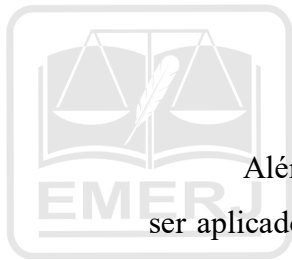
¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – IFOPEN Mulheres – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem, op. cit., nota 3.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 1.



Além disso, como ensina Renato Brasileiro¹⁷, o princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição - CPP, art. 282, II¹⁸ – de modo que a prisão preventiva somente poderá ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Em outras palavras, deve ser entendido como requisito mínimo para autorização da medida a constatação de que a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva da acusada. É nesse sentido, aliás, o teor do parágrafo único do art. 318 do CPP¹⁹: “Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Importante ressaltar que nas decisões em análise proferidas pelo STJ²⁰ fica consignado que a adoção de medidas alternativas ao cárcere é uma faculdade dos magistrados. Cumpre salientar também que, diferentemente do que é noticiado pela mídia não especializada, o deferimento ou não de um pedido muitas vezes não chega a ser analisado, no mérito, pelo tribunal. A possibilidade ou não de adoção da prisão domiciliar é decidida, contudo, por via oblíqua, diante de uma questão processual suscitada pelas partes. A interposição incorreta de um recurso, por exemplo, implica muitas vezes no indeferimento de uma liminar, o que significará a manutenção da decisão de um tribunal a quo, que pode tanto ter concedido ou negado o pedido da agente presa.

Felizmente, o critério que é mais utilizado pelo Tribunal, diante da análise das decisões até agora estudadas, encontra suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei nº 13.257/2016, qual seja, a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º da Lei nº 13.257/2016). Seu afastamento é sopesado com a gravidade concreta da conduta perpetrada, diante da faculdade do deferimento da substituição pelo magistrado.

A presença de um dos pressupostos do art. 318²¹, do Código de Processo Penal é entendida como requisito mínimo, mas não suficiente para, de per si, autorizar a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar. Consigna-se que o magistrado, quando do estudo

¹⁷ Idem, op. cit., nota 2.

¹⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 89.214*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1679094&num_registro=201702370860&data=20180308&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

²¹ Idem, op. cit., nota 1.



do caso concreto, deverá avaliar se o recurso à cautela prisional seria a única hipótese a afastar o *periculum liberatis*.

Pelo exposto, verifica-se que a possibilidade de prisão domiciliar para mulheres que possuem filhos menores de 12 anos, que passou a ser recentemente regulada pelo Código de Processo Penal²², não estabelece de forma clara e objetiva quais requisitos devem ser preenchidos para tal fim. O Superior Tribunal de Justiça, quando da análise das decisões que estão sendo estudadas nesse trabalho, levou em consideração a situação específica trazida no processo pelas partes e se o melhor interesse da criança pode prevalecer, quando comparado à periculosidade que a agente mulher presa representa para a sociedade, diante do crime cometido²³.

Não se pode olvidar, ainda assim, que diante da relevância social que uma medida alternativa ao encarceramento apresenta, ser necessário estabelecer parâmetros mais objetivos para o seu deferimento. A prisão domiciliar de mulheres com filhos menores de doze anos é instituto que garante, até mesmo, o princípio da responsabilidade pessoal no direito penal, em outras palavras, ainda que não se possa falar em pena de forma técnica quando da decretação de uma prisão preventiva, não é possível ignorar que os efeitos dessa determinação alcançam, comumente, de forma mais violenta aqueles que mais precisam da proteção do Estado, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

2. O CONTEXTO SOCIAL-ECONÔMICO DA RÉ PRESA E SUA INFLUÊNCIA NO DEFERIMENTO DA MEDIDA PLEITEADA

O Código de Processo Penal²⁴, alterado pelo Estatuto da Primeira Infância - Lei nº 13.257/16²⁵ -, passou a garantir a prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos, em substituição à prisão preventiva eventualmente decretada. Como já mencionado, os critérios para o deferimento dessa medida, que é reconhecida por parcela da doutrina como uma faculdade do juiz e não um direito subjetivo da ré, não são elencados de forma taxativa por nenhum dispositivo legal. É necessário, contudo, saber quem é essa mulher que integra o

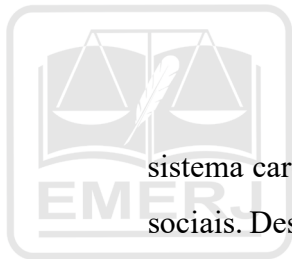
²² Idem.

²³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 90.943*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1689984&num_registro=201702771321&data=20180327&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

²³ Idem, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Idem, op. cit., nota 6.



sistema carcerário e faz jus a esse benefício, e quais são, primordialmente, suas características sociais. Desse modo, será possível avaliar se o contexto social-econômico da ré presa influência ou não no deferimento da medida pleiteada.

Registre-se que a alteração da lei processual penal²⁶ só teve maior repercussão com o deferimento de prisão domiciliar a Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que em 17 de março de 2017, foi “autorizada a cumprir prisão em casa para poder cuidar dos filhos de 11 e 14 anos”²⁷. Apesar disso, a realidade fática da maioria das encarceradas é bem diferente da vivida pela ex-primeira-dama do Rio de Janeiro, que possuía recursos financeiros para custear a criação de seus filhos, além de auxílio de familiares e empregados²⁸.

Na verdade, as mulheres presas que pleiteiam a prisão domiciliar, em sua grande maioria, são pessoas da periferia, acusadas da prática de tráfico de entorpecentes²⁹. E mesmo dentro da realidade desse crime, há situações bastantes distintas, por exemplo, há casos de mulheres carentes, que recebem pequena quantia de dinheiro para realizar o transporte de um único pacote contendo entorpecentes. Por outro lado, há situações de mulheres que tentam levar quantidade expressiva de cocaína para o exterior, como é o caso de uma jovem que foi surpreendida e presa em flagrante, tentando embarcar para a Tailândia com 6 kg de cocaína escondidos entre suas roupas na mala³⁰.

Diante desses dados iniciais, é possível começar a traçar o perfil de quem representa essa mulher presa preventivamente no sistema carcerário brasileiro, e que postula o benefício da prisão domiciliar. Em primeiro lugar, essa mulher provavelmente responderá pelo crime de tráfico de drogas e, em segundo lugar, a depender do caso concreto, responderá ela pelo porte de pequenas ou grandes quantidades de entorpecentes, o que, como se verá mais adiante,

²⁶ Art. 41, Lei 13.257/16: Os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações: Art. 318. IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

²⁷ RECONDO, Felipe. *O detalhe omitido da decisão do STJ sobre Adriana Ancelmo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-detalhe-omitido-da-decisao-do-stj-sobre-adriana-ancelmo-01042017>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁸ COELHO, André. *Irmão e empregados cuidam de filhos de Adriana Ancelmo enquanto ela está presa*. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/grandescoberturas/operacao-lava-jato/2017/03/25/IRMAO-E-EMPREGADOS-CUIDAM-DE-FILHOS-DE-ADRIANA-ANCELMO-ENQUANTO-ELA-ESTA-PRESA.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

³⁰ VEJA SÃO PAULO. *Mulher é presa no Aeroporto de Guarulhos com cocaína no sutiã*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/pf-cocaina-sutia-aeroporto-guarulhos>>. Acesso em: 09 abr. 2018.



influenciará no juízo de valor feito de forma individualizada sobre a ré que requer a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Cumprе ressaltar que esses dados foram colhidos a partir de uma análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema³¹, e em sede colegiada. Dos 20 acórdãos analisados, 10 versam sobre processos criminais que buscam investigar a ocorrência de supostos crimes de tráfico de drogas. Há, claramente, uma prevalência desse tipo penal, dividindo-se os demais processos em crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio, essencialmente³².

Quanto à realidade social e econômica das rés, é possível averiguar que a maioria das presas possui mais de um filho em idade alcançável pela norma legal. Além disso, é levado bastante em consideração o auxílio prestado pelos familiares, sendo que se verificado existir acolhimento material e emocional da criança, não se reconhece a existência de razões para o deferimento do benefício. Curiosamente, essa consideração não foi feita no caso da ex-primeira-dama Adriana Ancelmo, que, mesmo possuindo amplas condições de cuidar de seus filhos, contando, até mesmo, com a ajuda de familiares e empregados, ainda assim, foi agraciada pelo benefício postulado.

Ressalta-se que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (Brasília Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017), “a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014”³³. Esses números são ainda mais preocupantes ao considerar-se que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres)³⁴, ou seja, estão em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Além disso, outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico”.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 427.197*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1670693&num_registro=201703123051&data=20180214&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 92.700*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1684463&num_registro=201703211270&data=20180314&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.

³² Respondem as rés pelos crimes de latrocínio tentado, homicídio, roubo e furto.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowskil.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁴ Idem, op. cit., nota 32.



Desse modo, em sua maioria, as “selecionadas” para o cárcere brasileiro possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal (INFOPEN Mulheres - Junho de 2014)³⁵. Sem dúvida, o contexto social e econômico da ré acaba sendo determinante para a sua inserção no mundo do crime. Ato contínuo, isso é levado em consideração pelos julgadores no momento de analisar um pedido de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar, mas não de forma direta e patente.

O que ocorre é que alguns dos principais pontos de análise são: a existência de um cônjuge em idêntica situação de encarceramento, a possibilidade de prover material e emocionalmente todas as necessidades da criança e a inexistência de outros familiares que já cuidem dessa criança, dispensando assim maiores cuidados por parte da mãe. Ora, impossível ignorar que muitas mulheres presas advêm de realidades sociais e econômicas precárias e, por conta disso, pode haver, como há, um encadeamento de fatos que atua em seu desfavor no momento em que o seu pleito é analisado, mas que, se outra fosse sua situação social, lhe beneficiaria.

Nesse sentido, se uma mulher presa de poucos recursos não prova ser absolutamente necessária aos cuidados com seus filhos, ela é uma pessoa dispensável no crescimento das crianças. Igualmente, se ela possui minimamente uma estrutura de ajuda, com seus familiares ajudando a atender os interesses de suas crianças, mais uma vez, essa mulher se tornará dispensável. Por outro lado, uma presa oriunda de classe média ou alta, ainda que não prove ser essencialmente necessária ao desenvolvimento de seus filhos, e ainda que mostre possuir condições de contar com outras pessoas, é considerada indispensável para a saúde psicológica de suas crianças, o que demonstra como o contexto social-econômico da ré influencia no deferimento da medida requerida de uma forma absolutamente desigual.

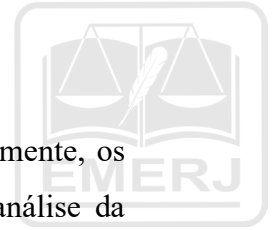
3. CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE PODEM FUNDAMENTAR AS DECISÕES SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR, SEM QUE FATORES SUBJETIVOS INFLUENCIEM NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Código de Processo Penal³⁶, ao estabelecer em seu art. 318, com redação dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016)³⁷, a possibilidade de deferimento de

³⁵Idem.

³⁶ Idem, op. cit., nota 1.

³⁷ Idem, op. cit., nota 6.



prisão domiciliar a mulheres com filhos menores de 12 anos, não trouxe, objetivamente, os critérios que devem ser levados em consideração pelos magistrados quando da análise da medida, limitando-se a orientar os juízes a exigir “prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre o tema, não traz também em suas decisões³⁸ uma homogeneidade de critérios a serem adotados. Essa constatação acaba por gerar insegurança jurídica na análise desses pedidos, tendo em vista a possibilidade de coexistirem decisões diferentes para mulheres em situações iguais. Por esse motivo, faz-se tão necessário e importante estabelecer, ainda que não em um rol taxativo³⁹, critérios mais objetivos para embasar a entrega da prestação jurisdicional.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por exemplo, ao decidir sobre o tema no Recurso em Habeas Corpus nº 90.943⁴⁰ asseverou que “(...) a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao magistrado, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida”.

Desse modo, fica claro que a análise a ser realizada pelos magistrados é de maior importância, principalmente quando o entendimento jurisprudencial⁴¹ é o de que a prisão domiciliar não representa um direito subjetivo da ré, mas sim um benefício que poderá ou não ser deferido, a depender das circunstâncias do caso concreto. Nesse mesmo sentido, ensinam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly⁴² que:

[...] Essas situações denotam um caráter humanitário de incidência da prisão domiciliar e exigem prova idônea. Contudo, a prisão domiciliar não pode ser erigida a um direito subjetivo do investigado ou acusado, bastando a evidência de suas circunstâncias fáticas para ser aplicada. A medida deve observar as regras de adequação e necessidade previstas nos incisos I e II do art. 282 do CPP. Em outras palavras, se a prisão domiciliar for insuficiente para evitar, por exemplo, a prática de outras infrações penais ou prevenir eventual fuga da pessoa, não pode ser decretada pelo juiz, que deverá determinar o recolhimento do agente em um estabelecimento penal próprio. (...). Dependendo da gravidade do crime praticado e de suas circunstâncias ou mesmo da periculosidade do agente, que pode ser integrante de uma organização criminosa, é descabida a incidência da prisão domiciliar. [...]

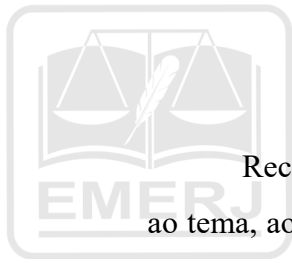
³⁸ Idem, op. cit., nota 14.

³⁹ O rol taxativo, também chamado de rol exaustivo, estabelece uma lista determinada, não dando margem a interpretações extensivas.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 90.943/PE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77832405&num_registro=201702771321&data=20171027&tipo=0>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 28.

⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207



Recentemente, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal trouxe maior clareza ao tema, ao conceder habeas corpus coletivo⁴³ em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade para substituir a prisão preventiva pela domiciliar, com exceção daquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, casos em que o juiz terá de fundamentar a negativa e informar ao Supremo a decisão. Além disso, os ministros estenderam a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência.

A referida decisão⁴⁴ trouxe significativos parâmetros a serem utilizados pelos magistrados quando da análise desses pedidos. Estabeleceu-se que todas as presas, com filhos menores de 12 anos de idade, devem ser beneficiadas pela medida, com exceção daquelas que tenham praticado crimes com violência, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas que deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes. Não obstante, ressalta-se que o fato de o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça não deveria ser decisivo para a concessão ou não da medida. Isso porque mais importante precisaria ser a análise da situação fática da criança e o quanto ela precisa que seu genitor esteja presente.

Desse modo, não basta “bom senso” ou uma inspeção subjetiva de cada caso para aplicar o benefício da prisão domiciliar. Impossível atribuir a um juízo particular o bem-estar de milhares de crianças no Brasil, quando sua saúde física e emocional são prioridades constitucionalmente estabelecidas⁴⁵. Para aplicar o art. 317, inciso V, do Código de Processo Penal⁴⁶, é necessário que os magistrados tenham em vista, principalmente, a proteção da criança, filho da ré encarcerada, com 12 anos incompletos, desde que a prisão domiciliar não ponha em risco a sociedade.

Com equilíbrio, explicam Fischer e Pacelli⁴⁷ que “a substituição da prisão por domiciliar não deverá ser automática. Deve ser aquilatada a necessidade pelo juiz de tal providência, fundamentando sobretudo em caso de indeferimento”. O indeferimento deverá ser, portanto, a

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁴ Idem, op. cit., nota 30.

⁴⁵ Art. 227, CRFB: 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁴⁶ Idem, op. cit., nota 1.

⁴⁷ FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.



exceção e não a regra. Não se pode afirmar, por outro lado, que o artigo se aplica independentemente das condições do caso concreto. Com efeito, as peculiaridades do caso são essenciais para uma decisão razoável.

É preciso, portanto, averiguar se as crianças moram com a presa. Se ela cuida delas ou se isto é feito por uma avó ou outra pessoa próxima. Em que medida sua presença na casa é positiva. Ou se essa presença é negativa para as crianças, por sua dedicação a atividades criminosas. Em suma, a análise do artigo 317, V, do Código de Processo Penal⁴⁸ não deve afastar-se da máxima que diz: “na interpretação deve sempre preferir-se a inteligência que faz sentido à que não faz”⁴⁹. É dizer, a concessão de prisão domiciliar a mulheres presas provisoriamente é, em princípio, positiva, mas, concedida ou negada, deve levar em consideração, em primeiro lugar, a situação do menor, objeto principal da proteção jurídica. E, em segundo lugar, devem ser analisadas as peculiaridades do caso concreto.

Não é possível, contudo, permitir que a situação fática da presa, por si só, impeça a concessão do benefício. A estigmatização de um crime, como o tráfico de drogas, por exemplo, não é razão suficiente para impedir que a acusada, tantas vezes inserida em contexto socioeconômico miserável, seja impedida de retornar ao seu lar para amparar seus filhos.

O principal parâmetro objetivo deverá ser sempre a análise da criança em situação de risco e a relação de dependência que ela possui com sua mãe, de cuja presença foi privada. A periculosidade do crime é, inegavelmente, importante. Contudo, é necessário que o Estado use todos os meios existentes, que estejam à sua disposição, para reinserir a presa no âmbito familiar, local em que ela poderá prestar o máximo de atenção possível a seus filhos, sem que isso caracteriza um risco à sociedade.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando do exame do benefício da prisão domiciliar não possuem critérios padronizados. Em sua maioria, as análises realizadas levam em consideração as peculiaridades de cada caso, e isso normalmente envolve aspectos como as circunstâncias individuais da presa, a eventual

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725113015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.



impossibilidade de assistência aos filhos por outras pessoas e a situação, na qual foi cometido o delito.

O que é defendido de forma uníssona pelos Ministros do Tribunal é que, apesar de prevista no Código de Processo Penal, a concessão dos benefícios às mulheres, mãe de crianças menores de 12 anos, não é considerada automática e depende da análise individual do caso de cada detenta. Nesse sentido, ressaltam os julgados que a previsão legal é de que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva e não “deverá”.

Não se deve esquecer, contudo, que ainda que sejam importantes as circunstâncias nas quais o crime foi cometido, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana e, por isso, a conclusão a que esse trabalho chegou é a de que o bem-estar do menor deveria ser o critério principal para verificação da justiça da medida.

Como anteriormente apontado, sobreveio, no curso dos estudos realizados para esse artigo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que concedeu habeas corpus coletivo em nome de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade. Os ministros, inclusive, estenderam a decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência. Nesse caso, foi decidido que a medida deveria ser aplicada a todas as mulheres do sistema carcerário, com exceção daquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, casos em que o juiz terá de fundamentar a negativa e informar ao Supremo a decisão.

Desse modo, essa decisão pode ser considerada como um novo marco para a análise dos pedidos de prisão domiciliar. Passou-se a entender que todas as mulheres do sistema carcerário devem ser beneficiadas pela medida, com exceção daquelas que tenham cometido crimes contra seus filhos ou crimes mediante violência ou grave ameaça. A primeira hipótese traz uma lógica de clareza meridiana. É patente que não pode ser beneficiada pela prisão domiciliar, que tem como finalidade proteger o crescimento saudável de crianças, aquela que cometeu ilícitos contra seus filhos.

Sobre a segunda hipótese, por outro lado, não se pode esquecer que a prisão domiciliar é medida restritiva da liberdade da acusada, mas que pode ser conciliada com outras medidas. Por isso, se a situação de vulnerabilidade da criança exigir, deveria ser considerada a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar até mesmo para uma ré que tenha cometido o crime com violência. Nessa situação, entretanto, poder-se-ia determinar, com o



monitoramento eletrônico que é inerente à prisão domiciliar, a obrigatoriedade de comparecimento periódico em juízo, sem prejuízo de outras medidas cautelares.

Neste trabalho foi aferido que, na realidade do sistema carcerário brasileiro, o maior número de mulheres presas, que estão sendo processadas, tem contra si imputado o crime de tráfico de entorpecentes. Isso representa um triste resultado da falta de oportunidade conjugada, muitas vezes, com a necessidade de sustento dessas mulheres. Obviamente, não se quer dizer que qualquer conduta criminosa seja justificável, mas é preciso refletir sobre o fato de que enquanto a mulher de classe social privilegiada, por poder pagar uma defesa técnica de excelência, quase sempre é beneficiada por essa medida, são as presas em situação econômica vulnerável que ficam sujeitas a sofrer os efeitos da discricionariedade e subjetividade das decisões que versam sobre a concessão da prisão domiciliar.

Na análise de cada caso, não basta que se verifique a conduta e a personalidade da presa, além das circunstâncias da prática do crime, mas, sobretudo, deve-se averiguar a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor. Para tanto, seria recomendável que uma equipe interprofissional pudesse avaliar as condições de vida da criança e o quanto a ausência de sua genitora poderá trazer consequências negativas em seu desenvolvimento.

A alteração e os acréscimos feitos ao art. 318 do CPP encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância". Esse deve ser o principal vetor de decisão do Superior Tribunal de Justiça, e não a situação econômica da presa ou, apenas, a análise das condições objetivas, nas quais o crime foi praticado.

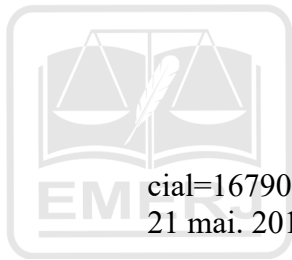
REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____, *Decreto-Lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____, *Lei n° 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 89.214*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequen>>



cial=1679094&num_registro=201702370860&data=20180308&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018

_____, Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 90.943/PE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77832405&num_registro=201702771321&data=20171027&tipo=0>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 430.212*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1687628&num_registro=201703306483&data=20180323&formato=PDF>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 433.040*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79777042&num_registro=201800063277&data=20180202&formato=PDF>.

_____, Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

COELHO, André. *Irmão e empregados cuidam de filhos de Adriana Ancelmo enquanto ela está presa*. Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/grandescoberturas/operacao-lavajato/2017/03/25/IRMAO-E-EMPREGADOS-CUIDAM-DE-FILHOS-DE-ADRIANA-ANCELMO-ENQUANTO-ELA-ESTA-PRESA.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/0704a9d9eccf5db41ec280b397a41674.pdf>>

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Prisão domiciliar de mãe de menor exige bom senso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-15/segunda-leitura-prisao-domiciliar-mae-menor-exige-bom-senso>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016*

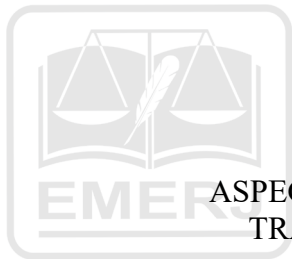
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – IFOPEN Mulheres – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 20 set. 2017.



RECONDO, Felipe. *O detalhe omitido da decisão do STJ sobre Adriana Ancelmo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-detalhe-omitido-da-decisao-do-stj-sobre-adriana-ancelmo-01042017>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

VEJA SÃO PAULO. *Mulher é presa no Aeroporto de Guarulhos com cocaína no sutiã*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/pf-cocaina-sutia-aeroporto-guarulhos>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170725113015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.



ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MULHER TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Alini de Paula Mozella

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Servidora Pública Estadual. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho busca trazer à reflexão em que hipóteses as mulheres transexuais podem figurar como vítimas do crime de feminicídio ou se elas estariam alheias ao tipo penal por não ostentarem a condição de serem portadoras do sexo feminino. Para atingir esse escopo, aborda-se a sexualidade enquanto aspecto da personalidade. Discorre-se sobre o crime de feminicídio, analisa-se a transexualidade. Pretende-se nesse trabalho aferir o conceito jurídico de mulher para fins de tutela desse tipo penal.

Palavras-chave – Direito penal. Feminicídio. Transgênero. Possibilidade de mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio.

Sumário – Introdução. 1. A concepção de feminicídio no direito brasileiro. 2. Compreendendo o transexualismo na dinâmica do feminicídio. 3. O que se entende por “mulher” no atual estágio de maturação social e jurídica? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo, como o próprio título já enuncia, analisar os aspectos controvertidos acerca da possibilidade de mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e pesquisa jurisprudencial a respeito do tema, de modo a perquirir se o princípio da legalidade estrita resultaria vulnerado com uma interpretação favorável nesse sentido, ou seja, admitindo-se que os transexuais femininos integrariam o âmbito de tutela do referido tipo penal incriminador.

A Constituição Federal preconiza como garantia fundamental o princípio da legalidade, ao dispor no artigo 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Esse preceito foi também inserido no artigo 1º do Código Penal,



considerando a magnitude e importância do tema, que deve orientar toda a aplicação da lei penal com especial atenção à taxatividade.

Sabe-se que o Direito tem, por premissa, regular os fatos sociais e que é a mais eficaz técnica para o Estado cumprir a importante missão de organizar e reger a vida em sociedade, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outros elementos discriminatórios, assim estipulado como princípio fundamental da Carta Magna no artigo 3, inciso IV.

Ocorre que em que pese a prodigalidade de leis penais, por vezes o magistrado, na sua atividade de concretização do Direito, é instado a se posicionar sobre temas cujos detalhes e minúcias não foram suficientemente contempladas em preceitos incriminadores, estando indeterminada a real dimensão e alcance do tipo penal. O que acaba por gerar intenso debate doutrinário.

Aqui repousa o ponto central do presente trabalho tendo em vista a necessidade de se perquirir qual o alcance da nomenclatura “mulher” para fins de tutela penal, mormente porque o projeto de lei que resultou na edição da lei que criou o crime de feminicídio, durante sua tramitação no Congresso Nacional, teve alterada a expressão “condição de gênero” para “condição de mulher”.

Busca-se, com esse trabalho, aferir se a substituição dos aludidos termos teria a aptidão para rechaçar o reconhecimento de que transexuais femininas seriam potenciais vítimas desse crime hediondo.

A importância desse delineamento repousa no fato de saber se a interpretação favorável a essa indagação configuraria uma analogia in malam partem ou se a hipótese subsume-se na função do magistrado de enunciar o conteúdo da norma, revelando o real sentido que o legislador quis conferir e observando, na aplicação da lei atender aos fins sociais que a norma se dirige, conforme disciplina do artigo 5 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por isso, o presente artigo objetiva apontar as correntes doutrinárias que abordam o conceito de mulher para fins de tipificação do crime de feminicídio, esclarecendo se o transgênero feminino estaria inserido nessa concepção.

No primeiro capítulo pretende-se formular uma digressão da proteção normativa diferenciada à mulher, discorrendo sobre o artigo 226, §8, da CRFB, tecendo comentários ao Decreto nº 1973/1996 que promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará.

A seguir, discorre-se sobre a Lei nº 11.340/06 e, por fim, comenta-se o PL nº 8.305/2014 que culminou com a edição da Lei nº 13.104/2015 que criou a figura do feminicídio.



Em seguida, aborda-se como a Medicina Legal compreende o transexualismo diferenciando-o do homossexualismo, travestismo, entre outros. Refere-se assuntos afetos ao gênero.

Analisa-se o conceito de mulher para fins de definição de sexo feminino. Tal apreciação se faz imperiosa na medida em que esta concepção, na vida contemporânea, tem se afastado do caráter natural, assumindo uma nova feição, forjada em fenômenos culturais que não podem ser desconsiderados pelo Direito. Adentra-se em questões controvertidas na seara jurídica.

As questões enfrentadas a seguir contribuirão para a construção de um pensamento crítico sobre o tema, além do aprimoramento do conhecimento jurídico acerca dos limites do tipo penal qualificado do feminicídio.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, incluindo autores clássicos, mas primordialmente os contemporâneos, discussões jurisprudenciais acerca de questões que tangenciam o tema e análise de casos concretos no cenário jurídico atual. O método utilizado será basicamente o empírico, com discussão de casos e análise de argumentos favoráveis e contrários à prevalência das posições apontadas.

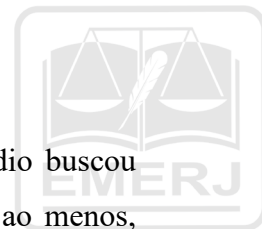
1. A CONCEPÇÃO DE FEMINICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

A violência contra as mulheres é um dos assuntos mais debatidos mundialmente. Trata-se de um fenômeno social que galgou grande visibilidade nos últimos anos, especialmente pela constatação de que esse tipo de violência existe em todos os níveis da sociedade, sem distinção de posição social, econômica ou grau de instrução dos agressores ou agressoras e agredidas.

Conforme estatísticas oficiais dos estados¹, uma mulher é assassinada a cada hora, no Brasil. Em 2017, foram 4.473 mortes. Destas, 946 foram resultado de feminicídio, casos de mulheres mortas por crime de ódio pela condição de gênero.

Em razão do efeito devastador dessa espécie de violência sobre a dignidade humana, verifica-se mundialmente a adoção de políticas públicas no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher em suas múltiplas tipologias, quais seja, violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral.

¹ EMERJ. *Emerj promoverá encontro para combater medidas de proteção à mulher*. Disponível em: < [http : //www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html) >. Acesso em: 13 ago. 2018.



Essa realidade é tão latente que a lei que instituiu o crime de feminicídio buscou recrudescer o tratamento dispensado aos infratores com o escopo de aplacar ou, ao menos, reduzir índices tão alarmantes de assassinatos contra mulheres, legalmente e jurisprudencialmente reconhecida como vulneráveis frente aos agressores. Afirmção que pode ser corroborada por trecho do voto do Relator Marco Aurélio, Ministro do STF, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 19²:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

A violência se desenvolve nos mais diversos ambientes: lar, seio familiar, relação íntima de afeto (independente de coabitação). A violência apresenta um padrão cíclico denominado de “ciclo de violência doméstica”, constituído por três fase: fase da tensão, fase de explosão e fase da lua de mel.

A fase da tensão revela-se no semblante do agressor, em seu tom de voz, tratamento ríspido, hostil e na comunicação como ataques e insinuações. Por isso se diz que a tensão é visível e notória.

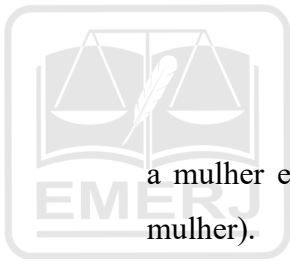
A fase da explosão contempla a ira, reações desproporcionais sem causas aparentes e agressões físicas. Em seguida, vislumbra-se a fase da lua de mel na qual se verifica uma manipulação afetiva com pedidos de desculpas, promessas, declarações de amor, etc.

Embora denominada de lua de mel esta fase não denota o fim da violência como normalmente supõe ou deseja a vítima, mas intensifica o ciclo que comumente se torna rotineiro com intervalo entre as fases ficando mais curtas e a violência mais intensa. Instala-se, assim o chamado “Ciclo Espiral Ascendente de violência”.

Em que pese a tutela legislativa a este tipo de agressão ser um processo recente, historicamente discriminada, a mulher comumente era submetida a maus tratos, configurando-se o que Lei nº 11.340/06³ denominou de violência de gênero, situação que resulta sempre que

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://re.dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497> >. Acesso em: 13 ago. 2018.

³ Idem. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/_ato/2004-2006/2006/lei/111343.htm >. Acesso em: 20 ago. 2018.



a mulher encontra-se em posição de inferioridade em relação ao agressor (seja homem ou mulher).

Transcorridos quase dez anos após a edição da aludida lei, foi criado em 2015 a figura típica denominada de feminicídio, buscando incrementar a proteção da mulher vítima e encrudescer o tratamento dispensado aos agressores.

O feminicídio pode ser definido como crime de homicídio doloso cometido contra mulher por razões de condição de sexo feminino. Tal nomenclatura foi concebida no Projeto de Lei nº 8.305/2014⁴ que resultou na Lei nº 13.104/15⁵, a qual incluiu este tipo penal qualificado no Código Penal, que o disciplina no artigo 121, §2, inciso VI⁶.

O artigo 121, §2-A do Código Penal⁷ consiste numa norma explicativa e afirma que há razões de sexo feminino quando o delito envolver violência doméstica e familiar ou então se o crime contra a vida for praticado em situação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Somente nessas duas hipóteses o homicídio doloso irá se caracterizar como feminicídio.

A doutrina⁸ afirma haver distinção entre as expressões feminicídio e femicídio. Embora as duas palavras sejam designativas de crime contra a mulher, apenas no feminicídio o sujeito ativo se inspiraria em razões da condição do sexo feminino. O feminicídio tem como pressuposto a violência baseada no gênero, assim consideradas as agressões que tenham por escopo a opressão à mulher.

Ao passo que a nomenclatura femicídio consistiria em crime praticado contra a mulher, sem qualquer motivação especial. Em suma, tal expressão será aplicada frente à ausência de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Conforme diferencia a autora Adriana Ramos de Mello⁹, em obra específica sobre o tema, as expressões femicídio e feminicídio resultam de um tronco comum: a expressão inglesa *femicide*, traduzida para o espanhol. Essa diferenciação tem sido motivo de grande controvérsia doutrinária, não havendo consenso sobre o conteúdo de cada um deles.

Assim retrata em sua obra literária¹⁰:

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: < www.camara.gov.br/sileg/integras/1297584.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁵ Idem. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁶ Idem. *Código Penal*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁷ Ibidem.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 65.

⁹ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 22.

¹⁰ Ibidem.

As autoras que utilizam o termo ‘femicídio’ justificam normalmente pela tradução direta do conceito elaborado por Russel. Por outro lado, quem considera que a tradução correta de femicide é ‘feminicídio’ invoca tanto razões formais ou linguísticas como razões de fundo pragmático, político ou social.

Embora a Constituição Federal ¹¹no artigo 5, inciso I confira tratamento equivalente a homens e mulheres, alocando-os em posição simétrica ao dizer expressamente que são “iguais”, essa paridade não se sustenta quando o assunto é violência. Em termos estatísticos é comprovado que muitas mulheres são subjugadas e mortas por agressores homens, demonstrando que a norma encontra-se em descompasso com a realidade fática. Embora juridicamente seja uma norma de eficácia plena, no viés prático ela se apresenta como uma norma de eficácia programática na medida em que essa igualdade é um ideal a ser alcançado.

Por essa razão despertou-se a necessidade de se criar meios que pudessem coibir esse tipo de criminalidade. O legislador seguiu a “tendência mundial e estabeleceu uma ação afirmativa em prol das mulheres, historicamente submetidas ao domínio e imposição dos homens, daí decorrendo abusos, sofrimentos e humilhações das mais variadas espécies”.¹²

De antemão, pode-se afirmar que tal qualificadora, que ostenta a natureza de subjetiva, já que relacionada à motivação do agente, é constitucional. O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADC 19/DF¹³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em sessão plenária do dia 09.02.2012, posicionou-se pela compatibilidade da Lei nº 11.340/06¹⁴, cujos fundamentos são idênticos ao da qualificadora do feminicídio.

Assim, a Corte Máxima entendeu que o tratamento legislativo diferenciado entre os gêneros homem e mulher se compatibiliza com a Constituição Federal, já que lastreada na necessidade de proteção contundente à mulher ante suas peculiaridades físicas e morais. Portanto, o critério da discriminação é objetivo na medida que busca uma igualdade no plano material já que a igualdade formal demonstrou ser insuficiente para rechaçar a violência contra as mulheres.

Muitos doutrinadores¹⁵ criticaram a inserção desta qualificadora no Código Penal sob o fundamento de que se trataria de uma manifestação simbólica do Direito Penal uma vez que as condutas disciplinadas no delito de feminicídio já estariam abarcadas em alguma outra

¹¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.ht>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 10. ed.V.2. São Paulo: Método, 2017, p. 47.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁴ Idem. op. cit., nota 3.

¹⁵ MASSON, op. cit., p. 46.



qualificadora do crime de homicídio, notadamente porque matar mulher por razões de gênero seria homicídio qualificado por motivação torpe.

A par dessa crítica, que, aliás, deve ser rechaçada uma vez que o Poder Legislativo não pode ficar de olhos vendados diante de assombrosa realidade, a violência contra a mulher é indiscutivelmente uma forma de violação ao direitos humanos e isso justifica a evolução legislativa no intuito de coibir essa forma de violência.

No plano internacional foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecido como “Convenção de Belém do Pará”, concluída em 09 de junho de 1994. Esse importante diploma legislativo foi ratificado pelo Brasil em 27.11.1995 e internalizado ao direito pátrio por intermédio Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.¹⁶

No que diz respeito ao âmbito de incidência merece destaque as seguintes normas da aludida Convenção¹⁷:

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a) ocorrido no âmbito da família ou unidade domestica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo- se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agente, onde quer que ocorra.

Nota-se que o artigo primeiro da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher refere-se à violência como qualquer ato ou conduta baseada no “gênero”. O Projeto de Lei 8.305/14¹⁸ adotava a terminologia “razões de gênero”, mas durante a tramitação legislativa que resultou na Lei nº 13.104/2015¹⁹ essa expressão foi substituída por “razões de condição de sexo feminino”.

¹⁶ BRASIL. *Decreto n° 1973*, de 01 de agosto de 1966. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.Action?Id=12200>>. Acesso em: 28 mai.2017.

¹⁷ Idem. op. cit., nota 16.

¹⁸ Idem. op. cit., nota 4.

¹⁹ Idem. op. cit., nota 5.



Para alguns doutrinadores²⁰ essa substituição teria sido fruto de uma manobra política com a finalidade de excluir os transexuais da tutela do feminicídio, o que será melhor abordado no decorrer nos capítulos seguintes.

Posteriormente adveio a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006²¹, conhecida como Lei Maria da Penha cuja proposta foi criar mecanismos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, como a criação dos juizados de Violência Doméstica e Familiar e o recrudescimento de normas processuais.

Importa destacar que essa lei não criou novos crimes. Na esfera penal ela limitou-se a definir um tratamento mais rigoroso à lesão corporal leve (artigo 129, §§ 9 e 11)²², ao estabelecer que ação penal seria de iniciativa pública incondicionada. Ao passo que se vítima não for mulher inserida nas condições do artigo 5º da Lei 11.340/06²³, a ação penal dependerá de representação da vítima (artigo 88 da Lei 9099/90)²⁴.

A grande contribuição dessa lei foram as medidas protetivas em prol da mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Essa inovação legislativa à época foi importante e resultou num melhor aparelhamento estatal como a criação de Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM) e Núcleo Especial de Direito da Mulher (NUDEM), no âmbito da Defensoria Pública, ambas no estado do Rio de Janeiro.

A Lei Maria da Penha foi um importante marco no combate à violência de gênero. Todavia, o tempo demonstrou ser insuficiente na tutela desse direito, considerando que milhares de mulheres continuaram sendo agredidas e, por vezes, assassinadas. Atento a isso, o legislador editou a Lei nº 13.104/15²⁵ criando a figura típica do feminicídio que sendo uma figura do crime de homicídio implica em tratamento de crime hediondo com todos os seus consectários legais (crime insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança, prisão temporária com prazo mais elástico, além de critérios mais rígidos para progressão de regime e livramento condicional).

²⁰ MASSON, op. cit, p. 41.

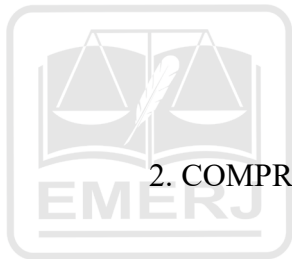
²¹ BRASIL. op. cit., nota 3.

²² Idem. op. cit., nota 6.

²³ Idem. op. cit., nota 3.

²⁴ Idem. *Lei 9099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ Idem. op. cit., nota 5.



2. COMPREENDENDO O TRANSEXUALISMO NA DINÂMICA DO FEMINICÍDIO

Sabe-se que no mundo contemporâneo (pós-moderno) não só o conceito de família, mas o próprio conceito de mulher está assumindo novos contornos. Percebe-se a evidente necessidade de se olhar para o conceito de mulher não apenas sob a ótica natural.

A evolução cultural, os avanços tecnológicos e valorização do aspecto psíquico dos indivíduos, bem como o reconhecimento de seu direito à busca da felicidade são assuntos a serem refletidos, porque o Direito não pode ficar alheio à esta realidade.

O que se defende aqui pode ser corroborado pelos dizeres do Ministro Celso de Mello em seu voto no recente julgamento da ADI 4275²⁶ na qual se pleiteava interpretação conforme à Constituição do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973²⁷ no sentido de se viabilizar a alteração do prenome social dos transexuais no registro civil²⁸:

O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. [...]

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

É necessário, portanto, transcender a uma análise meramente natural tendo em vista o avanço do processo civilizatório. Emerge de toda essa evolução a consagração de uma nova concepção de mulher, que não deve ser restrita ao sexo feminino, mas ao gênero feminino.

O gênero se traduz numa expressão da personalidade, sendo, portanto um direito fundamental que deve ser norteado pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana. Tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero constituem parte essencial da personalidade de qualquer pessoa. Dessa forma, qualificam-se em uma tríplice dimensão: direito da personalidade, direito fundamental e direito humano.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

²⁷ Idem. *Lei 6015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²⁸ Idem. op. cit., nota 26.

O objeto da nossa análise repousa não na orientação sexual (heterossexual ou homossexual), mas na apreciação do gênero, em especial, o que se compreende por gênero feminino.

Mas para a adequada abordagem do tema que aqui se propõe é necessário fixarmos as balizas corretas no tocante à terminologia própria, para não sermos induzidos ao equívoco de confundir expressões distintas ontologicamente.

A transexualidade diverge tanto da homossexualidade (delimitação de orientação sexual), quanto o conceito de travesti (que tem aceitação pela genitália do sexo biológico do qual é portador). Estabelecidas essas premissas iniciais, vejamos à primorosa explicação de Maria Berenice Dias²⁹:

A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar – hormonal e cirurgicamente – o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário. [...] Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo.

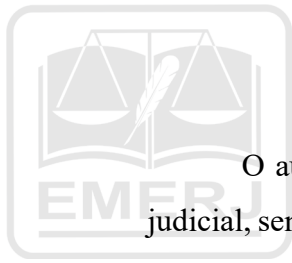
Estabelecidas essas distinções vamos nos concentrar na transexualidade, que possui duas acepções: a biomédica e a social. Do ponto de vista social a transexualidade consiste no direito inato e fundamental de qualquer indivíduo se autodeterminar, mormente após o reconhecimento do direito à busca da felicidade como direito constitucional implícito. Mas sob o ângulo biomédico ela é definida como um distúrbio de identidade de gênero.

O autor Delton Croce e Delton Croce Júnior³⁰, em seu Manual de Medicina Legal, ao tratar de psicopatológica forense, aduz que a expressão transexualismo foi cunhada pelo médico psiquiatra Harry Benjamim. Segundo ele, “o transexual é alguém que se identifica com o sexo oposto, negando a assumir a identidade de seu verdadeiro sexo anatômico. Busca cirurgia de reajustamento sexual a fim de poder assumir o seu verdadeiro gênero”³¹.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.269.

³⁰ CROCCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 718.

³¹ BENJAMIM apud ibidem. p. 719.



O autor³² reforça seu argumento aduzindo que a cirurgia não depende de autorização judicial, sendo a análise estritamente médica de sua necessidade e conveniência para o paciente. O cirurgião age pautado pelo escopo de proporcionar ao transexual uma vida num estágio superior de felicidade.

Tudo aqui explanado é consentâneo com o conceito de saúde para a OMS³³. Somente se concebe um ser como saudável quando há interação entre o biológico, psicológico e o social. Saúde configura o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Há que existir essa confluência. Assim, completamente ultrapassado a acepção de saúde adstrito somente ao bem estar-físico.

3. O QUE SE ENTENDE POR MULHER NO ATUAL ESTÁGIO DE MATURAÇÃO SOCIAL E JURÍDICA?

Sabe-se que o crime de feminicídio contempla como vítima potencial a mulher. Mas não basta isso. A lei penal incriminadora³⁴ especifica que a morte dessa mulher se deu em virtude dela ostentar a condição de pertencer ao sexo feminino.

O parágrafo segundo especifica que entende-se que há razões de condições de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica ou familiar (situações regidas pela Lei nº 11.340/06³⁵) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Ontologicamente, o sexo de um indivíduo sempre foi compreendido como um conjunto de características estruturais e funcionais segundo os quais um ser vivo é classificado como macho ou fêmea.

A dicotomia designativa do sexo masculino e feminino entre os mamíferos decorre, em princípio, pela diferenciação sexual de gametas respectivamente masculino (cromossomos XY) e feminino (cromossomos XX).

A Organização Mundial da Saúde (OMS)³⁶ afirma igualmente que "sexo refere-se à características biológicas e fisiológicas que definem homens e mulheres "e que "homem e mulher são categorias sexuais".

³² CROCCE, op. cit., p. 719.

³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Saúde*. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁵ Idem. op. cit., nota 3.

³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. op. cit., nota 33.

É ultrapassado a consideração de que o sexo seria apenas uma questão de biologia e algo alheio à construção social ou cultural. O que se indaga é: será que atualmente o sexo é uma construção puramente biológica?

Já há algum tempo se critica³⁷ a dicotomia macho versus fêmea. Argumenta-se que há uma miríade de sexos entre os dois extremos do sexo masculino e feminino. Defende-se que o sexo é construído socialmente, porque a natureza não tem o condão de decidir sobre quem é visto como um macho ou fêmea fisicamente.

Pode-se dizer, então, que as características do sexo (feminino ou masculino) extrapolam o sexo natural. É um conceito muito mais abrangente porque abarca não apenas os aspectos biológicos, mas também comportamentais, ações e aparência estética de homem ou mulher.

Nessa perspectiva pode-se afirmar que o sexo é um aspecto socialmente construído, porque os códigos ou signos de feminilidade e masculinidade são escolhidos e considerados aptos pela sociedade para o uso social. Ou seja, apresentam uma nuance socialmente projetada, que não se restringe ao conjunto de qualidades essencializadas com base no sexo biológico de alguém.

Nesse sentido o questionamento que se faz é se uma transgênero que se apresenta como mulher, é visto socialmente como tal, caso eventualmente venha a figurar como vítima num crime contra a vida e que satisfaça todas as condicionantes do artigo 121, §1, VI, do CP³⁸, o autor desse delito poderia ser responsabilizado criminalmente pelo crime de feminicídio?

Em outras palavras, o que deve preponderar: o aspecto biológico e cromossômico ou o “sexo social”³⁹? Isso feriria o princípio da taxatividade, qualificando-se como uma interpretação analógica em desfavor do réu?

Há basicamente três posições doutrinárias que se destinam a identificar o que se compreende por mulher com vistas à aplicação da qualificadora do feminicídio: critério biológico, critério jurídico-cível e critério psicológico.

O critério biológico, adotado por Francisco Dirceu Barros⁴⁰, restringe-se à concepção genética ou cromossômica da mulher. Assim, ainda que um transgênero tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual, alterando sua estética, conservaria sua concepção genética,

³⁷ PASSOS, Lucas. *Dicotomia sexo/gênero*. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/dicotomia-sexo-genero/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁹ Aqui compreendido como a pessoa se apresenta e busca ser reconhecida socialmente.

⁴⁰ BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 20 jun. 2018.



sendo inaplicável a qualificadora do feminicídio. Essa corrente restringe-se ao conceito natural de mulher.

Uma segunda orientação doutrinária, defendida por Rogério Greco⁴¹, sustenta que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil (critério jurídico cível). Nesse compasso, havendo alteração para o designativo de sexo feminino no registro de nascimento, tem-se um novo conceito de mulher. Assim sendo, apresentando a pessoa um conceito jurídico de mulher, o agressor do transgênero poderá ser responsabilizado pelo crime de feminicídio, desde que satisfaça as demais elementares do tipo.

Por fim, a terceira posição é defendida pela autora Adriana Ramos de Mello⁴² e aborda o critério psicológico de mulher. Para a autora, deve-se considerar o critério biológico, mas sem se afastar dos aspectos psíquicos ou comportamentais. Nessa linha de intelecção, independente se a pessoa se submeteu ou não à cirurgia de redesignação de gênero, caso venha a se apresentar como mulher, poderá ser aplicada ao seu agressor a qualificadora do feminicídio, ainda que a vítima não tenha nascido com o sexo biológico feminino.

CONCLUSÃO

A violência contra as mulheres é um fenômeno social que se irradia no mundo todo. Atentos a esse fato, no plano internacional foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecido como “Convenção de Belém do Pará”.

A taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo. Trata-se de um dado alarmante, mas que reflete a realidade brasileira. Com a Lei nº13.104, aprovada em 2015, o crime de feminicídio passou a constar no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher refere-se à violência como qualquer ato ou conduta baseada no “gênero”. O Projeto de Lei 8.305/14 que culminou com a edição da Lei nº 13.104/15 (que criou a figura típica do feminicídio) adotava a terminologia “razões de gênero”. Porém, durante a tramitação legislativa essa expressão foi substituída por razões de condição de “sexo feminino”.

⁴¹ GRECO apud op. cit., nota 40.

⁴² MELLO, op. cit., p. 141.



Essa modificação ensejou diversas controvérsias na comunidade jurídica. Discute-se, portanto, se a referida alteração teria o condão de excluir os transgêneros femininos do núcleo de tutela do feminicídio.

A mulher transexual é aquela que se identifica como sendo do sexo e gênero femininos, embora exista contradição com os aspectos genéticos. Em virtude dessa incongruência, ela reivindica o reconhecimento social e legal como pertencente ao sexo feminino uma vez que possui aparência, nome e comportamentos femininos.

Embora existam entendimentos no sentido de que as mulheres transexuais não poderiam ser vítima do crime de feminicídio por não ostentarem o sexo genético de mulher, a posição que se defende é no sentido de mulheres transexuais podem ser vítimas do crime desse crime sem que isso implique violação ao princípio da legalidade.

Na atual conjuntura social, o conceito que os operadores do Direito tem sobre sexo feminino não pode se restringir aos aspectos genéticos na medida em que há uma série de fatores que transcendem a ele.

Deve-se dar primazia à interpretação mais consentânea com a realidade em que vivemos. A concepção de mulher, na vida contemporânea, tem se afastado do caráter natural, assumindo uma nova feição, forjada em fenômenos culturais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se um transexual feminino pode ser vítima do crime de feminicídio porque o conceito de mulher suplantou uma análise meramente restritiva da dimensão biológica do ser. Há outros fatores a serem sopesados para se afirmar o sexo do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia*: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar.2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.



_____. *Decreto nº 1973*, de 01 de agosto de 1966. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislação/Lista_Texto_Integral.Action?Id=12200>. Acesso em: 28 mai.2017.

_____. *Lei 6015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. *Lei 9099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/1297584.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CROCCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, ano 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal -Parte Especial*. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EMERJ. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html>. Acesso em: 13 ago. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 10. ed. v.2. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Saúde*. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PASSOS, Lucas. *Dicotomia sexo/gênero*. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/dicotomia-sexogenero/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.



A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Amanda Loio Vaz Paolini

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro empreende esforços para combater a violência de gênero, os quais tiveram o seu ápice com a edição da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Contudo, mesmo com a responsabilização do agressor na seara penal, não raras vezes a sentença condenatória não representa o fim das agressões. Diferentemente, é comum que elas persistam no pós-condenatório, não havendo a quebra do "ciclo da violência", efetivamente porque se trata de uma questão complexa, que envolve sentimentos, família, dependência econômica, etc. A essência do trabalho é, portanto, perquirir a possibilidade de instituição de uma Justiça Restaurativa neste contexto, bem como averiguar se essa implementação poderá resultar em um mecanismo alternativo de resolução de conflitos, de forma a trazer maior efetividade à tutela jurisdicional, contribuindo assim para dar eficácia real ao comando constitucional insculpido no art. 5º, caput e inciso I da CRFB, sem, contudo, implicar em sensação de impunidade no seio social.

Palavras-chave – Direito de Penal. Lei Maria da Penha. Justiça Restaurativa. Violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sumário – Introdução. 1. Mecanismos alternativos ao tradicional modelo punitivista: ilusão ou solução? 2. Um novo olhar sobre a violência doméstica e os primeiros passos da aplicação da Justiça Restaurativa ao sistema penal brasileiro. 3. Desafios à implantação de um sistema restaurativo no âmbito dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Historicamente a mulher sempre foi subjugada à condição de mero objeto de propriedade homem. Felizmente, a sociedade tem evoluído no sentido de reconhecer a figura feminina como sujeito de direitos, bem como buscado dar efetividade real à igualdade entre os gêneros assegurada pela CRFB. Nada obstante, ainda é comum a discriminação da mulher por condições de gênero e, em casos mais extremos, a violência doméstica e familiar contra ela, o que se deve principalmente ao fato de os aspectos socioculturais não acompanharem fielmente a evolução jurídica observada nesta temática.

No cenário jurídico, paulatinamente foram crescendo as ações de combate à violência de gênero, as quais tiveram o seu ápice com a edição da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, importante instrumento utilizado pela



justiça comum no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, mesmo com a responsabilização do agressor na seara penal, não raras vezes a sentença condenatória não representa o fim das agressões, pois a prática demonstra que frequentemente elas persistem no pós-condenatório, não havendo a quebra do "ciclo da violência", efetivamente porque se trata de uma questão complexa, que envolve sentimentos, família, dependência econômica, etc.

É nesse contexto que o presente trabalho busca focar a temática da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, de forma a trazer maior efetividade à tutela jurisdicional, contribuindo assim para dar eficácia real ao comando constitucional insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I da CRFB, na medida em que aquela surge na atualidade como uma proposta alternativa de resolução de conflitos, centrada muito mais na reparação do dano do que na punição propriamente dita do agressor, embora esta última não seja menosprezada.

Desse modo, no capítulo que inaugura o estudo é feita uma breve análise sobre se a implementação de mecanismos alternativos ao tradicional modelo punitivista pode trazer reais benefícios à sociedade no sentido de diminuir os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, em especial os de reincidência, ou, ao revés, se a sua implementação não acarretaria tão somente o aumento da sensação de impunidade, contribuindo para o aumento da violência, em sentido diametralmente oposto.

Ato contínuo, no segundo capítulo avalia-se em que medida a Justiça Restaurativa se mostra como um novo modelo de resolução de lides capaz de atingir determinados níveis de profundidade nos conflitos geradores de problemas sociais que a justiça comum não alcança, contribuindo assim para dar maior efetividade à tutela jurisdicional penal sem, contudo, substituir por completo o atual modelo.

Por fim, em seu derradeiro capítulo, o trabalho busca reunir os elementos necessários para sustentar a viabilidade de aplicação dos mecanismos que compõe a Justiça Restaurativa ao cotidiano dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sem, contudo, excluir o sistema criminal tradicional, reconhecendo os eventuais desafios à popularização dessas práticas.

A pesquisa é desenvolvida a partir de uma análise geral da questão atual da violência doméstica e familiar contra a mulher afim de propor e demonstrar a viabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa à rotina dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, aplicando-se, para tanto, o método hipotético-dedutivo, partindo-se de



premissas juridicamente viáveis e chegando-se a conclusões que possam contribuir para um olhar inovador sobre o tema. Nesse passo, o trabalho vale-se de ampla bibliografia, associada à análise da legislação e jurisprudência atinentes ao tema, qualificando os dados colhidos de modo a embasar ou rejeitar suas proposituras, aplicando assim o método qualitativo, o qual se mostra mais adequado ao objeto em estudo.

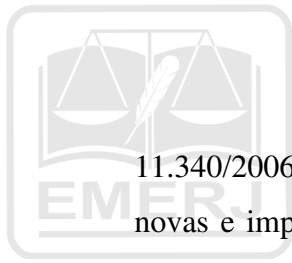
1. MECANISMOS ALTERNATIVOS AO TRADICIONAL MODELO PUNITIVISTA: ILUSÃO OU SOLUÇÃO?

A Constituição Federal de 1988, a qual tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, assegura a homens e mulheres a igualdade em direitos e obrigações em seu artigo 5º, I¹. Ocorre que, embora a Carta Política traga um rol de direitos fundamentais assegurados ao cidadão (o qual não se esgota no referido artigo 5º), a realidade prática demonstra que nem sempre esses direitos são respeitados ou garantidos, até mesmo pelo próprio Estado. Nesse largo, o poder Judiciário foi paulatinamente firmando-se como um instrumento posto à disposição do jurisdicionado para tutelar não só lesões ou ameaças de lesões à direitos, mas também como mecanismo de concretização dos direitos elencados pela Magna Carta, atuando muitas vezes de maneira ativista.

No caso específico da violência doméstica e familiar contra a mulher, observa-se que o problema tem raízes históricas fincadas na cultura patriarcal da sociedade brasileira. A mais simplista digressão histórica demonstra que a mulher sempre foi subjugada à condição de mero objeto de propriedade homem. Felizmente, esse cenário vem sendo desconstruído a medida em que pequenas vitórias vão sendo conquistadas nas batalhas diárias travadas pelas mulheres. Uma dessas conquistas foi justamente o reconhecimento da figura feminina como sujeito de direitos e a consagração do princípio da igualdade entre os gêneros no bojo da CRFB/88.

Nada obstante, dar concretude ao referido princípio constitucional ainda é uma luta em andamento, pois a simples positivação de um direito não enseja o seu imediato respeito pela sociedade. Ao revés, a desconstrução de um paradigma cultural é algo extremamente difícil. Sendo assim, na busca pela materialização do mandamento constitucional e no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, adveio a salutar edição da Lei nº

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.



11.340/2006², popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual inegavelmente deu novas e importantes armas para que o Judiciário possa batalhar ao lado das mulheres nessa guerra. Com o seu advento, "o país passou a contar com um marco legal que estabelece direitos e aponta caminhos não apenas para coibir, como para prevenir a violência doméstica e familiar"³.

Contudo, como mencionado, a mudança da realidade fática não é alcançada automaticamente com a edição de leis, de maneira que mesmo com a responsabilização do agressor na seara penal, não raras vezes a sentença condenatória não representa o fim das agressões. A prática demonstra que, pelo contrário, frequentemente tais agressões persistem no pós-condenatório. Isso porque, a simples condenação do agressor muitas vezes não tem força suficiente para quebrar o "ciclo da violência", efetivamente porque se trata de uma questão complexa, que envolve uma série de aspectos da vida da mulher: engloba seus sentimentos, sua família, uma eventual dependência econômica do agressor, etc.

Esse chamado "ciclo da violência", significa a imersão da mulher em um cenário cíclico e vicioso, em que três fases são vivenciadas pela vítima. A primeira delas seria a criação de tensões, significando que apreensões acumuladas no dia-a-dia, tais como brigas, injúrias e as ameaças tecidas pelo agressor, criam sensações de insegurança e temor na mulher. Em seguida, ocorre o indesejado ataque violento, isto é, a efetiva agressão, física e/ou psicológica, as quais, inclusive, tendem a aumentar de intensidade conforme a frequência em que o ciclo se repete⁴.

Entretanto, em que pese esse cenário tão desagradável para as mulheres, há comumente uma terceira fase, chamada de "fase da lua de mel", em que agressor e vítima se reconciliam e esta última é levada a crer em uma verdadeira mudança comportamental do primeiro, mas que evidentemente não ocorre, iniciando-se novamente o ciclo com o passar do tempo⁵. É neste ponto - da lua de mel - em que repousa a maior dificuldade de penetração do Direito Penal.

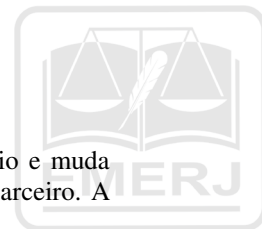
Esse ciclo foi desenvolvido por Lenore Walker, americana que entrevistou 1.500 mulheres vítimas e descobriu que a violência ocorre de uma forma cíclica, em fases

²Idem. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

³ PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE. *Caderno Especial Lei Maria da Penha: Lei Maria da Penha mudou o patamar do enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília: 2017. p. 6. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2017/06/informativo_especial_LMP_web.pdf> Acesso em: 17 set. 2017.

⁴SOS AÇÃO MULHER E FAMÍLIA. *Ciclo de Violência: Fases da Violência Doméstica*. Disponível em: <<http://www.sosmulherfamilia.org.br/ciclo-de-viol%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁵ Ibid.



que se repetem continuamente. Normalmente, a vítima retorna ao silêncio e muda seu depoimento na fase de “lua de mel”, pois acredita na mudança do parceiro. A frase “dessa vez, ele aprendeu a lição” reflete a esperança da vítima⁶.

Nota-se que o problema da violência doméstica e familiar não se resume a uma transgressão pontual do ordenamento jurídico pelo ofensor, a qual seria resolvida pela aplicação da pena. A situação mostra-se profundamente mais complexa, posto que arraigada na história e na cultura do povo brasileiro, bem como porque envolve uma série de questões que transcendem o direito e dizem respeito à vida familiar da mulher. Aliás, esse delito traz preocupantes estatísticas de reincidência. O mais preocupante é que, segundo dados levantados por Sandra Biagi⁷,

as mulheres vítimas da reincidência da violência praticadas por namorados, companheiros ou ex-companheiros somente comparecem novamente a delegacia de polícia quando da iminência de sofrerem agressões graves ou de serem assassinadas, em razão de haver um sentimento de descrédito no aparato estatal e de não conseguirem provar as ameaças de que são vítimas.

Outrossim, embora inegáveis sejam os avanços da Lei Maria da Penha na punição dos agressores, ainda há grandes problemas a serem enfrentados na prática, tendo em vista especialmente essas situações cíclicas às quais a vítima se submete e dos dados sobre reincidência, o que pode levar ao descrédito do Poder Judiciário. Ademais, com a punição penal nem sempre o agressor é retirado do convívio social e, quando o é, o encarceramento não é eterno, de modo que é inevitável o seu retorno ao convívio familiar, seja no mesmo ou em um novo núcleo. Coloca-se nesse ponto o questionamento: a simples condenação penal seria capaz de ressocializá-lo a ponto de impedir que novos cenários de agressão ocorram?

Considerando-se essa complexidade, constata-se que por mais que se envidem esforços, só o modelo tradicional do direito penal brasileiro não é e nem nunca será suficiente para alcançar-se a verdadeira paz social e erradicar a violência de gênero no país. A solução então cinge-se em o direito socorrer-se de mecanismos alternativos e do diálogo com outras fontes.

Segundo Marcelo Nalesso Salmaso⁸,

⁶ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha, o silêncio da vítima e a intrigante dúvida: por que a mulher retoma o relacionamento com o agressor?* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-o-silencio-da-vitima-e-a-intrigante-duvida-por-que-a-mulher-retoma-o-relacionamento-com-o-agressor/13967>> Acesso em: 04 set. 2017.

⁷ BIAGI, Sandra Fernandes. *Lei Maria da Penha: a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como instrumento de prevenção e combate a reincidência*. 2014. p. 28. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13099/1/2014_SandraFernandesBiagi.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁸ SALMASO, Marcelo Nalesso. *Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz*. In: *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://laboratoriodeconvivencia.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Justi%C3%A7a-Restaurativa-Horizontes-a>



o paradigma punitivo – base do Direito Penal e de tantos outros sistemas que impõem a punição como forma de resposta a um comportamento indesejado –, nesses novos tempos, mais do que nunca, vem escancarando a sua debilidade, pois não se apresenta como apto a garantir os resultados a que se propõe, quais sejam, impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições, de forma que não voltem a repetir os atos tidos por inadequados (...). O sistema punitivo também deixa de trazer qualquer reflexão aos apenados quanto ao valor da norma que foi violada e, ainda, não imprime medo, para fins de evitar outros comportamentos em desrespeito às leis, pois os índices de reincidência – de condenados que cumprem suas penas e tornam a praticar delitos – gira em torno de 70% a 80%.

O que se propala não é, pois, o abandono do sistema punitivista, o que, sem dúvidas, geraria o indesejado efeito de sensação de impunidade, e, em sentido diametralmente oposto, acabaria por incrementar a incidência da violência doméstica e não aniquilá-la. Na verdade, diante da constatação de que o sistema tradicional é deficiente - no sentido de que, sozinho, não alcança a resolução dos conflitos complexos que se instauram na seara familiar -, o que deve ocorrer é uma soma de forças: deve-se buscar, dentro e fora do direito, instrumentos que possam resolver o problema da violência em sua completude, não apenas aplicando-se o direito penal como forma de retribuição do mal feito, mas também trabalhando a regeneração do ofensor e a reestruturação da família afetada pelo problema.

Pelo exposto, mostra-se inequívoco que a implementação de mecanismos alternativos ao tradicional modelo punitivista pode trazer benefícios reais à sociedade no sentido de diminuir os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, em especial os de reincidência. Diferentemente do que se poderia pensar, a sua implementação não acarretaria o aumento da sensação de impunidade, até porque essa sensação já é experimentada pela sociedade atual, pois os agentes não se mostram amedrontados pela resposta penal. Faz-se necessário, portanto, promover inovações e a Justiça Restaurativa apresenta-se como um caminho trilhável. Tem-se assim uma verdadeira solução em mãos, que precisa, contudo, ser lapidada e aplicada. Não se trata de uma utopia. Ilusão seria seguir aplicando os mesmos métodos esperando resultados diferentes.

-partir-da-resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-225-resolu%C3%A7%C3%A3o-menor.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017. p. 19.

2. UM NOVO OLHAR SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS PRIMEIROS PASSOS DA APLICAÇÃO DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Ante os dados concretos que apontam para a insuficiência do modelo punitivista tradicional brasileiro na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher, faz-se imperioso observar esse problema social com um novo olhar, utilizando-se lentes que possibilitem enxergá-lo na sua inteira profundidade e complexidade. É nesse contexto que a Justiça Restaurativa se apresenta como um mecanismo factível e possível de ser implementado para trazer maior efetividade à resposta penal.

Sendo assim, cumpre definir as bases dessa nova visão, avaliando-se especificamente no caso da violência doméstica e familiar contra a mulher em que medida ele se mostra capaz de atingir determinados níveis de profundidade nesses conflitos que a justiça comum retributiva não alcança. Como mencionado, a Justiça Restaurativa não surge de maneira substitutiva, fagocitária ao modelo retributivo, mas sim complementar.

A contribuição que este novo paradigma pode trazer repousa no fato de que, longe de apregoar uma impunidade, na verdade ele apenas modifica as prioridades da resposta penal. A pena, como se sabe, possui tanto um viés retributivo do mal causado, como ressocializador, operando efeitos de prevenção positiva e negativa, social e individual⁹. Com a aplicação da Justiça Restaurativa, ao invés de a punibilidade do agente figurar como objetivo maior a ser perseguido, modifica-se o foco para a resolução do conflito e a reparação do dano causado¹⁰, com o intuito precípua de efetivamente pôr fim não apenas ao processo penal instaurado, mas ao problema social que lhe deu origem.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha¹¹, a Justiça restaurativa é

[...] baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade). Sustenta que, diante do crime, sua solução perpassa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (paz e hígidez das relações sociais).

Segue explicando o eminente autor, que na justiça retributiva (modelo atualmente vigente), o foco é punir o infrator e, como resposta estatal, predominam as penas privativas de

⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2014. p. 367.

¹⁰ *Ibid.*, p. 368.

¹¹ *Ibid.*



liberdade, campo fértil para penas cruéis e desumanas e em cujo processo de aplicação oferece-se pouca assistência à vítima. De outro giro, a Justiça Restaurativa, focando na reparação do dano, não elimina o viés retributivo da pena, mas dá preferência à reparação do dano e à aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade, proporcionais e humanizadas, forte especialmente em um espírito de assistir a vítima¹².

Em suma, pode-se conceituar a Justiça Restaurativa como

um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações por meio dos quais os conflitos que causam danos são solucionados de modo estruturado, com a participação da vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade, coordenados por facilitadores capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de conflitos. Tem-se como foco as necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso e o empoderamento da comunidade e sociedade¹³.

Portanto, a Justiça Restaurativa busca que não só as partes, mas a comunidade de uma maneira geral, participem de forma ativa na resolução da demanda, avaliando as causas e consequências do fato e ajudando a construir alternativas práticas que possam a um só tempo por à termo o conflito, ressarcir os prejuízos causados à vítima e evitar a reiteração daquela prática¹⁴. Não se trata, porém, de um mero acordo entre os envolvidos e a comunidade, a ser intermediado pelo Poder Judiciário. Mais do que isso, impõe-se uma discussão pautada por regras e princípios, o que demanda que se façam prévia e rotineiramente estudos, que sejam desenvolvidas técnicas e implementadas ações que possibilitem o alcance da almejada efetividade.

A chave para a adequada resolução do conflito está na análise da complexidade da causa na sua inteireza, o que não é possível de ser feito apenas com base nos conhecimentos jurídicos do magistrado. É por isso que na aplicação dessa técnica

todas as partes ligadas de alguma forma (...) passam a resolver em conjunto as consequências práticas da situação. Pessoas que estão conectadas pelo sofrimento passam a uma situação de protagonismo, avaliando as implicações do ocorrido tanto agora quanto no futuro, considerando coletivamente os meios para evitar a repetição. (...) A ideia que fortalece a prática da Justiça Restaurativa é a de promover um exercício de empatia, experimentar estar no lugar do outro, superar os preconceitos, admitir culturas e visões diversas das nossas enquanto nos relacionamos com o outro. O exercício é o de compreender que uma pessoa não é descartável porque ofendeu a comunidade, mas é uma parte da comunidade, ainda que tenha ofendido e agredido¹⁵.

¹² Ibid., p. 369.

¹³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Justiça Restaurativa do Brasil: a paz pede a palavra*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.



Empregando-se essa ideologia aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é possível, em tese, perseguir o objetivo de que o agressor, mais do que sofrer apenas a sanção penal, possa, através de um exercício de empatia, colocar-se no lugar da vítima, compreendendo que a sua condição de mulher não a faz inferior e que ela é um sujeito de direitos, merecedora de respeito em qualquer contexto, doméstico ou não. Paralelamente a isso promove-se uma desconstituição do estigma de delinquente do réu penal. Este não é mais encarado como alguém que simplesmente deve ser segregado, mas também como um sujeito de direitos que ante a prática de um ilícito penal deve reparar o dano causado e cumprir a pena imposta com o objetivo de ressocialização, afim de que se atinja o objetivo principal que é a sua reintegração novamente àquela comunidade, seja no mesmo ou em outro seio familiar.

É nessa medida que se atinge a efetividade da tutela jurisdicional penal, de maneira a não só corresponder aos anseios de justiça da vítima e da sociedade, mas também atuar no cerne da questão para evitar a reincidência e, paulatinamente, promover uma verdadeira mudança cultural na sociedade brasileira, atingindo-se o objetivo de igualdade material de gênero apregoado pela CRFB/88. Esse é o novo olhar que deve permear temática da repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Reconhece-se que alguns passos já foram dados na direção da aplicação de uma Justiça Restaurativa ao sistema penal brasileiro. Rogério Sanches aponta que "embora não represente o ideal mais puro de Justiça Restaurativa, a Lei nº 9.099/95 é um marco inicial no campo legislativo, viabilizando a nova forma de interação em torno do crime, aproximando ofendido e infrator na busca da reparação do dano"¹⁶. Para além da inovação legislativa trazida à baila pela Lei nº 9.099/95¹⁷, verifica-se que diversos Tribunais estaduais também começam a caminhar na direção da implementação das técnicas restaurativas em seus cotidianos. Pode-se dizer que, oficialmente, o Brasil tem adotado a Justiça Restaurativa desde 2005, com a implementação do projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", por meio do qual implementaram-se projetos-piloto em Porto Alegre (RS), Brasília (DF) e em São Caetano do Sul (SP)¹⁸.

O mecanismo alternativo de solução de litígios vem aos poucos ocupando lugar em outras comarcas, graças especialmente aos incentivos que vem sendo promovidos pelo

¹⁶SANCHES, op. cit. p. 369.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹⁸A PAZ que nasce de uma nova Justiça: um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Coordenação: Leoberto Brancher. p 16. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.



Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde 2010, inicialmente com ênfase em métodos de conciliação e de mediação¹⁹ e mais recentemente com a edição da Resolução N° 225 de 31 de maio de 2016, a qual "dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências"²⁰.

Impulsionados pelos incentivos do Conselho Nacional de Justiça, muitos tribunais locais tem envidado esforços para trilhar esse novo caminho de pacificação social, promovendo palestras, oficinas, mesas redondas, etc. E a plantação vem rendendo frutos antes do esperado, pois mesmo ainda com a aplicação tímida dos princípios e metodologias da Justiça Restaurativa, histórias de sucesso já têm sido relatadas, em especial no campo do direito das famílias, campo fértil para essa sementeira. Cita-se, por exemplo, a emblemática situação conhecida como "o Caso do Corrimão"²¹, apelido dado a um caso concreto que envolveu não só a temática da violência familiar contra a mulher mas também questões relativas ao direito da criança e do adolescente, e que ilustra bem como esse modelo de justiça consegue descer a minúcias inatingíveis pela tradicional justiça retributiva comum, de fato resolvendo o conflito social em sua extensão e profundidade:

Um homem beberrão e violento, uma mulher sozinha, três filhos reféns da perturbação familiar. Um novo registro policial, e agora uma medida baseada na Lei Maria da Penha afasta o marido do lar. Um ano depois a mulher, em depressão profunda, acabou internada numa clínica psiquiátrica. Em razão disso as crianças foram recolhidas a uma instituição de abrigo, e o caso foi remetido para um procedimento restaurativo pelo Juizado da Infância. Durante sete meses foram realizados vários Círculos Restaurativos envolvendo a mãe, pai, avós, tios e profissionais das redes sociais. Desde o princípio a mulher deixou claro que não queria que o marido fosse afastado da família. Apenas queria que ele não bebesse, fizesse um tratamento e tomasse os remédios para evitar os comportamentos violentos. Revelações como essa, ou que o alcoolismo e a violência se repetiam na família ao longo das gerações, foram trazidas ao longo de diálogos e reflexões intensos, e antecederam os acordos. No percurso, os avós assumiram as crianças temporariamente, tirando-as do abrigo. O casal se reconciliou, o homem parou de beber, dedicou-se ao tratamento, reorganizaram as finanças da família e concluíram as reformas do sobrado ainda em construção para receberem os filhos de volta. Construir um corrimão para proteger as crianças na escadaria da casa era o último item do acordo, que foi cumprido à risca. Em audiência, chorando, o homem desabafou ao Juiz: "se a gente tivesse a chance de conversar desse jeito desde o começo, não precisaríamos passar tudo isso que a gente passou, esse sofrimento todo". De fato, os encontros restaurativos foram o corrimão que faltava para as pessoas subirem esse degrau da construção da paz em família.

Influi-se do exposto que a Justiça Restaurativa não só é viável como já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Um novo olhar sobre a violência doméstica não

¹⁹Ibid., p. 14.

²⁰BRASIL. *Resolução n° 225*, do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²¹A PAZ que nasce de uma nova Justiça, op. cit., p 12.



é apenas necessário, como as lentes disponíveis para tanto já estão cunhadas e os primeiros passos foram dados na direção da construção de uma justiça mais efetiva e verdadeiramente pacificadora. É preciso agora trabalho, suor e coragem para vencer os desafios que envolvem a consolidação desse sistema no direito pátrio, afim de não voltar à cegueira do ponto de partida.

3. DESAFIOS À IMPLANTAÇÃO DE UM SISTEMA RESTAURATIVO NO ÂMBITO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Viu-se que a Justiça Restaurativa, ainda que lentamente, caminha para ser uma realidade mais presente no cotidiano dos Tribunais brasileiros. No campo da violência doméstica e familiar contra a mulher essa implementação inclusive foi recentemente recomendada de maneira expressa pelo Conselho Nacional de Justiça na Carta de encerramento da XI Jornada Maria da Penha²². Nada obstante, é certo que a mudança do modelo retributivista para o modelo restaurativo representa uma grande alteração no dia a dia forense dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que não ocorrerá de maneira rápida e fácil com a simples edição de resoluções.

O primeiro desafio enfrentado pela Justiça Restaurativa já foi abordado e solucionado ao longo deste estudo. Trata-se do preconceito que gira em torno do tema. Isso porque ao se falar em meios alternativos de resolução de conflitos muitos já se fecham ao debate, pois ligam inexoravelmente o tema à impunidade, o que, viu-se, não é uma realidade. Frisa-se aqui, como já demonstrado, que os mecanismos restaurativos colocam-se como uma nova forma de enxergar e solucionar o conflito, mas que não afastam de modo algum a retribuição penal.

Para além disso, também restou consignado que, por sua própria natureza, os modelos restaurativos de justiça chamam a comunidade para a resolução do litígio. Não só a vítima e o agressor, como também seus familiares e todos que de alguma forma são atingidos pela prática do ilícito devem participar de sua solução. É nesse contexto que surge outro

²²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Restaurativa deve ser usada em caso de violência doméstica*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85293-justica-restaurativa-deve-ser-usada-para-resolver-caso-s-de-violencia-domestica>>. Acesso em: 17 jan. 2018.



desafio à sua implementação: "como criar competências e habilidades para que o cidadão investigue sua responsabilidade na construção de uma convivência mais justa e equânime?"²³

A criação dessas competências somente é possível com o auxílio de profissionais habilitados a, respeitando as individualidades de cada pessoa e de cada caso concreto, extrair essas habilidades. Isso pode ser feito, por exemplo, através da estratégia dos "círculos de resolução de conflitos". Tais círculos são dispositivos "para que todos os envolvidos compreendam um fato ou questão ocorrida, de modo a entender quais foram os impactos causados, em sua dimensão e amplitude, visando identificar formas de minimizar os danos decorrentes do ato ou conduta forma interdisciplinar"²⁴.

A dificuldade aumenta na medida em que a solução desse problema - de viabilizar à comunidade, através do emprego de instrumentos específicos, a criação de competências para a solução coletiva do litígio -, perpassa pela resolução de outro importante desafio que surge também da própria essência do modelo restaurativo. Cuida-se do fato de que o judiciário deve trabalhar auxiliado por uma equipe treinada e qualificada para atuar na mediação dos conflitos, valendo-se justamente dessas bases metodológicas próprias. Para além dos "círculos de resolução de conflitos", muitas outras técnicas auxiliarão os envolvidos na resolução da lide, tais como as "conferências de grupos familiares", a concepção da "comunicação não-violenta", a "atenção plena" (*mindfulness*²⁵), as "abordagens apreciavas", entre muitas outras^{26 27}.

Ora, a Justiça Restaurativa é muito mais do que a promoção de meros acordos entre os envolvidos e a comunidade. Trata-se de uma técnica de resolução de conflitos e mediação social e, como tal, é regida por regras e princípios próprios, demandando estudos, implementação de ações conjuntas e políticas públicas para atingir a real efetividade.

²³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, op. cit.

²⁴ NUPEMEC. *Justiça Restaurativa em contexto de violência doméstica e familiar e nas relações de vizinhança: instaurando um novo paradigma*. p. 23. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁵ Segundo Sandro Neves, especialista no tema, "Mindfulness, em português Atenção Plena, é o nome dado a um grupo de práticas cujo objetivo é desenvolver a capacidade mental de se manter a atenção deliberadamente focada em algo específico, que pode ser um dos sentidos, um sentimento, uma emoção ou um pensamento. Esse estado mental é menos propenso a devaneios e torna o indivíduo mais presente e mais equilibrado em relação a sentimentos e emoções, por isso essas práticas também são usadas para o desenvolvimento da inteligência emocional". Ou seja, aplicando-se técnicas de desenvolvimento da inteligência emocional poder-se-ia atingir de maneira mais completa e eficaz o apaziguamento de um conflito familiar e social. NEVES, Sandro. *Mindfulness: atenção plena*. Disponível em: <<https://www.sandroneves.com/mindfulness>>. Acesso em: 09 Mai. 2018.

²⁶ Ibid., p. 20.

²⁷ Essas metodologias não podem ser aplicadas sem antes avaliar-se uma etapa preparatória em que são verificados os requisitos de admissibilidade da justiça restaurativa e "a adequação do uso da metodologia ao caso e aos propósitos desejados". Ibid.



Outrossim, somente com profissionais treinados e habilitados é que podem ser extraídos os reais benefícios do sistema restaurativo.

O facilitador restaurativo deve ser capaz de estar em meio a pessoas em conflito, com os ânimos alterados, sem ser tomado por temores ou pelo risco de se deixar capturar pelas contendas, por juízos de valor, por escolhas morais e/ou de cunho religioso. Deve ter a habilidade de desenvolver múltiplas parciaisidades, que são compreendidas como a qualidade de se conectar e de desenvolver atitude empática com cada um e, ao mesmo tempo, manter a neutralidade ativa em relação a todos. Essa, aliás, pode ser reconhecida como uma das mais desafiadoras habilidades de um facilitador restaurativo, já que sabemos que a neutralidade não é da natureza humana [...] ²⁸.

Em suma, a Justiça Restaurativa reascende com seu modelo a esperança de um judiciário mais humano e efetivo na resolução de conflitos complexos, demandantes da análise conjunta de diversos fatores que corroboram para a ocorrência do conflito social. No entanto, o maior desafio da implementação de um modelo restaurativo de justiça firme e efetivo é de ordem prática: os Tribunais de Justiça necessitam ter nos juízos equipes multidisciplinares qualificadas e treinadas, isto é, aptas a colocar em prática os princípios e metodologias próprios da Justiça Restaurativa.

Atualmente, porém, a realidade brasileira evidencia a má gestão dos recursos públicos e a desigualdade entre as regiões. Aliás, esse problema já é enfrentado hoje especificamente nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, independentemente da aplicação do modelo da Justiça Restaurativa. É que em diversas localidades não há sequer a especialização de Varas para o atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar e, quando há, é comum faltarem equipes multidisciplinares para atender a esse público ²⁹. Um estudo promovido pelo Observatório para Implementação da Lei Maria da Penha ³⁰ apontou, como consequência, que

a falta de equipe multidisciplinar prejudica o atendimento das mulheres e também limita seu acesso às medidas de assistência e proteção, uma vez que cabe a estes profissionais administrar os contatos cotidianos com os serviços especializados e os programas sociais. Por outro lado, na tentativa de suprir essa lacuna, observa-se a oferta de um atendimento precarizado pela falta de profissionais habilitados para a tarefa. Além disso, naqueles locais em que existem poucos serviços para

²⁸ Ibid., p. 38.

²⁹ OBSERVATÓRIO. *Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulheres*. p. 91. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/_ARQ/Juizados%20Viol%20Domestica.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

³⁰ "O Observatório para Implementação da Lei Maria da Penha (LMP) é uma instância autônoma, da sociedade civil, que funciona através de um Consórcio formado por núcleos de pesquisa e organizações não-governamentais de todo o país, e tem por objetivo primordial acompanhar, a partir da coleta, análise e divulgação de determinadas informações, o processo de efetivação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a primeira lei federal brasileira dirigida à prevenção e ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher". OBSERVATÓRIO. *O que é o Observatório?* Disponível em: <<http://www.observe.ufba.br/observatorio>>. Acesso em: 17 jan. 2018



encaminhamento dos agressores, observa-se uma sobrecarga de trabalho nas equipes multidisciplinares, que terminam também por se responsabilizar pelos atendimentos psicoterápicos e os grupos de reflexão para as mulheres e para os agressores³¹.

Nesse ponto, o prognóstico não é positivo. Infelizmente, se grande parte das comarcas brasileiras não conta sequer com Defensorias Públicas instauradas e organizadas para atender a população^{32 33}, como esperar que os magistrados tenham à sua disposição equipes multidisciplinares treinadas e atentas com as modernas técnicas de resolução de conflitos? Esse, porém, é um problema muito mais político do que jurídico.

CONCLUSÃO

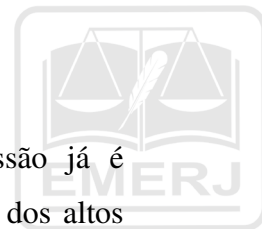
A presente pesquisa buscou averiguar a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa como mecanismo de resolução de conflitos no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. Inicialmente, apurou-se que o modelo punitivista tradicional brasileiro, calcado primordialmente na retribuição do ilícito através da penalização do infrator com a restrição de sua liberdade, não se mostra eficiente para tutelar de maneira completa os conflitos decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque, em que pese os esforços legislativos (observados especialmente a partir de 2006 com a edição da Lei Maria da Penha), o direito penal tradicional nem sempre consegue penetrar o tecido social e quebrar o "ciclo da violência", efetivamente porque se trata de uma questão complexa, que envolve mais campos do que os alcançados pelo direito posto.

A partir dessa premissa foi proposta uma reflexão acerca da viabilidade prática de implementação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos no âmbito dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em especial a chamada Justiça Restaurativa. No exercício da ponderação proposta, constatou-se que, diferentemente do que costuma apontar o senso comum, a implementação dessa alternativa não tradicional não

³¹OBSERVATÓRIO, Op. Cit.

³²PIVA, Juliana Dal. *Quando a Justiça não alcança: faltam quase 10 mil defensores públicos no Brasil*. Lupa. Rio de Janeiro. Publicado em 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/04/19/falta-defensoria-publica-brasil/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

³³Diogo Esteves e Franklyn Roger explicam que "no cenário brasileiro de profunda desigualdade social, a gradual ampliação da Defensoria Pública ainda não foi suficiente para acompanhar o crescimento da demanda populacional pelos serviços jurídicos assistenciais gratuitos. (...) Apesar da determinação constitucional de assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV), União, Estados e Distrito Federal ainda não são capazes de promover os esforços financeiros necessários à ampliação destes serviços. E, diante da contínua negativa deste direito fundamental, surgiram diversas ações ajuizadas com o propósito de obrigar Estados e Defensorias Públicas a lotarem seus membros nas comarcas onde o serviço era ausente". ESTEVES, Diogo; FRANKLYN, Roger. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



acarretaria o aumento da sensação de impunidade, muito porque essa impressão já é experimentada pela sociedade atual em decorrência das notícias de não punição e dos altos índices de reincidência criminal. Demonstrou-se com isso a necessidade de inovações no âmbito da responsabilização penal, buscando-se mecanismos que possam tratar de problemas complexos em toda a sua extensão, atingindo eficazmente a paz social.

No decorrer do segundo capítulo, esta pesquisa se propôs a aprofundar o estudo do conceito de Justiça Restaurativa e suas propostas, ao que constatou que esse método não só é uma alternativa viável, como já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ato contínuo, foi citado um exemplo prático bem sucedido de sua implementação, demonstrando-se o alcance de soluções efetivas e verdadeiramente pacificadoras.

Averiguou-se, entretanto, que a implementação concreta dessa nova realidade não depende apenas de modificações legislativas e edições de resoluções. Alguns desafios se colocam entre a teoria e a prática. O terceiro capítulo deste estudo buscou justamente abordar esses problemas. Evidenciou-se que a Justiça Restaurativa não se resume apenas à composição dos litígios, a ser chancelada pelo Poder Público, mas cuida-se, em verdade, de uma nova forma de resolução daqueles problemas, implementando-se metodologias e técnicas próprias. É por isso que se concluiu que a barreira burocrática é o principal empecilho à concretude da Justiça Restaurativa na atualidade.

Assim, além das palestras, estudos e debates, os quais tem a importante função de esclarecer o conceito da Justiça Restaurativa e desmistificar a crença de que os mecanismos alternativos de resolução de conflitos não geram a devida punição do agressor, concluiu-se ser preciso enfrentar a questão estrutural: os Tribunais de Justiça necessitam ter nos juízos equipes multidisciplinares qualificadas e treinadas, isto é, aptas a colocar em prática os princípios e metodologias próprios da Justiça Restaurativa. Ora, a violência doméstica e familiar contra a mulher é questão altamente complexa, que envolve uma gama de setores da sua vida privada e afeta outros à sua volta, bem como tem raízes na cultura patriarcal brasileira. Outrossim, se os profissionais que cuidam desses litígios no dia-a-dia forense não estiverem adequadamente treinados e alinhados com a metodologia do sistema, os benefícios propostos não serão alcançados e ainda correr-se-á o risco de agravar o problema, por exemplo, revitimizando a mulher, aumentando o repúdio da comunidade com relação ao agressor, agravando os danos, etc.

Em suma, no que concerne à Justiça Restaurativa como instituto, não restam dúvidas de que a mesma é um caminho alternativo ao tradicional, apto a promover novas formas de



apaziguamento dos conflitos sociais, devendo ser, tão logo quanto possível, implementada como mecanismo de resolução de conflitos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, ainda é preciso promover o amadurecimento das discussões sobre o tema, com enfoque principalmente na forma de implementação do sistema em todo o território nacional.

REFERÊNCIAS

A PAZ que nasce de uma nova Justiça: um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Coordenação: Leoberto Brancher. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf>. Acesso em: 17 jan. 18.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Justiça Restaurativa do Brasil: a paz pede a palavra*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 17.

BIAGI, Sandra Fernandes. *Lei Maria da Penha: a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência como instrumento de prevenção e combate a reincidência*. 2014. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13099/1/2014_SandraFernandesBiagi.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 jan. 18.

_____. *Resolução nº 225, do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 17 jan. 18.

CNJ. *Justiça Restaurativa deve ser usada em caso de violência doméstica*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85293-justica-restaurativa-deve-ser-usada-para-resolver-casos-de-violencia-domestica>>. Acesso em 17 jan. 18.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2014.

ESTEVES, Diogo; FRANKLYN, Roger. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha, o silêncio da vítima e a intrigante dúvida: por que a mulher retoma o relacionamento com o agressor?* Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-o-silencio-da-vitima-e-aintrigante-duvida-por-que-a-mulher-retoma-o-relacionamento-com-o-agressor/13967>>. Acesso em: 04 set. 2017.

NEVES, Sandro. *Mindfulness: atenção plena.* Disponível em <<https://www.sandroneves.com/mindfulness>>. Acesso em: 09 Mai. 2018.

NUPEMEC. *Justiça Restaurativa em contexto de violência doméstica e familiar e nas relações de vizinhança: instaurando um novo paradigma.* Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

OBSERVATÓRIO. *O que é o Observatório?* Disponível em <<http://www.observe.ufba.br/observatorio>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. *Os juizados de violência doméstica e familiar contra mulheres.* Disponível em <http://www.observe.ufba.br/_ARQ/Juizados%20Viol%20Domestica.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PIVA, Juliana Dal. *Quando a Justiça não alcança: faltam quase 10 mil defensores públicos no Brasil.* Lupa. Rio de Janeiro. Publicado em 19 abr. 2017. Disponível em <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/04/19/falta-defensoria-publica-brasil/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE. *Caderno Especial Lei Maria da Penha: Lei Maria da Penha mudou o patamar do enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil.* Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2017/06/informativo_especial_LMP_web.pdf> Acesso em: 17 set. 2017.

SALMASO, Marcelo Nalesso. *Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz.* In: *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225.* Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://laboratoriodeconvivencia.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Justi%C3%A7a-Restaurativa-Horizontes-a-partir-da-resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-225-resolu%C3%A7%C3%A3o-menor.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

SOS AÇÃO MULHER E FAMÍLIA. Brasil. *Ciclo de Violência: Fases da Violência Doméstica.* Disponível em: <<http://www.sosmulherfamilia.org.br/ciclo-deviol%C3%Aancia>>. Acesso em: 17 set. 2017.



ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL

Amós da Silva Bento

Graduado pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O direito à saúde é um direito fundamental que vem expresso na Constituição Federal de 1988. Com as ondas renovatórias de acesso à Justiça e o acesso mais fácil às informações, verifica-se nos últimos anos a crescente judicialização da medicina, principalmente, no que diz respeito a busca pelo acesso aos medicamentos de alto custo, também denominados de excepcionais, em razão da ineficiência estatal em dar eficácia ao direito em tela. Assim, o artigo tem por objetivo analisar a crescente demanda por essa forma de fornecimento de medicamentos, seus efeitos para os participantes da lide no judiciário e tentar visualizar e concluir por alguma forma de diminuição dessa demanda.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Direito a saúde. Medicamentos. Judicialização da medicina.

Sumário: Introdução. 1. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e a atuação estatal 2. A posição do Estado e ponderação dos interesses. 3. Efeitos da crescente judicialização da busca pelos medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz a proposta de análise de um dos direitos mais importantes previstos na Constituição Federal, qual seja, o direito à saúde estampado no artigo 196 da Constituição Federal - CRFB, mais precisamente sob a vertente do acesso à medicamentos de alto custo, ou conforme denominado pelos entes públicos, medicamentos excepcionais.

Os constitucionalistas classificam a atual constituição brasileira como dirigente, pois além de prever direitos e garantias fundamentais, fixa metas estatais. Em outros termos, prevê os direitos e determina ao Estado (União, Estados, Municípios e DF) que lhes dê eficácia.

Contudo, apesar da expressa previsão, o que se nota é uma grande ineficácia estatal, pois há pessoas que diante das dificuldades em relação ao exercício de outros direitos assegurados acabam por adoecer, algumas em situação tão grave que necessitam de medicamentos

excepcionais e que têm acesso limitado às pessoas com elevado poder aquisitivo.

Diante dessa constatação, em que o Poder Executivo se mostra ineficiente em aplicar políticas públicas de acesso a tais medicamentos, é cada vez mais crescente o número de demandas judiciais em que se pleiteia o fornecimento desses medicamentos. Cite-se como facilitador do acesso à Justiça na busca de obtenção de medicamentos as chamadas Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça, o maior acesso às informações na era digital e o fenômeno do ativismo judicial.

Para analisar o tema proposto neste artigo, será abordada doutrina e jurisprudência de forma que se consiga discutir o fenômeno da judicialização da busca por medicamentos de alta onerosidade.

O artigo, em seu primeiro capítulo, visa a abordar o direito à saúde garantido pela Constituição de 1988 e que possui reflexos nas Constituições Estaduais, abrangendo em especial o acesso à medicamentos, o direito a igualdade, o mínimo existencial e a ineficácia estatal.

Como proposta do segundo capítulo busca-se mostrar o tema em análise sob o prisma do Estado, como o Poder Executivo trata o tema e o subterfúgio utilizado para evitar gastos no fornecimento de medicamentos aos necessitados, qual seja, a alegação de que o orçamento público está atrelado a reserva do possível e a separação dos Poderes.

No terceiro capítulo serão analisados os efeitos da crescente busca dos medicamentos tendo como meio a Justiça. Os impactos das decisões no judiciário, Estado e para os pacientes que necessitam do tratamento e que passam a depender do critério judicial.

Finalmente, conclui-se que se trata de um tema de grande repercussão, sendo certo que o Estado possui o dever de prestar assistência à saúde dos seus cidadãos, no qual se inclui o atendimento às requisições de medicamentos excepcionais em razão de determinação constitucional com vistas a garantir também o direito à igualdade e o mínimo existencial.

Entretanto, sabe-se que se de um lado há o dever constitucional de prestar auxílio à saúde do cidadão, há também que se analisar esse direito sob o prisma da sociedade para evitar que ente federativo sem condições financeiras arque sozinho com tal dever.

Assim, nesse contexto, verifica-se que se o Estado atuar imerso em políticas públicas com a implantação programas de acesso aos medicamentos excepcionais por via administrativa irá facilitar a vida do cidadão que demanda celeridade na obtenção do medicamento e retirar do judiciário diversas ações que fazem desse Poder um ativista de políticas públicas.



1. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ATUAÇÃO ESTATAL

Inicialmente, antes de adentrar especificamente no tema do fornecimento de medicamentos, cabe tecer alguns parágrafos sobre o direito à saúde, o qual aquele está inserido.

A vida constitui o bem jurídico de maior relevância tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio e não menos importante há o fundamento constitucional da dignidade humana, os quais são elementos indissociáveis.

A vida e a dignidade humana estão ligadas, ainda, ao exercício dos mais diversos direitos, dentre os quais o direito fundamental à saúde.

A respeito dos direitos fundamentais, Nagibe Jorge Neto¹ esclarece que “[...] são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana [...]”

Nesse sentido, a Constituição Federal² promulgada em 1988 (CRFB), considerada por muitos doutrinadores, v.g. Alexandre de Moraes³ e Pedro Lenza⁴, como dirigente, não se furtou ao tema e trouxe em seu manto o direito fundamental à saúde nos artigos 6º e 196.

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, erigido à categoria de direito social pela Constituição Federal de 1988 que assumiu o Estado Democrático de Direito e que, apesar de ser uma norma programática (art. 196), para o Supremo Tribunal Federal⁵ é um dever solidário do Estado, que dele não pode furtar-se, devendo propiciar os mecanismos necessários ao exercício do direito à saúde. Assim, fala-se hoje em direitos por meio do Estado, ou seja, pode-se entender que o Estado é a ponte que liga o cidadão ao efetivo exercício do direito.

Além da previsão constitucional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶ adotada

¹ NAGIBE apud SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.17.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. [Livro Digital]. 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017, p.30.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96 - 98.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 550.530 AgR*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁶ Idem. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 09 out. 2017.



pelo Brasil em 10 de dezembro 1948, expressa em seu artigo 25 direitos que devem ser assegurados à todo ser humano, incluído dentre eles saúde, bem-estar, alimentação e os serviços sociais indispensáveis à vida humana.

Não bastasse, em âmbito estadual as Constituições estaduais também expressam o direito à saúde, como por exemplo a Constituição Estadual do Rio de Janeiro nos artigos 39 e 73, II.⁷

Sobre todos os comandos normativos já expostos deve-se consignar a Teoria dos 4 status do indivíduo perante o Estado de autoria de Jellinek produzida no final do século XIX que explica que o indivíduo possui 4 status perante o Estado, quais sejam (I) status passivo: em que o indivíduo é detentor de deveres para com o Estado; (II) status negativo: em que o indivíduo possui um espaço de liberdade diante das ingerências do Estado; (III) status positivo: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente e (iv) status ativo: em que o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado.⁸

No contexto do direito em tela, o Supremo Tribunal Federal⁹ entende que cabe ao Estado criar condições efetivas para o acesso à esta prerrogativa constitucional indisponível. Contudo, em que pese as ações do Estado mediante políticas públicas fornecendo hospitais, transporte para hospitais e assistência farmacêutica com a disponibilização de medicamentos ante critérios pré-estabelecidos (Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional – remédios de alto custo), isso não é suficiente e não se mostra plenamente eficaz para garantir o efetivo direito à saúde, a existência com dignidade e a igualdade, ante a sua efetivação de forma precária, pois não são raros os casos de negativa de fornecimento de medicamentos de custo elevado, assim entendido aqueles excepcionais com previsão no item 7 da Portaria MS nº 3.916/1998¹⁰ e conceituados como “utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos”.

Analisando o conceito acima exposto, nota-se que os medicamentos excepcionais têm como nota marcante a alta onerosidade. A esse respeito, insta observar que, em 2016, a renda *per capita* do brasileiro não ultrapassou 2 salários mínimos na quase totalidade dos estados e em 14

⁷ RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1989*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em: 03 mar. 2018.

⁸ LENZA, op. cit. 2012, p. 964 - 965.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 734.487 AgR*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 3.916/1988*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 03 mar. 2018.



deles não ultrapassou os mil reais mensais¹¹, o que demonstra que para o brasileiro arcar com medicamentos é altamente oneroso e se torna inviável nos casos de remédios excepcionais.

Logo, diante da dificuldade financeira para arcar com o tratamento e com a atuação precária do Estado, deve-se atentar para o prisma do status positivo da Teoria dos 4 status de Jellinek, pelo qual o ser humano pode exigir medidas que visem o pleno exercício de direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o fornecimento de medicamentos de forma gratuita para aqueles que não possuem condições econômicas de arcar com medicamentos de alto custo.

Para esses casos em que a compra de medicamentos é inviável ao paciente, o pedido de medicamentos em face do Estado que possui maior fluxo monetário torna-se necessário e demonstra a busca pelo exercício do direito constitucional à igualdade.

Contudo, registre-se que a igualdade não deve ser apenas formal, mas material que é aquela que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Quando o Estado fornece medicamentos essenciais para populações carentes vai ao encontro do texto constitucional, mas em se tratando de medicamentos de alto custo para o indivíduo o que se nota com as negativas da Administração em fornecer medicamentos é uma desigualdade material.

Nesse ponto, diante da negativa administrativa e da presença quase que invisível do Estado em vários campos sociais, deixando de prover prestações estatais que assegurem condições de existência digna, é nítida também a mácula ao mínimo existencial em que o cidadão deve ter ao menos o mínimo para viver com dignidade.

Por isso, o judiciário vem sendo cada vez mais buscado para aplicar a justiça aos casos de negativa estatal em fornecer medicamentos de alto custo. A barreira que havia quanto aos custos de acesso ao Judiciário foi superada pela primeira onda de acesso à Justiça (denominação dada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no livro “Acesso à justiça”¹²) com a atuação de advogados pagos pelo Estado - Defensorias Públicas-, pela Lei n° 1.060 de 1950¹³, hoje com tratamento dado pelo novo Código de Processo Civil de 2015 e pelo artigo 5°, LXXIV da

¹¹ IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_do_miciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31 - 49.

¹³ BRASIL. *Lei n° 1.060/1950* de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em: 03 mar. 2018.

Constituição Federal¹⁴.

Convém mencionar que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal (particular x particular) e vertical (particular x estado) que irradia sobre todos os Poderes Estatais. Dessa forma, o Judiciário em sua atuação judicante deve primar pelo atendimento aos direitos que erigem junto a vida do ser humano.

Assim, da necessidade de medicamentos de elevado custo somada à precária atuação estatal, resulta na judicialização do fornecimento de medicamentos de alto custo, que para Luiz Roberto Barroso¹⁵ consiste no tratamento, apreciação e deliberação de questões de cunho político, social e moral pelo Poder Judiciário quando levados ao judiciário pelo indivíduo.

De modo que o Judiciário com seu poder de coercibilidade vem agindo de forma crescente, intervindo nas políticas públicas e exercendo o ativismo judicial¹⁶ com o fim de assegurar, diante da análise do caso concreto e ponderação de princípios e regras, o efetivo direito ao fornecimento de medicamentos.

2. A POSIÇÃO DO ESTADO E PONDERAÇÃO DOS INTERESSES

No Capítulo 1 observa-se que o acesso aos medicamentos é um direito do cidadão, exercido por meio do Estado. Aquele pode exigir deste, medidas positivas ou negativas no sentido de lhe garantir o efetivo exercício do direito fundamental à saúde, e quando não prestadas voluntariamente, é possível ao cidadão postular judicialmente os medicamentos excepcionais.

Contudo, apesar de existirem medidas do Estado como farmácia pública ou farmácia popular para dar acesso à medicamentos essenciais às pessoas de baixa-renda, nota-se que pessoas que apresentam quadro clínico de doença crônica e que necessitam de medicamentos excepcionais vêm tendo seu direito obstado pela Administração pública.

Como se fosse uma regra, o ente federativo para justificar a negativa no fornecimento de medicamento de alto custo apresenta a teoria da reserva do possível, que o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva¹⁷ assim define:

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ SILVA, De Plácido e, 1982-1964. *Vocabulário Jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 659.



Consiste em critério hermenêutico, oriundo de decisão da Corte Constitucional Alemã que afirmou, quanto aos direitos prestacionais, em que se pode exigir a prestação de determinado serviço público, como educação, saúde e outros, que o atendimento à prestação de tais direitos ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de forma, racional, pode esperar da sociedade’ e das respectivas condições históricas.

Originalmente, a mencionada teoria foi expressa no caso *numerus clausus*, que tratava do acesso à educação em faculdade pública de medicina, sendo que estava atrelada à razoabilidade para o atendimento de necessidades pelo Estado prestacional. Contudo, ao ser inserida no Brasil ganhou feição financeira.

O Estado justifica assim a negativa alegando que o direito de obter medicação de elevado custo está submetido a observância de recursos financeiros e, por conseguinte, este poderia ou não adimplir sua obrigação perante o cidadão, a depender da situação dos cofres públicos.

Acrescenta ainda, que fornecer medicamentos de alto custo mesmo que seja a indivíduo identificado, certo, tem como efeito reverso causar prejuízo aos demais cidadãos da sociedade que ficariam sem a devida proteção estatal, uma vez que o orçamento público possui limites, e ao estar dando amparo para situação que demanda alto valor estaria deixando outros indivíduos desamparados.

Ainda sobre a teoria da reserva do possível, consigne-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, possui o seguinte verbete sumulado (241)¹⁸ que expressa “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição.”

Nota-se, assim, que a mera alegação da reserva do possível não pode fazer frente à direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, principalmente quando se tem notícias de crimes cometidos contra a Administração Pública que desviam milhares de reais.

É comum que o Estado aduza ainda que não há inércia estatal na efetivação do direito em tela, pois há listas de medicamentos excepcionais expedidas e atualizadas pelo Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais de Saúde que contêm o nome das substâncias ativas que possuem cobertura estatal. Além disso, essa lista serviria como meio de se atender a uniformização, farmacovigilância, planejamento e também aos princípios constitucionais aplicáveis à

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 241*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2018.

Administração Pública.

Contudo, muito embora exista tal lista oficial, por diversas vezes ocorre de haver a não aquisição do medicamento excepcional e o não fornecimento ao cidadão, seja em razão de não estar disponível ou pela demora nos trâmites legais de aquisição a que se sujeita o Estado. Não bastasse, há casos em que o medicamento excepcional está na lista, mas para outra doença que não a que acomete o paciente, ou seja, são situações nas quais o resultado é o mesmo: negativa do Estado.

Quanto à alegação de ausência de registro no Órgão Regulador – ANVISA, órgão que normatiza o uso de medicamentos e o setor, conforme previsão na Lei nº 6.360/1976¹⁹, é comum a negativa no fornecimento, uma vez que o Estado é responsável pela fiscalização e controle de produtos que interfiram na saúde do cidadão. Há, inclusive, como se verá no próximo capítulo, manifestação do Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário no sentido de se obstar a concessão de medicamentos sem registro no órgão regulador.

Ainda sobre este aspecto, há no país Tribunal relativizando a regra ante a necessidade premente do paciente em fazer uso do medicamento com eficácia comprovada, mas sem registro local²⁰, pois sabe-se que há casos em que a eficácia de medicamentos pode estar comprovada por grandes agências de outros países, mas por ausência de registro no órgão regulador local, não são fornecidos no Brasil.

Compreensível a regra, contudo deve-se sopesar com o direito à vida do cidadão, como feito pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

Há também a alegação de que indústrias farmacêuticas fomentariam a judicialização do acesso ao medicamento com a imposição e manutenção dos medicamentos em preços elevados, além da influência sobre médicos para adoção de determinado medicamento sempre mais caro e isso seria outro entrave para a população ter acesso direto ao medicamento excepcional sem precisar do Estado.

Noutro aspecto, é comum que o Estado levante a tese de violação a Separação dos Poderes, artigo 60, §4º III da CRFB²¹, que advém desde Aristóteles²², que visualizou a existência

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 6.360/1976* de 22 de setembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70063036537*. Relator Ricardo Moreira Lins Pastl. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172752596/agravo-de-instrumento-ai-70063036537-rs/inteiro-teor-172752606>> Acesso em: 03 mar. 2018.

²¹ BRASIL. op. cit. nota 2.



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ACESSO A MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS POR VIA JUDICIAL

Amós da Silva Bento

Rio de Janeiro
2018



juízo. Nele o Ministro Marco Aurélio que compõe o STF, em seu voto na relatoria, citou o professor Ricardo Lobo Torres para expressar que o mínimo existencial não tem previsão autônoma na Constituição, mas pode ser visualizado em diversas normas esparsas tais como os artigos 1º, 3º, 5º e 6º, e inclusive, expressa que na análise dos casos concretos, os direitos sociais merecem ser judicializáveis, independente de reservas orçamentárias, quando houver violação da dignidade humana.

Ainda no RExt mencionado, surgiu a tese pela delimitação do fornecimento de medicamentos de onerosidade alta, que deve ter presente os requisitos: imprescindibilidade do medicamento para concretização do direito à saúde e a incapacidade financeira para a aquisição. Estando presentes os dois requisitos, passível estará a tutela do mínimo existencial pelo judiciário, independentemente de custo ou lista, desde que seja seguro. Registre-se ainda, que a medicação pode ser tanto para o aumento da sobrevida quanto para melhoria da qualidade de vida em atenção a dignidade da pessoa humana.

Contudo, assevera-se tratar de voto, pendente o julgamento pela Corte Suprema.

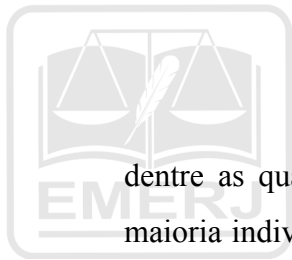
No lado contrário, acolhe-se a defesa estatal quando trata da limitação do orçamento público, sendo ele finito para cuidar de toda a população.

Finalmente, entende-se que as teses da Administração Pública são coerentes, principalmente a tese da limitação do orçamento, mas ela deveria sopesar os direitos do cidadão e reconhecer a dignidade humana e o mínimo existencial do requerente, que estão ligados intimamente com a vida e o acesso aos medicamentos de alto custo. Pois para o administrador pode ser apenas mais uma negativa, enquanto para o requerente é algo essencial, que pode não assegurar a cura, mas a manutenção da vida ou ao menos a qualidade de vida.

3. EFEITOS DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA BUSCA PELOS MEDICAMENTOS.

É nítido nos Tribunais que é grande a quantidade de demandas por assuntos relacionados à saúde e os processos de acesso aos medicamentos não fogem à essa percepção, como constatado pelo CNJ em pesquisa sobre o perfil da judicialização da saúde²⁴ entre os anos de 2011 e 2012. Eram ações que versavam predominantemente sobre formas curativas de saúde,

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa Judicialização da saúde no Brasil Dados e experiências*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018.



dentre as quais estava inserido o fornecimento de medicamentos. Eram, ainda, ações em sua maioria individuais, que concediam tutela de urgência, havia pouca menção ao CNJ, à audiência pública no STF em 2009 e aos comitês estaduais de saúde.

Perceba que antes mesmo da pesquisa o CNJ já se encontrava atento ao tema, ao ponto de no uso de seu poder normativo, expedir a Recomendação nº 31 de 30/03/2010²⁵, e recomendar aos Tribunais a adoção de medidas, como *v.g.* apoio técnico de médicos e farmacêuticos, para assim possibilitar ao magistrado uma valoração mais adequada do caso concreto; evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas exceções previstas em lei; e ouvir os gestores públicos antes de apreciar medidas de urgência, dentre outras regras.

Expediu, ainda, sua Recomendação nº 36 de 12/07/2011, que dentre outras propostas, recomendou à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e às Escolas de Magistratura Estaduais e Federais a promoção de seminários para estudo e mobilização na área de saúde.

Em outros termos, verifica-se das propostas elaboradas pelo CNJ a preocupação de que o Poder Judiciário profira decisões de cunho mais técnico, tanto em relação a qualificação do magistrado, quanto ao apoio técnico de profissionais especializados.

Como exemplo de ações de cunho auxiliar, cite-se a implantação do e-Natjus²⁶, uma plataforma digital que informa ao magistrado pareceres e fundamentos de cunho científico para influir na decisão de concessão ou não da medicação.

Além da necessidade de especialização, constata-se ainda que para o Judiciário a crescente judicialização dessa forma de dar acesso aos medicamentos implica na análise de diversos mandados de segurança e outras ações concernentes que auxiliam no atravancamento da máquina judiciária. Situação que nem mesmo o aumento de gastos com despesas de Tribunais, o que inclui contratação de agentes públicos para exercer a atividade pública, consegue amenizar a situação.

Em relação ao Estado, a recusa ou embaraço em prover a determinação do artigo 196 da Constituição Federal, tem como efeito principal a constante presença no polo passivo de

²⁵ Idem. *Recomendação nº 31 de 30/03/2010*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>> Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁶ Idem. *e-Natjus*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/e-natjus>> Acesso em: 17 mar. 2018.

demandas de fornecimento de medicação de alto custo.

Isso gera gastos desnecessários com procuradores e a movimentação de processos, pois a força de trabalho poderia estar sendo usada em outras demandas tão importantes quanto as relacionadas à saúde e que também exigem celeridade.

Dado relevante foi registrado pelo CNJ, demonstrou-se por pesquisa que no período de 8 anos (2008 a 2015) foram gastos pelo Ministério da Saúde 1 bilhão de reais somente no cumprimento de decisões judiciais para aquisição de remédios²⁷ e que quase 90% dos gastos com a judicialização refere-se aos 10 medicamentos mais caros.²⁸

Além disso, a inobservância das decisões judiciais é capaz de gerar possíveis multas em casos de descumprimento. Sobre as multas, convém mencionar que o STJ entende tratar-se de medida excepcional, em casos legitimados “para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde para o demandante”²⁹. Passível ainda de ocorrência do bloqueio das verbas públicas, uma vez que a jurisprudência pátria admite essa medida no sentido de garantir o cumprimento de decisão judicial, mesmo que ausente a previsão legal.³⁰

Outra constatação é que o Estado diante da alta demanda, através do Ministério da Saúde criou o sistema S-Codes³¹, que foi introduzido inicialmente no estado de São Paulo e que permite a apuração em tempo real com a obtenção de dados do caso, como paciente, medicamentos pretendidos, advogados, a fim de identificar as questões envolvidas na judicialização do setor no Brasil e, conseqüentemente, evitar fraudes³².

²⁷ Idem. *TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>> Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁸ Idem. *Ministério da Saúde alerta sobre os custos da judicialização*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS: 43785 GO 2013/0259813-6* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 20/03/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 27/03/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25011464/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-43785-go-2013-0259813-6-stj>> Acesso em: 15 mar. 2018.

³⁰ Idem. *AgRg no Resp nº 1469034/0174906-3* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 25/11/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 04/12/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155227179/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1469034-go-2014-0174906-3>> Acesso em: 15 mar. 2018.

³¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema S-codes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/artigos/41922-scode>> Acesso em: 18 mar. 2018.

³² SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Sistema S-codes*. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-APRESENTACAO-S-CODES-PARA-CIT.pdf> Acesso em: 18 mar. 2018.



O S-Codes na sua aplicação no estado de São Paulo produziu dados que demonstram ligeira queda na judicialização para acesso aos medicamentos em 2016 quando comparado com o ano anterior. Apesar da mínima redução, pouco mais de 300 processos dentro do estado, isso pode ser uma sinalização de que a implementação de programas de acesso extrajudicial aos medicamentos onerosos, como o Acessa SUS pode ser o caminho a ser seguido.

Acrescente-se que o caminho judicial feito pelo cidadão é capaz de gerar no administrador público a impressão de que é melhor aguardar o cidadão/paciente ou o Ministério Público requerer o acesso às medicações de alto custo por meio das ações mandamentais ou ações civis públicas no judiciário do que conceder administrativamente os remédios em demonstração à boa prestação de serviço, principalmente porque se sabe que nem todos os necessitados irão percorrer o caminho do judiciário.

Noutra ótica, é possível constatar e analisar que por vezes o custo do medicamentoso é deveras elevado e concedê-lo inadvertidamente em qualquer situação, como sugeriu o Ministro Marco Aurélio em seu voto no RE 566471, poderia ter como efeito, a depender do ente federativo, um desequilíbrio financeiro grande capaz de realmente deixar outras searas da sociedade sem a devida proteção.

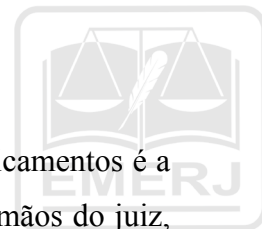
Logo, em se tratando de município demandado, a questão deve ser analisada criteriosamente, a fim de que sejam inclusos como litisconsortes passivos o Estado e a União que possuem maior aporte financeiro e a mesma obrigação constitucional.

Finalmente, a verificação dos efeitos da judicialização do procedimento de obtenção de medicamentos excepcionais atinge a figura do cidadão, persona central, que diante do drama vivido para a manutenção da vida busca o judiciário, através da Defensoria Pública ou através do Ministério Público em ação civil pública³³, para ver acalentada as suas dores.

Perceba que se trata de pessoa já abalada pelo estado de saúde e que põe a sua esperança em quaisquer medicações ou substâncias criadas pela indústria farmacêutica, mas que geralmente é a única forma de garantir a vida ou vida com qualidade.

A requisição de tratamento com tais medicamentos deve ser analisada com critério pelo magistrado e com apoio técnico com o fim de evitar fraudes e proporcionar ao requerente o

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC nº 10313110175152001 MG*. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis /8ª Câmara Cível, Data da Publicação: 19/08/2013. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116343301/apelacao-civel-ac-10313110175152001-mg>> Acesso em: 15 mar. 2018.



melhor valor de justiça, pois o efeito principal da judicialização do acesso aos medicamentos é a manutenção ou não da saúde ou da vida, que passa a encontrar-se diretamente nas mãos do juiz, que deve ser ágil em sua análise, concedendo fundamentadamente o pedido de acesso aos medicamentos de preço alto em tutela de urgência prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil³⁴, *inaudita altera pars*, postergando o contraditório a ser arguido pela parte adversa.

Dessa forma, entende-se que a demanda judicial de acesso a medicamentos excepcionais deve ser analisada e julgada por critérios que ultrapassem a seara jurídica, pois deve abranger também critérios técnico-científicos da área biológica. Trata-se de uma decisão de tamanha importância que com certeza gerará efeitos para todos no processo, seja sob o prisma do judiciário que verá a demanda aumentar ao ter que se tornar um ativista de políticas públicas, seja sob o olhar do Estado que em decorrência da má-gestão em casos nas políticas públicas, terá que arcar com os altos custos do tratamento e, até mesmo, deixar de atender as necessidades de outras pessoas, ou sob a percepção do cidadão postulante, que diante da ineficiência estatal e do alto custo do medicamento excepcional tem sua saúde e vida colocada nas mãos de um juiz.

CONCLUSÃO

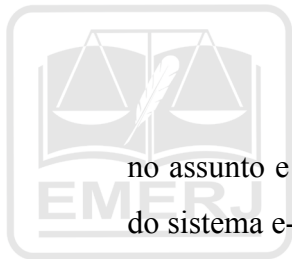
A postulação judicial da medicação excepcional encontra base constitucional, por se tratar de tema inserido no direito fundamental à saúde. Nesse sentido, o cidadão diante da objeção administrativa estatal em conceder-lhe o medicamento excepcional pode exigir do Estado medidas positivas de acesso as substâncias.

Sob esse prisma, insta observar que há muito tempo o judiciário tem se tornado um ativista de políticas públicas, tomando posse de atividade de outro Poder.

A limitação orçamentária, a listagem de medicação excepcional sem abarcar vários medicamentos e a separação dos Poderes devem ser sopesadas com o direito do cidadão à saúde, ao mínimo existencial e à vida com dignidade, na medida em que estes se atrelam a vida humana.

Portanto, vê-se que o acesso ao medicamento excepcional é um tema controverso, atual e de suma importância que os Tribunais vêm enfrentando e que se encontra em análise no Supremo Tribunal Federal. Inclusive o Conselho Nacional de Justiça, vem pesquisando e se posicionando acerca do tema, expedindo recomendações, como a necessidade de especialização

³⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 mar. 2018.



no assunto e de apoio técnico de profissionais da área, que têm como exemplo a implementação do sistema e-Natjus que possuem como objetivo o melhor julgamento do caso.

De outro lado, o Estado também se encontra atento ao tema, pois os gastos com as decisões judiciais de acesso a medicamentos excepcionais são altos. Tanto que criou o sistema S-Codes que permite a obtenção de dados dos casos judicializados e evita a prática de fraudes. Esse sistema, no estado de São Paulo aponta que o programa Acessa SUS de acesso extrajudicial a medicamentos excepcionais pode ser a causa da diminuição da judicialização para acesso aos medicamentos neste Estado.

Dessa forma, entende-se que para o Estado é melhor implementar políticas públicas que permitam ao cidadão a efetivação de seus direitos. O programa de acesso extrajudicial aos medicamentos Acessa SUS é um apontamento do caminho a ser seguido pelo Estado, pois conforme o S-Codes gerou no Estado de São Paulo a diminuição do ajuizamento de ações com o fim de obtenção de medicamentos.

Logo, enquanto programas como este não forem difundidos caberá ao judiciário de forma célere, ante a premente necessidade, sopesar os direitos do cidadão com as fundamentações do Estado, interferir nas políticas públicas e decidir sobre o acesso aos medicamentos de alto custo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421818190.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *e-Natjus*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/e-natjus>> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa Judicialização da saúde no Brasil Dados e experiências*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Ministério da Saúde alerta sobre os custos da judicialização*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> Acesso em: 18 mar. 2018.



_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31 de 30/03/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>> Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Lei nº 1.060/1950 de 05 de fevereiro de 1950*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Lei nº 6.360/1976 de 22 de setembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº: 1469034/0174906-3* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 25/11/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 04/12/2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155227179/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1469034-go-2014-0174906-3>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº: 43785 GO 2013/0259813-6* Relator: Ministro Herman Benjamin Data de Julgamento: 20/03/2014. T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: Dje 27/03/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25011464/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-43785-go-2013-0259813-6-stj>> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº: 550.530* AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº: 734.487* AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº: 566.471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC nº: 10313110175152001 MG*. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis /8ª Câmara Cível, Data da Publicação: 19/08/2013. Disponível em: < <https://tjmg.jusbrasil.com.br/>>



jurisprudencia/116343301/apelacao-civel-ac-10313110175152001-mg> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 241*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70063036537*. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172752596/agravo-de-instrumento-ai-70063036537-rs/inteiro-teor-172752606>> Acesso em: 03 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2016.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 3.916/1988*. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Sistema S-codes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/artigos/41922-scode>> Acesso em: 18 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. [Livro Digital] – 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NAGIBE apud SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1989*. Disponível em: < <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em: 03 mar. 2018.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Sistema S-codes*. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-APRESENTACAO-S-CODES-PARA-CIT.pdf> Acesso em 18 mar. 2018.

SILVA, De Plácido e, 1982-1964. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A PEDOFILIA NA LEITURA CLÍNICA E A VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Célia Marques Garcia

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira

Resumo - Embora o termo pedofilia seja usado para denominar os crimes de abuso sexual contra a criança e o adolescente há distinção entre o entendimento clínico-médico ao jurídico. A pedofilia clinicamente é entendida como uma espécie de parafilia e para alguns está intimamente ligada à psicopatia. Dentro deste contexto, o pedófilo, quando psicopata, tem um transtorno de personalidade incurável. No sentido jurídico, a pedofilia é grosseiramente conceituada como os crimes sexuais praticados contra a criança e o adolescente. Todavia, a legislação penal brasileira não traz qualquer crime com esta nomenclatura, abarcando apenas crimes de exploração e/ou abuso sexual.

Palavra-chave – Direito Penal. Pedofilia. Estatuto da criança e do adolescente. Crimes sexuais contra a criança e o adolescente.

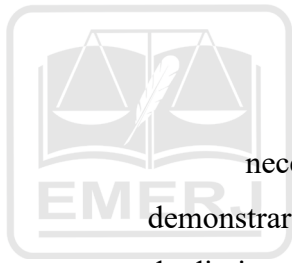
Sumário – Introdução. 1. A criança e o adolescente na qualidade de coisa e a evolução do ordenamento jurídico brasileiro. 2. Considerações psicológicas e os aspectos penais da pedofilia. 3. Os crimes contra a criança e o adolescente e a nomenclatura pedofilia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo identificar e elucidar o instituto da pedofilia. Buscar-se-á construir a evolução histórica da conquista dos direitos da criança e do adolescente passando-se por toda peregrinação da visão exclusiva do menor infrator a proteção integral e absoluta disposta na Constituição Federal de 1988.

Posterior à evolução doutrinária dos direitos da criança e adolescente demonstrar-se-á que na atual legislação penal brasileira não há tipo penal incriminador ao termo pedofilia. Quer se dizer que há diferença entre os crimes de abuso sexual contra a criança e ao adolescente ao entendimento médico.

Nesse sentido, far-se-á proveitoso, no primeiro capítulo, lembrar e compreender o início da criança e do adolescente como sujeito de direitos. Conta-se de forma notável que a criança era vista como uma coisa, não sendo capaz de exprimir seus sentimentos, desejos e



necessidades. No segundo capítulo, em conluio com a Constituição Federal de 1988, demonstrar-se-á que o vocábulo dignidade traduz a criança e ao adolescente como seres sujeitos de direitos e deveres. Em breves palavras e baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 5º da Carta Magna, o Código Penal Brasileiro sofre alteração no título de crimes sexuais denominando-se para crimes contra a dignidade sexual, o que demonstra maior preocupação do legislador com a prática da violência sexual.

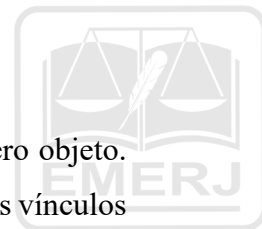
A análise profunda do instituto da pedofilia faz-se necessário. E esse diagnóstico é de extrema importância para a conclusão do texto científico, visto que influência em todo sistema carcerário brasileiro. Noutras palavras, quer se dizer que a comprovação pura e simples do instituto clínico - doença mental – traz responsabilização penal diversa da atual adotada.

Já em último ponto a ser abordado, analisar-se-á a legislação penal brasileira e sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico. Após a exposição fática e doutrinária acima, verifica-se que o reconhecimento do termo pedofilia como doença mental acarreta-se na inaplicabilidade da responsabilidade penal para o entendimento da imputabilidade penal.

A metodologia utilizada é o hipotético-dedutivo, visto que a pesquisa tem por objetivo escolher situações hipotéticas pelas quais acredita ser viável para análise do tema em comento.

1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA QUALIDADE DE COISA E A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muito tem se discutido no âmbito jurídico brasileiro a forma de aplicação da lei penal para os casos de pedofilia. Com o avanço tecnológico chegou-se a dizer que aumentaram os casos de abuso e/ou exploração sexual e que não há na legislação repressão a esses crimes. Inicialmente faz-se necessário traçar uma linha evolutiva quanto à proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento.



Desde a história antiga o menor era visto como coisa - *res*¹, sem valor, mero objeto. Apontam os estudos que na Idade Antiga a formação da família era em decorrência dos vínculos religiosos e não laços consanguíneos. Cabia ao chefe de família, ou seja, aquele que exercia o *pater poder*² a autoridade familiar e de crença religiosa de sua prole. E neste contexto, poderia se tomar decisões a bel prazer, mesmo que viesse causar morte ou lesão grave em seus filhos.

A Igreja Católica, ainda nesta época, tem forte influência na sociedade e buscava o melhoramento da relação e do respeito entre o chefe de família e as crianças. Todavia, ainda não havia cessado a visão de coisa. Pregava-se que os filhos deveriam ser concebidos dentro da união matrimonial. Aquele que fora concebido fora do seio familiar era discriminado. Os pais não poderiam maltratar seus filhos legítimos, sob pena de estar cometendo pecado.

Posteriormente, no Brasil Império, o Estado passa a se preocupar com os infratores. E numa realidade pura e fria se constatou não a importância com o menor, mas sim com a política repressiva que poderia se utilizar de meios cruéis.

O cenário do Brasil começa a mudar após a realização de congressos internacionais que tinham por interesse reconhecer a existência de direitos da criança e do adolescente. Antes da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente imperava no país dois outros grandes sistemas, sendo o primeiro, o direito penal do menor.

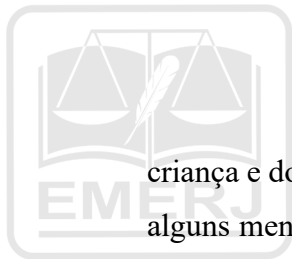
A aplicabilidade desse sistema era pela não distinção entre criança e adulto quando se tratava da prática de atos penais. Em posterior momento, surge o Código de Menores, marcado pelo sistema assistencialista. Curioso o Código de Menores ser apontado como um sistema assistencialista. Isso porque a palavra traz a ideia de assistência, que em seu significado é marcado por uma acepção de auxílio.

O então Código de Menores, Lei nº 6.697/79, delimitava a assistência apenas ao menor que se encontrava em situação de risco, qual seja, o menor abandonado em saúde, vítima de maus tratos e situação de perigo moral. O marco da evolução da visão dos direitos da

¹ Res é considerada palavra de origem latina e substantivo singular feminino, que tem como significado coisa, negócio. WIKICIONÁRIO. Disponível em: <https://pt.wiktionary.org/wiki/res>. Acesso em: 06 ago. 2017.

²Atualmente a CRFB/88 estabelece direitos e deveres iguais para o homem e a mulher, não podendo existir distinção eles.

³ BRASIL. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 05 jun. 2017.



criança e do adolescente estreia com a ideia de menor infrator. Pensava-se nas atrocidades que alguns menores cometiam. O importante para o Estado era não ter menores largados nas ruas, a tão famosa vadiagem⁴. Por longo período o sistema preponderante tinha visão punitiva ao menor.

O Código de Menores exibia a expressão, que posteriormente foi alvo de críticas, “menores em situação irregular”, ou seja, aos menores de 18 anos (completos) e em contexto de abandono material ou fosse vítima de maus tratos, em perigo moral, e que não tivesse um representante jurídico, com o desvio de conduta e autor de infração penal.

Como não era possível fazer uma clara separação de quem estava em abandono o menor era capturado e levado para o juiz que mediante seus atributos poderia decidir como e onde ele ficaria. Ocorre que esse ato era sem amparo da legislação e garantia do devido processo legal.

A Constituição Federal de 1988 foi inspirada na ideia de reconstrução democrática da vida nacional depois de duas décadas de regime militar. Adotou-se, então, como estrutura primordial o princípio da dignidade da pessoa humana. Há época, existiam duas emendas populares apresentadas à Assembleia Constituinte – criança prioridade nacional e criança e constituinte- para elaboração do artigo 227. Seus conteúdos tiveram como fonte inspiradora a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, discutido na Assembleia Geral da ONU⁵, desde 1979, que foi o ano internacional da criança.

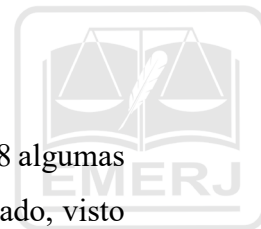
É importante frisar que a Constituição Federal foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e a Convenção Internacional da Criança foi aprovada em 20 de novembro de 1989, o que significa dizer que a Constituição trouxe o que existia de melhor do direito estrangeiro e ainda não aprovado pela assembleia geral. Antes da sua elaboração, na qual trouxe de forma expressa a responsabilidade de cuidado aos menores, a Declaração de Genebra de 1924⁶, reconhecia a necessidade de proporcionar a criança e ao adolescente uma proteção especial.

E, em que pese a existência de um conjunto de normas assistencialista o Código de Menores já estava em dissonância com a realidade jurídica e social sobre o tratamento dado

⁴ Vadiagem tem como significado vida de vadio; malandragem. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/vadiagem/>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁵ A Organização das Nações Unidas, também conhecida pela sigla ONU, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais.

⁶ Primeira versão da Declaração Universal dos Direitos da Criança.



aos menores. Com o ingresso ao ordenamento jurídico da Constituição Federal de 1988 algumas normas contidas no Código de Menores passa pela impossibilidade de ser recepcionado, visto que como premissa básica, trouxe para si a responsabilidade de cuidado aos menores.

Influenciado não só pela Constituição Federal de 1988, como também a Declaração Universal de Direitos Humanos e algumas conferências, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, através da Lei nº 8.069. O Estatuto da Criança e do Adolescente não se dirige a uma infância minorizada, aos diminuídos sociais. Enxerga-se como uma lei universal para todas as crianças e adolescentes, o que quer dizer que, basta ter até 18 anos. Não há restrição como existia antes. O atual estatuto é conceituado como lei para o desenvolvimento pessoal e social da criança e adolescente brasileira.

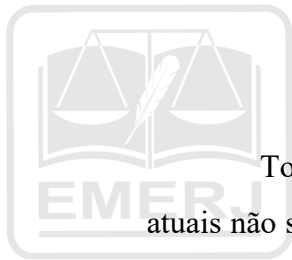
A política adotada articula direitos e deveres e não apenas deveres. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz as políticas públicas a serem abordadas, linhas de atuações vistas como uma cobertura universal. Quando se trata de política de proteção especial ou medidas especiais de proteção – como é chamado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança – trata basicamente da integridade física, psicológica e moral da criança; não há recorte social. Justifica-se porque o abuso ou exploração sexual pode também ocorrer na classe mais pobre como na mais alta.

No Brasil, especificamente no Direito, a palavra estatuto é derivada do latim *statutum*, de *statuere*, que tem como significado estabelecer, constituir, fundar e em sentido amplo, a lei ou regulamento, em que se fixam os princípios institucionais ou orgânicos de uma coletividade ou corporação.⁷ Os estatutos referem-se a uma variedade de normas pertinentes a certo grupo de pessoas ou categoria social.

Em relação ao direito da criança e do adolescente não poderia ser diferente. Cria-se o estatuto que seu princípio basilar é a proteção integral à criança e ao adolescente⁸. O objetivo do legislador não foi regular apenas os meios de repressão aos atos infracionais cometido por aquele menor. Deve-se deixar claro que se buscou mecanismos jurídicos voltados ao melhor interesse do menor.

⁷ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.



Toda peregrinação dos direitos da criança e do adolescente serviram para que nos dias atuais não se suportasse a ideia de tratamento desumano e desigual para aqueles que estão em formação. Parafraseando a ilustre frase de Pitágoras é necessário educar as crianças para que não venha punir quando adultos.

Fazendo correlação dos direitos fundamentais ao tema abordado verifica-se que a criança vítima de abuso ou exploração sexual se torna propensa a problemas de saúde na fase adulta. Isso quer dizer que a busca pelo desenvolvimento saudável é rompida quando há a agressão sexual.

A criança vítima de uma agressão sexual muitas das vezes é obrigada a se calar diante das ameaças feitas pelo abusador. Como se não bastasse o receio em contar ao mais velho pode criar o sentimento de culpa e vergonha pelo ocorrido. As sequelas deixadas pelo abuso sexual rompem o desenvolvimento saudável fazendo com que aquela criança se torne um adulto com perversões, medos, insegurança e até mesmo em alguns casos pode levar a morte.

Outros impactos gerados pelo abuso sexual podem ser visto nos rendimentos escolares, como a forma de brincar com outras crianças, medo por ficar sozinha e achar que todos irão ter sentimento de ódio ao saber do ocorrido.

A criança deixa sabota a infância e passa a ter seus sonhos roubados pelo abusador. Cria-se uma falsa percepção da realidade para que a criança se cale perante o adulto. Já esposado, a vítima do pedófilo pode ter apresentação de comportamento de condutas como baixa autoestima, sentimento de culpa, ansiedade, tensão, distúrbios alimentares, entre outras reações.

É dever dos pais zelar pelo desenvolvimento sadio e querer que essa criança cresça num ambiente digno e protegido contra os males da vida. É sabido que por muitas das vezes os pedófilos atuam de forma recatada ou usam da confiança que tem com os pais para abusar sexualmente da criança. Todavia, existem sinais e meios de prevenção para que essa violência possa ser evitada.

Após uma breve exposição sobre os direitos e deveres da criança e do adolescente, assim como, dos deveres e responsabilidades dos pais e Estado passa-se a pedofilia.

2. CONSIDERAÇÕES PSICOLÓGICAS E OS ASPECTOS PENAIIS DA PEDOFILIA

Traz a literatura que o estudo da pedofilia inicia-se com o significado e origem da palavra. Pedofilia conceitua-se de dois princípios gregos: *paidos* – criança ou infante; e *philia* – amizade ou amor. Diz-se, então, que pedofilia é a atração sexual por crianças⁹, que poderá ser anunciada em diversas formas, como por exemplo, o olhar para a vítima, se despir, expor-se a elas, acariciar, masturba-se ao seu lado, engajar-se em sexo oral, penetrar-lhe a vagina, a boca o ânus, com os dedos ou pênis.

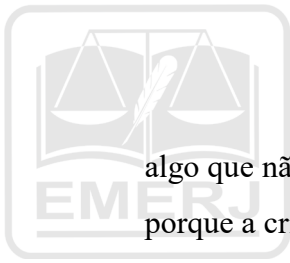
Esse preâmbulo faz-se necessário para que se possa diferenciar a expressão pedofilia em sentido jurídico para sentido clínico - médico, e assim conseguir entender pelo qual não existe crime com essa nomenclatura. É sabido que os crimes de abuso e/ou exploração sexual são constantes e acontecem praticamente todos os dias e em todas as classes sociais.

Antes de uma abordagem exclusivamente jurídica é primordial a real explicitação da concepção do instituto da pedofilia. Isso porque, nos dias atuais há grande debate acerca de ser ou não considerado doença mental. É importante começar a dizer que existem pessoas que já nascem com a mente mais perversa, que está intimamente ligado ao senso moral da pessoa humana. Existem criminosos que são considerados psicopatas e que são capazes de fazer de tudo e não sentem remorsos ou arrependimentos. De outro lado, há criminosos que não são psicopatas e conseqüentemente é recuperável e considerada a maioria dos presos do sistema carcerário brasileiro.

O termo psicopata carrega em sua definição uma das maiores discussões sobre o tema abordado. Psicopatia significa doença mental. Se partir dessa premissa literária poder-se-ia concluir de imediato que a pedofilia é considerada doença mental, tendo em vista que se encontra nas espécies de psicopatia.

Todavia, a medicina legal compreende como sendo o estado entre a sanidade mental e a psicose. Argumenta-se clinicamente que o psicopata não tem a mente doentia e sim, que seu raciocínio é frio e calculista. Noutras palavras quer se dizer que o agente psicopata não tem alteração cognitiva e seu raciocínio é perfeito – 100% razão e 0% emoção. Este não irá esboçar emoção com o outro. Frisa-se que a visão que o psicopata tem do outro é como coisa,

⁹ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 3.ed.rev.atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.21.



algo que não tem valor ou mero objeto de prazer. Essa visão de coisa se assemelha ao passado porque a criança era vista como coisa e algo sem valor.

Grande parte dos psiquiatras qualifica como um transtorno de personalidade incurável e que quando for posto em liberdade irá delinquir da mesma forma, sem qualquer tipo de remorso. A pedofilia carrega em sua definição a ideia de doença mental, desordem mental e de personalidade. Há quem diga que o pedófilo é visto como psicopata. Ele se utiliza da vítima, geralmente criança, para satisfazê-lo, seja pela submissão ou pela forma sexual.

Em consequência disso, o abuso sexual é considerado problema mental e não ação ou infração contrária aos costumes, à moral e à lei, que é igualmente punida ou reprovada. Contudo, não se quer dizer que todo abusador sexual é pedófilo. Não necessariamente a pessoa que tem transtorno por um padrão de comportamento irá por em prática crimes sexuais contra a criança.

Apontam os estudos médicos que a pedofilia está enquadrada no Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mental (DSM-IV-TR)¹⁰, ou seja, a pedofilia reflete nas disfunções sexuais, as parafilia e os transtornos de identidade de gênero. A parafilia é “o gênero daqueles que buscam a satisfação de estímulos sexual através de meios inapropriados, dentre as quais se encontram espécies como exibicionismo, fetichismo, frotteurismo, masoquismo, sadismo e voyeurismo”¹¹.

Ainda de acordo com o DSM-IV-TR há critérios de diagnósticos para o instituto da pedofilia, sendo, por exemplo: dentro do período mínimo de 6 meses o agente terá intensas fantasias sexualmente excitante, recorrentes e envolvendo crianças pré-púberes (geralmente menor de 13 anos); o agente abusador tem no mínimo 16 anos. Para que seja diagnosticado como pedófilo não precisa necessariamente ter uma preferência sexual por um determinado sexo, podendo optar tanto por meninos quanto por meninas.

Ressalta-se que a pedofilia é classificada como transtorno mental e de comportamento da CID 10 (F.65.4). Através de exames laboratoriais e de neuroimagem tem sido constatado anormalidades neuroendócrinas, neuroquímicas e cerebrais. Assim, é tido

¹⁰ O DSM-IV-TR é o sistema de classificação utilizado mais amplamente. A informação é coletada em cinco (5) eixos. As categorias de diagnóstico evoluíram com o passar do tempo, e o sistema se apresenta com certa dinamicidade no sentido de aprimorar cada vez mais a sua utilização e precisão.

¹¹ TRINDADE; BREIER, op. cit., p.31.



então, como uma perturbação de saúde mental. Deve ser solidificado que atualmente existe perícia médica para identificação do transtorno da pedofilia.

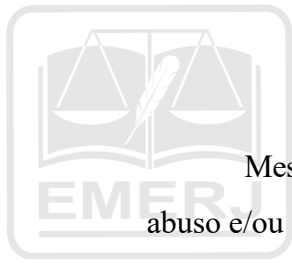
Do ponto de vista psiquiátrico-forense na área criminal a pedofilia ao ser conceituada como perturbação de saúde mental irá consequentemente trazer a semi-imputabilidade ao agente abusador.

Outro ponto importante a ser dissecado é o perfil do pedófilo. Por ser assunto tabu na história do país, carrega-se a falsa ideia que o pedófilo somente age em lugares ermos, escuros e perigosos. Tido como argumento falacioso o pedófilo pode ser encontrado em qualquer lugar, inclusive através do sistema tecnológico. O agir do abusador, na maioria das vezes, possui forma peculiar procurando o silêncio da vítima e o sentimento de culpa por aquilo estar acontecendo. E como se não bastasse esse sentimento de culpa, busca de ameaças para fazer com que a vítima guarde o segredo. O pedófilo é seguro da confiança e simpatia que transmite a criança.

Na maioria das vezes, e não de forma unânime, o agente abusador é do sexo masculino e tem preferência por vítima menina. O termo abuso sexual traz consigo a ideia de violência. Apesar disso, nem sempre o abusador irá usar da violência ou força para praticar o delito criminoso. É curioso saber que este autor do fato, em geral, é visto como pessoa simpática, educada e amável. O agente abusador ou pedófilo nem sempre não tem estudo ou não tem condições financeiras. Grosso modo, a pedofilia está em todo lugar, em todas as classes sociais.

O pedófilo não sente remorso ao praticar o delito. Para os estudiosos da medicina o abusador é inteiramente capaz de saber a ilicitude do delito, mas diante de um transtorno de personalidade não se contém em não praticar. O ato de pedofilia será constante e irreversível. Significa dizer que é incurável o transtorno de personalidade. Esse transtorno de personalidade pode dar sinal na adolescente, geralmente após os 16 anos ou apenas na fase de meia-idade.

O transtorno de personalidade é considerado irreversível e não há comprovações científicas de cura. O pedófilo por não sentir remorso não procura tratamento médico. Em alguns casos quando há busca pelo tratamento médico traz consigo algum outro motivo pela procura, qual seja, problemas com a Justiça, no casamento, com a polícia. Porém, essa busca será momentânea, é como se fosse um refugio para se demonstrar o arrependimento.



Mesmo depois de ter recebido a responsabilização criminal por ter praticado o crime de abuso e/ou exploração sexual volta à sociedade e delinque novamente. Retornando ao perfil do pedófilo é delineado como uma pessoa educada, simpática, galanteadora, que geralmente está preocupada com o bem-estar da criança, é amoroso, buscando atribuir a criança um caráter pedagógico. Usa de sua inteligência para seduzir a vítima expondo que não se trata de um abuso e sim de um preparo sexual para a vida adulta.

Gera-se a dúvida quanto ser ou não considerado doença mental, pois de um lado têm-se psiquiatras defendendo não ser, e de outro, a classificação na estatística de doença e problemas relacionados à saúde. De forma curiosa é que a classificação é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹² e com o objetivo de padronizar as doenças, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias. E a pedofilia é descrita no CID¹³ 10 F.65.4 e F.65.8.

Pode-se dizer que não há efetivamente a denominação doença mental. Todavia, o que se resta comprovado é que o pedófilo é um psicopata, possui discernimento reduzido, visto que precisa de tratamento médico e não tem cura.

A exploração e/ou abuso sexual pode ocorrer em diversas formas, como por exemplo: prostituição, tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, no turismo sexual, práticas relacionadas à pornografia infantil. Existem grupos, redes formadas na internet para cometimento de casos de abuso e/ou exploração sexual.

Diante do avanço tecnológico as redes de pedofilia aproveitam que as crianças e adolescentes estão tendo mais acesso ao computador, tablete e telefone celular para marcar encontros e disseminar o crime.

Até o momento caberá à conclusão de que a evolução dos direitos da criança e do adolescente, desde o tratamento como coisa (menores em situação irregular), até a conquista pelo tratamento com absoluta prioridade (princípio da dignidade da pessoa humana) está intimamente ligada à forma do acontecimento da pedofilia.

¹² OMS é uma sigla utilizada para denominar a Organização Mundial de Saúde, fundada em 1948 e está ligada à Organização das Nações Unidas.

¹³ CID é uma sigla utilizada para classificação internacional das doenças, com o objetivo de padronizar e catalogar as doenças de saúde.

3. OS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E A NOMENCLATURA PEDOFILIA

Recentemente, em meio do avanço tecnológico, a sociedade passou a se deparar mais com os casos de abuso e/ou exploração sexual contra a criança e o adolescente. Chegou-se a dizer que a internet trouxe a pedofilia. Não restam dúvidas que o crime de abuso sexual é muito antigo na história da civilização e que por ter sido considerado assunto tabu não era tão discutido no meio acadêmico, no meio político e principalmente na sociedade.

A internet não foi e não é responsável pelo crime vulgarmente conhecido como pedofilia. Mesmo diante de tantos casos revelados é possível verificar o maior encorajamento das vítimas em dar ciência às autoridades e acreditando-se também ser forma de prevenção.

Diz-se na sociedade que a legislação penal brasileira não pune o pedófilo e que não há eficácia na resolução de tais crimes. Novamente outro argumento falacioso, uma vez que a doutrina penal brasileira apenas não contempla crime com nomenclatura pedofilia. O que se tem são os crimes de abuso e/ou exploração sexual contra a criança e o adolescente. O termo pedofilia terá sentido somente para o âmbito médico, já que a legislação penal brasileira irá se utilizar de outras terminologias para tipificar o delito.

O Código Penal Brasileiro¹⁴ traz as formas de abuso e/ou exploração sexual contra a criança e o adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ pune-se aqueles crimes de conteúdo pornográfico. Noutras palavras, o Direito Penal tem como finalidade proteger o bem maior que é a vida e liberdade e sua forma de atuação é através do convívio em sociedade.

A legislação penal abarca diversos crimes ligados à pedofilia (preferência sexual por crianças e adolescente), como por exemplo, o crime de estupro de vulnerável. É importantíssimo registrar que a ordenamento jurídico não é omissivo quanto a prática dos delitos corriqueiramente conhecidos como pedofilia. O termo pedofilia é apenas a classificação clínica-médica de preferência sexual contrária ao esperado pela sociedade.

De forma evolutiva e agregando conhecimento, o Código Penal trazia a previsão de crimes contra o costume, na qual se protegiam os costumes e dentro desse capítulo tinham-se

¹⁴ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

¹⁵ Idem, op. cit., nota 6.



os crimes sexuais. Modernamente alterou-se a nomenclatura alterou-se para os “crimes contra a dignidade sexual”, onde estão inseridos os crimes sexuais.

Fazendo paridade entre à ética, à moral e o direito, a nomenclatura “dos crimes contra a dignidade sexual” está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como fonte inspiradora a Carta Magna de 1988. Procura-se dizer é que houve avanço na prevenção e repressão destes crimes dando maior respeito ao ser humano. Na atualidade existem vários projetos de lei e de prevenção contra os atos de abuso e exploração sexual.

Como forma de progresso e maior repressão aos casos de abuso sexual em 2008 foi instaurado no Senado Federal a comissão parlamentar de inquérito cuja finalidade era a inclusão do crime de pornografia infantil no Estatuto da Criança e do adolescente. Depois de longo debate sobre o abuso sexual, principalmente na modalidade pornografia, verificou-se que tal ato pode ser praticado em qualquer condição social, tendo na maioria dos casos agressores do sexo masculino e vítimas do sexo feminino.

Propôs, então, a alteração do referido diploma para a inclusão dos tipos penais, como por exemplo, a produção de pornografia infantil, distribuição, divulgação. E além da inclusão destes tipos penais a descrição do que é pornografia infantil.

Ainda nesse sentido a comissão aprovou a conhecida Lei Joana Maranhão, a qual modificou a prescrição para os casos de crimes sexuais contra a criança e adolescente. Por mais que pareça ser tímida a legislação penal, houve avanços na prevenção e repressão dos delitos. Existem diversos programas de combate à pedofilia.

Frisa-se, não há fracasso. Deve-se enxergar como legislação mal empregada. Isso porque, se for comprovado ao longo deste estudo que o instituto da pedofilia é considerado pela Organização Mundial de Saúde uma doença, o Código Penal Brasileiro prevê medida diversa da prisão (encarceramento).

Institui o artigo 26 do Código Penal¹⁶ que é isento de pena o agente que por doença mental era ao tempo da ação ou omissão é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato criminoso.

Uma das discussões acerca da aplicabilidade desse artigo nos casos de pedofilia é justamente a palavra doença mental seguida de inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato criminoso. De maneira fria a pedofilia estaria fora de aplicação, porquanto se

¹⁶ Idem, op. cit., nota 14.

argumenta que o agente abusador tem consciência do que está fazendo e apenas não tem sentimentos quanto à vítima.

Deve ser observado que no capítulo anterior foi consagrado que o pedófilo apesar de ter plena consciência do ato praticado é visto como um psicopata incurável. Nessa linha de raciocínio o transtorno de personalidade, além de estar enquadrado no CID¹⁷, ainda é cientificamente comprovado que não tem cura. E nada adiantaria ser posto em encarceramento sem o devido acompanhamento.

Seguindo o ensinamento da imputabilidade penal, orienta-se que o condenado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Tal enunciado é de tamanha importância em razão de comprovar que o condenado pelo crime precisa ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Não basta momentaneamente o encarceramento do pedófilo no sistema prisional, posto que ao sair do cerceamento de sua liberdade irá delinquir novamente. A base construída no capítulo anterior consubstancia a tese de que não adianta prender e não cuidar.

Os casos de abuso sexual na visão de transtorno de personalidade, ou seja, quando há preferência sexual por crianças não irá diminuir ao ser posto no sistema carcerário. Revive-se que o agente abusador é diagnosticado como 100% razão e 0% emoção. Denota-se que não causa prejuízo ou melhora com o simples encarceramento.

Ponto também importante é que não somente a sociedade, grosso modo, deverá cumprir o disposto em lei. O Estado também deverá ter o dever de adimplir com suas obrigações. A Constituição Federal de 1988, de forma magnífica, traz a expressão tratamento “com absoluta prioridade” a criança e ao adolescente. O Brasil incorporou o Decreto- Legislativo nº 28/1990¹⁸, na qual conjecturou a proteção integral dos direitos da criança. Quer se dizer que não se pode permitir que exista injustiça social, econômica ou jurídica ao infante.

Com base na legislação penal, precisamente na Lei nº 8.072 de 1990¹⁹ – conhecida como lei de dos crimes hediondos – determina rigor absoluto ao acusado, sem direito à fiança

¹⁷ CID, op. cit., nota 13.

¹⁸ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 28*, de 14 de setembro de 1990, na qual aprova o texto da convenção sobre direitos da criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo Brasileiro, em 26 de Janeiro de 1990. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-28-10-abril-2018-786458-publicacaooriginal-155232-pl.html>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

¹⁹ Idem. *Lei nº 8.072*, de 25 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017.



ou liberdade provisória, respondendo ao processo em regime fechado com cumprimento integral da pena.

Para a Organização Mundial de Saúde²⁰ o ser humano é dito como saudável quando está em estado completo de bem estar físico, social e mental. A informação é relevante eis que se constatando anormalidades em suas atividades o agente poderá causar transtornos na vida social. A pessoa considerada anormal terá comportamentos contrários aos esperados pela sociedade. Comportamentos, estes, que poderão ferir tratamento absoluto e prioritário a criança e ao adolescente, por exemplo, cerceando seu desenvolvimento saudável.

A conduta delitiva poderá ser praticada por qualquer pessoa do povo e nem todos que a praticam são considerados loucos ou doentes mentais. Como também, nem todo abusador sexual é pedófilo. É inapelável que o psicopata não tem cura e não é transitório.

Regressando ao estudo da imputabilidade penal esbarra-se novamente na discussão de ter plena consciência da ilicitude do fato. Em poucas palavras, a doutrina penal entende que crime é o fato típico, ilícito e culpável. E a punibilidade é a normal consequência daquele que pratica o crime. Ou seja, quando o autor do fato tem discernimento para entender que o ato é contrário ao disposto em lei e mesmo assim tem a capacidade de agir deverá ser penalmente responsabilizado. Nessa linha de raciocínio o pedófilo seria descartado do enquadramento de doença mental.

Entretanto, consubstanciando a premissa adotada pela Organização Mundial de Saúde²¹, a qual classifica transtorno de personalidade – preferência sexual por crianças – no CID 10. F.65.4, e ciente que é incurável, dever-se-á tratar o pedófilo como psicopata e consequentemente doente mental, se assim não for, que se enquadre no discernimento reduzido ao tempo da ação.

Quando se fala na proteção penal, por exemplo, tem-se o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal²², que se difere do exposto no artigo 213, pois naquele tem-se a propriedade de vítima menor de 14 anos e sua vulnerabilidade. No Estatuto da Criança e do Adolescente pune-se o crime contra o menor de pornografia, como por exemplo, produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, entre outros.

²⁰ CID, op. cit., nota 13.

²¹ Idem, op. cit., nota 13.

²² BRASIL, op. cit., nota 14.



Desta forma, para que seja verificada a imputabilidade do agente sua patologia precisa provocar grande deturpação da vontade. É maior do que ele. Salientado no ponto anterior foi visto que ao provocar o abuso sexual não lhe causa qualquer sentimento de culpa. E ao sair dali poderá praticar novos crimes com novas vítimas e não ter remorso.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou a problematização do conceito de pedofilia para o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque restou comprovado que a expressão pedofilia tem dois sentidos, sendo o primeiro, no campo clínico- médico. Para este entendimento a pedofilia é considerada como uma espécie de parafilia. E dentro dessa parafilia é considerado como um psicopata. De outro lado, em termos jurídicos, a pedofilia é vista grosseiramente como os crimes sexuais praticados contra a criança e o adolescente.

Restou configurado que a legislação penal brasileira não abarca crime de pedofilia, pois o que há no ordenamento jurídico são os crimes de exploração e/ou abuso sexual. Os estudos médicos apontam que a pedofilia está enquadrada no Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtorno Mental (DSM-IV-TR), contemplando as disfunções sexuais, as parafilia e os transtornos de identidade de gênero.

Em que pese a maioria da doutrina defender que o termo pedofilia, no âmbito jurídico, não seja considerado crime é razoável que o simples encarceramento destes abusadores, por si só, não traria solução ou prevenção para novos delitos.

Noutras palavras que se dizer que o juiz ao condenar o agente do fato, com as características de um abusador sexual preferencialmente e habitualmente por crianças (independentemente do sexo), nada estaria exercendo seu papel de estado ao garantir o tratamento absoluto e prioritário para aquela vítima. Indo ainda mais além, o simples fato de não conhecer ou não contar com apoio clínico – médico para que se chegue à conclusão de um discernimento reduzido gera a impunidade e má aplicação da lei penal.

Não pairam dúvidas que o psicopata ao agir em seu natural e abusar de uma criança não pode e não deve ser somente encarcerado. A Constituição Federal de 1988 além de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana garante a reinserção daquele condenado ao meio social. Esse retorno à sociedade necessariamente precisa ser reeducado. E somente



através de acompanhamento médico aquele que delinuiu e que tem perfil de abusador e descrito como psicopata poderia retornar a sociedade. Todavia, é sempre importante registrar que o real psicopata jamais será curado.

Por fim, a prevenção e o acompanhamento não somente ao agente abusador, mais também as vítimas seriam capazes de evitar novos delitos.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. *Lei nº 8.072*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; SILVA, Lillian Ponchio. *Pedofilia e Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes* - Col. Saberes Monográficos. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Da Pedofilia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentando: comentários jurídicos e sociais*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIABILIDADE JURÍDICA DO ESTUPRO VIRTUAL E A CONSUMAÇÃO DO DELITO POR ATO LIBIDINOSO DIVERSO

Anna Carolina Antunes Madureira

Advogada. Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito previdenciário pela Cândido Mendes.

Resumo -O presente trabalho aborda o estupro cometido no âmbito virtual. Para muitos juristas torna-se impossível a caracterização de tal delito em razão da ausência de contato físico. Não se trata de nova modalidade de estupro, mas o que o diferencia do estupro real é o seu modo de execução. Todavia, com a presente pesquisa será esclarecido que basta tão somente a satisfação da lascívia, conforme já abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de estupro de vulnerável. Busca-se demonstrar que a evolução da sociedade exige a adequação do direito a novas práticas criminosas, antes inimagináveis pelo legislador, ainda que tal fato não possua legislação específica, não há óbice para que haja punibilidade, desde que seja verificado casuisticamente e adotada a interpretação analógica para que assim seja possível a repreensão de determinadas condutas violadoras da liberdade sexual no âmbito virtual.

Palavras-chave- Direito Penal. Estupro. Internet.

Sumário: 1. Adequação do direito às novas práticas criminosas no âmbito virtual e a caracterização do crime de estupro virtual. 2. Necessidade de proteção da liberdade sexual no âmbito virtual e a discussão acerca da parte final do art. 213, caput – ato libidinoso diverso. 3. Viabilidade jurídica para a tipificação do estupro virtual e a necessidade de interpretação analógica como forma de assegurar a responsabilidade criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Como forma de aproximar as pessoas, a internet tornou-se a principal ferramenta de conexão interpessoal, permitindo consultas à enciclopédias, biografias, pesquisas acadêmicas, realização de curso de formação superior, tudo a um só “clique”, e dentre eles: O relacionamento. Com tanta tecnologia até o sexo passa a ser cibernético, bastando o envio de algumas fotos íntimas, também conhecida como *nudes* ou vídeos “mais ousados”.

Todavia, a internet passa a ser um universo traiçoeiro, onde não se sabe quem está atrás da “tela brilhante”, podendo ser uma pessoa comum que busca apenas diversão ou um criminoso, apto a constranger alguém como forma de atingir seu real objetivo. Atento a isso, o direito passa a ter um olhar mais cuidadoso sobre tais comportamentos, buscando regulamentar as relações ocorridas na rede mundial de computadores.



A presente pesquisa discute a possibilidade da criminalização do crime de estupro cometido pela rede mundial de computadores e a aplicabilidade da lei penal quando ausente a tipificação específica por meio da interpretação analógica.

Outro fator é que a adjetivação “estupro virtual” não se revela como nova modalidade de estupro constante no Código Penal, mas sim uma nomenclatura adotada pela jurisprudência para aquelas hipóteses em que o estupro ocorre no ambiente virtual.

Destarte que a referida situação, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio de forma específica, contudo, houve o primeiro caso no Brasil, ocorrido em Teresina/Piauí em Agosto/2017, que desencadeou na primeira prisão decorrente do estupro cometido no ambiente virtual. Todavia, a decisão trouxe à baila críticas acerca do uso da interpretação analógica na parte final do art. 213 Código Penal “ato libidinoso diverso”, como forma de reprimir a conduta criminosa.

Evidente que o tema traz algumas indagações como por exemplo, a necessidade de se compreender se a satisfação da lascívia, ainda que por meio de constrangimento legal pode caracterizar crime de estupro, ou é imprescindível, que haja ato libidinoso diverso, juntamente com a presença física de duas pessoas?

Para isso, inicia-se o primeiro capítulo ressaltando a necessidade de adequação do direito à novas práticas criminosas cometidas no ambiente virtual e a caracterização do estupro virtual. No segundo capítulo será abordada como se dá o mecanismo de proteção da proteção da liberdade sexual no ambiente virtual. Por fim, no terceiro capítulo conclui-se que a viabilidade jurídica para a tipificação do estupro virtual e a adoção da interpretação analógica como forma de assegurar a responsabilidade criminal.

Para que seja possível atingir os objetivos detalhados acima será realizada uma pesquisa teórica de cunho dogmático instrumental, por meio do método hipotético-dedutivo, ressaltando que se trata de um tema novo inserido na órbita ser debate novo para a comunidade acadêmica.

Por tal razão não será possível a verificação de uma doutrina específica que aborde o tema, mas para tanto será utilizado material bibliográfico, bem como a consulta de meios eletrônicos (internet) por meio de sítios que abordem especificamente o tema objeto da presente pesquisa.



1.ADEQUAÇÃO DO DIREITO ÀS NOVAS PRÁTICAS CRIMINOSAS NO ÂMBITO VIRTUAL E A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO VIRTUAL

Os crimes cometidos no âmbito virtual ganharam destaque e expansão chamando a atenção do Direito para a regulamentação de determinadas condutas antes não pensadas pelo legislador. Atualmente, tida como um dos principais veículos de comunicação, a definição para o limite do que vem a ser lícito no âmbito virtual surge como um desafio.¹

Evidente que a informatização crescente permitiu a prática de novas modalidades de crime, surgindo assim diferentes lesões a bens jurídicos, antes protegidos somente no mundo real. As várias possibilidades de ação criminosa na área cibernética permitem a diversidade de classificação de crimes e diferentes autores.²

Outra questão que se mostra desafiadora é a identificação do autor do crime, uma vez que a internet não é um local físico, mas sim uma rede de sistema ou um conjunto de repertórios. Geralmente, o usuário é identificado por meio do endereço da máquina, também denominado IP, que nada mais são do que protocolos de identificação por meio de uma sequência numérica.³

Nucci⁴ salienta que o sujeito ativo do crime de estupro poderá ser qualquer pessoa, bastando que haja o constrangimento de outrem a cometer conjunção carnal ou ato libidinoso diverso. Mas então, como se caracterizaria o estupro virtual?

Imagine a seguinte situação: Maria das Dores, manteve um relacionamento de 3 (três) anos com Alisson Farinha. Todavia, munida de um desgosto por ter descoberto algumas “puladas de cerca” do seu namorado, Maria decide, então, romper a relação. Alisson inconformado, envia uma mensagem por meio de uma rede social para Maria, pedindo que esta ligue sua “webcam” e começa a proferir ameaças de publicação de fotos íntimas e vídeos contendo suas relações sexuais em sítios pornográficos, caso Maria não se masturbe para ele. Maria então, com medo do vazamento de tais imagens, retira a roupa e começa a se tocar. Alisson Farinha, continua ameaçando e sente prazer sexual em fazer isso.

Tal fato, por si só, caracteriza uma situação de estupro cometido em ambiente virtual.

¹ DE INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Crimes na Internet*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 6. “A internet não é um local físico que realize operações: é uma rede ou sistema, com um conjunto de repertórios. Esse conjunto de repertórios é composto de computadores (conjunto de dispositivos ligados), satélites e cabos (meio físico), determinada linguagem e um endereço lógico, indica a posição que os componentes possuem, na rede.”

² *Ibid.*, p. 39.

³ *Ibid.*, p. 73.

⁴ NUCCI, Guilherme. *O crime de estupro sob o prisma da lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 05 mar. 2018.



Antes da alteração provocada pela Lei nº 12.015/09⁵, o sujeito ativo do crime de estupro era apenas o homem. Neste caso, o crime de estupro era tido como um crime próprio, ou seja, exigia do agente uma qualidade especial: ser do sexo masculino. A mulher, somente seria sujeito passivo, na hipótese de coautoria, devidamente prevista no art. 29 do Código Penal.⁶

Atualmente, o estupro poderá ser cometido tanto com o emprego de violência física, como com o emprego de grave ameaça, e é justamente por meio da grave ameaça que o estupro virtual estaria caracterizado, conforme na situação concreta acima.

Para compreender melhor, no primeiro caso (emprego de violência física), haveria lesões ou sequelas visíveis na vítima, podendo a materialidade e autoria serem comprovadas com a colheita do sêmen, e principalmente o exame de corpo de delito. Já o estupro por meio da grave ameaça (emprego de grave ameaça), é traduzido pela clandestinidade, tendo-se a palavra da vítima contra o réu.⁷

Entretanto, no âmbito virtual temos além da palavra da vítima, o registro da conversa e consequente ameaça, bem como a relação de confiança da vítima para com sujeito ativo do crime, permitindo-se assim, a identificação da autoria e materialidade.

Deve-se destacar que não se trata de qualquer ameaça, mas sim uma ameaça justa, ou seja, aquela que justifique o constrangimento para a satisfação da lascívia.

No Brasil, foi criado um Comitê Gestor de Internet do Brasil, cuja principal finalidade é a execução de registro do nome de domínio apto a identificação do número de protocolo de cada máquina utilizada pelos usuários, facilitando assim, a identificação do criminoso. Com isso, indubitável que a internet modificou o comportamento humano, necessitando com isso a mudança da interpretação acerca de certas condutas no meio virtual, que quando violadoras da liberdade, dignidade e honra necessitam da repreensão.⁸

Outro fator relevante, quando se trata do crime de estupro, tanto em âmbito real como virtual, deve ter destaque para o grau de resistência da vítima, uma vez que se durante o ato exige-se um dissenso durante a relação sexual, uma vez que se da negativa inicial ocorrer uma concordância estará descaracterizado o delito.

⁵ BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm> Acesso em: 05 mar.2018

⁶ Ibid., p.76.

⁷ Idem. *Crimes contra a Dignidade sexual*. 4. ed. revist. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 52.

⁸ DE INELLAS, op.cit., p. 14.



Ressaltamos que tal hipótese não se aplica ao delito de estupro de vulnerável, cuja idade de vítima se dá com 13 (treze) anos incompletos, e ainda que esta consinta, estará caracterizado o delito de estupro, conforme entendimento pacificado do STF.

Sendo assim, compete ao julgador analisar o caso concreto, a fim de verificar, com base no critério da razoabilidade se de fato houve um cenário de grave ameaça, apto a ensejar o estupro e assim, constatar a sua caracterização em âmbito virtual.⁹

2.NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE SEXUAL NO ÂMBITO VIRTUAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA PARTE FINAL DO ART. 213, CAPUT – ATO LIBIDINOSO DIVERSO

Durante a elaboração do Código Penal em 1940, o legislador e brilhantes operadores do direito penal sequer poderiam cogitar a possibilidade do estupro sem a necessidade da conjunção carnal, quiçá a ocorrência do chamado Estupro Virtual.¹⁰

O tema veio à tona com a recente prisão decretada pelo Juiz Luiz de Moura Correia de Teresina em julho/2017. No *leading case*, o homem obteve imagens da vítima nua, e passou a chantageá-la a fim de que esta praticasse contra si atos libidinosos.¹¹

Apesar de no caso não ter havido o contato físico entre a vítima e o agente, houve o constrangimento da vítima a praticar o ato libidinoso em si mesma, com o objetivo de satisfação da lascívia do agente. Nessa situação, o juiz observando a doutrina, reconheceu a ocorrência da prática do crime de “estupro virtual”, perpetrado em autoria mediata ou indireta, pois a ofendida, mediante coação moral irresistível, foi obrigada a realizar o ato como “*longa manus*” do agente.¹²

Tal fato colocou em discussão a existência dos limites de proteção da liberdade sexual e a possibilidade por meio da analogia com a redação final do art. 213, caput do

⁹ NUCCI, op.cit., p. 49.

¹⁰CARAMIGO. Denis. *Estupro Virtual: Um crime real*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323390332/estupro-virtual-um-crime-real>>. Acesso em: 05 mar.2018.

¹¹ G1.GLOBO. *Homem ameaça divulgar nudes e é preso por “estupro virtual” em Teresina*. Disponível em:<<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/homem-ameaca-divulgar-nudes-e-e-preso-por-estupro-virtual-em-teresina.ghtml>>. Acesso em 05.mar.2018

¹² Ressalta-se que esse tipo de conduta é denominada pela doutrina moderna como “*sextorsão*”, a palavra é uma aglutinação da palavra “sexo” com a palavra “extorsão”. Esse neologismo, ainda quase desconhecido no Brasil, que pode ser caracterizada como uma forma de exploração sexual que se dá pelo constrangimento de uma pessoa à prática sexual ou pornográfica, em troca da preservação em sigilo de imagem ou vídeo da vítima em nudez total ou parcial, ou durante relações sexuais, previamente guardadas. AMO DIREITO. *Decisão Inédita! Juiz do Piauí decreta primeira prisão por estupro virtual o Brasil*. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2017/08/decisao-interessante-juiz-do-piaui-primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil.html>>. Acesso em: 05 mar.2018.



Código Penal, de possibilitar a tipificação do crime de estupro virtual – “permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.¹³

Evidente que a tutela da liberdade sexual exige a sua proteção em âmbitos interpretativos, desde que observado o contexto da violência apta a ensejar o crime de estupro. Entretanto, não basta a ausência de contato físico, deve ser verificado o *animus* do agente, podendo com isso, surgir diversas tipificações.¹⁴

Ademais, os bens jurídicos tutelados são objetos de interesse pelo Direito, capazes de serem legitimamente possuídos e que necessitam de especial proteção de forma a trazer uma certa tranquilidade social. Essa necessidade nasce em conformidade com o grau de desenvolvimento das relações humanas.¹⁵

Neste sentido, a liberdade sexual é o bem jurídico tutelado no delito de estupro. De igual forma a dignidade sexual está diretamente ligada a sexualidade humana, relacionando-se com a intimidade de vida privada, permitindo selecionar quais atos praticados pelo ser humano que satisfazem a sua lascívia.

Logo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade e privacidade, juntamente com o emprego de grave ameaça, juntamente com a ausência do consentimento do indivíduo.¹⁶

Cumprido destacar o bem jurídico tutelado é tanto a liberdade sexual do homem quanto da mulher, através da proteção de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ocorridos contra a vontade do indivíduo.¹⁷

Nucci¹⁸ ao tratar dos crimes contra a liberdade sexual destaca que o delito de estupro é um crime hediondo, expressamente previsto na Lei n° 8.072/90¹⁹ (art. 1.º, V), independente da sua forma simples ou qualificada.

Ademais, analisando o núcleo do tipo, o delito de estupro nada mais é do que um crime único com várias condutas. Na verdade é um composto de diversos atos violentos, capaz de gerar a desonra. Contudo, para atingir o seu fim, o indivíduo se vale de meios físicos

¹³OLIVEIRA JUNIOR. Eudes Quintino de; MOREIRA SECANHO, Antonelli Antonio. *O estupro virtual e a aplicação da lei penal*. Migalhas de Peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263952,101048-O+estupro+virtual+e+a+aplicacao+da+lei+penal> > Acesso em: 05 mar.2018.

¹⁴MARTINS, José Renato. *"Sextorsão" e "estupro virtual": os perigos de uma decisão judicial equivocada*. Migalhas de Peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263670,81042-Sextorsao+e+estupro+virtual+os+perigos+de+uma+decisao+judicial>> Acesso em: 05.mar.2018.

¹⁵NUCCI, op. cit., p. 52.

¹⁶Ibid., p. 40.

¹⁷Ibid., p. 45.

¹⁸Ibid., p.912

¹⁹BRASIL. *Lei n° 8.072 de 25 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 10 jun.2018.



e até violência mental, aptos a ensejarem a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso cuja conotação também seja sexual.

Por se tratar de um tipo penal alternativo, permite a realização de no mínimo três condutas diversas, contra a mesma vítima, que nos dizeres de Nucci são: “a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”²⁰

Ainda por se tratar de um tipo penal alternativo, Nucci²¹ destaca que:

Ao Judiciário cabe interpretar a lei, criticá-la até, mas não pode deixar de cumpri-la, a pretexto de não ser a norma ideal. Cabe, ainda, deixar de aplicá-la se ofender a Constituição Federal. Assim não sendo, respeita-se o fruto proveniente do Legislativo. Em primeiro lugar, deve-se deixar bem claro não ter havido a revogação do art. 214 do CP (atentado violento ao pudor) como forma de *abolitio criminis* (extinção do delito). Houve uma mera *novatio legis*, provocando-se a integração de dois crimes numa única figura delitiva, o que é natural e possível, pois similares. Hoje, tem-se o estupro, congregando todos os atos libidinosos (dos quais a conjunção carnal é apenas uma espécie) no tipo penal do art. 213.

Assim, no estupro real, a consumação ocorrerá quando praticada a conjunção carnal, qual seja, a introdução do pênis na vagina ou com a ocorrência de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mas desde que possuam a conotação sexual. Logo, toques com cunhos lascivos já são aptos a caracterizar o crime de estupro.

Já no estupro virtual, este somente será caracterizado, nos dizeres de Rogério Sanches e Guilherme Nucci a partir do momento em que o constrangimento se der para satisfazer a lascívia, não bastando o constrangimento com o emprego de ato libidinoso diversos, devendo o autor do crime se satisfazer sexualmente, ainda que com a mera contemplação do ato.²²

Gera polêmica entre os doutrinadores, dentre eles, Rogério Sanches num vídeo realizado exclusivamente para a abordagem do tema, trouxe à baila todas as possíveis discussões. No referido vídeo, Sanches, alerta ser o estupro virtual uma das formas do *sextorsão*, destacando que esta seria uma modalidade genérica de crime, da qual surgem três espécies.²³

Sanches²⁴ destaca que a doutrina já denominava tal fato como *sextorsão*, podendo esta configurar três tipos de delito a depender da forma como foi praticado.

²⁰ Ibid., p.912.

²¹ Ibid., p.912.

²² SANCHES, Rogério. *A tipicidade do estupro virtual*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59726/a-criminalizacao-do-estupro-virtual>> Acesso em: 05 mar.2018.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.



O primeiro seria o Constrangimento ilegal, no qual se constrange a vítima a fazer algo que a lei não determina, previsto o art. 146 do Código Penal, com o fito de apenas reatar a relação, uma vez que não satisfaz a lascívia. O segundo seria a própria extorsão, na qual constrange a vítima a fim de obter vantagem econômica, conforme previsto no art. 158 do Código Penal. E em terceiro e último, teríamos o Estupro virtual, que seria quando o sujeito ativo constrange a vítima para satisfazer a sua lascívia, explorando o seu corpo por meio de webcam, por exemplo, sob a grave ameaça de divulgação de suas fotos e vídeos íntimos.²⁵

Neste caso, Sanches, defende haver crime de estupro cometido no ambiente virtual, pautando-se ainda no entendimento da 5ª turma do STJ, que já reconheceu a possibilidade do estupro de vulnerável com a mera contemplação, não exigindo a presença do contato físico para a caracterização do delito.²⁶

Entretanto, citando Jeferson Botelho²⁷, Sanches ressalta que o autor questiona a existência de uma lacuna legislativa, uma vez que o tipo penal incriminador tem a expressão “que com ele se pratique atos de libidinagem” e por tal razão, não seria possível configurar o crime de estupro virtual, sob pena de usar uma interpretação desfavorável ao réu, e por isso, poderíamos estar diante de um constrangimento ilegal, uma vez que a vítima não está impedida fisicamente de realizar as suas próprias decisões acerca de aderir ou não à prática do ato supostamente libidinoso.²⁸

Na verdade, significa dizer que por não ser tal fato expressamente previsto em lei, não há que se imputar ao indivíduo tal conduta, pois, necessário se faz a submissão à lei, funcionando esta como um escudo protetor do indivíduo, e tal subsunção, se dá em decorrência de estarmos sob o manto de um Estado Democrático de Direito.

Contrariando tal entendimento, a própria deputada, Maria do Rosário, autora da lei nº 12.015/2009²⁹ explicou que a justificativa para a expressão *ato libidinoso diverso* não era beneficiar o réu, mas sim proteger as crianças vítimas de abusos sexuais dos mais variados

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ “Jeferson Botelho é Delegado Geral de Polícia Civil em Minas Gerais, Ex Superintendente de investigações e polícia judiciária de Minas Gerais, no período de 19 de setembro de 2011 a 10 de fevereiro de 2015. Ex-chefe do 2º departamento de polícia civil de Minas Gerais, Ex-delegado regional e governador Valadares, Ex-delegado de divisão de tóxicos e entorpecentes e repressão a homicídios em Teófilo Otoni/MG.” BOTELHO, Jeferson. *Vingança Ponográfica. Uma revanche criminosa e nojenta*. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19811> Acesso em: 05 mar.2018.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm> Acesso em: 05 mar.2018.



tipos, estabelecendo para a sociedade as várias formas de estupro e não o surgimento de outras modalidades.

Inclusive tal situação é bem explanada por Cláudio Suzuki, citando o grande mestre Rogério Greco quando assim retrata o crime de estupro³⁰:

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.

O principal objetivo não é a necessidade de se criar um tipo penal específico, mas sim por meio da interpretação analógica poder tutelar a liberdade sexual evitando sua agressão por meio de uma violência praticada no meio virtual. Logo, é possível criminalizar o estupro virtual por meio do uso da analogia, com a parte final do art. 213, caput do Código Penal, desde que o ato libidinoso diverso tenha como finalidade a satisfação da lascívia, sob pena de caracterizar outro delito, conforme dito acima pelas três correntes apresentadas por Rogério Sanches.

3. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL NO CRIME DE ESTUPRO VIRTUAL

Como cediço, o principal papel do jurista é confrontar condutas com normas jurídicas. Assim, o Direito Penal passa a se legitimar de forma a privar a liberdade do indivíduo pautando-se no princípio da legalidade, sob pena de atuar de arbitrária. Todavia, para que seja possível a punibilidade de determinado delito este deve ter o seu comportamento ilícito previamente determinado em lei.³¹

Ocorre que o princípio da legalidade ou da reserva legal não é o único balizador da responsabilidade penal, mas também, o poder de punir do Estado é alcançado pelo aspecto da relevância do bem jurídico protegido e da ponderação entre a conveniência e relevância de punir a conduta perpetrada pelo indivíduo.

Nos dizeres de Ferreira Lima³²:

Assim é que para fins de Direito Penal, o conceito de “bem jurídico” acaba por ter características mais restritas. Tudo isso, considerando o caráter subsidiário do Direito Penal, que somente deve cuidar de proteger e tutelar bens mais relevantes e imprescindíveis nas relações sociais. Cuida, assim, o Direito Penal de vigiar atentados a valores como a honra, o patrimônio, a vida, a integralidade física etc. e

³⁰ SUZUKI, Claudio. *Afinal de contas existe ou não o estupro virtual?* Jusbrasil. Disponível em: <<https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>> Acesso em: 05 mar.2018.

³¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 13 ed. revist. ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, p.14

³² FERREIRA LIMA, Paulo Marco. *Crimes de computador e segurança computacional*. São Paulo: Atlas. p.40



quando, por qualquer motivo, houver uma ação humana que atinja qualquer um dos bens jurídicos penalmente tutelados, é dever do Direito Penal a proteção desses valores, sempre guardando de obedecer ao brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine praevia legem*, pois não pode haver conduta punível para o direito penal se não houver lei que defina a ação como proibida.

Neste sentido, a nova criminalidade, valendo-se da internet como instrumento para a prática de infrações penais comuns ainda é vista com receio pela doutrina, muito embora a jurisprudência reconheça com o emprego de analogia que o ambiente informático é palco de delitos tão graves quanto na esfera real.³³

Dessa feita, para que seja possível a punição de condutas no âmbito virtual necessário observar três princípios: lesividade, adequação social e fragmentariedade. O princípio da lesividade está diretamente ligado ao princípio da intervenção mínima e estabelece limites ao legislador, selecionando condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal.³⁴ Um dos brocardos jurídicos seria o *Cogitationis poenam nemo partitura*, isso significa dizer, que ninguém poderá ser punido pelo que pensa ou pelo que sente.³⁵

Já o princípio da adequação social possui uma dupla função, e nas lições do doutrinador Rogério Greco seria “restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade.” Já a segunda função, seria conduzir o legislador quanto a seleção das condutas, com a finalidade de proteger bens considerados mais importantes.³⁶

Por fim, o princípio da fragmentariedade funciona como um filtro, em que selecionado os bens mais importantes e as condutas tidas como incriminadoras passam a integrar uma pequena parcela de proteção do direito penal.

Quando se trata de crime informático ou do crime cometido no ambiente virtual devemos ter em mente que o computador é apenas o instrumento para a prática do delito, que poderá ter como consequência a violação da honra, liberdade, vantagem indevida e até a violação da liberdade sexual.

O avanço da tecnologia além de proporcionar inúmeros benefícios, trouxe também grandes desafios para o legislador, principalmente no que diz respeito à necessidade de criação e aplicação de leis eficazes e aptas a produzir efeitos contra condutas até então inexistentes, levadas a efeito em um ambiente imaterial.

O estupro, conforme prevê o art. 213 do Código Penal de 1940, com a alteração provocada pela reforma em 2009, como visto anteriormente, tem como bem jurídico tutelado

³³ Ibid., p.45

³⁴ GRECO, op.cit. p. 51-59.

³⁵ Ibid., p. 53.

³⁶ Ibid., p. 56.



a liberdade sexual, que seria a proteção dada pelo direito de o indivíduo manter relações sexuais somente quando consentidas.³⁷

Além de conter previsão constitucional, o direito à liberdade não somente o de ir e vir, mas quando se trata de estupro, o conceito de liberdade é mais amplo, pois está diretamente ligada a escolha do parceiro com que o indivíduo deseja se relacionar sexualmente. Ademais, o estupro não se confunde com o direito a autonomia própria. Frise-se que a transgressão da liberdade alheia encontra seu fundamento no temor e na intimidação, tendo como objetivo final a satisfação da lascívia.³⁸

É neste sentido que conclui-se ser possível compreender como ocorreria a responsabilidade criminal pela prática do crime de estupro virtual. Muito embora não haja expressamente a figura do delito de estupro virtual em lei, e por tal razão, a fim de não se imiscuir em um ato impune, é possível a aplicação analógica da parte final do art 213 do Código Penal, *in fine*, “ato libidinoso diverso”, apto a permitir o enquadramento do ato cometido em uma tipificação adequada para a devida condenação do autor do crime.³⁹

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana prevalece sobre a dignidade sexual, e desta forma, o indivíduo que comete crime sexual deverá ter todos os seus direitos respeitados, por mais que se trate de um delito grave.

Assim, é possível interpretar a nova redação do art. 213 do Código Penal nesse sentido, caracterizando a responsabilidade criminal pelo delito de estupro virtual, uma vez que o núcleo do tipo permite tal entendimento, uma vez que o estupro não exige somente a conjunção carnal, estando incluído também o ato libidinoso diverso, o que uma vez praticado, admite a sua responsabilização criminal, independente de cometido em âmbito virtual ou real, desde que ligada a finalidade de satisfação da lascívia, por meio de um constrangimento ilegal.⁴⁰

³⁷ CAMPOS, Claudia. *O que se entende por crimes contra a liberdade sexual*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/185750/o-que-se-entende-por-crimes-contra-a-liberdade-sexual-claudio-campos>>. Acesso em: 16 abr.2018.

³⁸ MORAIS, Nicole Braga de. *Crimes contra a dignidade sexual*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://nihreny.jusbrasil.com.br/artigos/334316781/dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>>. Acesso em 16 abr.2018.

³⁹ GRECO, op.cit., p. 48.

⁴⁰ SOUTO, Robson. *Crime do Século XXI: Estupro Virtual*. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/crimes-do-seculo-xxi-estupro-virtual/>> Acesso em: 12 mar.2018.

Como forma de aproximar as pessoas, a internet tornou-se a principal ferramenta de conexão interpessoal, permitindo consultas à enciclopédias, biografias, pesquisas acadêmicas, realização de curso de formação superior, tudo a um só “clique”, e dentre eles: o relacionamento. Com tanta tecnologia até o sexo passa a ser cibernético, bastando o envio de algumas fotos íntimas, também conhecida como *nudes* ou vídeos “mais ousados”.

Todavia, a internet passa a ser um universo traiçoeiro, onde não se sabe quem está atrás da “tela brilhante”, podendo ser uma pessoa comum que busca apenas diversão ou um criminoso, apto a constranger alguém como forma de atingir seu real objetivo. Atento a isso, o direito passa a ter um olhar mais cuidadoso sobre tais comportamentos, buscando regulamentar as relações ocorridas na rede mundial de computadores.

A presente pesquisa discutiu a criminalização do crime de estupro virtual cometido pela rede mundial de computadores e a aplicabilidade da lei penal quando ausente a tipificação específica. E concluímos sobre a utilização da analogia como mecanismo eficaz para a proteção da liberdade sexual no ambiente eletrônico, de forma a incriminar certas práticas sexuais ocorridas por meio do constrangimento alheio.

Para tanto, abordou-se as posições eminentemente doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir e comprovar a possibilidade da punição do crime de estupro virtual, analisando a importância da evolução do Direito no contexto social, adequando-se a novas condutas praticadas pela sociedade.

Foi demonstrada a possibilidade de caracterização do crime de estupro por meios cibernéticos sem que haja a necessidade do contato sexual, bastando o constrangimento ilegal com o objetivo de satisfação da lascívia, que se vale de uma relação de confiança previamente estabelecida entre o autor do crime e a vítima.

Conclui-se também que a adjetivação “estupro virtual”, mas sim uma denominação doutrinária a para aquelas hipóteses em que o estupro ocorre no ambiente virtual, sendo passível de repreensão penal por enquadrar-se na figura do “ato libidinoso, não se tratando de nova modalidade constante no Código Penal, mas sim um novo meio de execução do crime”.

Verifica-se com caso concreto o *leading case*, ocorrido no Brasil, como primeiro caso a ser interpretado com base no art. 213 do Código Penal, que ocorreu em Teresina/Piauí em Agosto/2017. Neste caso foi decretada a 1ª prisão de Estupro Virtual. Por ser o Brasil um país atrasado no seu contexto virtual, a decisão trouxe à baila críticas acerca do uso da interpretação analógica com a parte final do art. 213 Código Penal “ato libidinoso diverso”,

como forma de punir a conduta criminoso.

A referida situação, no entanto, apesar de ainda não ser regulada pelo ordenamento jurídico pátrio de forma específica, não importa na sua não repreensão pelo ordenamento jurídico. Como vimos, o doutrinador Rogério Sanches admite a interpretação analógica, mas faz a ressalva da observação casuística, sob pena da caracterização de outros delitos que não o estupro virtual.

Com isso, concluímos que não é necessária a criação de um tipo penal incriminador para que o estupro virtual sofra a devida repreensão, uma vez que a sua punibilidade é possível por meio da interpretação analógica, não havendo qualquer óbice para tanto, desde que seja observado o caso concreto.

REFERÊNCIAS

AMO DIREITO. *Decisão Inédita! Juiz do Piauí decreta primeira prisão por estupro virtual o Brasil*. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2017/08/decisao-interessante-juiz-do-piaui-primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil.html>>. Acesso em: 05 mar.2018.

BRASIL. *Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990*. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 10 jun.2018.

BRASIL. *Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>Acesso em: 05 mar.2018.

BOTELHO, Jeferson. *Vingança Ponográfica*. Uma revanche criminoso e nojento. Disponível em:< https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19811>Acesso em : 05 mar.2018.

CAMPOS, Cláudia. *O que se entende por crimes contra a liberdade sexual*. Jusbrasil. Disponível em:<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/185750/o-que-se-entende-por-crimes-contra-a-liberdade-sexual-claudio-campos>>Acesso em 16 abr.2018.

CARAMIGO, Denis. *Estupro Virtual: Um crime real*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323390332/estupro-virtual-um-crime-real>>. Acesso em 05 mar.2018.

DE INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. *Crimes na Internet*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

DE MORAIS, Nicole Braga. *Crimes contra a dignidade sexual*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://nihreny.jusbrasil.com.br/artigos/334316781/dos-crimes-contra-a-dignidadesexual>>Acesso em 16 abr.2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. revist. ampl e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.



G1.GLOBO. *Homem ameaça divulgar nudes e é preso por “estupro virtual” em Teresina.* Disponível em: < <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/homem-ameaca-divulgar-nudes-e-e-preso-por-estupro-virtual-em-teresina.ghtml>>. Acesso em 05 mar.2018.

FERREIRA LIMA, Paulo Marco. *Crimes de computador e segurança computacional.* São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, José Renato. *“Sextorsão” e “estupro virtual”*: os perigos de uma decisão judicial equivocada. Migalhas de Peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263670,81042Sextorsao+e+estupro+virtual+os+perigos+de+uma+decisao+judicial>> Acesso em 05 mar.2018.

NUCCI, Guilherme. *O crime de estupro sob o prisma da lei nº 12.015/2009.* Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>> Acesso em 05 mar.2018.

OLIVEIRA JUNIOR. Eudes Quintino de; MOREIRA SECANHO, Antonelli Antonio. *O estupro virtual e a aplicação da lei penal.* Migalhas de Peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263952,101048O+estupro+virtual+e+a+aplicacao+da+lei+penal>> Acesso em 05 mar.2018.

SANCHES, Rogério. *A tipicidade do estupro virtual.* Jusbrasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59726/a-criminalizacao-do-estupro-virtual>>. Acesso em: 05 mar.2018.

SOUTO, Robson. *Crime do Século XXI: Estupro Virtual.* Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/crimes-do-seculo-xxi-estupro-virtual/>>. Acesso em: 12 mar.2018.

SUZUKI, Claudio. *Afinal de contas existe ou não o estupro virtual?* Jusbrasil. Disponível em: <<https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>> Acesso em: 05 mar.2018.



O COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS RELAÇÕES COM ENTIDADES PRIVADAS E A TEORIA DA CAPTURA

Augusto Cesar Ribeiro dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes - Centro. Residência jurídica pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - A partir da década de 90 do século passado houve um incremento na privatização de serviços públicos no Brasil. Essa situação fez com que houvesse uma maior necessidade de atuação do Estado no domínio econômico, com foco na sua vertente reguladora, por meio das agências reguladoras. Nesse contexto, a possibilidade de contaminação das agências reguladoras por grupos de interesses privados, com vistas à obtenção de benefícios é algo real e frequente. A essência do trabalho é analisar essa forma de captura e a adoção de práticas efetivas, com fundamento na moderna teoria da captura, para se efetivar um modelo regulatório independente, livre de influências indevidas de entidades privadas.

Palavras-chave - Direito Administrativo. Direito Regulatório. Agências Reguladoras. Teoria da Captura.

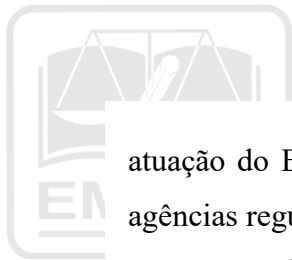
Sumário - Introdução. 1. A atuação independente das agências reguladoras e a suposta ausência de legitimidade democrática: a dificuldade de se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática. 2. A relação entre as agências reguladoras e as entidades privadas relacionadas ao seu campo de atuação: necessidade de afastar possíveis influências dessas últimas sobre os entes reguladores. 3. Aplicação da Teoria da Captura na busca por um modelo regulatório independente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação da teoria da captura como forma de preservação de uma atuação independente das agências reguladoras nas relações com entidades privadas sob seu controle. Procura-se demonstrar a necessidade de se evitar a captura do órgão regulador por pessoas privadas, no sentido de atender seus interesses em detrimento dos direitos dos usuários de serviços públicos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é possível o estabelecimento de práticas, como as propugnadas pela moderna teoria da captura, como forma de evitar a captura das agências reguladoras por pessoas privadas.

A crescente privatização da prestação de serviços públicos, implementada sobretudo a partir da década de 90 do século passado, fez com que houvesse uma maior necessidade de



atuação do Estado no domínio econômico, com foco na sua vertente reguladora, por meio das agências reguladoras.

A doutrina cunhou a expressão *captura* para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados.

O tema é atual e merece atenção, uma vez que a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho apresentando a discussão sobre a legitimidade e a necessidade de uma atuação independente das agências reguladoras para garantir os direitos dos usuários dos serviços públicos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e a atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos.

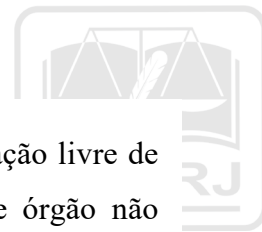
O terceiro capítulo defende a necessidade de adoção de práticas efetivas, como a moderna teoria da captura, a fim de evitar que a atuação independente das agências reguladoras seja comprometida por influências deletérias de entidades privadas.

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 ATUAÇÃO INDEPENDENTE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A SUPOSTA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: A DIFICULDADE DE SE JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE ÓRGÃOS NORMATIVOS COM APARENTE ORIGEM NÃO DEMOCRÁTICA

As análises da relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sobre seu controle e das formas de se evitar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira devem ser feitas a partir da defesa de sua atuação independente, apesar da aparente origem não democrática dessas instituições.



Assim se afirma, porque não faria sentido em se preocupar com uma atuação livre de um órgão, isento de formas de captura por agentes sobre seu controle, se esse órgão não dispusesse, nos âmbitos legal, social e político, de um atuar independente legitimamente justificado. E o sentido de legitimidade, aqui tratado, aponta para processos de socialização política dos indivíduos que, submetidos a experiências diversas nos seus seios sociais, internalizam valores de apoio ou rejeição ao sistema e as suas partes constituintes. No presente estudo, o sistema seria o modelo regulatório brasileiro e uma de suas partes constituintes seriam as agências reguladoras.

As agências são autarquias especiais, que desempenham funções executivo-administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências deferido por lei, cujos limites ainda não estão pacificados na doutrina e na jurisprudência. A essas autarquias foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los¹. No exercício de suas atribuições, cabem às agências encargos de grande relevância, como zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentar a competitividade, induzir à universalização dos serviços, definir políticas tarifárias e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Porém, o alto grau de autonomia e os poderes quase-legislativos das agências ensejam muitas indagações no campo do direito e da ciência política. Todos estes questionamentos, entretanto, se originam de um problema fundamental: o suposto déficit de legitimidade democrática da atuação normativa das agências: a dificuldade de se justificar a existência de órgãos normativos com aparente origem não democrática.

Alexandre Santos de Aragão² comenta que:

A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao poder executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizado ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação .

Nesse contexto, mostra-se relevante uma reflexão quanto à origem e à existência desse déficit democrático, com relação a ser o mesmo inerente ao modelo das agências reguladoras independentes ou a ser tal deficiência originária de uma crise democrática do Estado como um todo, que lhe atinge por reflexo.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 504-507.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218-219.



Não há como negar que o surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras – cujas características são a não eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos poderes tradicionais – desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política no desempenho de tais competências.

A doutrina aponta alguns aspectos que, idealmente, seriam capazes de neutralizar as conseqüências desse *deficit* democrático. Luís Roberto Barroso³ invoca os seguintes: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências.

Ressalte-se que em tempos de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

Outra forma de legitimação da atuação das agências reguladoras brasileiras é a criação de mecanismos de participação dos administrados no processo de elaboração das decisões que possam afetar os seus interesses. A Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, prevê mecanismos de viabilização da participação popular na Administração Pública, bem como nos Poderes do Estado em geral.

No entanto, deve-se frisar que uma excessiva interferência popular e dos Poderes na atuação das agências desnatura o modelo regulatório. Isso porque, tal modelo é estruturado a partir do princípio da deferência técnico-administrativa em que se coloca à disposição do órgão especializado uma margem de discricionariedade técnica para operação, execução e implementação da atividade descentralizada que exige conhecimentos específicos.

A principal dificuldade para justificar a atuação independente dessas autarquias especializadas em face de uma suposta ausência de legitimidade democrática diz respeito à forma de investidura dos seus dirigentes, que não são eleitos. Ocorre que, mesmo em um sistema democrático, deve ser admitida a investidura por razões de mérito, pois há determinadas funções

³ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3209>>. Acesso em: 13 out. 2017.



que devem ser exercidas de forma neutra, desvinculada das oscilações do plano político-partidário, em consonância com o princípio da deferência técnico-administrativa acima exposto.

Na verdade, seria até mesmo antidemocrático que todos os cargos e funções públicas fossem providos através de eleições. Daí se pode concluir que a ausência de eleição para os membros dirigentes das agências reguladoras é irrelevante para o reconhecimento de algum déficit democrático.

De acordo com Marçal Justen Filho⁴, “não há déficit democrático na instituição estatal constituída sem participação direta do povo quando a função consista precisamente em neutralizar a influência da vontade da maioria da população e assegurar a realização de valores e princípios fundamentais”.

Aliás, não são apenas os dirigentes das agências que são escolhidos sem a manifestação direta da vontade popular. Assim também ocorre com os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, muito embora tenham competência para declarar a inconstitucionalidade de atos emanados de representantes do povo, são escolhidos por meio de um processo em que prevalecem o conhecimento e a experiência jurídicos.

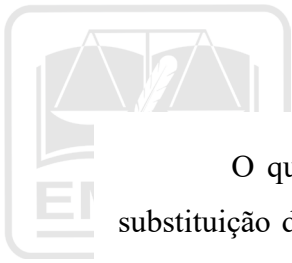
Sob esse enfoque, a criação das agências reguladoras independentes pode ser vista como um instrumento de ampliação da legitimação democrática do sistema de governo em vigor. Isso porque, se constata que a regulamentação e execução de certas matérias pelos órgãos investidos através da via eleitoral podem consistir em um risco muito grande para determinados valores fundamentais. O receio de desagradar o eleitorado e, assim, reduzir as chances de uma reeleição faz com que determinadas decisões sejam descartadas, muito embora necessárias e adequadas do ponto de vista técnico.

Dessa forma, a própria organização estatal democrática impõe a criação de cargos não preenchidos por eleições. Há a necessidade da existência de entes estatais que não se enquadrem exatamente em quaisquer dos três poderes tradicionais, com vistas a garantir a realização da democracia e assegurar o pluralismo de interesses na sociedade, através do exercício imparcial de suas funções com relação às questões políticas.

Nesse sentido, Patrícia Baptista⁵ defende que “a noção de democratização da Administração Pública não está associada à representatividade, pelo menos não em seus moldes tradicionais, isto é, através da via eleitoral”.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 1, jan./mar. 2003.

⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



O que se quer expor é que a atuação independente da agência reguladora, através da substituição da decisão de cunho políticopartidário por decisões de natureza técnica, está longe de qualquer ilegitimidade. Justifica-se a existência desses órgãos normativos independentes, sem qualquer forma de captura de sua atuação, para efetivar uma melhor prestação de serviços públicos e para defender direitos fundamentais dos tomadores desses serviços.

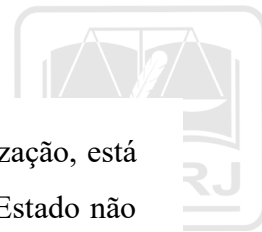
2. A RELAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS ENTIDADES PRIVADAS RELACIONADAS AO SEU CAMPO DE ATUAÇÃO: NECESSIDADE DE AFASTAR POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS DESSAS ÚLTIMAS SOBRE OS ENTES REGULADORES

A defesa da legitimidade da atuação de uma agência reguladora precisa advir de um sentimento de certeza quanto à independência dessas instituições frente às pressões dos entes privados regulados. Em outras palavras, só se aceita a submissão às normas de um poder regulador quando se percebe que esse órgão atua de maneira imparcial no trato de todas as partes envolvidas na relação econômica regulada. Notadamente, quando se verifica que, efetivamente, o órgão regulador está imune a interferências indevidas de sociedades empresárias, por maior que seja o poderio econômico desses entes.

Assim se afirma porque hodiernamente as agências reguladoras exercem papel fundamental no desenvolvimento econômico de um país de matriz capitalista como o Brasil, equilibrando as forças entre o poder empreendedor e o interesse dos usuários. A manutenção desse equilíbrio é fundamental para um desenvolvimento sustentável que, em última análise, permite a sobrevivência desses empreendedores privados. Nesse sentido, seria lógico esperar um comportamento favorável a esse equilíbrio por parte dos entes privados regulados.

No entanto, contrariando essa lógica, é possível observar um comportamento oportunístico por parte do investidor privado, no sentido de influenciar o órgão regulador em detrimento do interesse dos usuários. A Teoria da Captura, que têm por foco a formação de grupos de interesse e a captura de agentes reguladores, argumenta que as empresas possuem grande capacidade de organização e efetividade na busca de rendas extras. Por consequência, de acordo com essa teoria, é possível observar as agências reguladoras cedendo à pressão de grupos que representam os interesses de empresas ao invés de defender de forma mais efetiva os interesses dos consumidores. De forma direta e prática, a Teoria da Captura busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora⁶.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.



Como a atividade econômica, a partir da efetivação do programa de desestatização, está concentrada, principalmente, nas mãos da iniciativa privada, faz-se necessário que o Estado não se poste totalmente alheio à atividade desses novos agentes econômicos. É necessário que o Estado permaneça vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, direitos do consumidor, risco de formação de monopólios empresariais, qualidade dos serviços prestados, dentre outros. Esse papel deve ser exercido de modo efetivo pelas agências reguladoras e, para esse exercício, essas entidades devem gozar de independência e fazer bom uso dela.

Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços.”⁷

Contudo, é de se ressaltar que sendo as decisões das agências reguladoras, eminentemente técnicas, o controle judicial será realizado, ordinariamente, tão somente quanto ao aspecto da legalidade, contudo, não são raros os casos em que o judiciário poderá avaliar o mérito desses atos, e aí devem ser abarcados os atos que evidenciam que a agência reguladora cedeu a pressões indevidas dos entes privados regulados.

O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanção de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou desrespeite as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário. Em suma, deve haver uma discricionariedade vigiada em prol dos direitos dos usuários, porque de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes.⁸

⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 650.



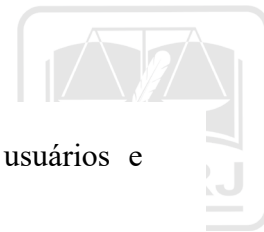
Outro relevante instrumento de controle a fim de impedir influências nefastas nas agências pode ser exercido pelo próprio usuário interessado: trata-se do direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania. A constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5º, XXXIV, “a”, ser a todos assegurado “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a “defesa de direitos” não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta.”⁹

A vigilância sobre a atuação das agências reguladoras, no sentido de evitar influências de entidades privadas não visa a afastar os preceitos de uma Economia de Mercado, que é, basicamente, um sistema econômico elaborado no seio do desenvolvimento do capitalismo e tem como premissa básica a centralidade do mercado na economia, através da redução dos papéis exercidos pelo Estado. Ao contrário, como já afirmado, a idéia é fortalecer o desenvolvimento sustentável, corroborando para o sucesso da atividade empresarial.

Não obstante a aceitação de uma economia de mercado como algo posto no Brasil, deve ser reconhecido que tal economia apresenta alguns problemas estruturais, o que dá força à idéia de que a preocupação em afastar um dirigismo dos entes privados sobre a atuação das agências deve estar sempre presente. Um problema que pode ser apontado está na fragilidade das premissas da livre concorrência e da lei da oferta e da procura. Em muitos casos, empresas de um mesmo setor ou produto organizam-se na formação de cartéis, que, na prática, ocasionam a padronização dos preços a fim de evitar grandes perdas durante a concorrência. Apesar de ser considerada irregular, essa prática é bastante comum em todo o mundo. Às vezes, não há um cartel organizado, mas uma regulação média dos preços, que variam em pouquíssimos centavos entre uma ou outra empresa.

Apesar de críticas e contestações, a economia de mercado é predominante na economia global contemporânea. O Estado, nesse caso, passa a controlar o mínimo possível a economia, operando apenas para conter os excessos do mercado e para garantir a não ocorrência de crises que afetem, assim, a dinâmica econômica. Nesse aspecto, as agências reguladoras possuem papel

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1009-1010.



relevante, normatizando o setor regulado e mediando conflitos e interesses de usuários e entidades privadas reguladas.

Na mediação desses interesses e conflitos, como é presumível que os usuários de serviços públicos são a parte mais fraca da relação, as atenções devem ser voltadas principalmente para as demandas do setor privado frente às agências reguladoras, no sentido de verificar se são demandas legítimas ou se são tentativas ilícitas de influência. Frente à observância dessas tentativas de influência, devem ser analisados os passos das agências, isto é, verificar se a atuação está infestada dessas pressões em detrimento do interesse dos usuários de serviços.

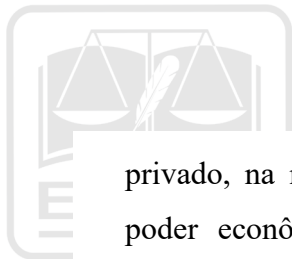
É essencial, para isso, a adoção de práticas regulatórias transparentes e a adoção de mecanismos de defesa da independência das agências reguladoras. O governo também deve sinalizar seu comprometimento com os arranjos regulatórios estabelecidos, mitigando também a incerteza política, já que a independência formal, por si só, não garante uma maior estabilidade nas relações entre as partes interessadas, assim como não garante uma confiança no atuar regulatório por parte da sociedade.

O que se quer dizer é que a existência de uma legislação de constituição de agência reguladora que, a princípio, contenha elementos favoráveis à independência não é suficiente para asseverar autonomia de fato. Além disso, não garante que agentes reguladores atuarão sem influência dominante de determinados grupos de interesse. Há necessidade que aspectos de governança, como o respeito aos preceitos legais, controle da corrupção de servidores das agências, boa qualidade da atividade regulatória e isenção do judiciário sejam também observadas.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAPTURA NA BUSCA POR UM MODELO REGULATÓRIO INDEPENDENTE

As agências reguladoras no Brasil são autarquias especiais, independentes, com especialização técnica e poder normativo, destinadas a aplicar as políticas setoriais em prol do interesse público, com o escopo de possibilitar a ampliação do controle e a universalização do acesso aos serviços públicos, bem como tornar a prestação desses serviços mais eficiente para a sociedade.

Contudo, as atividades regulatórias estão, constantemente sob o risco de serem capturadas, isto é, desviarem-se de seu foco principal - que é baseado na busca do interesse público. O problema da captura das agências reguladoras pode surgir de dois modos: pelo setor



privado, na medida em que empresas que exercem os serviços regulados, valendo-se de seu poder econômico, interferem na atividade regulatória, influenciando o comportamento da entidade reguladora (captura econômica), ou; pelo próprio setor público, quando há uma vinculação da atividade da agência reguladora com interesses políticos de agentes públicos, em especial, de detentores de mandato no âmbito do Poder Executivo (captura política)¹⁰.

O foco do presente artigo é a captura econômica, que consiste no fenômeno da captura das agências reguladoras por entes privados, ocorrendo distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. Esse fenômeno afeta de forma evidente, a imparcialidade das agências reguladoras. A agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados.

Com isso, a agência reguladora passar a servir de instrumento para viabilizar e legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados, se afastando dos preceitos constitucionais, dos princípios relativos à defesa do consumidor, para atender interesses de agentes e grupos econômicos em detrimento dos cidadãos que utilizam ou necessitam dos serviços públicos.

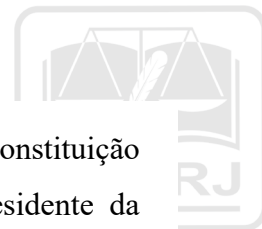
Vale dizer que a corrupção (abuso do poder público com fins privados) e a aceitação da assimetria de informações (aceitar como verdadeiras as afirmações e informações dos agentes regulados) sem auditar também são formas de captura¹¹.

Nesse contexto, de possibilidades de relações indevidas entre as agências reguladoras e os entes regulados, a Teoria da Captura, além de escancarar tal circunstância, busca formas de se evitar tal relação promíscua, que prejudica a independência da pessoa controladora e causa um desequilíbrio entre entes privados regulados e usuários do serviço.

A Teoria da Captura volta-se, em princípio, ao tema que envolve a independência decisória, que representa o estabelecimento do Conselho Diretor da agência reguladora como última instância de decisão, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério.

¹⁰ MELO, Thiago Dellazari. *A captura das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Data da defesa. Total de folhas. Tese (Doutorado) ou Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010, p.39-58.

¹¹ BOEHM, Frédéric. *Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos*. *Revista de Economía Institucional*, p. 249. Disponível em: <<http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.



Ora, um dos aspectos mais relevantes trazidos é de que, conforme nossa Constituição Federal de 1988, os dirigentes das agências reguladoras serão indicados pelo Presidente da República, e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal.

Estes dirigentes são nomeados para exercício de mandato fixo, cuja duração será estabelecida nas Leis específicas das agências. Caberia também à Lei dispor sobre a não-coincidência dos mandatos, que se soma a regra geral das Leis das agências que estabelece que, em caso de vacância no curso do mandato, o sucessor será investido apenas para completar o mandato interrompido.

Ressalte-se ainda que estes referidos dirigentes só perdem o seu mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Isto seria uma garantia de independência entre as agências reguladoras e o poder político.

No que tange à independência econômica, a doutrina ressalta a importância da chamada “quarentena” sobre os dirigentes e ex-dirigentes. Estes ficariam impedidos para o exercício de atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período mínimo específico, sendo contado a partir do momento da exoneração ou do término do seu mandato.

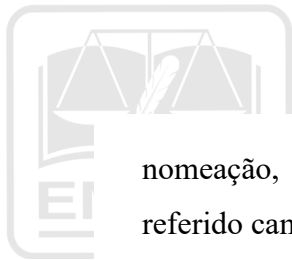
Sobre o referido tema, qual seja, o instituto da quarentena, aduz o professor Floriano Azevedo Marques Neto:

No nosso entendimento a melhor forma de efetivar tais mecanismos é com o estabelecimento da proibição de que o dirigente ou detentor de cargo relevante no órgão regulador represente qualquer interesse da regulada por um período mínimo de 12 meses após deixar seu cargo. Neste período cumpre ao Estado pagar pelo seu sustento o valor correspondente ao que ganhava no cargo. Em que pese às críticas a tal mecanismo, afirmando que isto caracterizaria pagamento de salário sem contrapartida, delas discordo. A natureza destes pagamentos é indenizatória.¹²

Outro aspecto relevante, ainda no campo da independência decisória do órgão regulador, é a posição que a justiça vem adotando no sentido de possibilitar essa independência de fatores externos, obstando a nomeação, para vaga no conselho consultivo de determinada agência reguladora, de indivíduos que haviam anteriormente ocupado cargos em empresas concessionárias.

Nesse sentido, tem-se a decisão do TRF 5ª Região na apelação cível de nº 342.739/PE, em que se discutiu a (il)egalidade da nomeação de um indivíduo para o Conselho Consultivo da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), uma vez que este era, no momento da

¹² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito Administrativo Econômico* (Coordenação de Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 85-84.



nomeação, presidente da TELEBRASIL, associação que congrega grandes empresas deste referido campo regulado¹³:

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuam sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”.

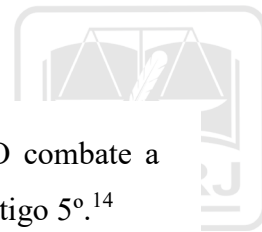
(...)

Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados.

Ora, seria razoável afirmar que tal nomeação seria incompreensível, sendo muito feliz a decisão proferida pelo ínclito Tribunal Regional Federal da 5ª região. Seria no mínimo arriscado nomear um indivíduo amplamente ligado aos agentes econômicos de um determinado setor (*in casu*, presidente da TELEBRASIL) para o Conselho Consultivo do ente regulador responsável, por conta do flagrante conflito de interesses no caso concreto.

Além do controle judicial, com o advento da Lei nº 12.846/13, a Lei Anticorrupção, surgiu mais um mecanismo de defesa em face da ocorrência frequente de captura dentro das agências reguladoras. Atualmente, além dos agentes físicos, as próprias empresas podem ser

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, *Ap. Cível nº 342.739*. Relator Juiz FRANCISCO CAVALCANTI. Disponível em: <<https://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2018



responsabilizadas pelos seus atos ilícitos em desfavor da administração pública. O combate a essa captura efetivamente encontra guarida na referida Lei, sendo tipificada no seu artigo 5º.¹⁴

Essa abordagem mostra que a teoria da captura, na busca por um modelo regulatório independente, além do estudo e da observação da prática, do que ordinariamente acontece nas relações entre órgãos reguladores e entes regulados, se esteia na sistemática legal para alargar o campo de atuação de sua teoria, que vem repercutindo em recentes decisões judiciais, no sentido de conferir efetiva independência às decisões dos órgãos reguladores.

Nesse contexto, a lição de Marçal Justen Filho¹⁵:

A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.

Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão de administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições. Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.

Por fim, é possível afirmar que, com as atuais políticas de contenção de gastos em todas as esferas públicas, novas atividades e serviços tendem a ser delegadas ao setor privado. Por isso, as agências reguladoras parecem, cada vez mais, estarem consolidadas em nosso país, de modo que se faz necessário a adoção de medidas que visem a fortalecê-las, deixando-as livres de influências externas.

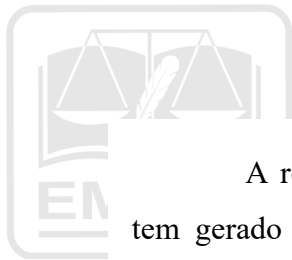
A utilização do sistema das agências reguladoras implica que lhes seja conferido um certo grau de independência em relação a agentes externos. Se existe algum tipo de interferência, este referido sistema perde a sua pureza e primária vocação. O pronto reconhecimento das formas de captura da agência reguladora e o seu efetivo combate por meios legais, judiciais e de participação popular são mecanismos eficazes de se evitar que esse sistema regulatório seja desvirtuado.

CONCLUSÃO

As agências reguladoras, criadas com natureza pública, na forma de autarquias, exercem, no Brasil, importante papel de fiscalizar, conduzir e regular as prestações de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas por particulares.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 584-585.



A relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço.

Uma atuação independente da agência reguladora é essencial para se evitar tal desequilíbrio nas relações entre prestadores de serviços e usuários. A aparente origem não democrática desse órgão reguladores não se constitui um óbice a sua existência e a sua atuação no modelo econômico vigente.

Justifica-se a existência desses órgãos normativos independentes, sem qualquer forma de captura de sua atuação, para efetivar uma melhor prestação de serviços públicos e para defender direitos fundamentais dos tomadores desses serviços.

Porém, no modelo econômico vigente, a existência de uma legislação de constituição de agência reguladora que, a princípio, contenha elementos favoráveis à independência não é suficiente para preservar autonomia de fato. Há necessidade que aspectos de governança, como o respeito aos preceitos legais, controle da corrupção de servidores, boa qualidade da atividade regulatória e isenção do judiciário sejam também observados.

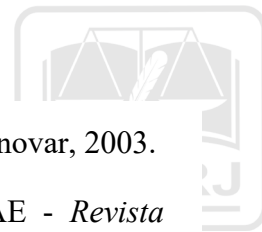
Nesse contexto, de possibilidades de relações indevidas entre as agências reguladoras e os entes regulados, a teoria da captura, além de escancarar tal circunstância, busca forma de se evitar tal relação deletéria, que prejudica a independência da pessoa controladora e causa um desequilíbrio na relação entre entes privados regulados e usuários de serviços.

A aplicação da teoria da captura, na medida em que foca na atuação dos diretores das agências, nos atos legislativos pertinentes à atividade regulada e nas decisões judiciais, possibilita o pronto reconhecimento das formas de captura da agência reguladora e o seu efetivo combate por meios legais, judiciais e de participação popular. Referidos meios são mecanismos eficazes para se evitar que o sistema regulatório seja desvirtuado, de modo a beneficiar entidades privadas em detrimento dos direitos dos usuários.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n 59, I out 2002.



BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEMBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia no Brasil*. REDAE - *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 3, ago-set. 2005, Salvador.

BOEHM, Frédéric. *Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos*. *Revista de Economía Institucional*. Disponível em: <<http://www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal, 5ª Região, *Ap. Cível nº 342.739*. Relator Juiz FRANCISCO CAVALCANTI. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194680/apelacao-civel-ac-342739-pe-20028300009457-0?ref=serp>>. Acesso em: 20 mar. 2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA n 244, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

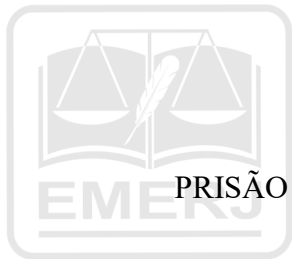
_____, Marçal. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord) *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, n 1, jan/mar. 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

SALGADO, Lúcia Helena. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.



PRISÃO PREVENTIVA: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA NO CRIME DE ROUBO

Áurea Lúcia de Andrade Serafim Felipe

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – numa sociedade capitalista e excludente, mede-se uma pessoa pela quantidade de riquezas que possui. Atrélado a esse pensamento multiplicam-se o cometimento de crimes motivados pela ganância. Neste cenário, os crimes patrimoniais têm ocupado lugar de destaque nas manchetes policiais, espalhando o pânico social e superlotando as penitenciárias. O roubo assusta pela violência com a qual é praticado. Tentando desestimular o cometimento de tal infração penal os órgãos judiciários, via de regra, convertem ou decretam a prisão preventiva fundamentando-a na ordem pública, utilizando-a como medida de segurança pública. Estudar a prisão preventiva e o porquê da sua aplicação obrigatória no crime de roubo é a temática deste artigo científico.

Palavra-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Direito Penal.

Sumário – Introdução. 1. A decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro como garantidora da ordem pública 2. A prisão preventiva no crime de roubo: uma discussão pautada a luz do subprincípio da necessidade 3. A inconstitucionalidade da aplicação obrigatória da prisão preventiva ao crime de roubo. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o uso da prisão preventiva como regra no crime de roubo. Discute-se a luz dos princípios constitucionais o uso desenfreado desta modalidade de prisão, uma vez que a liberdade é a regra de tratamento para todos os acusados de cometerem uma infração penal, tenha ela a gravidade e a repercussão que tiver. Procura-se demonstrar que a sua aplicação fundamentada na garantia da ordem pública, tem-na banalizado, dando-lhe uma função que não é a sua.

Para tanto, abordam-se a Constituição da República, as leis processuais penais vigentes, posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, visando discutir o instituto da prisão preventiva no crime de roubo frente ao princípio constitucional da inocência, da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios que gravitam em torno desta prisão.

A Constituição da República estabelece nos incisos LIV e LVII do artigo 5º, onde estão contidos os direitos e garantias fundamentais, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e que, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A dignidade da pessoa humana além de ser o princípio mãe, dele nasce os demais, é também, fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, se for ignorado, a estrutura vem abaixo.



O cerne deste artigo é a reflexão do porquê a prisão preventiva vem sendo aplicada como regra ao crime de roubo.

Além de muito interessante, o tema é bastante polêmico e desperta à atenção dos operadores do direito, em especial dos defensores que vislumbram uma patente inconstitucionalidade na aplicação generalizada da prisão preventiva no crime de roubo.

Busca-se apresentar o tema de uma forma clara e compreensível, com a utilização correta da língua portuguesa.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho apresentando a prisão preventiva em seus diversos aspectos, conceito, requisitos legais, e sua ancoragem no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se também a definição de ordem pública e a sua aplicação desenfreada na fundamentação da prisão cautelar.

No segundo capítulo faz-se uma reflexão da aplicação da prisão preventiva no crime de roubo a luz do subprincípio da necessidade.

No terceiro e último capítulo, observa-se que a prisão preventiva vem sendo decretada obrigatoriamente ao crime de roubo com o intuito de coibir o aumento da violência, como medida de segurança pública, desvirtuando a sua finalidade, e por isso, inconstitucional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois, investiga-se um problema, selecionando-se o que é relevante ou irrelevante, por meio de argumentos. Interações sociais forneceram dados que foram analisados subjetivamente pela pesquisadora, sendo esta uma pesquisa de fenômenos.

Deu-se uma abordagem qualitativa, haja vista, ter sido estabelecida uma relação entre a pesquisadora e o seu estudo, sustentando assim a sua tese.



1. A DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A prisão é uma punição, um castigo legalmente previsto pelo Estado-legislador que recai sobre pessoas físicas que violam a norma penal incriminadora. O doutrinador Fernando Capez¹ diz que a prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

Por meio da prisão o infrator é retirado do seu meio de convívio e colocado à disposição do Estado para cumprimento da pena que lhe foi imposta por meio de uma sentença penal condenatória definitiva.

A prisão preventiva é uma forma de restrição da liberdade de ir e vir da pessoa natural antes da formação de um juízo condenatório definitivo por meio de uma decisão penal condenatória imutável.

Assim como a prisão em flagrante e a prisão temporária, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, decretada antes que haja uma sentença penal condenatória definitiva, e tem por objetivo assegurar a investigação ou o processo criminal. Vem regulamentada no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal², que diz que em qualquer fase da investigação policial ou processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial.

É uma medida excepcional, decretada por um órgão do Poder Judiciário, desde que fique clara a existência de pelo menos um dos requisitos legalmente previstos que a autorizam. Alguns desses requisitos por não terem o seu significado descrito expressamente na norma penal, deixam margem para que os aplicadores da lei deles se utilizem, contemporizando os seus significados, amoldando-os as necessidades sociais de segurança do momento.

O penalista Manoel Pedro Pimentel³ em seu livro, *O crime e a pena na atualidade*, afirma que a pena de prisão teve origem nos mosteiros da Idade Média, era utilizada como punição imposta aos monges faltosos, estes ficavam recolhidos em suas celas dedicando-se à

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 132.



meditação para que se arrependessem da falta cometida, em silêncio, buscando a reconciliação com Deus.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a liberdade. O acusado só poderá perdê-la ao final de um processo penal dialético, onde sua culpa seja definitivamente provada, possibilitando assim, que lhe seja aplicada uma pena privativa de liberdade, que é uma das três espécies de penas previstas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Embora a privação da liberdade só devesse ocorrer ao final de um processo penal, em recente orientação, o Supremo Tribunal Federal⁴, no HC nº 126.292 confirmou que a prisão pena já pode ser aplicada após o acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância.

Alberto Silva Franco⁵ diz que:

enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substituto válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um ‘mal necessário’, não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado.

Pode ser decretada pelo órgão do Poder Judiciário em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, nesta, podendo ser de ofício. Tendo como legitimados para a requerer o Ministério Público, o querelante ou o assistente e caso a autoridade policial a deseje deverá manifestar-se por meio de representação.

O Código de Processo Penal, no artigo 313, aponta as hipóteses em que são admissíveis a decretação da prisão preventiva: em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; quando houver reincidência em crime doloso; quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento.

As hipóteses acima elencadas são objetivas, ou seja, certas, definidas. A problemática se encontra em alguns dos pressupostos que tem servido de amparo para a decretação da prisão preventiva.

Para que a prisão preventiva seja decretada é necessário que haja a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. É o que se chama de *fumus comissi delicti*. O

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei nº 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121/122.



Supremo Tribunal Federal⁶ assegurou que quanto à materialidade delitiva é necessário que haja prova, certeza que o fato existiu, porém, quanto a autoria, basta a indicação, começo da prova, ou prova incompleta, não havendo a necessidade de prova substancial.

Visando resguardar a investigação criminal, o processo penal e futura aplicação da penalidade decretada judicialmente, o artigo 312 do Código de Processo Penal previu os fundamentos para a decretação da prisão preventiva: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, a segurança para a aplicação da lei penal, e o descumprimento de qualquer das obrigações anteriormente impostas por força de outras medidas cautelares, é o chamado *periculum libertatis*.

De todos os fundamentos acima expostos, este artigo se debruçará apenas sobre a garantia da ordem pública, pois esta tem sido utilizada corriqueiramente para fundamentar os mandados de prisão preventiva no crime de roubo.

Não há na lei processual penal a definição de garantia da ordem pública, sendo este um conceito indeterminado, e por isso, carregado de subjetivismo jurídico. Paulo Rangel⁷ a define como sendo:

por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.

A prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro serve para tutelar, proteger a persecução criminal e não para ajudar o Estado-administração em sua função de prover a segurança pública. Se aquela tivesse sido a vontade do legislador ele a deixaria expressa. Não podendo, portanto, o aplicador da norma ampliar o seu alcance.

Por outro lado, para o Superior Tribunal de Justiça⁸ a prisão preventiva pode ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. Inquéritos policiais e processos em curso, podem servir para a verificação da reiteração delitiva, dando suporte para que a prisão preventiva seja decretada.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 135824*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 810.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 055.365/CE*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459831057/agravo-em-recurso-especial-aresp-721244-rj-2015-0131644-5>> Acesso em: 13 ago. 2018.

2. A PRISÃO PREVENTIVA NO CRIME DE ROUBO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA A LUZ DO SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O roubo é um crime complexo, pois nele há a junção de dois tipos penais, o furto e a violência à pessoa, ou o furto e a grave ameaça. Encontra-se descrito no artigo 157, do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940:

subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.⁹

Rogério Greco¹⁰ diz que o roubo é especial em relação ao furto porque há o emprego da violência à pessoa ou da grave ameaça, com a finalidade de subtrair a coisa alheia móvel para si ou outrem. Descreve que no tipo penal do roubo encontram-se descritos dois tipos de violência. A violência própria, contida na primeira parte do artigo, que é, a violência física, a *vis corporalis*, que o agente pratica com a finalidade de ter êxito na subtração criminosa. A segunda é a violência imprópria, que se dá quando o agente, não usa de violência física, mas sim de qualquer outro meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima, conforme se verifica pela leitura da parte final do caput do artigo acima mencionado.

Dados do Instituto de Segurança e Pesquisa – ISP¹¹ apontam que nos onze primeiros meses de 2017, foram cometidos 212.065 roubos, o que dá uma média de 27 roubos por hora. O cometimento do crime de roubo tem se multiplicado nos últimos anos e superou o crescimento populacional.

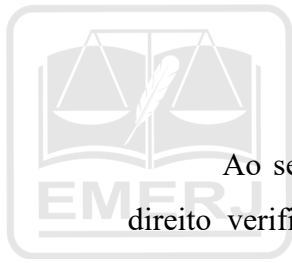
O roubo é um crime grave, embora tenha a finalidade de atingir o patrimônio alheio, tem ceifado vidas e tirado a paz de toda a sociedade, mobilizando os órgãos estatais de segurança pública no seu combate.

Porém combater o roubo e os demais crimes que dele se originam é função precípua do Poder Executivo, por meio de investimento em Segurança Pública num todo. Ao Poder Judiciário cabe a função de aplicar a lei, anteriormente elaborada pelo Poder Legislativo. Assim, de forma harmônica e independente tem-se o respeito à separação dos Poderes da República.

⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

¹⁰ GREGO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 569.

¹¹ O GLOBO. *Total de roubos no estado do Rio atinge maior número desde 1991*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/total-de-roubos-no-estado-do-rio-atinge-maior-numero-desde-1991-22199601>>. Acesso em: 13 ago. 2018.



Ao se deparar com um crime de roubo, tentado ou consumado, deve o aplicador do direito verificar no caso concreto a necessidade da decretação da prisão preventiva, não podendo fundamentá-la simplesmente na gravidade abstrata que esse delito possui, como tem sido a prática cotidiana forense.

A prisão preventiva nos crimes de roubo, vem sendo aplicada desmedidamente pela gravidade abstrata que o mesmo representa.

Não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito de roubo, uma vez que esta é uma circunstância inerente a esta infração penal. A grave ameaça, a violência a pessoa, a redução de sua possibilidade de resistência são elementares do tipo penal de roubo. Elementares são dados essenciais do tipo penal, sem eles o crime deixa de existir ou se transforma em outro.

O uso de arma de fogo, o concurso de duas ou mais pessoas, o transporte de valores pela vítima conhecido pelo agente, o envio do veículo subtraído para outro Estado ou para o exterior e a manutenção da vítima em poder do agente com a restrição de sua liberdade, são circunstâncias que aumentam a pena do agente que as praticam de um terço até a metade. Por isso, não podem por si sós serem usadas para fundamentar um decreto de prisão preventiva ou a sua manutenção, estar-se-ia antecipando o cumprimento de uma pena sem o respeito ao devido processo legal.

Há um sentimento de injustiça que toma conta da sociedade brasileira, fazendo surgir um crescente índice de criminalidade na população carente, como resposta à exclusão social. Assim, a crise social acaba gerando a crise penal. O Estado passa a utilizar indiscriminadamente da medida cautelar da prisão como forma de repressão à criminalidade, ao invés de implementar políticas públicas capazes de minimizar a exclusão dessa parcela da sociedade.

Infelizmente no Brasil, as prisões provisórias estão excessivamente banalizadas, por terem sido inseridas na cultura da emergência, que proporciona apenas um efeito sedante da opinião pública pela ilusória sensação de eficácia do poder punitivo do Estado.

Esse fenômeno jurídico recebeu o nome de processo penal de emergência, rompe com as formalidades processuais e desconsidera os princípios e direitos constitucionais. Pune-se antecipadamente o acusado, com objetivo de dar uma resposta ao clamor público por segurança e mostrar que os órgãos estaduais possuem o controle de uma situação social descontrolada. Roubou? Prenda-o preventivamente, mesmo que os pressupostos para esta prisão estejam ausentes. Dá-se uma aparente segurança pública dissolvendo-se a segurança jurídica.



Segundo o Princípio da Inocência, esculpido na Constituição da República, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória definitiva. O jurista Arturo J. Zavaleta¹² faz o seguinte questionamento: “Como se explica então que a justiça, por meio da prisão preventiva, aprisione um inocente antes de declará-lo culpado em uma sentença definitiva? Não parece ilegítimo semelhante proceder? E se não é, a que título se faz?”

A prisão cautelar é o meio mais drástico escolhido pelo legislador para resguardar os fins do processo. Delmanto Júnior¹³ diz que a prisão é a mais violenta medida processual penal que pode ser imposta contra uma pessoa sujeita a persecução criminal. Ferrajoli¹⁴ vai além, e afirma que essa utilização indiscriminada e desproporcional da medida, acaba por confirmar “a incoerência com a proclamada presunção de inocência mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto.”

A Professora Maria Ignez Kato¹⁵ salienta que o processo penal de emergência almeja “assegurar, dentro do contexto do caos e da desordem, o controle do réu, por um instrumento técnico significativo, que é a prisão provisória”. A sociedade não é capaz de tolerar a condenação e a execução da pena do acusado, após um julgamento transitado em julgado. Por não saber diferenciar o instituto da prisão cautelar e o da prisão pena, a sociedade acredita que a prisão cautelar é um instrumento de punição utilizado pelo Estado. Assim, o Estado, buscando atender o clamor social, aplica a medida cautelar de prisão, como um analgésico, mostrando uma aparente retribuição célere ao mal causado pelo indivíduo culpado. Contudo, quando cessa a custódia cautelar, decai uma profunda decepção, acreditando a sociedade que o Estado deixou de punir o culpado, quando, em verdade, a sanção sequer fora aplicada.

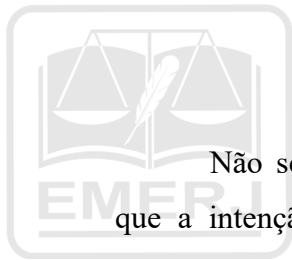
O Poder Judiciário extrapola o que lhe compete e usurpa competências afetas ao Poder Executivo, esmaga a presunção de inocência e o devido processo legal, utiliza a prisão preventiva como meio de pacificação social, dando uma forcinha que enfraquece os princípios fundamentais constitucionalmente protegidos. O Princípio da legalidade estrita não comporta mitigação e deve ser observado por todos os poderes da República.

¹² MELO, Marciano Almeida. *A moralidade do direito*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/www.boletim.com.br/doutrina/artigo/amp/2643/a-moralidade-direito>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

¹³ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 80-81.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

¹⁵ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des)Razão da Prisão Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.



Não se pode atropelar direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mesmo que a intenção seja legítima, os fins não justificam os meios, “a cultura subjacente na sociedade os veja em determinados momentos como mecanismos de proteção de criminosos”¹⁶. Os Poderes constituídos devem prover a segurança social sem implodir o muro constitucional que lhe protege o indivíduo.

A necessidade da aplicação da prisão preventiva deve ser analisada caso a caso, não pode ser aplicada a todo roubador cegamente.

Para o desembargador Paulo Rangel¹⁷, a prisão preventiva deve ser decretada com o objetivo de que o processo tenha seu curso regular assegurado, caso contrário estar-se-ia transformando a custódia cautelar preventiva de medida processual em medida de polícia. Ao falar sobre a prisão preventiva decretada com o intuito de assegurar o cumprimento de medidas administrativas de proteção à ofendida, diz que:

o Estado não tem como dar garantia à ofendida e, por isso, manda prender o acusado. Criou as regras protetivas da ofendida sabendo que a realidade brasileira não permitirá assegurá-las e resolveu prender o acusado para que ela “ficasse tranquila”. O Estado deve adotar outras medidas de garantias que não a custódia cautelar, pois como é cediço por todos, o princípio da intervenção mínima do Estado na esfera das liberdades públicas deve prevalecer no Estado Democrático de Direito. O máximo de garantias e o mínimo de intervenção pública.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA AO CRIME DE ROUBO

É comum a decretação corriqueira da prisão preventiva ao agente envolvido na prática de crime de roubo, pelos magistrados cariocas. Decisão essa que, em sua maioria é ratificada pelas respectivas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça.

Num desses processos, os desembargadores da Sexta Câmara Criminal indeferiram o pleito libertário postulado por meio de um *habeas corpus*¹⁸. Neste remédio, chamado de heroico, por Vossas Excelências, o impetrante aduz que o reconhecimento fotográfico em sede policial é indício precário de autoria, não sendo suficiente para fundamentar um decreto de prisão. Deixou claro que os requisitos para a manutenção de uma prisão preventiva não estavam presentes, principalmente por ser o paciente primário, estudante e possuir residência fixa. Não haviam motivos para que uma pessoa na situação descrita acima respondesse o

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.826.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *HC nº 0028565-42.2018.19.0000*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004707A56CD902537C0BFD206230AB9B78BC5083751494C&USER=a52d444c3de8ac57421383b51cb802b1>>. Acesso em: 13 ago. 2018.



processo penal presa preventivamente, existem medidas menos drásticas que devem ser tomadas. A prisão é a última razão em qualquer crime.

processo: 0028565-42.2018.8.19.0000 – Habeas corpus. Julgamento: 05/07/2018 – Sexta Câmara Criminal – Ação penal - artigo 157, § 2º, I E II, n/f do artigo 29, todos do CP (...) consignando, ainda, estarem ausentes os requisitos da custódia cautelar, mormente por se tratar de paciente primário, estudante e com residência fixa, (...) trata-se de delito grave, praticado mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, com concurso de pessoas, visando à subtração de um automóvel, (...) Julgado improcedente o pedido.

Como visto acima, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negou a liberdade a um réu primário, estudante, e possuidor de residência fixa, claramente pela gravidade do crime por este cometido. A grave ameaça é um dado essencial do crime de roubo. Fazer uso de arma de fogo e terem concorrido mais de duas pessoas para a prática da infração criminal, são causas de aumento da pena que serão examinadas na sua dosimetria, ao final de um processo em que se culpa seja definitivamente provada.

O *habeas corpus* só é um remédio heroico quando consegue cumprir a missão para qual foi criado, combater o abuso de poder e a ilegalidade cerceadoras da locomoção.

A gravidade abstrata do crime, tema pacificado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da súmula de nº 718¹⁹, não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o legalmente estabelecido a pena aplicada. Se a gravidade da infração penal não pode servir para agravar a pena, após o desenrolar de um processo penal, também deve ser banido do fundamento que respalda uma prisão preventiva, prestigiando-se os Princípios constitucionais que são afetos a este instituto processual.

[...] 4. A invocação abstrata da causa de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificar como circunstância judicial do art. 59. 5. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Aplicação das súmulas 440, 718 e 719 (HC 123432, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 15.10.2014).

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, na possível reiteração da conduta de um infrator que é primário, possui bons antecedentes e

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>. Acesso em: 11 ago. 2018.



residência fixa, é bárbaro por violar frontalmente os Princípios sacramentados pela Constituição da República.

O Princípio da Presunção da Inocência teve na Declaração dos Direitos dos Humanos²⁰, artigo 11, o seu ápice:

toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Na Constituição da República, o Princípio da Presunção da Inocência encontra a sua base legal no artigo 5º, inciso, LVII, e diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Prisões cautelares que visam dar uma resposta aos anseios da sociedade por segurança, que almejam demonstrar que os órgãos do Estado possuem capacidade de responder ao grito socorro, em meio ao sentimento de abandono experimentado pelos cidadãos, são publicitárias, apresentam para a população uma mensagem enganosa e ilegal.

Coloca-se o acusado num lugar que não é o seu, o de culpado, pois sem o término de um processo legal não se pode haver uma condenação prévia e uma antecipação de pena.

Alexandre de Moraes²¹, Ministros do Supremo Tribunal Federal, assevera que:

a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção social é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Se a prisão não for imprescindível para respaldar a investigação criminal e o eventual processo penal, deve ser descartada. Não se pode retirar do indivíduo presumidamente inocente o direito de responder a acusação que lhe é feita em liberdade, existem outros meios legalmente previstos, menos drásticos e que asseguram que não haverá reiteração de condutas, o monitoramento eletrônico é um deles.

Outro Princípio que coloca o acusado como alvo dos direitos e garantias emergentes da Constituição Federal é o da Dignidade da Pessoa Humana, encontrando-se positivado em seu artigo 1º, inciso III.

²⁰ DIREITOPONTOCOM. *Declaração Universal dos Direitos Humanos comentada*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-11o>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

²¹ SARTURI. Cláudia Adrielle. *Direitos Fundamentais, constitucionalismo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#_ftn9>. Acesso em: 13 ago. 2018.

Plácido e Silva²² conceitua dignidade da seguinte forma:

dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

O Princípio da Dignidade faz com que o ser humano, acusado ou não, seja o centro, o ímã que atrai todo o sistema jurídico protetivo, e as normas e garantias gravitam ao seu redor para protegê-lo dos abusos e ilegalidades estatais, haja vista ser este, na relação processual penal, o mais forte. Em recentes julgados os Tribunais Superiores²³ tem se mostrado contra a decretação da prisão preventiva baseada na gravidade abstrata do crime de roubo cometido:

habeas corpus. 2. Roubo (art. 157, caput, do CP). Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar. Constrangimento ilegal configurado. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares (...). 6. Ordem concedida, confirmando a liminar para revogar o decreto prisional expedido em desfavor do paciente, (...) sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Certo é que a prisão preventiva é importante, pois impõe um limite as pessoas que vivem em sociedade, porém não pode ser utilizada arbitrariamente, ao arrepio da lei, excluindo os direitos e garantias dos acusados da prática delituosa.

CONCLUSÃO

Este trabalho científico constatou que a prisão preventiva decretada com fundamento na periculosidade social do agente, na possibilidade de sua reiteração criminosa, ou seja, para garantir a ordem pública, quando os infratores não possuem maus antecedentes, sejam primários e possuem residência fixa, viola os princípios e direitos assegurados na Constituição da República, e por isso, é inconstitucional.

A prisão preventiva não pode ser utilizada como medida de segurança pública, visando coibir o cometimento de crimes. A segurança pública é matéria afeta ao Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário desvirtuar a função de um instituto processual e imiscuindo-se

²² SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 127392*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 ago. 2018.



em atribuições que constitucionalmente não lhe competem, sob pena de desrespeito a separação dos poderes.

Foi feita uma abordagem atual da jurisprudência, doutrina, e a luz da Carta Maior e constatou-se que existem outros meios menos drásticos que a prisão preventiva, que deveria ser a última opção, para se resguardar a investigação ou o processo criminal quando da prática de um crime de roubo.

O entendimento a que essa pesquisadora chegou é de que embora haja um forte clamor público por mais segurança, a justiça esperada por toda sociedade não pode ser dada de forma injusta, os fins não justificam os meios, há uma Lei Máxima chamada de Constituição Federal que precisa ser respeitada, principalmente por aqueles cuja aplicação é o seu dever profissional. Conclui-se que a prisão preventiva aplicada à gravidade abstrata do crime de roubo viola os Princípios da Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo inconstitucional. Num Estado Democrático não há mais espaços para usurpação de atribuições e competências, pois estas encontram-se delimitadas na Carta Maior. O infrator penal, frente ao Estado é a parte mais vulnerável, por isso, os seus direitos fundamentais não podem ser ignorados, mesmo que para justificar anseios tão nobres, como a pacificação social. A prisão preventiva é a última razão e outras medidas cautelares mais brandas devem ser utilizadas na proteção da persecução criminal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 135824*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 055.365/CE*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459831057/agravo-em-recurso-especial-aresp-721244-rj-2015-0131644-5>> Acesso em: 13/08/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *HC n° 0028565-42.2018.19.0000*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache-web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004707A56CD902537C0BFD206230AB9B78BC5083751494C&USER=a52d444c3de8ac57421383b51cb802b1>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 127392*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 80-81.

DIREITOPONTOCOM. *Declaração Universal dos Direitos Humanos comentada*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-11o>>. Acesso em, 13 ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n° 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 121/122.

GREGO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, P. 569.

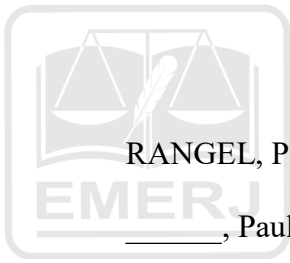
KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des)Razão da Prisão Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.

MELO, Marciano Almeida. *A moralidade do direito*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/www.boletim.com.br/doutrina/artigo/amp/2643/a-moralidade-direito>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

O GLOBO. *Total de roubos no estado do Rio atinge maior número desde 1991*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/total-de-roubos-no-estado-do-rio-atinge-maior-numero-desde-1991-22199601>>. Acesso em, 13 ago. 2018.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 132.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.



RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.826.

_____, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 810.

SARTURI. Claudia Adriele. *Direitos Fundamentais, constitucionalismo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#_ftn9>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Forense, 1967.

RESPONSABILIDADE DO AUTOR DE ESCRITÓRIO EM APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Bruna Mendes d' Almeida

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogada

Resumo- Em grandes aparatos de poder desvinculados do Direito sempre há uma rigorosa hierarquia e subordinação que permitem ao mentor de ideias delitivas -autor de escritório, realizar seus crimes por meio de executores fungíveis, porém plenamente capazes. Tal questão ficou muito em voga com os crimes do nazismo. O presente artigo visa analisar como o autor de escritório deve ser responsabilizado pelas suas ordens. Objetiva ainda a discussão sobre qual a melhor teoria de autoria aplicável – teoria objetivo formal ou teoria do domínio do fato, e por fim; no último capítulo refletimos sobre as divergências doutrinárias sobre a posição ocupada ser a de autor mediato ou de coautor.

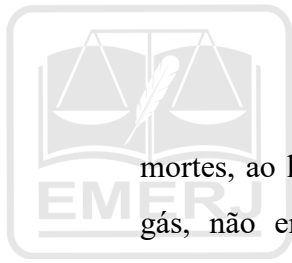
Palavras-chave – Domínio do Fato. Domínio por vontade. Autoria Mediata. Aparatos organizados de poder.

Sumário – Introdução. 1. Reflexão sobre qual teoria de autoria deve ser adotada na responsabilização do autor de escritório. 2 Como compatibilizar a autoria mediata com um executor plenamente responsável? 3. A qual título responsabilizar o autor de escritório?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como assunto a responsabilidade do autor de escritório nos aparatos organizados de poder. O intuito deste trabalho é a discussão sobre a qual título deve-se responsabilizar o sujeito que planeja os crimes de uma organização desvinculada do direito e se utiliza de executores fungíveis para perpetrar os delitos. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e casos verídicos ocorridos ao redor do globo.

A situação foi analisada pela primeira vez por Roxin, em razão do julgamento de Eichamann. Adolf Eichamann foi um funcionário da Alemanha nazista. Ele era responsável pela logística dos transportes dos judeus para os campos de concentração. Ao ser julgado em Jerusalém, os juízes da Corte tiveram que alargar os conceitos jurídicos até então conhecidos para poder responsabilizar Eichamann pelas mortes ocorridas em campos de concentração. Não há dúvidas que moralmente o nazista deveria ser condenado, pois foi responsável pelas



mortes, ao levar judeus para campos de extermínio. No entanto, quem ligava as câmeras de gás, não era ele, mas sujeitos plenamente responsáveis por seus atos. Como imputar responsabilidade a um sujeito quando há outro plenamente capaz que executa o delito e entre eles não há prévio acordo? Neste contexto Roxin desenvolveu a teoria criada por Welzel em 1939, o domínio do fato.

Ao longo dos anos diversos conceitos de autor foram criados para tentar resolver a complexa questão de autoria e participação. O primeiro capítulo deste artigo é uma reflexão sobre qual teoria de autoria que reflete melhor o ideal de justiça para situações como essa, seria a teoria objetivo-formal, hoje adotada pelo o nosso Código Penal ou a teoria do domínio do fato?

No segundo capítulo, após adotar a teoria do domínio do fato como a mais adequada para tais situações e entender que a responsabilização deve ser a título de autoria mediata, examina-se se realmente é possível existir um autor mediato por de trás de outro plenamente responsável.

O terceiro capítulo é uma reflexão sobre as divergências doutrinárias. Uma questão como a responsabilização de autores de escritório não é fácil e não gera unanimidades. Jakobs, respeitado jurista alemão, entende que no caso deveria ser cogitada a coautoria, ao invés da autoria mediata. O último capítulo propõe um dialogo entre as concepções de Roxin e de Jakobs.

A pesquisa é analítico-bibliográfica, fez-se um levantamento bibliográfico na literatura jurídica, a partir do estudo de livros e artigos especializados. Também foi utilizado o método histórico para permitir uma melhor compreensão do tema a partir dos acontecimentos da história recente, tais quais: julgamento de Eichmann, de Fujimori e de Abimael Guzmán –chefe do Sendero Luminoso.

1. REFLEXÃO SOBRE QUAL TEORIA DE AUTORIA DEVE SER ADOTADA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AUTOR DE ESCRITÓRIO

Ao longo dos anos estudiosos do Direito Penal criaram diversas teorias¹ para explicar a complexa relação que se estabelece entre a conduta descrita no tipo penal e os sujeitos que a

¹ A distinção entre autor e partícipe é um tema amplamente discutido. Nesse artigo iremos analisar as duas principais teorias que promovem essa diferenciação: teoria-objetivo formal e teoria do domínio do fato. Resumidamente, a primeira entende que autor é quem pratica o núcleo do tipo e partícipe quem pratica ações fora do verbo nuclear; a última compreende como autor quem realiza a figura típica e quem tem o controle da



praticam. Inicialmente apareceu o conceito extensivo de autor. Esse conceito classifica como autor o homem que executa de fato o delito e também aquele que o instiga ou presta ínfimo auxílio material; não há distinção entre autor e partícipe. Tal diferenciação é importante juridicamente para os contornos da aplicação da pena e esse aumento na dosimetria do sujeito que teve maior papel no planejamento delitivo é moralmente defensável e desejável para atender os fins retributivos da pena.

Como resposta as críticas do conceito extensivo foi formulado o conceito restritivo de autor. De acordo com o novo conceito, autor é só quem realiza a conduta descrita no tipo penal, a responsabilização de quem ajuda na concretização de qualquer outra forma ocorre por uma ampliação da punibilidade, na medida que penaliza condutas existentes fora do tipo.² Esse conceito se subdivide na teoria objetivo-material e na teoria objetivo formal.

O Código Penal Brasileiro criado pelo Decreto-lei 2.848, de 1940, seguiu o pensamento vigente à época e adotou o conceito restritivo de autor. Ou seja, estipulou diferença entre autoria e participação. A teoria objetivo-formal³ prega que autor é aquele que pratica o núcleo do tipo e que todos os outros que influem para a concretização do tipo são partícipes.

Todavia, tal teoria⁴ não é suficiente para os crimes realizados por aparatos organizados de poder, estruturas da criminalidade com um funcionamento específico, que tem uma vida independente dos seus membros. Tal sistema possibilita que o “homem de trás” ou “autor de escritório” tenha total controle dos fatos. Tais ordenações executam o crime de modo automático, o homem de trás já arquitetou todo o planejamento e os sujeitos que praticam o núcleo do tipo são apenas engrenagens da máquina delinquente. Apesar dos executores terem total consciência e responsabilidade dos seus fatos são engrenagens da estrutura.

Pela teoria objetivo-formal⁵ o autor de escritório não responderia como autor, mas como mero partícipe. Tal teoria não parece a mais condizente com os sentimentos de justiça. Não é correto que o sujeito que organiza todo um aparato criminoso, aumentando demasiadamente a potencialidade lesiva aos bens jurídicos seja responsabilizado como partícipe.

atuação dos demais, sendo partícipe aquele que contribui para o crime, mas sem realizar a figura típica ou controlar os demais.

²ALFEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.52.

³GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.513.

⁴ A teoria objetivo formal sustenta que autor é apenas quem pratica o núcleo do tipo. É a teoria mais aceita na doutrina tradicional.

⁵ Ibidem.



A partir da 2ª guerra mundial a criminalidade foi ficando cada vez mais organizada e essa é uma tendência que aumenta cada vez mais. Essa realidade gerou uma necessidade de buscar uma nova teoria que melhor explicasse as distinções entre autor e partícipe. Nesse diapasão surgiu a teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato apesar de ter sido criada por Hans Welzel⁶ em 1939 ficou conhecida pelos trabalhos do jurista alemão Claus Roxin⁷. Ele desenvolveu tal teoria ao analisar o julgamento de Eichmann, percebeu que não havia um conceito legal definido para que pudessem imputar ao nazista a responsabilidade como autor da morte de milhares de judeus que encaminhava ao campo de concentração. O tribunal o penalizou a título de autor, porém Roxin⁸ percebeu a necessidade de uma nova teoria para delimitar a autoria e a participação.

Para a teoria do domínio do fato o autor deve ter um domínio especial da situação, Juarez Tavares⁹ afirma: “Segundo essa teoria, o conceito de autor se desdobra sob quatro domínios: como domínio da ação, como domínio da vontade, como domínio por força de um conhecimento especial e como domínio funcional do fato”. Heleno Fragoso¹⁰ também explica essa teoria.

Nos crimes dolosos, a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o domínio final do fato, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação, distinguindo-se do partícipe, que apenas cooperaria, incitando ou auxiliando. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no exercício desse controle. Assim, seria autor não apenas quem realiza a conduta típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe da quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com outros, o domínio final da ação.

Esse novo critério atende perfeitamente à nova realidade das estruturas organizadas de poder nas quais o autor de todo o planejamento raramente é o mesmo que executa o tipo. Dentro da ideia geral do domínio do fato estão inclusas todas as formas de autoria: a direta,

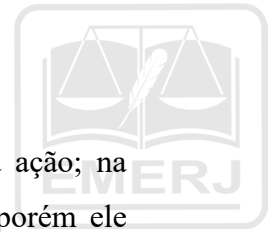
⁶Ibidem.

⁷ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em :http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁸Ibidem.

⁹TAVARES, Juarez. Disponível em: <www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 202.



em que o sujeito realiza direta e imediatamente o delito, ele tem o domínio da ação; na mediata, o sujeito não realiza o núcleo do tipo, valendo-se de um instrumento, porém ele possui o domínio da vontade e a co-autoria, onde encontramos a repartição de tarefas, traduzido no domínio funcional do fato, cada coautor tem funções preestabelecidas que são distribuídas entre eles.

A teoria do domínio do fato¹¹ parece muito mais completa e resolve a questão da responsabilização quanto aos aparatos organizados de poder de maneira melhor que a antiga teoria formal objetivo. Pela teoria do domínio do fato o autor de escritório é punido a título de autor, diferentemente da teoria objetivo-formal, na qual seria penalizado a título de participe. Sendo assim, é claramente perceptível que a teoria do domínio do fato é a que melhor se adéqua ao conceito de justiça.

A aplicação desta teoria é além de ter sido originada em grandes expoentes do Direito penal é acolhida pela doutrina moderna. Contudo, devemos ressaltar que o domínio do fato não tem papel apenas na teoria acadêmica. Tal arquétipo já foi utilizado em importantes julgados ao redor do mundo. A Suprema Corte Peruana em brilhante decisão na qual explica e aprofunda trazendo novos contornos a teoria, já a utilizou no julgamento de seu ex-presidente Alberto Fujimori¹² e de Abimael Guzman¹³, chefe do Sendero Luminoso.

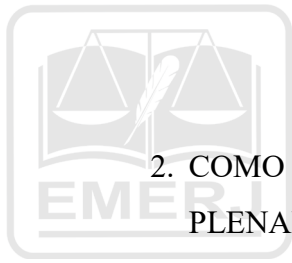
Ao pensar sobre esses dois casos podemos verificar que tal teoria pode ser utilizada em qualquer aparato organizado de poder. O autor de escritório pode estruturar um aparato de poder – que obviamente deve ser desvinculado do Direito- tanto em meios obscuros como em uma organização terrorista como o Sendero Luminoso quanto no meio da alta cúpula do poder, caso de Fujimori e não só, não podemos esquecer do julgamento das juntas militares argentinas.

Uma vez sedimentado que a teoria do domínio do fato que deve servir de instrumento para a análise da autoria nos aparatos organizados, é necessário também investigar qual tipo de autoria melhor se coaduna à hipótese.

¹¹ Essa teoria, desenvolvida por Roxin, entende que a autoria não é restrita a quem realiza a figura típica, abrange também quem controla a ação de outros indivíduos.

¹² PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Alberto Fujimori*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹³ PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Abimael Guzman*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.



2. COMO COMPATIBILIZAR A AUTORIA MEDIATA COM UM EXECUTOR PLENAMENTE RESPONSÁVEL?

O domínio do fato não ocorre apenas quando o autor realiza diretamente a conduta típica. Também é possível reconhecer a autoria quando alguém domina a vontade de outrem para que este execute o fato típico, isso é o que chamamos de autoria mediata. É uma forma de autoria indireta na qual, via de regra, o instrumento age em erro. O autor mediato induz um sujeito ao erro e o utiliza como intermediário para praticar seu crime.

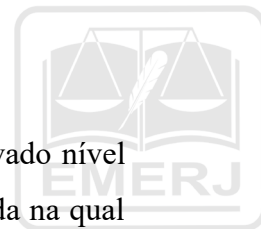
As hipóteses mais usais da autoria mediata reconhecidas pela doutrina são o erro determinado por terceiro, coação moral irresistível e a imputabilidade do executor da conduta delitiva¹⁴. Todas essas situações tem em comum a irresponsabilidade do instrumento. Nos aparatos organizados de poder o executor direto dos delitos é um homem e plenamente capaz que age com consciência e é capaz de determinar seus atos. Desta forma como poderíamos aplicar a teoria da autoria mediata nesses casos?

O funcionamento específico dessas estruturas - que tem uma vida independente dos seus membros- permite que o “homem de trás” tenha total controle da situação. O indivíduo que executará a ordem delituosa atua de modo automático; ele não precisa fazer um esforço mental de decisão, pois tudo já foi esquematizado pelo homem do escritório. Ele é apenas uma engrenagem da estrutura delinquente; não é nem necessário que o idealizador do plano o conheça. Em grandes aparatos de poder o mandante pode até não saber quem executará a sua ordem, mas tem a certeza de que ela será cumprida, pela própria natureza do organismo.

Para explicar a organização dessas estruturas, Roxin¹⁵ sustenta que o domínio do fato pela vontade, por meio de um instrumento cambiável. O chefe da organização delitiva ordena fatos puníveis a autores autônomos que poderão ser punidos como autores mediatos. A ideia do jurista era transpor conceitos cotidianos para a dogmática jurídica. A autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder proposta pelo autor se baseia em quatro pilares: poder de mando; desvinculação do direito; fungibilidade do executor direto e disposição essencialmente elevado dos executores ao fato. Para aplicar essa teoria que possibilita responsabilizar tanto o instrumento quanto o autor imediato devem estar presentes no caso concreto tais requisitos: poder de mando; desvinculação com o direito; fungibilidade do executor e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

¹⁴GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p 518.

¹⁵AMBOS, Kai. Dominio Del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47. Acesso em: 20 fev 2018.



O poder de mando nas estruturas criminosas complexas decorre de seu elevado nível de organização. Elas são formadas por uma rigorosa cadeia hierárquica verticalizada na qual o planejamento estratégico parte dos que ocupam o topo dos altos escalões para seus subordinados que serão os executores. Roxin clarifica a questão ao dizer: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior”.¹⁶

Ao analisar o caso de Fujimori a Corte Peruana adotou a teoria de Roxin, ou seja, condenou o ex-presidente pelos assassinatos cometidos pelo Grupo Colina por entender que as ordens de extermínio partiam de Fujimori. Na brilhante sentença¹⁷ da corte é possível encontrar uma conceituação do poder de mando:

O poder de mando é a capacidade do nível estratégico superior – do homem de trás – de impor ordens ou designar papéis aos membros da organização que a ele estão subordinados. Esta capacidade se adquire, ou pode ser conferida, em razão da posição de autoridade, liderança ou ascendência derivados de fatores políticos, ideológicos, sociais, religiosos, culturais, económicos ou de índole similar. O poder de mando do autor mediato se manifesta exercitando ordens, de modo expresso ou implícito, as quais serão cumpridas devido a automaticidade que outorga a própria constituição funcional do aparato. É dizer, sem que seja necessário que quem ordena deva recorrer a coação ou ao engano de potenciais executores.

A definição é excelente e nos permite refletir que esse tipo de organização pode se formar não só por líderes de guerras ou de associações para o tráfico, como também no âmbito religioso, ou político.

A desvinculação com o Direito significa que a organização deve atuar a margem do sistema jurídico nacional e internacional. Transforma-se em uma espécie de Estado dentro do Estado, apartando-se das normas legais e criando suas próprias ordens.

Esse é um dos pressupostos mais controvertidos de sua teoria, inclusive, alguns

¹⁶ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/00.> Acesso em: 20 fev. 2018.

¹⁷El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir ordenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. PERU. Corte Suprema de Justicia de La Republica. *Sentença de Alberto Fujimori*. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf.> Acesso em: 10 dez. 2017.



autores¹⁸ que defendem a teoria não o reconhecem como requisito essencial. Kai Ambos¹⁹ cita o caso dos atiradores do muro de Berlim como hipótese na qual há domínio funcional por organização no qual não há desvinculação com o Direito, até porque os atiradores eram guardas da própria Alemanha.

Roxin em nenhum momento disse que o afastamento do Direito deveria ser completo, em todas as ações da organização. Além disso, o jurista ressalta que é possível que essa estrutura criminosa floresça nos órgãos mais altos do Estado, como ocorreu no caso da 2ª Guerra Mundial²⁰, por isso ele frisa que essa desvinculação não é analisada apenas sob o âmbito do direito interno, como também do direito internacional. Obviamente é mais difícil sustentar tal requisito no âmbito da criminalidade estatal, até porque como dizia Wetzel²¹ o Estado se utiliza do Direito Penal para auto proteger-se.

A fungibilidade do executor é reconhecida pelo fato de que quem pratica diretamente a conduta delitiva pode ser substituído a qualquer momento, não há uma relação de personalidade no recebimento das ordens e cometimento dos crimes. O autor de escritório na maioria das vezes não sabe quem executará seu comando, não precisa coagir ninguém, no entanto ele tem total certeza de que sua ordem será cumprida, pois a própria organização do aparato tem tal natureza impessoal.

Não se pode olvidar que não é pelo fato de ser chefe da estrutura que se responderá por qualquer delito cometido por um executor, o autor do escritório só será responsabilizado pelos atos que ordenou. Não poderia ser o contrario, pois o direito penal em nenhum caso admite a responsabilidade penal objetiva.

Inicialmente Roxin²² formulou apenas os três primeiros pressupostos, o quarto requisito, a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, só foi acrescentado alguns anos depois. O conceito de tal elemento é que há uma predisposição psicológica do executor a realização da ordem criminosa. Não é apenas a fungibilidade do executor que

¹⁸AMBOS, Kai. Dominio del hecho por domínio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Conflito histórico mundial entre 1939 e 1945 provocado em parte pelos idéias nazistas de Hitler.

²¹ CONDE, Francisco Muñoz. Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho? *Revista Penal* n.6. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²² ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em:<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/00>. Acesso em: 20 fev. 2018.



assegura o cumprimento da ordem, mas também o interesse internalizado do executor e sua crença e convicção na própria estrutura delituosa.

O agente executor em um aparato organizado de poder tem uma predisposição no acatamento de ordens do que um criminoso eventual. O executor se identifica com o aparato, tem uma noção de pertencimento que gera uma maior motivação para cumprir as ordens.

Roxin²³ criou com base nesses quatro pressupostos uma nova modalidade de autoria mediata, uma autoria indireta por meio do domínio da vontade por um instrumento cambiável. Com base em sua teoria conseguimos visualizar uma forma jurídica de responsabilizar tanto o ordenador quanto o executor de fatos delituosos.

3. A QUAL TÍTULO RESPONSABILIZAR O AUTOR DE ESCRITÓRIO?

A doutrina majoritária, liderada por Claus Roxin²⁴, entende que o autor de escritório é um autor mediato que pratica os seus crimes por meio de executores fungíveis que integram o aparato organizado de poder, porém esse posicionamento não é pacífico na doutrina. Há autores²⁵ como Jakobs que sustentam que o ocupante da posição central da organização é coautor nos crimes praticados pelos executores da organização.

Jakobs²⁶ rechaça a imputação a título de autoria mediata ao homem de trás pois identifica a prática de atos de coautor, ele visualiza uma verdadeira realização comum do fato. Para o Jakobs bastaria o desejo de ajustar-se à conduta do autor para configurar a coautoria, não seria preciso um acordo recíproco prévio entre os coautores. Essa ideia desvirtua a lógica tradicional da coautoria que ensina que duas pessoas serão coautoras de um fato se a executarem ou planejarem conjuntamente.

Na visão tradicional²⁷ da coautoria é indispensável que a decisão de realizar o fato típico seja tomada conjuntamente. Na visão de Jakobs²⁸ para que haja coautoria bastaria a consciência dos dirigentes e dos executores de que o crime será cometido de acordo com

²³ Ibidem.

²⁴ ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0>. Acesso em 20 fev. 2018.

²⁵ SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresárias, extraído da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.

²⁶ Ibidem.

²⁷ MASON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 8.ed. São Paulo: Método. 2014, p. 152.

²⁸ SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresárias, extraído da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.



instruções comuns. Para o autor o elemento decisivo na coautoria não é que os autores se conheçam, mas sim que eles ajam sob o mesmo plano e com a mesma finalidade.

Não há decisão comum, o simples cumprimento de uma ordem, desejar um fim comum não é suficiente para a ocorrência da coautoria. Roxin argumenta que a coautoria baseia-se na obrigação mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem²⁹. A coautoria tem uma estrutura horizontal e não vertical, ou seja, todos os integrantes do plano tem a mesma relevância. É impossível levar essa afirmação para a organização das estruturas desvinculadas de direito que possuem uma forte hierarquia, revelando-se assim sua verticalização.

Além da ausência do planejamento comum, também não existe uma execução conjunta do fato, e a coautoria é definida pela cooperação baseada na divisão dos trabalhos. Dessa forma, apesar de ser uma teoria interessante defendida por um jurista de renome internacional, ela não se sustenta, pois os mandantes e os executores não se conhecem, estão em posição verticalizada e não há como existir uma tomada de decisão conjunta, elemento fundamental para coautoria.

A principal ideia oposta tese de autoria mediata é a da coautoria, entretanto não é a única. Parcela da doutrina enxerga nas relações dessas estruturas organizadas uma verdadeira instigação. Essa posição é mais próxima da concepção de Roxin, mas nem por isso deve prevalecer.

O instigador desperta uma ideia, porém não participa de seu desenvolvimento. Uma característica essencial da instigação é que o instigador não esteja no centro da decisão, ele não detém o domínio do fato. Sua participação não pode definir ou mesmo alterar o plano delitivo. A função do instigador não é muito ativa, diferente do que se observa no homem de trás que comanda e planeja as atividades de todos os participantes da organização.

O autor de escritório não faz surgir uma ideia e se ausenta do esquema, pelo contrário, ele planeja se o crime ocorrerá ou não, quando e onde. A estrutura clássica da instigação tem no sujeito que apresenta a ideia o elo menos relevante e no executor o sujeito mais importante. Nos delitos cometidos por organizações criminosas adotar tal lógica subverte todo o seu esquema. Nesses aparatos, a responsabilidade aumenta na proporção que nos afastamos daquele que executa os delitos com as próprias mãos. O executor não pode mudar em qualquer aspecto relevante os planos e, mesmo se fizesse, em nada adiantaria para a

²⁹ROXIN, Klaus, O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, V. 4, n.3 p. 69-94, 2009. Disponível em:<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/0>. Acesso em 20 fev. 2018.



vítima, pois as condições organizatórias asseguram a execução da ordem por outro membro do aparato.

O doutrinador alemão, Rotsch,³⁰ tenta argumentar em favor da instigação que o instigador habitual tem total segurança do resultado que ordena, que não tem dúvidas sobre a realização de sua ideia. No entanto, as comparações se distanciam quando analisamos o grau das ordens do autor de escritório.

O homem de trás não precisa se preocupar em buscar um executor e convencê-lo a realizar seu plano ou com a fidelidade do executor, nos aparatos organizados de poder o próprio aparato já reúne os executores fungíveis que realizarão suas ideias.

Apesar de importantes autores³¹ criticarem a aplicação da autoria mediata em aparatos organizados de poder, e sustentarem novas estruturas para solucionar o caso, a autoria mediata, com certeza, é a melhor solução para questões envolvendo aparatos delinquentes. A teoria do domínio da organização vem sendo perfilhada ao redor do mundo, encontrando guarida em diversos tribunais internacionais.

A corte Peruana adotou a tese da autoria mediata tanto no caso do ex presidente Fujimori quanto no caso de Abimael Gusman. Roxin³² ao comentar a sentença de Fujimori diz:

Ao acolher minhas tese, o Tribunal peruano encontra-se em boa companhia, já que os Tribunais penais internacionais, de forma crescente, recepcionaram a teoria do domínio do fato e, em especial, a figura da autoria mediata por domínio da organização, de especial relevância para a jurisprudência daqueles tribunais. A aceitação dessa figura pelos Tribunais internacionais foi bastante facilitada, já que o parágrafo 25, III, a, de seu Estatuto reconhece não apenas a autoria mediata, mas acrescenta expressamente: “regardless of whether that other person is criminally responsible”. Aqui a possibilidade, por alguns ainda questionada na Alemanha, de existência de um ator por trás de um autor (responsável) é prevista legislativamente.

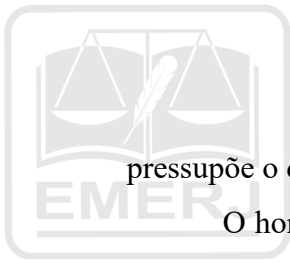
Esse enxerto mostra a amplitude e o reconhecimento que a autoria mediata por meio de aparatos organizados conquistou. A imputação a título de autor mediato proposta por Roxin é a que melhor explica a responsabilidade do autor de escritório.

A maior crítica feita a tese de Roxin é como poderia existir um autor responsável comandando as ações de outro autor responsável. O autor as rebate explicando que o instrumento não seria o executor, mas sim o próprio aparato. O domínio por organização não

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.

³²ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011. Ed. Revista dos Tribunais.



pressupõe o domínio da conduta típica, mas sim o domínio do resultado típico.

O homem de trás não precisa controlar aquele que executará o delito, até porque ele é fungível, pode ser qualquer participante da estrutura. O controle é sobre a realização do fato pois ele exerce o poder de mando no aparato desvinculado do direito que reúne executores fungíveis com disposição elevada de executarem seus comandos.

Ressalto que o domínio do fato por autoria mediata em aparatos organizados de poder não pode ser utilizado para qualquer agrupamento de criminosos. Para que exista a autoria mediata por meio da organização devem estar presentes todos os pressupostos apresentados por Roxin analisados no capítulo dois desse artigo. Cumprindo esses requisitos deve-se responsabilizar o autor de escritório como autor mediato.

CONCLUSÃO

A teoria formal-objetiva não conseguia abarcar todas as hipóteses de autoria do mundo moderno, Roxin percebeu esse fato ao analisar o julgamento de Adolf Eichmann. Ao se deparar com esse problema retomou os estudos de Welzel e desenvolveu a teoria do domínio do fato como hoje conhecemos.

A teoria do domínio do fato ao entender que autor não é apenas aquele que realiza a conduta típica, mas também quem tem o domínio final do fato possibilitou a responsabilização a título de autor para quem até então somente poderia ser visto como um partícipe. Com a adoção de tal teoria, o autor de escritório que controla o domínio do fato passou a ser visto como autor mediato.

Apesar de a autoria mediata clássica ser aplicada em hipóteses de instrumentos impuníveis, seja por estarem em erro ou ausência culpabilidade, Claus Roxin não apresentar determinados pilares para sua aplicação conseguiu compatibilizar a autoria mediata do autor de escritório com a autoria direta do executor capaz.

A ideia de um instrumento punível na autoria mediata causou certa perplexidade. Todavia, Roxin conseguiu compatibilizar um autor de escritório responsável com um executor também responsável. As próprias engrenagens e funcionamento dos aparatos organizados de poder permitem que o chefe da organização tenha certeza de que sua ordem será cumprida. O executor, apesar de não participar da tomada de decisão, assume a ordem do chefe de maneira tão intrínseca que se sente igualmente autor ao executar o fato delitivo.

Mesmo com as explicações de Roxin alguns autores criticam sua posição. Jakobs pugna pela coautoria, porém para que sua posição seja sustentável deveríamos mudar toda a base tradicional desse instituto, o que não seria razoável. Outra posição divergente é a da função de instigador do homem de trás. Essa ideia é mais próxima da de Roxin, contudo também não deve ser aceita. Responsabilizar o autor de escritório como mero instigador não corresponde a real importância de suas ações. Ele não instiga apenas, mas sim cria o próprio plano delitivo que será seguido.

Diante da crescente força de aparatos organizados de poder desvinculados do direito que preocupam tanto a sociedade se faz relevante pensar sobre a responsabilidade do homem de trás. Este muitas vezes detém um poder de dano muito maior do que o próprio executor. Portanto a teoria do domínio do fato nos permite encontrar soluções para as novas formas de cometimento de crimes, ou seja, por meio de organizações que não respeitam o Direito.

A importância dessa teoria vem crescendo ao longo das décadas. No presente artigo foi analisada como o domínio do fato foi utilizado pela Corte Peruana para condenar duas figuras importantes da história do país: Fujimori e Abimael Gusman. A relevância e o alcance da teoria permitiram um fato histórico, a condenação de um ex-presidente.

A aplicação dessa teoria aos crimes organizados é totalmente plausível com a realidade, transforma em uma ideia jurídica algo que já está no cotidiano. Essa teoria chama a atenção de que quem possui o domínio do fato reconhecendo-o como núcleo que detém o domínio consciente e responsável do ato criminoso, deve ser responsabilizado como autor.

REFERÊNCIAS

ALFEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. Saraiva, 2014.

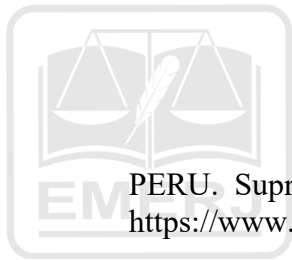
AMBOS, Kai. Dominio Del hecho por domínio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder: una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *CienciasPenales: Revista de La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. n. 17, v. 12, 2000. 29-47.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 8 ed. Forense, 1985.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte General*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MASON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*. 8 ed. São Paulo: Método, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dominio de La voluntad em virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas Del Derecho?, artigo publicado na *Revista Penal* n.6, disponibilizado em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>.



PERU. Suprema Corte de La Justicia. Sentença caso Abimael Guzmán, Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf

PERU. Suprema Corte de La Justicia Sentença caso Fujimori, Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf

ROXIN, Claus..O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-journal*. Ed. Panóptica. Número 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em [panoptica.org/novfev2009pdf/04_2009_2_nov_fev_69_94pp.pdf]. Acesso em 14/jul/2014.

_____. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011. Ed. Revista dos Tribunais.

SANTOS, Humberto. Autoria Mediata por meio de dependência estrutural economico-profissional no ambito das organizações empresarias, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCRIM VOL.117.

TAVARES, Juarez. *Apontamentos de aulas*. Disponível em: http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf. Acesso em: 10 dez.2017.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Brunara de Araujo Meirelles

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Constituição Federal de 1988 possui diversas normas definidoras de direitos fundamentais que devem ser resguardados e/ou implementados pelo Poder Público, as quais, em sua grande maioria, possuem baixa carga normativo-jurídica, diante da constante omissão estatal no exercício de suas funções. Da ausência de concretização e eficácia das normas constitucionais, pode-se inferir que há um processo de constitucionalização simbólica no ordenamento pátrio, o que gera, dentre outras consequências, maior interferência do Poder Judiciário nos demais poderes e no controle de políticas públicas. Diante deste cenário, desponta a discussão sobre a prática do ativismo judicial na sociedade contemporânea, mormente em relação à sua legitimidade e eficácia na supressão da inércia estatal. O presente trabalho procura demonstrar que, no atual quadro político-jurídico, o ativismo judicial apresenta-se como instrumento idôneo e legítimo para a efetivação dos direitos fundamentais, sendo analisado sob a ótica do texto constitucional e da tripartição dos poderes.

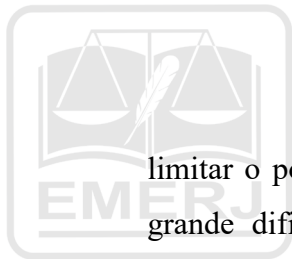
Palavras-Chave – Direito Constitucional. Direito e Política. Constituição Simbólica. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Proatividade do Poder Judiciário. Eficácia dos Direitos Fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. O fenômeno da constitucionalização simbólica no ordenamento pátrio e suas implicações. 2. A legitimidade constitucional do ativismo judicial sob a ótica do princípio da separação dos poderes. 3. O papel do ativismo judicial como fenômeno jurídico eficiente na concretização dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o fenômeno da constitucionalização simbólica, formulado por Marcelo Neves, no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações práticas, mormente no que tange à expressiva inefetividade dos direitos fundamentais, ressaltando-se o papel fundamental do ativismo judicial no referido cenário. Procura-se demonstrar as consequências sociais de uma Constituição simbólica, com ênfase na baixa efetividade normativo-jurídica, bem como analisar a legitimidade do ativismo judicial na busca da materialização das normas constitucionais, sob a ótica da separação dos poderes.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em período pós-guerra, positiva um rol extenso de direitos fundamentais, atribuindo-lhes alta carga valorativa, com o objetivo de



limitar o poder estatal e assegurar eficácia às garantias constitucionais. Não obstante, vê-se grande dificuldade de concretização das referidas normas que, em sua grande maioria, possuem pouca força jurídico-normativa, apresentando-se como preceitos meramente simbólicos. Diante desse panorama, da crise de representatividade e funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo, verifica-se a expansão do ativismo judicial como elemento fundamental à concretização dos fins democrático-constitucionais.

Nesse contexto, indaga-se se o ordenamento jurídico pátrio vive um verdadeiro processo de constitucionalização simbólica? Pode-se sustentar a legitimidade do papel ativista do Poder Judiciário na efetividade dos preceitos simbolicamente positivados na Constituição? Diante da grave crise democrática e institucional, o ativismo judicial é instrumento apto neutralizar seus efeitos?

O tema tem enorme relevância no contexto do Direito Constitucional e Teoria do Direito e Política, tratando-se de assunto atual e polêmico, o qual gera grandes controvérsias jurídicas. Tal abordagem é especialmente relevante e visível quando se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o trabalho busca abordar as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, de modo a desenvolver teses e conclusões próprias sobre a temática.

Inicia-se o primeiro capítulo explicitando a teoria da Constituição Simbólica formulada por Marcelo Neves, com análise da sua existência e consequências sociais no ordenamento brasileiro.

O segundo capítulo destina-se a abordar a legitimidade do ativismo judicial na concretização das garantias simbolicamente previstas na Constituição, sob a ótica da tripartição dos poderes.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a eficácia da postura ativista do Poder Judiciário como instrumento apto a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, diante da crise institucional instaurada no país, bem como diante da baixa carga jurídica-normativa das normas constitucionais.

A pesquisa é desenvolvida com base no modelo dogmático de investigação, comportando, fundamentalmente, o método hipotético-dedutivo, com utilização da exploração bibliográfica-documental qualitativa para justificar os objetivos, bem como sustentar as teses, argumentos e conclusão do trabalho.



1. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

A Constituição Federal de 1988¹ foi promulgada em superação ao regime autoritário instaurado em 1964², com o objetivo de construir um Estado Democrático de Direito e uma sociedade formada por “cidadãos livres, justos e solidários”³. Conforme ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho⁴, a constituição no sentido moderno traduz a limitação do poder e a garantia dos direitos fundamentais ao cidadão por meio do direito. Nesse cenário, o texto constitucional atual prevê instrumentos limitativos ao poder estatal e, em contrapartida, um extenso rol de direitos fundamentais, com alta carga valorativa, que devem ser respeitados e promovidos pelo poder público.

Conquanto seja de se deslumbrar a nobreza teórica da promulgação da Carta Política, não há de se olvidar que, na prática, a realidade se traduz de forma distinta. Isso porque, embora haja a normatização dos referidos direitos no instrumento que apresenta a mais alta validade e hierarquia jurídica do sistema, eles não são concretizados por si sós, pois exigem a ação do Estado, o que se apresenta, na maioria das vezes, como um problema. A força normativo-jurídica não decorre direta e tão somente da textualização em documentos constitucionais, mas da sua associação às demais funções estatais.

Isso quer dizer que, além da função legisladora do Estado, no que concerne à efetivação dos direitos, é necessário que o Poder Executivo desempenhe papel preponderante na promoção das políticas públicas, sob pena de se ter uma constituição com preceitos meramente simbólicos. A própria realidade social, muitas das vezes, sujeita às influências políticas e ideológicas, demonstra a falsidade normativo-jurídica projetada por certas normas definidoras de garantias, as quais somente se incumbem da previsão de direitos, mas não são efetivadas.

Na perspectiva brasileira, pode-se apontar o baixo grau de concretização das normas constitucionais, mormente no que se refere aos direitos fundamentais que, em sua maioria,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18. out. 2017.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 265-267.

³ É, inclusive, o que prevê o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: Art 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 51.



tem previsão em normas programáticas ou dependem de legislação infraconstitucional regulamentando-os. Vê-se a falta de normatividade concreta da Constituição de 1988⁵, posto que não há integração entre seu texto e o ambiente social, ante uma eficácia meramente simbólica dos seus preceitos. Casos notórios são aqueles que dizem respeito às normas que positivam direitos sociais, econômicos e culturais.

Ademais, diante da grave crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes que se instaurou no país⁶, torna-se árdua a tarefa de concretizar os preceitos da Carta Política.

Sob essa ótica, passa a ser possível discutir a ocorrência, no ordenamento pátrio, do fenômeno da Constitucionalização Simbólica difundida pelo jurista e professor Marcelo Neves, em obra⁷ publicada no Brasil, no ano de 1994. No referido trabalho, o autor busca abordar o sentido político-social da Constituição, relacionando-o com o déficit de concreção jurídica das normas constitucionais.

Segundo Marcelo Neves⁸, a constitucionalização simbólica está associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas, das quais não resulta normatividade. Há uma relação inversa e discrepante entre a função política do texto constitucional - a qual está presente na normatização de direitos como mera forma de confirmação de valores à sociedade-, e a sua baixa efetividade normativo-jurídica.

Em outras palavras, uma constituição simbólica se apresenta quando há predominância do sistema político sobre o jurídico, no sentido de que as normas existem, precipuamente, para atender aos interesses políticos e às expectativas da sociedade, encontrando-se à margem o principal objetivo de uma Carta Política, que é a efetiva concretização dos direitos nelas estampados.

Além da confirmação de valores sociais, Marcelo Neves⁹ propõe em sua obra acadêmica, fundamentado no artigo *Symbolische Gesetzgebung*, de Harald Kindermann, que a constituição simbólica também tem como objetivo demonstrar a capacidade de ação do Estado, assegurando confiança nos sistemas jurídicos e políticos, bem como adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios.

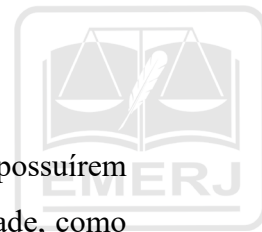
⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O STF e sua função majoritária e representativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

⁷ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁹ *Ibidem*, p. 92.



Nesse contexto, os dispositivos constitucionais, não obstante não possuírem relevância normativo-jurídica, conferem falsa solução para os problemas da sociedade, como resultado do cenário paradoxal entre o texto e a realidade constitucional.

Haveria, dessa forma, uma constituição aparente, com falaciosa representação em relação ao cenário social, com vistas a mascarar o sistema político. A representação ilusória da realidade não só mascara os problemas sociais, como também possui como consequência negativa a obstrução de transformações efetivas na sociedade, imunizando o sistema político contra outras alternativas¹⁰.

Sob a ótica da constitucionalização simbólica, a Constituição Federal de 1988 representa uma carta simbólica, em que não estão presentes as condições materiais para realização de suas disposições, seja em relação à estrutura político-econômica do país, seja em relação à funcionalidade dos Poderes. Trata-se de texto com grande carga teórica normativa que, na prática, apresenta deficiência na materialização das garantias nele insculpidas.

É preciso ressaltar, no entanto, que as consequências negativas de uma Constituição Simbólica não se resumem à baixa eficácia de seus textos legais, mas a outros efeitos sociais não tão aparentes.

A hipertrofia simbólica da Constituição leva à descrença da população no próprio sistema jurídico e, conseqüentemente, à consciência de que a legislação positivada não altera a concretização de seus direitos, posto que somente cria falsas expectativas¹¹.

Outrossim, há influência negativa sobre a própria ordem social, uma vez que seus efeitos são reproduzidos nas esferas material, social, temporal e econômico, uma vez que não havendo normatividade jurídico da Constituição, há o comprometimento do direito como um sistema jurídico autônomo¹².

É cediço que a Constituição se encontra no ápice do sistema jurídico e possui forte simbolismo, influenciando fatores ligados à política, bem como sujeitando todo o ordenamento pátrio ao seu poder. Pode-se afirmar que a eficácia de todo o restante do ordenamento jurídico encontra-se vinculado à eficácia constitucional, cuja ausência poderá criar um colapso no sistema jurídico como um todo.

¹⁰ BRYDE *apud* NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

¹¹ NEVES, *op. cit.*, 1994, p. 41.

¹² *Ibidem*, p. 150.



2. A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA RELEITURA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A separação dos poderes, que é a base da organização do governo nas democracias ocidentais¹³, foi teorizada por Aristóteles, ainda na Antiguidade grega, e, posteriormente, aprimorada por Locke e Montesquieu, sendo este o responsável pelo desenvolvimento da ideia de que as funções estatais estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, evitando-se, assim, a cumulação de poderes em uma única pessoa¹⁴. O objetivo principal da tese era a proteção dos direitos individuais e fundamentais dos cidadãos frente às arbitrariedades do Estado.

Para que fossem mantidas a autonomia e independência, desenvolveu-se uma engenhosa construção doutrinária conhecida como teoria dos freios e contrapesos, originalmente chamada de *check and balances*, em que cada um dos poderes passa a ter funções típicas e atípicas, cumprindo funções essenciais, bem como procedendo à fiscalização dos demais órgãos, simultaneamente¹⁵.

No entanto, hodiernamente, tal teoria deve ser reanalisada sob a ótica dos objetivos do Estado Democrático de Direito e do atual cenário político-jurídico nacional. Isso porque, vê-se, claramente, que uma grave crise institucional assola o país, mormente no que se refere à democracia representativa, composta pelos poderes Executivo e Legislativo.

Se, de um lado, a Constituição Federal¹⁶ prevê diversos direitos e garantias fundamentais que devem ser resguardados a todos os indivíduos, de outro, o poder Executivo falha ao não implementar políticas públicas imprescindíveis para a efetiva concretização dos aludidos direitos.

Como exemplo, pode-se citar a necessidade de um indivíduo hipossuficiente acionar o Poder Judiciário pleiteando a concretização do direito à saúde, elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1998¹⁷, uma vez que, acometido de doença grave, a administração pública não lhe garante atendimento e medicamentos necessários para o tratamento da doença.

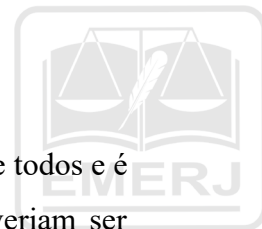
¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 593.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ *Ibidem*.



Conforme artigo 196 do mesmo diploma¹⁸, a saúde é direito fundamental de todos e é dever do Estado garanti-lo por meio de políticas públicas, os quais, em tese, deveriam ser implementadas pelo Executivo.

Há, ainda, que se ressaltar a regulamentação deficiente das normas constitucionais carentes de disciplina pelo poder Legislativo ou, até mesmo sua omissão, o que compromete a eficácia dos preceitos previstos na Carta Magna.

Conforme aponta Canotilho¹⁹, “a omissão legislativa inconstitucional [...] não se trata, pois, de um simples negativo; trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”.

As omissões e irregularidades funcionais dos supracitados poderes, aliadas às graves falhas no processo eleitoral, à existência de um sistema proporcional e majoritário altamente criticável, à corrupção constante, à troca de favores políticos e à impunidade dos governantes acarreta um desmoronamento da democracia representativa que, em seu ideal, deveria existir para proteger os interesses dos representados.

Esse cenário de crise repercute, invariavelmente, no sistema de tripartição dos poderes, diante da ausência de exercício pleno das atribuições típicas e atípicas por ele delimitadas, bem como da falha em seu objetivo principal, qual seja, a proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente ao Estado.

É de se imaginar que, na criação da teoria clássica de repartição de funções entre os poderes, de forma autônoma e independente, Montesquieu tinha a crença de que essas três funções estatais seriam bem administradas e atenderiam aos anseios da sociedade, sem prever o possível descolamento entre a classe política e a sociedade civil que poderia vir a surgir.

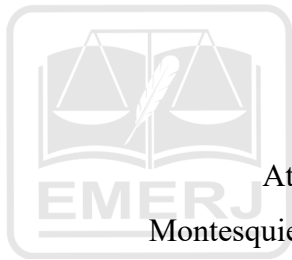
A falha consiste no fato de que, para o funcionamento do sistema, é necessário que cada titular desempenhe as funções típica e atípica corretamente, de forma a conservar o seu sentido social, levando-se em conta a conjuntura político-social existente em cada época.

Conforme leciona Zaffaroni²⁰, citando os ensinamentos de Otto Bachof, “não existe qualquer esquema patenteado de separação de poderes que possa funcionar em todas as épocas e sob as mais diversas circunstâncias sociais.”. Isto é, o princípio da separação de poderes deve ser (re)analisado segundo as exigências e estrutura de cada Estado em que é empregado.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução Juarez Tavares. *Poder judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 83-87.



Atualmente, não se mostra possível a interpretação e aplicação direta da teoria de Montesquieu em seu sentido clássico, uma vez que não representa medida suficiente para garantir, de forma efetiva e satisfatória, os direitos resguardados constitucionalmente, mormente no que se refere à necessidade de uma conduta ativa dos poderes Legislativo e Executivo.

Por isso, é necessário fazer uma releitura do supracitado sistema à luz do Estado Democrático de Direito e da crise institucional vivenciada no Brasil.

É nesse contexto que se defende a legitimidade da judicialização da política, ou seja, a necessidade de que as questões que representam larga repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não somente pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o poder Executivo²¹.

À conduta ativa do Poder Judiciário no sentido de interferir em funções que seriam típicas e independentes de outros poderes dá-se o nome de ativismo judicial. Assim, há uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos direitos e valores constitucionais, com um certo grau de interferência nos demais poderes.

Embora haja questionamentos quanto à legitimidade do ativismo judicial, é possível elencar, além dos motivos expostos, alguns fundamentos para sua aplicação.

O primeiro fundamento decorre da já citada releitura da repartição dos poderes. Para aqueles que não se compatibilizam com a ideia de uma reanálise da teoria clássica, também é possível defender que não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade de controles recíprocos e que não reconheça que os órgãos possam, no exercício de suas funções próprias, assumir funções de outra natureza²², sendo que o verdadeiro e principal sentido de repartição de funções criada por ele é a necessidade de evitar a concentração do poder político.

Nesse íterim, cabe destacar que a própria Carta Magna, em seu artigo 102²³, prevê que será o poder Judiciário o guardião da Constituição, conferindo-lhe, inclusive, a função de realizar o controle constitucional das leis, o que, por si só, já demonstra a interferência na atividade dos demais poderes.

Ademais, tendo em vista que os magistrados se atêm, em suas decisões, à aplicação da Constituição e das leis, atuando como representantes indiretos da vontade popular, não há riscos à legitimidade democrática.

²¹ BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v.13, 2009, p. 03.

²² ZAFARONNI, op. cit., ps 82-83.

²³ BRASIL, op. cit., nota 15.



Nos termos dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso²⁴, também é possível citar outros dois fundamentos legitimadores da conduta ativa do Judiciário: um fundamento normativo e um fundamento filosófico.

O fundamento normativo consiste na atribuição expressa, pela Carta Política, desse poder ao Judiciário, em especial ao STF. O fundamento filosófico, por sua vez, baseia-se na ideia de que o papel da Constituição é proteger os valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade de maioria, representada pelos poderes Legislativo e Executivo – sistema representativo – e, sendo o STF o intérprete final da Constituição, tem como função primordial velar pelos direitos fundamentais e pela obediência às regras do jogo democrático²⁵.

Por fim, pode-se afirmar que a conduta ativa do poder Judiciário é legítima e não fere o Estado Democrático de Direito, mas, ao contrário, tem sido seu instrumento mantenedor, uma vez que exerce papel primordial na garantia dos direitos humanos e das normas fundamentais, bem como na aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade, tornando-a mais justa e solidária, tal como prevê a Constituição Federal²⁶.

3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO JURÍDICO EFICIENTE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A prática do ativismo judicial é uma realidade inquestionável no cenário político-jurídico contemporâneo brasileiro, sendo certo que essa atuação tem se expandido progressivamente desde os últimos anos do século XX e, mais destacadamente, no século XXI²⁷.

Não são raras as decisões, tanto em 1ª e 2ª instâncias judiciais, quanto nas Cortes Superiores, no sentido de se determinar um *facere* ou *non facere* estatal com o objetivo de concretizar um direito fundamental previsto na Constituição.

²⁴ Ibidem, p. 05.

²⁵ BARROSO, op. cit., p. 12.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 341.



Vê-se claramente um protagonismo do poder judiciário no âmbito de solução das questões de mais alta carga moral e política do Estado, representando uma peça fundamental no sistema de governo, como autêntico poder político²⁸.

Segundo o mestre em direito público Carlos Alexandre Azevedo Campos²⁹, a ascensão do ativismo judicial requer uma avaliação multifacetada de contextos particulares e momentos históricos distintos, considerando fatores exógenos e endógenos, de natureza institucional, cultural, política, social e jurídica.

Para fins do presente estudo, destacam-se os fatores umbilicalmente ligados à debilidade democrática vivenciada pelo país, quais sejam, os de natureza política e institucional, primordialmente.

A crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil gerou a expansão do Poder Judiciário³⁰, com atuação direcionada a suprir o déficit na realização de políticas públicas fundamentais e na materialização dos ideais democráticos.

Isso porque, frente à alegada crise, os preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais, em sua grande maioria, não tem aplicabilidade prática, pois necessitam da atuação estatal para tanto. Diante da omissão legislativa e executiva, os cidadãos são destituídos de seus direitos básicos e até mesmo daqueles que compõem o mínimo existencial³¹, representando expressiva violação aos direitos fundamentais democraticamente resguardados pela Constituição Federal.

Vê-se que não basta a positivação dos direitos na Carta Política, mas de mecanismos eficientes para que sejam materializados segundo os fins constitucionais. Em um sistema político ideal, tal tarefa incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções. No entanto, na ausência de conduta destes, torna-se imperiosa a atuação judicial para fazer valer a Constituição.

Nesse contexto, a dimensão do ativismo judicial revela-se instrumento eficiente para exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, quando da verificação de um quadro de

²⁸ Ibidem, p. 348.

²⁹ Ibidem, p. 348-349.

³⁰ BARROSO, op. cit., p. 09.

³¹ Segundo o STF, a noção de mínimo existencial compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem à assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e também a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras de plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, proteção integral da criança e do adolescente, direito à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e o direito à segurança.



proteção deficiente capaz de colocar em risco os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos³².

Importantes decisões nesse sentido já foram exaradas pelo Poder Judiciário brasileiro, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, com interferência direta em ações estatais, para assegurar a validade concreta de direitos, bem como a formulação e execução de políticas públicas.

Conforme pontuado por Zulmar Fachin³³, o Poder Judiciário vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora de enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos, direito de greve, dentre outros.

As decisões supracitadas deixam claro o protagonismo institucional do Poder Judiciário nos dias atuais, cuja atuação tem se tornado pressuposto indispensável à eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos. Isto é, o judiciário representa peça central e fundamental no sistema político atual para conferir efetividade aos direitos fundamentais, de modo a permitir o acesso dos cidadãos às garantias que necessitam de concretização estatal.

É preciso frisar, no entanto, que a prática do ativismo judicial deve ser vista com ressalvas, não obstante se mostrar como eficaz instrumento na realização dos fins constitucionais.

Conforme ensina Barroso³⁴, as decisões ativistas devem ser eventuais e em um determinado momento histórico. Ainda, deve haver avaliação criteriosa pelo poder judiciário em relação à própria capacidade institucional para decidir sobre determinada questão, evitando-se, assim, intervenções desnecessárias e extravagantes.

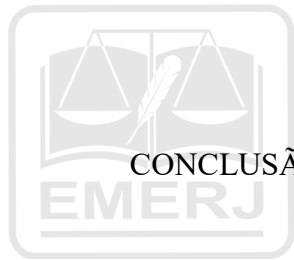
Segundo o ministro, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes³⁵”.

³² CAMPOS, op. cit., p. 358.

³³ FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Curitiba: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Publicação trimestral, Ano I, n. 1, 2009, p. 215.

³⁴ BARROSO, op. cit., p. 19.

³⁵ *Ibidem*.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência do fenômeno da constitucionalização simbólica no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, cujos efeitos negativos podem ser abrandados com a prática do ativismo judicial, o qual se mostra eficaz e legítimo diante do atual cenário brasileiro.

Viu-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidos diversos direitos fundamentais que, em sua grande maioria, dependem da atuação estatal, mormente dos Poderes Legislativo e Executivo, para serem materializados.

No entanto, o que se percebe é que, atualmente, há uma grave crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes, os quais permanecem omissos diante dos anseios da Constituição, atribuindo uma baixa carga valorativa aos seus preceitos. Nesse sentido, pode-se dizer que o quadro jurídico-político brasileiro é de verdadeira ocorrência do fenômeno da constitucionalização simbólica, tal como desenvolvida pelo jurista Marcelo Neves, uma vez que a Carta Política apresenta discrepância entre seu texto e a realidade social, pela eficácia meramente simbólica de suas normas.

Essa representação ilusória não só mascara os problemas da sociedade, como também possui como consequência negativa a obstrução da concretização dos direitos de mais alta relevância jurídica, ponto central do presente trabalho.

Diante da percepção de que o Estado não tem se mostrado capaz de concretizar de forma generalizada os direitos resguardados pela Constituição, cresceu no Brasil a prática do ativismo judicial, que se apresenta por meio da interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, para a implementação de políticas públicas e materialização dos direitos no caso concreto.

Não obstante as acaloradas críticas, o aludido fenômeno tem se demonstrado de suma importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para efetivação dos fins constitucionais. Isso porque, diante da omissão legislativa e executiva, os cidadãos são destituídos de seus direitos básicos e até mesmo daqueles que compõem o mínimo existencial, representando expressiva violação aos direitos fundamentais democraticamente resguardados pela Constituição Federal. Assim, torna-se imperiosa a atuação judicial para fazer valer a Constituição.

Nesse contexto, o Judiciário vem se tornando o verdadeiro garante dos direitos fundamentais, o que pode ser visualizado por diversas decisões já exaradas, tais como aquelas sobre o fornecimento obrigatório de medicamentos pelo Estado, o direito de acesso da criança

às escolas, os direitos de acesso dos portadores de deficiência aos prédios públicos, dentre outras.

É salutar a importância que o papel Judiciário tem desempenhado ao exarar decisões potencializadoras da efetividade dos direitos fundamentais, representando uma peça fundamental no quadro político-jurídico do país.

Ademais, viu-se que, até que haja uma reforma política, o ativismo judicial se mostra como o instrumento mais apto e eficaz à neutralização da crise política vivenciada atualmente, a qual fere diretamente os ditames constitucionais.

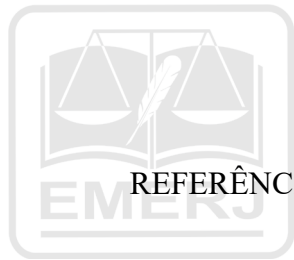
No tocante à legitimidade dessa conduta ativa, conquanto haja teses em sentido contrário, pode-se extraí-la da própria Carta Política, que reservou ao Poder Judiciário a função de guardião da Constituição. Tendo em vista que os magistrados se atêm, em suas decisões, à aplicação da Constituição e das leis, atuando como representantes indiretos da vontade popular, também não há que se falar em riscos à legitimidade democrática.

Ademais, não merece prosperar a tese de que o ativismo judicial viola a tripartição de poderes, uma vez que ele representa parte do seu conteúdo. Isto é, por meio da interferência nos demais poderes, é possível verificar o mecanismo que se denomina freios e contrapesos entre os poderes do Estado.

Outrossim, mostra-se extremamente necessário fazer uma releitura da ótica tradicional do sistema de freios e contrapesos desenvolvida por Montesquieu, para adaptá-la à sociedade contemporânea, considerando a crise institucional que vigora.

Portanto, diante de todos os argumentos expostos, é possível concluir que a prática do ativismo judicial é uma realidade nos tribunais nacional o qual tem se mostrado de extrema relevância para o ordenamento pátrio brasileiro, representante instrumento eficaz e legítimo à concretização dos direitos fundamentais resguardados constitucionalmente.

Por fim, é preciso ressaltar que, como se trata de sensível interferência nas funções dos demais poderes, deverá ser praticado com cautela, com respeito às suas limitações naturais e com vistas a legitimar as decisões perante a sociedade.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v.13, 2009.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O STF e sua função majoritária e representativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

BRYDE apud NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

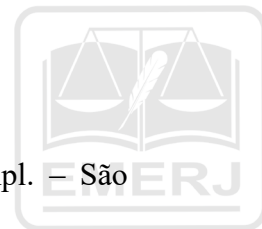
CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Curitiba: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Publicação trimestral, Ano I, n. 1, 2009, p. 205-220. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf> Acesso em: 02 fev. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Fernando A. *Constitucionalização simbólica ou constitucionalidade - simulacro?: exclusão, periferização e soberania popular no direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Artigo periódico de Direito Público, v. 5, n. 22, jul./ago. 2008.



LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, ps. 265-267.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo Judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. 2010. 21 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em Direito). Paraná, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução Juarez Tavares. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



DESENLACE AFETIVO E DANO MORAL: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE ROMPIMENTO DE NOIVADO E ABANDONO AFETIVO

Camila Crespo do Amaral

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A estrutura familiar foi objeto de substanciais alterações ao longo dos séculos, sobretudo a partir da repersonalização do Direito Civil. A Constituição Federal de 1988 espraiou os seus vetores interpretativos para os demais ramos do Direito, fazendo surgir, especificamente na disciplina civilista, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Neste sentido, o contexto contemporâneo das relações familiares passou a ser pautado na afetividade (*affectio*), razão pela qual despontaram questionamentos dos mais variados. Dentre eles, destaca-se a intervenção do Poder Judiciário, a partir da fixação de reparação a título de danos morais, nas relações familiares. Dentre os temas objeto de debate nos tribunais pátrios, incluem-se o rompimento de noivado e o abandono afetivo, questionando-se a possibilidade de fixação de danos morais em tais casos.

Palavras-chave – Direito das Famílias. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Rompimento de Noivado. Abandono Afetivo.

Sumário – Introdução. 1. Responsabilidade Civil e Direito das Famílias: (des)associação e extensão. 2. Rompimento unilateral de noivado e dever de indenizar. 3. Abandono afetivo e dano moral: noções antagônicas? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta da presente pesquisa é refletir sobre as questões controvertidas afetas à temática da responsabilidade civil nas contendas de desenlace afetivo no direito de família, sobretudo aquelas alusivas à ruptura unilateral de noivado e ao abandono afetivo, considerando a atualidade e a afetividade que permeiam o tema. O debate ora ventilado pressupõe a percepção da (in)aplicabilidade da responsabilidade civil na seara de Direito de Família e suas nuances.

Hodiernamente muito se discute a possibilidade e a extensão da responsabilidade civil no Direito de Família. De um lado, salienta-se que a proteção à dignidade humana pode conflitar com o interesse da entidade familiar, de sorte que a referida incompatibilidade poderia desestruturar a entidade familiar tradicionalmente concebida.

De outro modo, defende-se que a reparação civil a título de danos morais será sempre caracterizada como sucedâneo de violação sem caráter patrimonial, não havendo

que se falar em relação paradoxal entre direito de família e responsabilidade civil. Considerando a complexidade dos temas afetos às relações familiares e a constante impossibilidade de pacificação das desavenças na seara extrajudicial, por vezes os desenlaces afetivos reclamam a solução jurisdicional.

Constatada a importância da reflexão acerca do tema, em razão de sua notória aplicação prática e jurisprudencial, a pesquisa que ora se apresenta objetiva analisar a associação e a extensão da reparação pecuniária nas lides baseadas em desenlaces afetivos. No primeiro capítulo, pretende-se defender a excepcional admissão de reparação pecuniária em temas atinentes a relações familiares, tão somente quando se constatar comportamento excessivamente prejudicial ao vínculo afetivo..

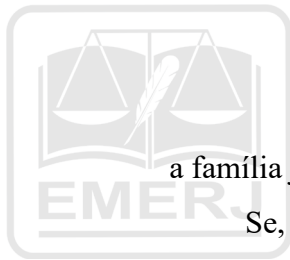
O segundo capítulo busca cotejar os limites do ativismo judicial e o conseqüente dever de indenizar nos casos de rompimento unilateral de noivado sem que haja maculação da autodeterminação do nubente, a partir da mitigação do plano indevassável da liberdade pessoal de autodeterminação do nubente. No último capítulo, objetiva-se demonstrar que a tradicional fragmentação entre sentimento e pecúnia não pode ser estanque ou absoluta, sob pena de desguarnecer múltiplos direitos fundamentais.

A proposta é encaminhar a pesquisa 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 a sua tese.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS: (DES)ASSOCIAÇÃO E EXTENSÃO

A estrutura familiar acompanhou a evolução da sociedade, de modo que a família hodierna se afasta cada vez mais dos padrões patriarcais e arcaicos que por tantos séculos permearam a composição de família. Não obstante as sucessivas transformações no conceito de família, não há que se olvidar que muito antes de existir sociedade ou Direito,



a família já existia¹, constituindo-se como célula germinal da comunidade estatal².

Se, em momento pretérito, qualquer das partes poderia romper o vínculo conjugal, com a família monogâmica patriarcal somente ao homem recai o referido direito, bem como estaria sancionada, pelos costumes, a possibilidade de infidelidade conjugal ao patriarca. A monogamia, dessa feita, aplicava-se tão somente à mulher, e fora a primeira forma de família fundada sobre condições econômicas, de modo a ser verificado triunfo da propriedade privada sobre o amor mútuo entre os cônjuges³.

Essa estrutura primitiva, contudo, sofreu grandes transformações. A família contemporânea teve seu início no século XIX⁴. Neste sentido, “a família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procriadora para essa nova função”⁵. O interesse da pessoa humana, assim, passou a ser mais valorizado do que suas relações patrimoniais, enquadrando-se no que se convencionou intitular “repersonalização das relações civis”⁶.

Apesar de a família ser associada às relações de caráter eminentemente pessoais, as bases da legislação sobre família – inclusive a regulação pátria – foram assentadas considerando as finalidades patrimoniais da família patriarcal. O Código Civil de 1916⁷, neste sentido, dispensava tratamento patrimonial à maioria de seus artigos da parte destinada ao Direito de Família⁸.

Àquela época, a família patriarcal era marcada pela indissolubilidade do vínculo conjugal, na forma do então vigente artigo 315 do Código Civil⁹, bem como pela capacidade relativa da mulher. Isto porque o artigo 242 do Código Civil de 1916 estabelecia situações diversas as quais não poderiam ser realizadas pela mulher sem a autorização de seu marido¹⁰.

Imperioso salientar que a assimetria do tratamento legal aos filhos – os quais eram

¹ SANDRI, Jussara Schmitt. *Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais*. Curitiba: Juruá, 2013, p.1.

² CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. *Evolução histórica e legislativa da família e da filiação*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade de Caxias do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019> Acesso em: 20 set. 2017.

³ *Ibidem*, p. 66-73.

⁴ *Ibidem*.

⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*: 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

⁶ *Ibidem*.

⁷ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 ago.2017.

⁸ LÔBO, op. cit., p. 22.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁰ *Ibidem*.



considerados, em razão da origem, como legítimos ou ilegítimos – não possuía inspiração na proteção à família, e sim na proteção de seu patrimônio. Sobre o reconhecimento dos direitos aos chamados filhos ilegítimos, o reconhecimento de seus direitos se dera tão somente no ano de 1949, com a Lei nº 883, porém o progressivo avanço da legislação também fora pautado por interesses patrimoniais¹¹.

A Constituição Federal de 1988 sepultou a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, de modo que a família atual deve ser tipificada pela afetividade, levando ao fenômeno da repersonalização¹². Neste sentido, o modelo tradicionalmente concebido de família passou a ser considerado como apenas uma forma de constituição de família, a qual, nos termos do artigo 226, da Carta Magna¹³, restou caracterizada como comunidade fundada na igualdade e no afeto¹⁴, ratificando o momento da repersonalização.

Com a promulgação do Código Civil de 2002¹⁵, embora apregoando mudança de paradigma do individualismo para a solidariedade social, os interesses patrimoniais ainda se apresentavam, por vezes, como predominantes em relação aos interesses da *affectio*, retomando a ideia tradicional contra a qual se insurgiu a Constituição Federal. A título exemplificativo, o regime de separação de bens é imposto ao maior de setenta anos (na forma do artigo 1.641, II¹⁶), restando prejudicada a afetividade em favor de interesses sucessórios e eminentemente patrimoniais¹⁷.

Não obstante as anacrônicas disposições do Código Civil, não se olvida que o contexto contemporâneo é pautado pela afetividade. Ato contínuo, no cenário atual verifica-se a sobreposição do *affectio* sobre os costumes tradicionais. Neste sentido, após se mostrar possível a verificação da paternidade biológica, reconheceu-se a paternidade socioafetiva, fundamentada no artigo 227, da Constituição Federal e no princípio da proteção integral da criança e do adolescente¹⁸, de modo que a posse do estado de filho corresponde à atribuição da condição de filho a outrem, independentemente de vínculo biológico, importando uma relação afetiva, íntima e duradoura¹⁹. Na hodierna conjuntura

¹¹ LÔBO, op. cit., p. 24.

¹² Ibidem, p. 26.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁴ BARRETO, op. cit., p. 211.

¹⁵ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ LÔBO, op. cit., p. 24.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação da paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.



de afetividade o questionamento alcança inclusive princípios considerados basilares, tais como a fidelidade e a monogamia.

Das breves considerações é mister concluir que o conceito de família sofreu profundas transformações, de modo que, se os grupamentos familiares inicialmente se organizaram em torno das necessidades patrimoniais, contemporaneamente o princípio da afetividade se sobrepõe aos princípios tradicionalmente considerados. Além disso, a atual conjuntura traz consigo a crescente judicialização dos conflitos familiares.

Há que se observar que o conceito clássico de família sofreu inúmeras modificações, seja em seu aspecto intrínseco - diminuindo-se a autoridade paterna e atribuindo-se autoridade à mãe e direitos aos filhos -, seja em seu aspecto extrínseco - outras formas de organização familiar foram reconhecidas.

Ocorre que a atribuição de direitos aos sujeitos de relações familiares não veio acompanhada de deveres sinalagmáticos, de modo que a crescente expectativa por parte dos novos sujeitos de direito trouxe consigo a evidente insatisfação perante o Estado-atuante, dada a impossibilidade de suprir as legítimas expectativas²⁰. Hodiernamente os conflitos familiares encontram-se indubitavelmente judicializados, podendo-se questionar se a autoridade parental, tradicionalmente exercida pelos pais, teria passado ao Estado-juiz.

No que tange à exacerbação do controle judiciário sobre as demandas afetivas, o Superior Tribunal de Justiça fora instado a se pronunciar, a título de exemplo, acerca da possibilidade de responsabilidade patrimonial em decorrência de abandono afetivo, tendo, inicialmente, se manifestado pela impossibilidade²¹, porém, em precedente mais recente, tem defendido a possibilidade de reparação²². Constata-se, portanto, que os operadores do direito devem estar preparados para a nova realidade do Direito de Família, agindo com zelo e responsabilidade de modo a evitar o aprofundamento dos conflitos existentes, bem como a criação de novos embates.

Nesse diapasão, considerada a aludida judicialização dos conflitos afetivos, cresce a preocupação dos operadores do direito com a responsabilidade civil decorrente de

²⁰ SOUZA E SILVA, Fernando Antonio de. Evolução A judicialização dos conflitos afetivos. In: *Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 57.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 514.350/SP*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=REsp%20514350>. Acesso em: 10 jun. 2017.

²² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901937019&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

violação de deveres afetivos. Dessa feita, importa salientar a excepcional admissão de reparação pecuniária em temas atinentes a relações familiares, tão somente quando se constatar comportamento excessivamente prejudicial ao vínculo afetivo.

2. ROMPIMENTO UNILATERAL DE NOIVADO E DEVER DE INDENIZAR

O acasalamento é realidade que se firma em relação a todos os seres vivos, oriundo do instinto de perpetuação da espécie ou mesmo da abominação à solitude, razão pela qual Dias²³ afirma que se chega ao “ponto de se ter por natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso [...]”. Sob esta perspectiva, a estrutura familiar torna-se relevante ao domínio do Direito²⁴.

O vocábulo “casamento” revela o ato solene de união entre duas pessoas²⁵, de modo que aqueles que se encontram unidos pelo matrimônio são chamados de “cônjuges”. Em sua origem, “jugum” era empregado pelos romanos para fazer referência à canga ou aos arreios que atavam os animais à carruagem²⁶. Nesta toada, considerando que o verbo “conjuguar” retrata a noção de se prender ao mesmo jugo²⁷, dentre outros significados, não se olvida este ser o sentido que, por vezes, permeia a relação quando a mesma está prestes a findar.

Empreendida uma breve análise sobre a relevância da constituição de vínculo matrimonial na sociedade, não se olvida que o noivado, quando existente, consiste em significativa etapa com vistas à consolidação da unidade familiar. Assim, compete esclarecer se o rompimento do noivado enseja responsabilização civil.

Sobre o tema, em 1784, por força da carta de Lei de D. Maria I, de 6 de outubro de 1784²⁸, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a realização dos esponsais,

²³ DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_549\)2__o_dever_de_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2__o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2018.

²⁴ PEREIRA apud DIAS, op. cit.

²⁵ TREVISAN, Rosana (Coord.), *Michaelis: Dicionário brasileiro da língua portuguesa: Melhoramentos*, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/casamento/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?* Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1__separa%E7%E3o_culpa_ou_s%E3_desamor.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

²⁷ TREVISAN, Rosana (Coord.), *Michaelis: Dicionário brasileiro da língua portuguesa: Melhoramentos*, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conjuguar/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

²⁸ BRASIL. *Lei de 6 de outubro de 1784*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14pa1030.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.



verdadeira promessa formal de casamento. Estes autorizavam a cada um dos contraentes a exigência do cumprimento da promessa ou a reparação advinda do seu descumprimento, sendo modalidade contratual que requeria, inclusive, escritura pública²⁹.

O ordenamento atual não mais admite a promessa formal de casamento, na medida em que é possível exteriorizar o arrependimento até a sua celebração, consoante atesta o artigo 1.535, do Código Civil³⁰. Considerando que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 não abrangeu a figura dos esponsais, tampouco o Código Civil de 1916 ou o Código Civil de 2002, o contrato esponsalício pode ser considerado abolido da sistemática brasileira, na medida em que atentaria contra a família protegida constitucionalmente³¹.

Quanto à natureza jurídica do noivado, Costa³² salienta não se enquadrar no Direito contratual, tampouco no Direito de Família, haja vista que não se trata de requisito para o casamento, sequer enseja reconhecimento social acerca da sua juridicidade. Ato contínuo, não se poderia falar em dever de fidelidade, por exemplo. Para Velasco³³, tratar-se-ia de ato jurídico bilateral em sentido amplo, procedente de acordo de vontades e passível de consequências jurídicas, caso descumprido.

A despeito de a ordem legal não mais contemplar a figura dos esponsais, muito se discute sobre o cabimento da reparação por danos morais em razão da ruptura unilateral de noivado, quando presentes os pressupostos de responsabilidade civil: ato ilícito (artigo 187, do Código Civil³⁴), dano e nexo causal. A responsabilidade civil encontra seu cerne no dano, de modo que não basta o risco de dano ou uma conduta ilícita. O dano é o elemento preponderante ainda que se fale em responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe fundamente.

Neste sentido, Cavalieri Filho³⁵ conceitua dano como a diminuição de bem jurídico, patrimonial ou moral, isto é, integrante da personalidade da vítima, sendo que

²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir. *Dos esponsais ao dano moral pelo rompimento do noivado*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/ARTIGO%20RECIVIL%20MAIO%20DE%202013%20DOS%20ESPONSAIS%20AO%20DANO%20MORAL%20PELO%20ROMPIMENTO%20DO%20NOIVADO.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 15.

³¹ RODRIGUES JÚNIOR, op. cit.

³² COSTA, Alexander Seixas da. *Responsabilidade civil pelo rompimento de noivado no Direito Civil brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/nf6iCe3zt77ELStl.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

³³ VELASCO apud RODRIGUES JÚNIOR, op. cit.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 15.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.



deste conceito advém a divisão entre dano material e moral. Importa salientar, desde logo, que não se trata de reparação oriunda de relação familiar, porquanto esta ainda não existe. Por vezes, o instituto é relacionado ao cerne do Direito de Família, porém tal correspondência não se afigura como sendo a mais acertada³⁶.

Ademais, cabe esclarecer que se reconhece uma espécie peculiar de dano moral, chamado dano moral afetivo. Segundo Rizzardo Filho³⁷, o dano moral *lato sensu* consiste no dano incidente sobre o ânimo psíquico, moral e intelectual de uma pessoa. Por outro lado, o dano moral afetivo consubstancia espécie de dano moral, relativo às relações afetivas reguladas pelo Direito de Família.

Para aqueles que defendem a impossibilidade de reparação patrimonial, o argumento gira em torno da liberdade de se casar ou não, a qual integra o livre desenvolvimento da personalidade. Isto porque não se poderia considerar o casamento como fonte de lucro. Neste sentir, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais³⁸ entendeu haver mero dissabor e frustração advindos do rompimento, aborrecimentos incapazes de atingir bem personalíssimo, na medida em que, no caso concreto analisado a convivência do casal já se encontrava prejudicada.

No mesmo sentido, Farias³⁹ defende a impossibilidade sequer de exigência de justo motivo para o desenlace. Isto porque “a dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda de abandono (...) são custos da seara humana”. Nesse sentido, sustenta se tratar de risco ao qual ambos anuíram conscientemente.

A despeito da referida posição, a doutrina e a jurisprudência caminham para o entendimento de que deve ser analisada a circunstância de modo casuístico. Não há que se falar em generalização do tema, sob pena de invariavelmente incorrer em grave equívoco. De toda sorte, entende-se que a ruptura, em situações excepcionais, se realizada de modo desproporcional, enseja a responsabilização⁴⁰.

Com a devida vênia aos que advogam ser injustificável a estatização do afeto,

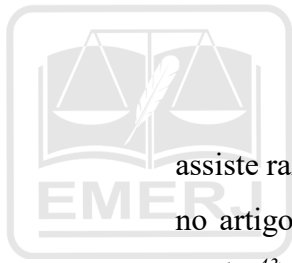
³⁶ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil por quebra de promessa de casamento*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI266027,41046-Responsabilidade+civil+por+quebra+de+promessa+de+casamento>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

³⁷ RIZZARDO FILHO, Arnaldo. *O dano moral nas relações afetivas*. Disponível em: <<http://www.rizzardoadvogados.com.br/artigos/o-dano-moral-nas-relacoes-afetivas.html>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível nº 1.0024.10.124748-4/001*. Relator: Desembargador Pedro Aleixo. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/VerificaAssinatura.do?numVerificador=100241012474840012017160751>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

³⁹ FARIAS apud RODRIGUES JÚNIOR, op. cit.

⁴⁰ Neste sentido, por exemplo, TARTUCE, op. cit.; RODRIGUES JÚNIOR, op. cit.



assiste razão a Tartuce⁴¹ ao reforçar que, em casos tais, não se trata de reparação fundada no artigo 186, do Código Civil⁴², mas decorrente do abuso do direito (artigo 187, do *Codex*⁴³). Tal compreensão respalda-se na propalação da boa-fé objetiva a todos os institutos civilistas, a qual confere novel tratamento à matéria, devendo o rompimento unilateral de noivado ser reputado como “quebra dos deveres de lealdade, de transparência e de confiança, ínsitos a qualquer relação jurídica”.

Em situações nas quais se verifique abuso de direito por parte de um dos nubentes, atingindo a integridade psicofísica da outra parte, esta deverá ser tutelada. Conforme preceitua Bittencourt⁴⁴, a ruptura do noivado é um direito, entretanto deve ser exercido de forma discreta e com o mínimo de impiedade. Fundado em tal concepção, em 1993 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁵ já havia entendido pelo dever de indenizar daquele que rompe um noivado sem qualquer explicação.

Na mesma esteira, cite-se, exemplificativamente, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁶ entendendo ser devida a reparação por danos morais em caso em que a noiva teve ciência do rompimento do noivado pelos seus familiares. Da mesma forma, julgou acertada a condenação em caso de não comparecimento do noivo ao matrimônio, sem qualquer comunicação⁴⁷.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁴⁸ concluiu acurada a reparação causada pelo noivo flagrado pela noiva mantendo relações sexuais com outra mulher, na casa em que morariam, o que resultou no cancelamento do casamento marcado para dias depois.

O ensaio sobre a trajetória jurisprudencial do tema permite inferir que concerne ao magistrado, investido na função jurisdicional que lhe cabe, o pormenorizado exame da

⁴¹ TARTUCE, op. cit.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 15.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BITTENCOURT apud RODRIGUES JÚNIOR, op. cit.

⁴⁵ RIZZARDO FILHO, op. cit.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 00122883-79.2007.8.19.0204*. Relator: Desembargador Benedito Abicair. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031BA32B2FFAD9A80F5BADF6C5963C348EFDC4030E2755&USER=>>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

⁴⁷ Idem. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 0000813-45.2010.8.19.0075*. Relator: Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003692EC201FF26C5273ACF71E36BD862DFC403132E1F&USER=>>>. Acesso em 17 mar. 2018.

⁴⁸ Idem. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n° 5298117-04.2007.8.13.0024*. Relator: Desembargador Gutemberg da Mota e Silva. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=na%20casa%20em%20que%20morariam&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 11 mar. 2018.



situação fática. Havendo abuso de direito, emergirá a adequação da reparação a título de danos morais. Assim se deve concluir, na medida em que, a despeito de as esferas íntima e estatal conservarem substancial secessão, o Estado não pode deixar de atribuir responsabilidade a quem escolheu compartilhar a vida com alguém⁴⁹.

3. ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL: NOÇÕES ANTAGÔNICAS?

O poder familiar consiste no plexo de direitos e obrigações dos genitores, conforme preceitua o artigo 1.634, do Código Civil Brasileiro⁵⁰. Dentre os múnus firmados aos pais, a convivência familiar se impõe, sendo assim determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁵¹ (artigos 4º e 19) e pela Constituição Federal de 1988⁵² (artigo 227). A despeito de a legislação infraconstitucional e o texto constitucional estabelecerem a convivência como dever imposto, “histórias de pais “abandônicos” têm sido quase um “lugar-comum”, quase uma repetição de histórias de centenas ou milhares de crianças⁵³”.

Neste sentido bem alerta Souza⁵⁴ que o chamado “descarte” dos parceiros, consoante hoje se afigura corriqueira, não pode, em hipótese alguma, se estender ao vínculo parental. Isso porque, segundo o autor, “a autonomia humana deve ser contida na medida em que é responsável pelo nascimento de outro ser”. Ato contínuo, torna-se imperativa a observância de alteridade e, conseqüentemente, a imposição de deveres aos genitores.

Aos 13 de junho de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ foi instada a definir a possibilidade de condenação em danos morais do genitor que deixa de prestar assistência material ao filho, tendo concluído que o voluntário descumprimento

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. 2017: um ano cheio de avanços! Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13079\)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13079)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 15.

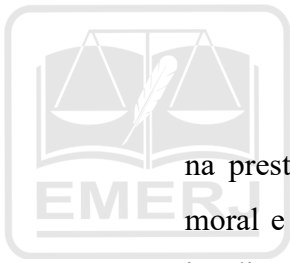
⁵¹ Idem. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵² Idem, op. cit., nota 13.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/05_nem_so_de_pao_viv_e_o_homem.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁴ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio Constitucional da Paternidade Responsável: Diretrizes para a reinterpretção do art. 1.614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 31, p. 23, jan. 2013.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.087.561/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200802013280.REG.>>. Acesso em: 19 abr. 2018.



na prestação de assistência material acomete pontualmente a integridade psicofísica, moral e intelectual do filho. Nesse diapasão, o amparo material foi considerado dever jurídico apto a ensejar condenação à reparação por danos morais.

Por ocasião do referido julgamento, o recorrente buscava ver acolhida a sua pretensão no sentido de que não haveria previsão legal a estabelecer deveres jurídicos de convivência ou afetividade entre pais e filhos. Ademais, sustentava a inaplicabilidade da responsabilidade subjetiva no Direito de Família, sob pena de monetarização das relações familiares. Ato contínuo, não haveria que se falar em ato ilícito capaz de motivar sentença condenatória por danos morais.

Ocorre que o voto do Ministro Raul Araújo⁵⁶, relator do referido recurso especial, conduziu para o entendimento de que não se trata da referenciada “monetarização das relações familiares”, de sorte a penalizar os infratores “por não demonstrarem a dose necessária de amor”. Em verdade, contudo, restaria consubstanciada a compensação derivada do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, assim como do dever de assistência material ao infante.

Não se olvida que o caso em julgamento não versava sobre abandono afetivo, mas sim, abandono material. Em verdade, a Quarta Turma do STJ⁵⁷ ostenta entendimento contrário à reparação pecuniária por abandono afetivo – tendo assim, novamente, se manifestado em *obiter dictum*. Sob outra perspectiva, a Terceira Turma do STJ⁵⁸ considerou se tratar de ilicitude por omissão, na medida em que haveria descumprimento do dever legal de cuidado.

Em voto condutor do resultado de julgamento, a Ministra Nancy Andrighi⁵⁹ elucidou que o cuidado, enquanto valor jurídico, se encontra incorporado no ordenamento jurídico, por intermédio de “locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”. Nesse sentido, o descumprimento da imposição

⁵⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.087.561/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004701&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁵⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200500854643.REG.>>. Acesso em: 15 abr. 2018; Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 514.350/SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200300209553.REG.>> Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵⁸ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901937019.REG.>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵⁹ *Ibidem*.



legal de cuidar da prole consiste em ilícito civil, sob a forma de omissão, exurgindo a possibilidade de compensação por danos morais por abandono psicológico.

É manifesta a controvérsia acerca da interseção entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, como já se abordou no presente artigo. Contudo, não se pode perder de vista a responsabilidade parental assumida quando da conjunta decisão de conceber um novo ser humano. Por vezes, é certo, os genitores parecem querer se esquivar do encadeamento de incumbências que dela decorre.

Seria teratológico declarar que os pais não atribuem à formação psicológica e emocional de sua prole. Nessa toada, a assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores, sob o aspecto existencial. Diverso não se poderia entender, sob pena de negar vigência à norma constitucional do artigo 229⁶⁰, a partir de uma interpretação extensiva⁶¹.

Não se está a sustentar o dever de os genitores amarem seus filhos, o qual pode ser precisado, tão somente, como compromisso moral. Por outro lado, o ordenamento jurídico não pode desprezar o estado de completa entrega em que se encontram crianças e adolescentes abandonadas afetivamente por aqueles que primeiro deveriam zelar pelo seu bem-estar. Trata-se, nas palavras de Pereira⁶², de “pais abandonônicos”.

Não podem o Direito e seus operadores se furtarem a conferir preciso retorno à hipervulnerabilidade em que se encontram tais sujeitos de direitos. A Constituição Federal da República⁶³ preconiza a doutrina da proteção irregular (artigo 227). Destaque-se que não se trata de mera substituição terminológica, mas de mudança paradigmática⁶⁴, na medida em que as crianças e adolescentes passam a titularizar direitos fundamentais.

O fundamento assistencialista da doutrina da situação irregular deu lugar ao direito subjetivo de crianças e adolescentes, sendo imperioso o reconhecimento da corresponsabilidade solidária em assegurar o respeito a esses direitos entre a família, a sociedade e o Estado⁶⁵, consoante preceitua o artigo 227 da Constituição Federal⁶⁶. Destarte, fechar os olhos à penosa e inconstitucional realidade à qual são sujeitados filhos

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁶¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: _____ (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160-273.

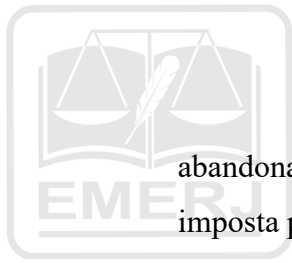
⁶² PEREIRA, op. cit.

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁶⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2017, p. 58-78.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.



abandonados significa, em última análise, vilipendiar a cogestão de responsabilidade imposta pela Carta constitucional.

A infração do dever jurídico de afeto por parte dos genitores não pode ficar circunscrita a eventuais justificativas de “pais abandônicos”. O abandono afetivo motiva a ausência de “alimento para a alma, afinal de contas, nem só de pão vive o homem”⁶⁷. À vista das questionáveis escolhas dos genitores, não podem os operadores do Direito se manter omissos, contemporizando o abandono consumado, sob pena de configurar, igualmente, um Estado abandonônico.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa tentou refletir sobre as questões controvertidas afetas à temática da responsabilidade civil nas contendas de desenlace afetivo no Direito de Família, sobretudo aquelas alusivas à ruptura unilateral de noivado e ao abandono afetivo, considerando a atualidade e a afetividade que permeiam o tema. Neste sentido, o debate ventilado inferiu a percepção da aplicabilidade da responsabilidade civil na seara de direito de família e suas nuances.

Hodiernamente muito se discute a possibilidade e a extensão da responsabilidade civil no direito de família. De um lado, salienta-se que a proteção à dignidade humana pode conflitar com o interesse da entidade familiar, de sorte que a referida incompatibilidade poderia desestruturar a entidade familiar tradicionalmente concebida.

De outro modo, defende-se que a reparação civil a título de danos morais será sempre caracterizada como sucedâneo de violação sem caráter patrimonial, não havendo que se falar em relação paradoxal entre direito de família e responsabilidade civil. Considerando a complexidade dos temas afetos às relações familiares e a constante impossibilidade de pacificação das desavenças na seara extrajudicial, por vezes os desenlaces afetivos reclamam a solução jurisdicional.

Constatada a importância da reflexão acerca do tema – em razão de sua notória aplicação prática e jurisprudencial –, a pesquisa apresentada objetivou analisar a associação e a extensão da reparação pecuniária nas lides baseadas em desenlaces afetivos. Sob esta perspectiva, o primeiro capítulo pretendeu legitimar a excepcional

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wpcontent/uploads/2016/04/05_nem.so._de._pao._vive._o.homem_.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.



admissão de reparação pecuniária em temas atinentes a relações familiares, tão somente quando constatado comportamento excessivamente prejudicial ao vínculo afetivo.

Quanto à questão que se descortinou no segundo capítulo, é certo que se estabeleceu o cotejo entre os limites do ativismo judicial e o consequente dever de indenizar nos casos de rompimento unilateral de noivado. Para tanto, não há que se falar em maculação da autodeterminação do nubente, a partir da mitigação do plano indevassável da liberdade pessoal de autodeterminação do nubente.

Finalmente, o terceiro capítulo tentou demonstrar que a tradicional fragmentação entre sentimento e pecúnia não pode ser estanque ou absoluta, sob pena de desguarnecer múltiplos direitos fundamentais. Ato contínuo, não haveria que se falar em mercantilização de sentimentos e fomento à propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva 2017.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação da paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

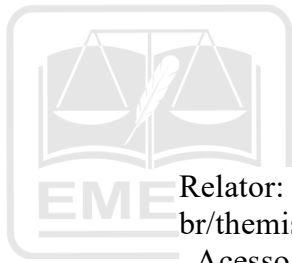
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. *Lei de 6 de outubro de 1784*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14pa1030.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n° 5298117-04.2007.8.13.0024*. Relator: Desembargador Gutemberg da Mota e Silva. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=na%20casa%20em%20que%20morariam&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n° 1.0024.10.124748-4/001*.



Relator: Desembargador Pedro Aleixo. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/VerificaAssinatura.do?numVerificador=100241012474840012017160751>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 00122883-79.2007.8.19.0204*. Relator: Desembargador Benedicto Abicair. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031BA32B2AD9A80F5BADF6C5963C348EFDC4030E2755&USER=>>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075*. Relator: Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003692EC201FF26C5273ACF71E36BDCD862DFC403132E1F&USER=>>>. Acesso em 17 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 1.493.125/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 1.557.978/DF*. Relator: Ministro Moura Ribeiro Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.087.561/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004701&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2018.

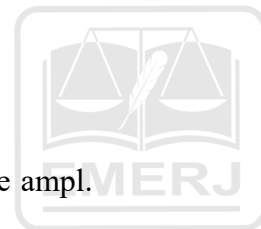
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200500854643.REG.>>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 514.350/SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200300209553.REG.>>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901937019.REG.>>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. *Evolução histórica e legislativa da família e da filiação*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade de Caxias do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019> Acesso em: 20/09/2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013.



CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

COSTA, Alexander Seixas da. *Responsabilidade civil pelo rompimento de noivado no Direito Civil brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/nf6iCe3zt77ELStl.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Separação: culpa ou só desamor?* Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1__separa%E7%E3o_culpa_ou_s%E3_desamor.pdf>. Acesso em: 02 abr.2018.

DIAS, Maria Berenice. *O dever de fidelidade*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_549\)2__o_dever_de_fidelidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_549)2__o_dever_de_fidelidade.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. 2017: um ano cheio de avanços! Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13079\)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13079)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias* - 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: _____ (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACHÁ, Andréa Maciel. *A vida não é justa*. 3. ed. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/05_nem.so._de._pao._vive_.o.homem_.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

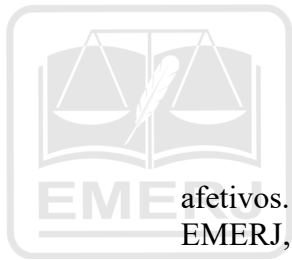
RIZZARDO FILHO, Arnaldo. *O dano moral nas relações afetivas*. Disponível em: <<http://www.rizzarroadogados.com.br/artigos/o-dano-moral-nas-relacoes-afetivas.html>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir. *Dos esponsais ao dano moral pelo rompimento do noivado*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/ARTIGO%20RECIVIL%20MAIO%20DE%202013%20DOS%20ESPONSAIS%20AO%20DANO%20MORAL%20PELO%20ROMPIMENTO%20DO%20NOIVADO.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

SANDRI, Jussara Schmitt. *Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais*. Curitiba: Juruá. 2013.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio Constitucional da Paternidade Responsável: Diretrizes para a reinterpretção do art. 1.614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 31, p. 23, jan. 2013

SOUZA E SILVA, Fernando Antonio de. Evolução A judicialização dos conflitos



afetivos. In: *Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil por quebra de promessa de casamento*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI266027,41046-Responsabilidade+civil+por+quebra+de+promessa+de+casamento>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

TREVISAN, Rosana (Coord.), Michaelis: Dicionário brasileiro da língua portuguesa: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conjugar/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: DISCRIMINAÇÃO AOS PRATICANTES DE RELIGIÃO DE MATRIZ AFRO- BRASILEIRA

Carlos Alberto Alves Lima

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – A diversidade de povos e etnias que habitaram o Brasil durante a colonização portuguesa resultou no multiculturalismo existente em todo território do país. Essa miscigenação refletiu na coexistência de diversas religiões e credos, apesar de haver, a princípio, imposição dos valores cristãos da Igreja Católica a todos. Com a instituição da laicidade pela Constituição da República de 1891, houve o rompimento entre o Estado e a Igreja. Atualmente, o direito fundamental à liberdade de Religião está previsto nos artigos 5º, VI, e 19, I, da CRFB/88. Contudo, o exercício dessa liberdade pelos adeptos de religiões como a Umbanda e o Candomblé, ainda, nos dias de hoje, encontra muitos obstáculos. O trabalho tem por objetivo abordar a necessidade de efetivação dessa garantia constitucional às religiões de matriz afro-brasileira.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade religiosa. Laicidade de Religiões afro-brasileiras. Umbanda e Candomblé. Direito fundamental. Intolerância religiosa. Igrejas neopentecostais. Ataques religiosos.

Sumário – Introdução. 1. A relevância da diversidade religiosa na formação cultural do povo brasileiro 2. A evolução da intolerância religiosa: ataques praticados por igrejas neopentecostais contra as religiões afro-brasileiras. 3. Estrutura normativa protetiva do direito à liberdade religiosa: necessidade de inclusão dos seguimentos religiosos afro-brasileiros no conceito de religião. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute a existência de intolerância religiosa e a necessária efetivação do direito constitucional à liberdade de crença aos praticantes de religião de matriz afro-brasileira.

Para construção desta pesquisa, leva-se em conta a diversidade religiosa e de crenças presentes na formação do povo brasileiro, que tem como pilares os valores do Cristianismo, trazido por nossos colonizadores, dos povos nativos, que expressavam sua religiosidade pela pajelança de seus líderes espirituais (pajés), bem como as crenças dos africanos, que para cultuar suas divindades da natureza, denominadas orixás, utilizaram-se de sincretismo religioso com os santos da Igreja Católica.

Com a Constituição Republicana de 1891, teve início, no Brasil, o Estado Laico, pondo fim a qualquer aliança existente entre o poder estatal e qualquer religião. Apesar da



manutenção do princípio da laicidade e da proteção ao direito à liberdade de crença, previstos na vigente Carta Republicana, os casos de intolerância religiosa crescem a cada dia no Brasil.

Nesse sentido, pode-se dizer que os adeptos das religiões de matriz afro-brasileira, em especial Umbanda e Candomblé, são as vítimas mais frequentes de discriminação e de atos de violência no exercício de seus credos. A exemplo disso, podemos citar ofensas públicas praticadas por líderes de religiões neopentecostais em rede aberta de TV. Há também atentados e invasões a terreiros e barracões, lugares onde são realizadas as cerimônias de religiões de matriz afro-brasileira, com a destruição de seus objetos religiosos, insultos etc.

Dessa forma, é perceptível que, ainda nos dias de hoje, a intolerância religiosa está presente todos os dias na sociedade. Essa realidade deve ser combatida a fim de que se faça valer o direito fundamental à liberdade religiosa a todos os tipos de credo.

No primeiro capítulo será abordada a importância da diversidade religiosa para formação cultural do povo brasileiro e a evolução do direito à liberdade de crença no Brasil.

Segue-se ponderando no segundo capítulo os frequentes e crescentes atos de violência praticados por membros de religiões evangelistas contra os seguimentos religiosos de matriz afro-brasileira, dando-se relevo aos recentes ataques promovidos por traficantes associados à igrejas evangélicas.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa trabalhará com o principal arcabouço jurídico que poderá ser manejado para garantia e proteção do direito à liberdade de crença dos adeptos das religiões afro-brasileiras; como, também, abordará a necessidade de um enfrentamento adequado por parte das autoridades públicas nos casos de intolerância religiosa que chegam às Delegacias de Polícia e ao Judiciário.

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 RELEVÂNCIA DA DIVERSIDADE RELIGIOSA NA FORMAÇÃO CULTURAL DO POVO BRASILEIRO

Nesse capítulo, a pesquisa pretende ilustrar o processo pelo qual se formou o que podemos chamar de cultura brasileira, formada pela diversidade de costumes e, sobretudo, de credos e religiões dos povos que passaram a conviver no território brasileiro a partir do processo de colonização. A partir dessa análise, objetiva-se a reflexão do quanto paradoxal é o preconceito nos diversos setores da sociedade contra as religiões afro-brasileiras, protagonistas da identidade cultural pátria. Paralelamente, deve-se refletir se a escolha, e manutenção, da laicidade pela Constituinte obsta que o Estado acolha a religiosidade em suas diversas formas de manifestações.

Desse ponto de partida, pode-se afirmar que o Brasil caracteriza-se por ser uma nação constituída pela diversidade dos processos civilizatórios de três continentes: América, Europa e África. Em seu processo de formação, recebeu, valores culturais, políticos, econômicos e sociais de diversos povos, que foram determinantes para nação brasileira¹

A escravidão foi marcante na divisão social do trabalho durante séculos no período em que o Brasil serviu como colônia de Portugal². No contexto econômico da época, o comércio de escravos caracterizava o valor e o significado do trabalho. O tráfico escravista era motivado pela ambição dos colonizadores, que, cegos pelo objetivo de acumular riqueza, viam na mão de obra escrava um fator multiplicador de capital.

Assim, os africanos chegaram ao Brasil e passaram a conviver com diversos grupos sociais, portugueses, indígenas e, também, com outros africanos originários de diferentes partes do Continente Africano³.

Nesse cenário de miscelânea social, os africanos lutaram para garantir a sobrevivência, estabeleceram relações com seus companheiros de cor e origem, construíram espaço para a prática de solidariedade e recriaram suas culturas diante da imposta imigração para o “novo mundo”⁴.

Dessa maneira, os escravos integraram às irmandades católicas, praticaram seus credos religiosos, entre eles o candomblé e o islamismo, e se reuniam em rodas de capoeira e de

¹LUZ, Marco Aurélio. *Do Tronco ao Opa Exim: Memória e Dinâmica da Tradição Afro-Brasileira*. Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

²LCC Publicações Eletrônicas. Disponível. *O Brasil nos quadros do sistema colonial mercantilista*. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/brasil_colonia.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

³MATTOS, Regiane Augusto de. *História e cultura afro-brasileira*. São Paulo: Contexto, 2007, p. 155.

⁴O termo “novo mundo” é utilizado como denominação ao continente americano. Tem origem nos finais do século XV, em razão da descoberta da América.



batuque⁵, influenciando com consistência a sociedade brasileira. Suas contribuições semearam o que hoje se conhece como cultura afro-brasileira⁶.

Percebe-se, portanto, que a música e a dança sempre tiveram forte relação com a religiosidade dos africanos, já que utilizadas como elos de comunicação com o mundo espiritual.

Uma das marcantes manifestações africanas foram os batuques, que eram realizados nos dias de folga do árduo trabalho, em geral nos domingos e de festas religiosas, quando escravos e libertos saíam de seus locais de trabalho nas cidades e no espaço público e iam ao encontro de seus companheiros africanos de diversas origens para se divertirem e compartilharem suas culturas e costumes⁷.

Diversas manifestações culturais derivaram das rodas musicais que os africanos praticavam, entre elas o samba, que, em sua origem, era marcado pela introdução das palmas e movimento do corpo de forma constante. Assim, uma das fontes sobre a origem do samba é o batuque⁸.

O samba originou-se dos antigos batuques trazidos pelos africanos que vieram como escravos para o Brasil. Esses batuques estavam geralmente associados a elementos religiosos que instituíam entre os negros uma espécie de comunicação ritual através da música e da dança, da percussão e dos movimentos do corpo. Os ritmos do batuque aos poucos foram incorporando elementos de outros tipos de música, sobretudo no cenário do Rio de Janeiro do século XIX.

É oportuno ressaltar que a experiência histórica da escravidão proporcionou o contato dos africanos com indivíduos diferentes, o que possibilitou diversas trocas culturais. Em linhas gerais, podemos ter uma noção de quanto foi importante a diversidade religiosa para a formação da identidade cultural no Brasil.

Apesar da diversidade de credos religiosos presentes desde o Período Colonial, a existência harmônica entre eles não foi possível diante da intrínseca relação entre o Estado e a Igreja Católica, que não tolerava a coexistência de outros seguimentos religiosos.

O Cristianismo, desde suas origens, é conhecido como uma religião de caráter universalista e impositivo⁹. No contexto histórico do imperialismo romano, que se expandiu mundo à fora, a religião cristã se sobrepôs a todas as crenças e manifestações de religiosidade

⁵ “Batuque”, na origem da palavra, é uma religião afro-brasileira de culto aos orixás, e não um instrumento musical de percussão.

⁶ MATTOS, op. cit., p. 155-157.

⁷ Ibid., p. 177-179.

⁸ FERNANDES, Cláudio. *Origem do Samba*. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/curiosidades/origem-samba.htm>>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁹ LUZ, op. cit., p. 34.



dos povos da Ásia, da África e da Europa, tornando-se a religião de todos os escravizados por Roma, sendo fator de união de pessoas de raízes diversas.

Se, em suas origens, o cristianismo possuía um valor libertário, unindo povos escravizados pelo império romano, no século XVI, todavia, ele se tornaria a religião oficial que abençoaria as empreitadas coloniais da Europa, especificamente Portugal e Espanha, que para alcançar seus intentos mercantis utilizavam-se do genocídio e da escravidão¹⁰.

Nesse diapasão, a formação do Estado brasileiro foi marcada pela forte relação com a Igreja, especificamente a Religião Católica Apostólica Romana, cujo credo foi imposto no período colonial.

A Constituição de 1824 foi a primeira Carta Constitucional de caráter confessional, pois estabelecia o catolicismo como religião oficial do Império. Quanto às demais religiões, a permissão se limitava a cultos domésticos ou em local particular, sem, contudo, poder ter a aparência externa de templo, como pode ser observado na transcrição normativa da época: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.”¹¹

A partir da égide da Constituição de 1891¹², houve o rompimento absoluto da aliança existente entre o Estado e a Igreja. Inaugurou-se o princípio da laicidade, origem do Estado Laico brasileiro, que além de extinguir qualquer laço existente com a Igreja, objetivava, também, impedir embaraços à liberdade de religião e de culto. Tal princípio visava garantir a tolerância a diferentes religiões, ao menos do ponto de vista formal, o que se estende até os dias de hoje.

A laicidade, no entanto, não significa que o Estado não deve acolher a religiosidade. Em suas diversas formas de manifestações, o desenvolvimento da religiosidade pelo ser humano pode contribuir com o próprio Estado na construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

Nessa linha de pensamento, a religiosidade, independente de vinculação à determinada religião, quando bem praticada, pode propiciar a sensação de bem-estar e de tranquilidade nos indivíduos, tornando-os pessoas mais tolerantes e hábeis a transcenderem os conflitos cotidianos da vida em sociedade.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹² Id. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.



Urge ressaltar, portanto, que a laicidade não significa existência de um Estado ateu, tampouco de inimizade com a fé. Pelo contrário, o Estado laico deve ter como norte o respeito à liberdade a todas as religiões, bem como a coexistência pacífica e harmônica entre elas. A respeito disso, cabe a transcrição do Preâmbulo da CRFB/88¹³, cujo texto clama a proteção de Deus:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

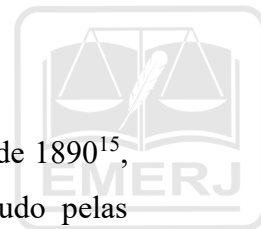
Apesar disso, com o passar dos anos, se o Estado Laico e a liberdade religiosa foram marcas das últimas constituintes, paradoxalmente, o preconceito se enraizou na própria sociedade, que, num fenômeno social de desculturação, passou a atribuir uma conotação pejorativa aos seguimentos religiosos de matriz afro-brasileira. A discriminação evoluiu para os atos de intolerância religiosa, de forma que os adeptos dessas religiões vêm sofrendo grandes dificuldades para o exercício da fé de seus credos, o que será abordado no próximo capítulo.

2. A EVOLUÇÃO DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: ATAQUES PRATICADOS POR IGREJAS NEOPENTECOSTAIS CONTRA AS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

Este capítulo busca analisar os atos de intolerância religiosa praticados por membros de religiões evangelistas contra as religiões de matriz afro-brasileira. Especificamente, objetiva identificar se há uma relação/evolução entre o atual cenário de violência, caracterizado por invasões e depredações a templos, com o início da ascensão de religiões neopentecostais, quando, seus líderes passaram a promover ataques a outros seguimentos religiosos em suas pregações em cultos presenciais e em rede aberta de TV, a partir do uso de associações, em especial da Umbanda e do Candomblé, a demônios e a todo tipo de mal.

A tradição de matriz africana sempre foi perseguida no Brasil, numa visão geral, desde a época da colonização. A truculência que já foi feita pela própria polícia durante muitos anos,

¹³ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2017



com fundamento em leis ultrapassadas¹⁴, como aquelas definidas no Código Penal de 1890¹⁵, nos dias de hoje é praticada por setores privados da própria sociedade, sobretudo pelas denominações neopentecostais.

O surgimento do seguimento religioso evangelista neopentecostal deu-se a partir da década de 70¹⁶. Pode-se dizer que um de seus pilares de sua doutrinação é a afirmação de que é preciso eliminar o demônio do mundo e que as outras religiões não têm essa virtude, servindo, elas, inclusive, de palco para manifestações demoníacas, por intermédio de entidades que se apresentam no Espiritismo, Umbanda e Candomblé¹⁷.

Importante para a compreensão do objeto de pesquisa deste trabalho é saber os elementos diferenciadores desse seguimento religioso denominado neopentecostal, que se diferencia do pentecostalismo, até então, existente. A partir dessa análise, pode-se diagnosticar se a forma de atuação dessas igrejas, encabeçada pela Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), pode ter contribuído para a formação de um conflito com outras religiões, capaz de evoluir e desencadear no atual cenário, no qual diversas populações estão sendo cerceadas de professar religiões, sobretudo de matriz afro-brasileiras.

Nessa toada, segundo Da Silva¹⁸ o Neopentecostalismo tem como características marcantes:

abandono (ou abrandamento) do ascetismo, valorização do pragmatismo, utilização de gestão empresarial na condução dos templos, ênfase na teologia da prosperidade, utilização da mídia para o trabalho de proselitismo em massa e de propaganda religiosa (por isso chamadas de "igrejas eletrônicas") e centralidade da teologia da batalha espiritual contra as outras denominações religiosas, sobretudo as afro-brasileiras e o espiritismo.

Entre as características supracitadas, originadas desse segmento religioso, do ponto de vista jurídico, as duas últimas merecem destaque: i) a utilização da mídia para converter pessoas à religião; e ii) a deflagração de uma “guerra religiosa” a outras religiões. A partir disso, pode-se refletir se houve por parte de líderes religiosos um abuso do direito à liberdade de expressão; ou, ainda, até que ponto o direito à liberdade de crença de toda uma coletividade

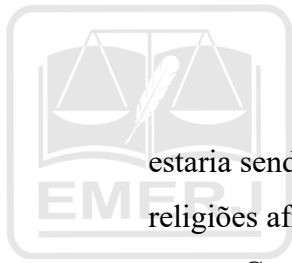
¹⁴ O Código Penal de 1890 definia o espiritismo, entre outras práticas, como conduta criminosa ofensiva à Saúde Pública.

¹⁵ BRASIL. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1.890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹⁶ DA SILVA, Vagner Gonçalves. *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras*: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132007000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 abr. 2018.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.



estaria sendo lesado ao ser veiculado abertamente ataques de todos os tipos ao sagrado das religiões afro-brasileiras.

Como se sabe, o direito à liberdade de pensamento, consciência e crença, tem previsão na Carta Republicana de 1988¹⁹, no artigo 5º, IV, VI e VIII. São direitos fundamentais de primeira geração, pois ligados ao ideal de liberdade. Contudo, pode-se afirmar que nenhum direito constitucional é absoluto, na medida em que sempre podem ser relativizados. Em primeiro lugar, se fossem absolutos, poderiam entrar em conflito entre si; e, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para prática de ilícito²⁰.

De acordo com o ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco²¹: “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.”

Nesse diapasão, o exercício de direitos e garantias, ainda que gozem de *status* constitucional, devem atender à proporcionalidade e à razoabilidade. A utilização sem qualquer medida dos direitos de liberdade de expressão e de religião podem limitar ou mesmo impedir o exercício dos mesmos direitos de quem está na outra ponta, cite-se os espíritas, umbandistas e candomblecistas.

Somado a isso, o uso da mídia pode estar servindo, ao longo das últimas décadas, como instrumento manipulador de massas para promoção de conflitos religiosos. Líderes de igrejas neopentecostais, por meio de acusações verbais e atuações performáticas feitas contra as religiões afro-brasileiras, utilizam-se sempre do recurso da demonização das entidades que se manifestam na Umbanda e no Candomblé²².

A bem da verdade, não há por parte desses segmentos religiosos uma negativa da existência das entidades afro-brasileiras²³, mas, sim, uma mudança de significado, capaz de distorcer as suas origens históricas e culturais.

Durante os rituais celebrados nos templos, sobretudo nos momentos fortes da possessão, é que se chega ao auge dos cultos, com demonstração de força e poder dos líderes

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁰ CAVALCANTE FIHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 9 abr. 2018.

²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo; Saraiva, 2007, p. 230-231.

²² ORO, Ari Pedro. *Neopentecostais e afro-brasileiros: Quem vencerá esta guerra?* Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/debatesdoner/article/viewFile/2686/1502> >. Acesso em: 8 abr. 2018.

²³ Ibid.



religiosos, diante da multidão que assiste as cenas de dramatização da diabolização, quando os demônios se "manifestam" em forma de entidades afro-brasileiras e são expulsos mediante o exorcismo²⁴.

A partir de meados de 2017, tem chamado a atenção da sociedade a divulgação de ataques a templos de religiões de matriz afro-brasileiras na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Alguns dos ataques foram filmados e disponibilizados na internet²⁵. As cenas mostram não só a destruição do ambiente sagrado, mas também a ridicularização, feita por bandidos que, por meio da coação, obrigam os próprios adeptos a destruírem seus objetos de fé, como o caso que teria ocorrido na Ilha do Governador, em que um homem, que aparece vestido com camisa estampada com o rosto de Jesus Cristo, foi obrigado a quebrar todo o local religioso, sob ameaça, de morte, inclusive²⁶

Desde a criação do Disque 100²⁷, os registros de denúncias aumentam, consideravelmente, a cada ano²⁸. A Secretaria de Direitos Humanos divulgou os números de reclamação, que em 2011, ano de criação do canal, registrou 15 atendimentos; em 2016, o número subiu vertiginosamente para 759 registros.

No ano de 2017, só no Estado do Rio de Janeiro, dados da Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Políticas para Mulheres e Idosos (SEDHMI) indicam que o número chegou a 800 reclamações, o que dá uma média de dois casos de registros de intolerância por dia.²⁹ A Baixada Fluminense é o local onde estão situados a maior parte dos terreiros de candomblé e umbanda e, também, é onde mais acontecem os registros de violência, que se dão por meio de discriminação, depredação, difamação e invasão do locais religiosos.

Apesar do crescimento alarmante dos registros de atos de intolerância nos órgãos de proteção aos Direitos Humanos, pode-se considerar, ainda, que esses números seriam mais preocupantes, pois muitas vítimas, por medo de represálias, podem estar se omitindo, não

²⁴ Ibid.

²⁵ RJTV. *Polícia do RJ investiga ataques a terreiros de umbanda e candomblé*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-do-rj-investiga-ataques-a-terreiros-de-umbanda-e-candomble.ghtml>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

²⁶ REPÓTER RIO. *Policiais da Ilha do Governador investigam caso de intolerância religiosa*. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-rio/2017/09/policiais-da-ilha-do-governador-investigam-caso-de-intolerancia-religiosa>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

²⁷ Disque 100 é um canal de atendimento da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos a quem sofre atos de intolerância religiosa, bem como ofensas a outros direitos humanos.

²⁸ SEDHMI. *Ministério dos Direitos Humanos divulga balanço do Disque 100 nesta terça (11)*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

²⁹ ABREU, Ricardo; RAMALHO, Guilherme. *RJ registrou 800 atendimentos de intolerância religiosa em 2017, de acordo com Secretaria Estadual dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/rj-registra-800-atendimentos-de-intolerancia-religiosa-em-2017.ghtml>>. Acesso em: 7 abr. 2018.



notificando às autoridades os casos de violência que impedem o exercício da fé dessas religiões.

Dados fornecidos pela SDEHMI³⁰ apontam que falsos religiosos estão incentivando traficantes a cometerem atos de violência nos terreiros de umbanda e de candomblé, o que demonstra um problema muito mais sério do que os casos mais convencionais de intolerância religiosa.

A gravidade do problema se mostra ainda maior do que nos casos de intolerância religiosa até então noticiados, haja vista que não se trata, apenas, de fanáticos religiosos e atos isolados, mas, sim, de um novo patamar de violência por envolver o crime organizado, em possível associação de determinadas organizações religiosas ao tráfico de drogas.

Encutindo o medo em moradores de comunidades e bairros em diversos municípios do Estado do Rio, com a autoridade de quem age em nome de Jesus Cristo, em sobreposição a crença de outras religiões, como a Umbanda e o Candomblé, esses marginais invadem os templos, sem o intuito de praticar crimes patrimoniais, como o furto e o roubo, pois, apenas, destroem objetos sagrados da religião com a finalidade de aterrorizar e transmitir o “recado”.

Cenas divulgadas em redes sociais, mostram bandidos ameaçando religiosos e obrigando-os a destruírem, imagens e os próprios altares de seus terreiros³¹.

Mas o que estaria por trás desse pacto entre traficantes e membros de religiões neopentecostais. Seria só a vontade de fazer prevalecer o seu credo religioso, a todo custo, ou a sociedade estaria diante de uma empreitada criminosa ainda mais engenhosa, com fins que vão além do fundamentalismo religioso?

Especulações a parte, fato que pode ser observado é a evolução na forma pela qual a intolerância religiosa vem sendo praticada contra as religiões afro-brasileiras e seus adeptos. Se antes os ataques, na maior parte das vezes, se limitavam as pregações de líderes religiosos em cultos nos templos e na TV; agora, o que se tem noticiado é que cada vez mais a liberdade de religião está sendo subtraída de uma parcela da sociedade, o que representa um retrocesso social, já que um direito fundamental, conquistado nos ideais revolucionários está pouco a pouco sendo tolhido.

³⁰ JB. *Secretaria mapeia a participação de traficantes em ataques a terreiros do RJ*. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2017/10/10/secretaria-mapeia-participacao-de-trafficantes-em-ataques-a-terreiros-no-rj>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

³¹ REC Notícias. *Traficantes obrigam mãe de santo a destruir terreiro em Nova Iguaçu, no RJ*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MvvZUIK7EZI>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

3. ESTRUTURA NORMATIVA PROTETIVA DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA: NECESSIDADE DE INCLUSÃO DOS SEGUIMENTOS RELIGIOSOS AFRO-BRASILEIROS NO CONCEITO DE RELIGIÃO

O direito à liberdade de crença, dada a sua importância para a formação de um modelo de Estado Democrático de Direito, encontra amparo em nosso ordenamento jurídico tanto no texto da Carta Magna quanto na legislação infraconstitucional. Entretanto, é de suma importância que o Estado, por meio de seus órgãos, atue a fim de dar o tratamento adequado e eficaz aos casos de intolerância religiosa, sob pena de impunidade e fomento aos ataques contra os diversos seguimentos religiosos existentes na sociedade.

O direito fundamental à liberdade religiosa está disposto nos artigos 5º, VI, e 19, I, da da CRFB/88³², *in verbis*:

Art. 5º 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:

[...]

VI - e 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 a suas liturgias. [...]

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, 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.

Nesse contexto, pode-se traçar três aspectos inerentes ao direito à liberdade religiosa consagrados no texto da Carta Republicana, que conforme ensina José Afonso da Silva³³: “(...) Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) a liberdade de organização religiosa”.

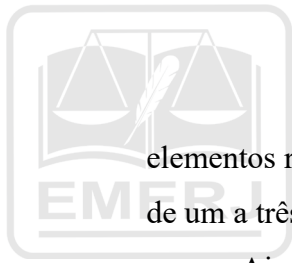
A normatização infraconstitucional aborda o tema não só na codificação penal vigente, bem como em legislação extravagante. Nessa ordem, o artigo 140, § 3º, do Código Penal vigente³⁴, no aspecto subjetivo de crime contra honra, prevê uma modalidade do tipo penal de injúria, na forma qualificada, que é conhecida como injúria preconceituosa³⁵, praticada com

³² BRASIL, op. cit., nota 13.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.250.

³⁴ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

³⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 370.



elementos referentes a raça, cor, etnia e, também, religião, entre outros, com pena de reclusão de um a três anos.

Ainda no Código Penal³⁶, em seu artigo 208, está previsto o crime denominado ultraje a culto ou perturbação de ato a ele relativo, que visa à proteção do bem jurídico “sentimento religioso”, que consiste em: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. A punição é mais branda, pois prevê, apenas, pena de detenção de um mês a uma ano, ou multa.

Em um contexto mais amplo, de proteção a uma coletividade de indivíduos, a Lei 7.716/89³⁷, define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. O artigo 20 do referido diploma legal prevê pena de reclusão de dois a cinco ano para a conduta de: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional”.

Cite-se, ainda, a Lei 9.455/97³⁸, regramento legal que define os crimes de tortura: “Artigo 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: (...) c) em razão de discriminação racial ou religiosa (...). Pena - reclusão de 2 a 8 anos”.

Desse modo, é importante ressaltar que a legislação pertinente não traz a tipificação do crime de intolerância religiosa de maneira específica. Fato que pode contribuir para impunidade são os casos, já noticiados nesta pesquisa, de ofensas, danos e ataques a templos que, a depender da autoridade policial que registre a ocorrência, em sede de delegacia, podem ser classificados como crime de dano ou de injúria simples, considerados como infrações penais de menor potencial ofensivo, que se sujeitam às medidas despenalizadoras³⁹ da Lei 9.099/95⁴⁰.

A forma como o Judiciário enfrenta a questão é fundamental para combater os atos de violência contra as religiões afro-brasileiras. A depender do caso, o órgão judicante pode contribuir para desvalorização do direito fundamental à liberdade religiosa. Importante é que

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁷Id. Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

³⁸Id. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 6 ago. 2018.

³⁹As medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95 são três: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, aplicáveis aos crimes cuja pena máxima seja de até dois anos.

⁴⁰Id. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 23 mai. 2018.



exegese tenha a sensibilidade para discernir o limite entre o direito à liberdade de expressão e a ofensas que denigrem o sagrado de outras entidades religiosas.

É válido mencionar que a existência de um texto sagrado escrito pode ser determinante para o reconhecimento como religião ou como seita⁴¹ e, partir desse conceito, ser conferido, ou não, por exemplo, a garantia constitucional de imunidade de impostos, prevista no artigo 150, VI, b da CRFB/88⁴², ou até mesmo a tipificação penal dos delitos supramencionados. A bem da verdade, a Constituição ao garantir o direito à liberdade de crença não faz qualquer exigência de código escrito.

Vale lembrar que no ano de 2014 o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou demanda, que pedia a retirada do YouTube de vídeos de cultos evangélicos tidos como intolerantes e preconceituosos contra candomblé e umbanda, entre outras práticas religiosas afro-brasileiras. No entanto, o Juiz da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro decidiu que tais crenças não devem ser consideradas religiões, ao fundamento de que “ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc.) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado”.⁴³ O Juiz à época voltou atrás, apenas, na parte argumentativa de sua decisão, após a repercussão social negativa do caso, mantendo, todavia, o indeferimento do pedido liminar ao fundamento de que as postagens dos vídeos estavam amparadas no direito à liberdade de expressão.

Recentemente, em outra manifestação do Judiciário sobre o mesmo tema, desta vez mais protetiva ao direito fundamental à liberdade religiosa, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) manteve, por unanimidade, a sentença que concedeu o direito de resposta às religiões afro-brasileiras solicitado em ação civil pública pelo Ministério Público Federal (MPF), pelo Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira (ITECAB) e pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e da Desigualdade (CEERT) em face da Rede Record de televisão e Rede Mulher de Televisão.⁴⁴

A causa de pedir da referida demanda foi no sentido de que as religiões afro-brasileiras vêm sofrendo constantes agressões em programas veiculados por essas emissoras, por meio da

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2008, p. 417.

⁴² BRASIL. Op. cit., nota 28.

⁴³ PINTO, Marcelo. *Juiz recua em manifestações sobre religiões africanas, mas mantém decisão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/juiz-recua-manifestacoes-religioes-africanas-mantem-decisao>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. *Rede Record e Rede Mulher deverão conceder direito de resposta a religiões afro-brasileiras*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/366820>>. Acesso em: 29 mai. 2018.



demonização desses segmentos religiosos. Os autores citaram ofensas proferidas no programa “Mistérios”, no quadro “Sessão de descarrego” e ainda na obra “Orixás, Caboclos e Guias, Deuses ou Demônios”.

Desse modo, ainda que tímida a mudança no cenário, é possível notar que o Judiciário começa a vislumbrar o problema sobre um prisma mais humanitário, o que de fato se espera. Enquanto o ideal de um Estado Democrático de Direito, efetivamente mais isonômico e igualitário, não se estabeleça por meio de uma reeducação dos valores sociais, necessário é a atuação judicante nas demandas que envolvam o direito fundamental à liberdade de crença das religiões de matriz afro-brasileira,

O desconhecimento e a desculturação das origens do povo brasileiro contribui para que os seguimentos religiosos afro-brasileiros sejam tidos como manifestações inferiores de religiosidade. É de extrema urgência que haja a ampliação da proteção das garantias constitucionais e dos instrumentos legais de repressão à discriminação e, paralelamente, haja conscientização e reeducação da sociedade sobre a importância dessas religiões na formação da identidade cultural da própria nação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a problemática social da intolerância aos seguimentos religiosos de matriz afro-brasileira. Visando dar relevo a importância das raízes brasileiras e da harmonia entre as diferentes religiões cultuadas no Brasil. Consignou-se que identidade cultural brasileira, marcada pelo multiculturalismo, é fruto da diversidade de povos e etnias que habitaram o território brasileiro durante a colonização portuguesa.

A partir da premissa da existência dessa miscigenação, foi, logicamente, natural a existência de diferentes manifestações de credos em todo território nacional, malgrado a forte influência da Igreja Católica no período colonial.

Apesar de a liberdade de Religião estar prevista nos artigos 5º, VI, e 19, I, da CRFB/88, a efetivação dessa garantia constitucional aos praticantes de religiões de matriz afro-brasileira encontra muitas barreiras, ainda nos dias de hoje.

Se historicamente a discriminação à cultura afro-brasileira teve origem no próprio Estado, hoje, uma das manifestações do preconceito se exterioriza por meio de uma “disputa pelo mercado da fé” deflagrada por líderes religiosos de igrejas evangélicas neopentecostais.

O direito à liberdade de expressão e à liberdade de religião tem previsão constitucional. Contudo, a utilização desmedida dessas liberdades pode ser capaz de tolher o



exercício dos mesmos direitos de quem está na outra ponta, que na maior parte dos casos são os praticantes de religiões como a umbanda e o candomblé.

Necessário, assim, que se efetive o direito à liberdade constitucional de crença a essas vertentes religiosas, começando pela conscientização dos diversos setores da sociedade. Repise-se que as religiões de matriz afro-brasileiras não são manifestações inferiores de religiosidade, apesar de não terem um texto sagrado escrito, pois a oralidade na transmissão de costumes e valores sagrados, foi e ainda é tradição nesses seguimentos religiosos.

Por todo exposto, urge que o poder público, sobretudo por meio do Judiciário, responda à altura os casos de intolerância religiosa, ora mencionados, seja em forma de indenização justa e no dever de retratação no âmbito cível, seja na tipificação adequada na esfera penal.

RERERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LUZ, Marco Aurélio. *Do Tronco ao Opa Exim: Memória e Dinâmica da Tradição Afro-Brasileira*. Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

MATTOS, Regiane Augusto de. *História e cultura afro-brasileira*. São Paulo: Contexto, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.



_____. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1.890.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 6 ago. 2018.

ABREU, Ricardo; RAMALHO, Guilherme. *RJ registrou 800 atendimentos de intolerância religiosa em 2017, de acordo com Secretaria Estadual dos Direitos Humanos.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/rj-registra-800-atendimentos-de-intolerancia-religiosa-em-2017.ghml>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2018.

DA SILVA, Vagner Gonçalves. *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo.* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132007000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 abr. 2018.

FERNANDES, Cláudio. *Origem do Samba.* Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/curiosidades/origem-samba.htm>>. Acesso em: 22 set. 2017.

JB. *Secretaria mapeia a participação de traficantes em ataques a terreiros do RJ.* Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2017/10/10/secretaria-mapeia-participacao-de-trafficantes-em-ataques-a-terreiros-no-rj>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

LCC Publicações Eletrônicas. *O Brasil nos quadros do sistema colonial mercantilista.* Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/brasil_colonia.htm> Acesso em: 23 mai. 2018.

NEOPENTECOSTALISMO. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Neopentecostalismo>>. Acesso em: 8 abr. 2018

ORO, Ari Pedro. *Neopentecostais e afro-brasileiros: Quem vencerá esta guerra?* Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/debatesdoner/article/viewFile/2686/1502> >. Acesso em: 8 abr. 2018.

REC Notícias. *Traficantes obrigam mãe de santo a destruir terreiro em Nova Iguaçu, no RJ.* Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MvvZUIK7EZI>>. Acesso em: 08 de abr. de 2018.



RJTV. *Polícia do RJ investiga ataques a terreiros de umbanda e candomblé*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-do-rj-investiga-ataques-a-terreiros-de-umbanda-e-candomble.ghtml>> Acesso em: 7 abr. 2018.

REPÓTER RIO. *Policiais da Ilha do Governador investigam caso de intolerância religiosa*. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-rio/2017/09/policiais-da-ilha-do-governador-investigam-caso-de-intolerancia-religiosa>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SEDHMI. *Ministério dos Direitos Humanos divulga balanço do Disque 100 nesta terça (11)*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

PINTO, Marcelo. *Juiz recua em manifestações sobre religiões africanas, mas mantém decisão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/juiz-recua-manifestacoes-religioes-africanas-mantem-decisao>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

TRF – 3ª Região. *Rede Record e Rede Mulher deverão conceder direito de resposta a religiões afro-brasileiras* Disponível em:<<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/366820>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

TRIBUNA DO ADVOGADO, Rio de Janeiro, ano LXIV, n. 571, outubro 2017.



A MERCANTILIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: UM OLHAR SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Carolina Patrocínio Teixeira Vaz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

Resumo – com a crise do sistema carcerário nacional as ideias de privatização dos presídios começaram a se proliferar como se fosse a solução para todos os males. Com o passar do tempo tal ideia angaria cada vez mais entusiastas. A essência do trabalho é defender a tese da inconstitucionalidade da privatização de presídios ao analisar o instituto do poder de punir, a violação de direitos fundamentais caso ocorresse à privatização das prisões e estudar como a teoria da redução de danos da execução impendem que esse projeto de privatização prossiga.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Inconstitucionalidade da Privatização de Presídios. Violação de direito fundamental. Poder de Punir.

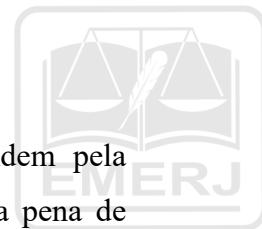
Sumário - Introdução. 1. Parceria público-privada x Poder de Polícia: análise de conceitos e compatibilidade entre institutos. 2. Privatização de presídios: flagrante violação a princípios constitucionais. 3. A interferência do mercado na “finalidade” da pena privativa de liberdade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a constitucionalidade da delegação da execução da pena de prisão para iniciativa privada. Procura-se demonstrar que tais contratos estão eivados de inconstitucionalidade, uma vez que esbarram em limites constitucionais, como por exemplo, o direito do apenado de ser punido pelo Estado.

Para isso, abordam-se conceitos e posições doutrinárias com o objetivo de possibilitar o debate acerca dos efeitos jurídicos e sociais da privatização do sistema penitenciário em nosso país.

A Constituição Federal prevê como fundamento do Estado Democrático de Direito a soberania e a dignidade da pessoa humana. Com o advento da criação de uma nova “área de negócios”, qual seja a privatização da administração e execução da pena de prisão, a lógica empresarial se estende e atinge funções privativas do Estado – o poder sobre o monopólio da coerção – além de transformar o preso em uma mercadoria.



O tema é controvertido, pois existem posições doutrinárias que entendem pela constitucionalidade dos contratos que delegam a iniciativa privada a execução da pena de prisão, assim como, há quem entenda pela inconstitucionalidade.

Para melhor compreensão do tema busca-se apresentar a natureza jurídica de tais contratos administrativos e analisar se a delegação da execução da pena de prisão viola o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, a soberania estatal. Pretende-se, ainda, demonstrar que a função da pena pode sofrer influências mercantis e puramente econômicas ao se permitir que a lógica empresarial se imiscua em funções estatais.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando a natureza jurídica dos contratos administrativos de privatização da administração e execução da pena de prisão.

No segundo capítulo, buscar demonstrar a inconstitucionalidade de tais contratos ao se debruçar sobre os princípios constitucionais afetados caso a privatização se torne regra em nosso país.

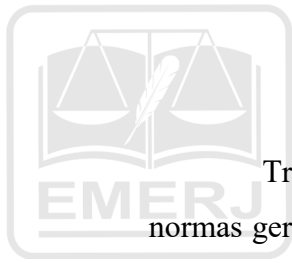
No terceiro capítulo, pondera-se sobre a influência que o mercado e a busca do lucro teriam sobre o sistema penitenciário brasileiro e sobre a função da pena de prisão, podendo o preso se tornar apenas uma mercadoria na lógica empresarial.

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

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

1. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA X PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE DE CONCEITOS E COMPATIBILIDADE ENTRE INSTITUTOS

Com a crise atual do sistema penitenciário brasileiro, a ideia de adotar prisões privadas no Brasil cresce a cada dia.



Tramita no Senado o Projeto de Lei nº 513/2011¹ que tem por objetivo estabelecer normas gerais para contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais.

Para que se analisem aspectos desse projeto de lei, se faz importante nos debruçar sobre o conceito de parceria público-privada (PPP) e do conceito de poder de polícia/poder de punir.

A Lei nº 11.079/2004² instituiu normas gerais sobre licitação e o que denominou de contratação de parceria público-privada no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A PPP nada mais é do que um contrato administrativo de concessão especial e, segundo Carvalho Filho³, pode ser conceituada como:

acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Porém, quando se analisa a contratação da iniciativa privada para que, não apenas construa, mas também administre estabelecimentos prisionais, a análise da possibilidade de concessão do poder de polícia a parceiros do setor privado é fundamental.

A expressão poder polícia pode ser interpretado de forma ampla ou estritamente. Ao pensarmos em um sentido amplo significa toda e qualquer ação do Estado em relação aos direitos individuais.

Já se analisarmos o poder de polícia em sentido estrito o entenderemos como atividade administrativa, que é considerada verdadeira prerrogativa dada aos agentes da Administração, que consiste no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.

De acordo com Marcelo Caetano⁴ o conceito do poder de polícia nada mais é que:

O modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por

¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 17 out. 2017.

² BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 453.

⁴ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpressão portuguesa. São Paulo: Almedina, 2010, p. 339.

objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

O artigo 78, do Código Tributário Nacional⁵ (Lei nº 5.172/1996) dispõe *in verbis* que:

considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade aos direitos individuais ou coletivos.

Com a apresentação breve dos conceitos, podemos concluir que o poder de polícia nada mais é que um poder inerente que a administração pública possui a fim de fazer prevalecer o interesse público sobre o interesse privado, quando esse interesse puder gerar algum dano a coletividade.

Carvalho Filho⁶ entende que é possível a delegação do poder de polícia para as entidades de Direito Público da Administração Indireta, desde que alguns requisitos sejam observados, sendo eles: possuir previsão legal; ser pessoa que integre a administração pública indireta e esta delegação ser referente às fases do consentimento e da fiscalização, pois na fase de ordem e sanção a delegação não será possível.

No entanto, quando analisa-se o contrato de PPP referente à concessão à iniciativa privada da administração de presídios, extrai-se que o poder de punir (espécie de poder de polícia) que seria delegado ao setor privado seria exatamente o referente ao poder de ordem e sanção.

Não se trata aqui apenas das fases de consentimento e de fiscalização, mas sim, fases de execução da pena privativa de liberdade, pois haverá a transferência do poder punitivo e disciplinar para uma empresa privada que irá administrar os aspectos de execução da pena.

O poder de polícia, também pensado como o poder de punir, não pode ser transferido ou delegado, pois com ensina Armida Bergamini Miotto⁷, ele é:

⁵ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Poder de Polícia. In: _____. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 77-99.

⁷ MIOTTO apud ROMANO, Rogério Tadeu. *A execução penal é tarefa indelegável do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54955/a-execucao-penal-e-tarefa-indelegavel-do-estado>>. Acesso em: 17 out. 2017.



(...) um direito subjetivo público, estatal. Como todo direito subjetivo público, não é simples facultas agendi (como é o direito subjetivo privado), mas potestas agendi, poder de agir. Desdobra-se ele em três fases: a da cominação da pena, a da aplicação e a da execução. A cominação é feita pelo Poder Legislativo, na elaboração de leis (promulgadas pelo Executivo), constando, pois, de lei, para cada tipo de crime: a aplicação é feita pelo Poder Judiciário (juiz tribunal), na sentença condenatória, segundo cada caso concreto; a execução é feita, tendo em vista a pena aplicada na sentença, formalmente pelo Poder Executivo (Administração Penitenciária). Nesse desdobramento em três fases sucessivas, o exercício do direito de punir compete a adequados órgãos dos três poderes do Estado. Em nenhuma das três fases pode o direito de punir ser transferido ou delegado a pessoas ou entidade privadas, nem a órgãos paraestatais, autarquias etc. essa exclusividade da titularidade do direito de punir pelo Estado é uma conquista da civilização, em favor da garantia dos direitos pessoais da tranquilidade e segurança pessoais e sociais, e da justiça da punição (...)

Minhoto⁸, em seu livro *Privatização de Presídios e Criminalidade*, esclarece que seria intrasferível o direito de privar um cidadão da liberdade, e de entregar a coerção, que o acompanha, pois isto constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro do sentido moderno de coisa pública.

Diante do exposto, conclui-se que o Projeto de Lei nº 513/11⁹ já nasce com vícios de constitucionalidade, uma vez que a análise do conceito do poder de punir já demonstra a impossibilidade de transferência à iniciativa privada através do contrato de concessão, pois o Estado detém titularidade exclusiva de tal poder e como dito acima, ele é um dos fundamentos da própria razão de ser Estatal.

2. PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: FLAGRANTE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da legalidade (art. 5º, II, Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰) é fundamento base em um Estado de Direito, pois garante ao indivíduo que o Estado só poderá exigir dele um comportamento ou uma abstenção que esteja previamente prevista em lei.

⁸ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade*: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo, Max Limonad, 2000, p.87.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.



O art. 37, caput, CRFB¹¹, é uma decorrência lógica do princípio da legalidade e consiste na obrigatoriedade da lei como regente e delimitadora da atuação da Administração Pública na consecução dos interesses da coletividade.

A GPA – Penitenciária Público-Privada, localizada em Ribeirão das Neves, Minas Gerais, é a primeira penitenciária anunciada como “modelo inédito de parceria público-privada” e é considerada o primeiro presídio construído e administrado inteiramente pela iniciativa privada no Brasil.

Esse modelo fere de forma flagrante o princípio da legalidade, uma vez que não existe lei prevendo a possibilidade de transferir a tutela do preso a iniciativa privada.

A Lei nº 11.079/2004¹² tem como objetivo instituir as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública e em seu art. 4º trata das diretrizes a serem observadas no momento da contratação da parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Especificamente no inciso III, do art. 4º da Lei nº 11.079/2004¹³, pode-se observar a vedação de delegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

A ideia de privatização de presídios é rechaçada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na Resolução nº 08/2002¹⁴, corroborando com o entendimento de que a execução penal é tarefa privativa do Estado.

Nessa resolução¹⁵ recomenda-se que as propostas tendentes a privatização do Sistema Penitenciário Brasileiros sejam rejeitadas, em específico em seu art. 2º, parágrafo único:

Parágrafo único: Os serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos os relativos à assistência jurídica; médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

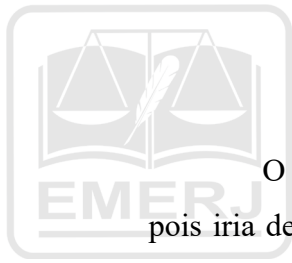
¹¹ Idem, op. cit, nota 10.

¹² Idem, op. cit, nota 2.

¹³ Idem, op. cit, nota 3.

¹⁴ BRASIL, Resolução n.º 08, de 09 de Dezembro de 2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018

¹⁵ Idem, op. cit, nota 14.



O projeto de privatizar presídios também pode ser considerado anticonvencional, pois iria de encontro com o previsto nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos¹⁶, assinado em Genebra no ano de 1955, da qual o Brasil é signatário.

No item 46, inciso 3, das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos¹⁷ se extrai que a execução penal é função típica do Estado, devendo o pessoal penitenciário desempenhar função de funcionário público, vejamos:

3) Para a realização daqueles fins, os membros do pessoal devem desempenhar funções a tempo inteiro na qualidade de funcionários penitenciários profissionais, devem ter o estatuto de funcionários do Estado e ser-lhes garantida, por conseguinte, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física(...).

O Projeto de Lei nº 513/2011¹⁸ e a ideia de privatização, transformando os presos em mercadoria, também viola o princípios do *numerus clausus* (número fechado) que preconiza o controle e redução da população carcerária, rebatendo veementemente a construção e a ampliação de novas penitenciárias.

Rodrigo Roig¹⁹ define *numerus clausus* (número fechado ou capacidade prisional taxativa) como:

o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.

Thomas Mathiensen²⁰ por meio de um ensaio apresenta dez razões para não se construir mais cárceres e dentre uma das razões se encontra que “novos cárceres rompem com valores básicos da dignidade, com o respeito e os direitos humanos a que todos os indivíduos de nossa sociedade deveriam ter acesso”.

O princípio do *numerus clausus* pode ser extraído dos elementos bases do nosso Estado Democrático, Republicano e de Direito, como o fundamento da dignidade da pessoa

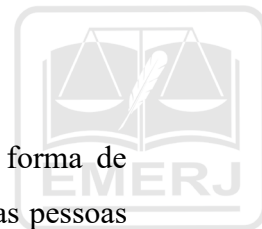
¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Idem*, op. cit., nota 1.

¹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 98.

²⁰ MATHIENSEN apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100.



humana (art. 1º, III, CRFB)²¹ a promoção do bem estar de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, CRFB)²², o dever de tutelar integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, CRFB)²³.

Esse princípio afirma as bases de um Estado Democrático de Direito e segundo Nilo Batista²⁴ a sua observância faria deslocar os investimentos estatais da infecunda construção de mais e mais presídios para programas de controle e auxílio aos egressos (clínica de vulnerabilidade).

Dessa forma, observa-se que qualquer projeto de lei que tenha por objetivo transferir ao particular o poder de punir do Estado, assim como, incentivar e financiar a construção de mais e mais presídios vai de encontro com os princípios constitucionais acima expostos.

3. A INTERFERÊNCIA DO MERCADO NA “FINALIDADE” DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A sociedade contemporânea infelizmente ainda prescinde da pena privativa de liberdade, sendo assim o operador do direito ainda precisa lidar com ela, porém sem deixar de buscar maneiras mais racionais, humanas e efetivas para enfrentar o fenômeno criminal.

Existe diversas teorias que tentam explicar/legitimar a função/finalidade da pena de prisão. Tais teorias podem ser separadas basicamente em três grupos: as teorias absolutistas, as teorias utilitaristas (relativas ou preventivas), e as teorias mistas (que misturam e tentam conciliar a ideia das teorias absolutistas e preventivas).

A teoria absolutista entende a pena como um fim em si mesmo, ela existe para que a “justiça seja feita”, não existindo assim qualquer outro objetivo para a pena.

Eduardo Viana²⁵ discorre de forma clara sobre a teoria absoluta, também chamada de teoria da retribuição, explicando que:

a função da pena, portanto é de simples retribuição, equilíbrio e expiação da culpabilidade do autor do fato. Daí porque se fala aqui de uma teoria absoluta da pena: conforme afirmação corrente, ela [a pena] independe e desvincula-se de

²¹ Idem, op. cit, nota 10.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ BASTISTA apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁵ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 299.



qualquer fim último, seja como reparação ou retribuição. Por poucas palavras, e assentada na lógica da autojustificação, a pena baste em si. É o pagamento pelo mal que o crime causou.

Já a teoria relativa²⁶ entende a pena a partir da utilidade que ela pode, em tese, alcançar, como por exemplo, que se evite a prática de novos delitos, ou seja, a pena é legitimada a partir da busca por determinado fim.

As teorias prevencionistas²⁷ se desdobram em prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa.

A prevenção geral tem como destinatário toda sociedade, produzindo um efeito desencorajador na população através da cominação penal (prevenção geral negativa) e reforça a fidelidade do cidadão ao ordenamento jurídico vigente, à ordem constituída (prevenção geral positiva).

A prevenção especial busca evitar novo cometimento de crimes pelo sujeito, ou seja, tem por finalidade evitar a reincidência por meio da correção do condenado (prevenção especial positiva) ou a neutralização do condenado (prevenção especial negativa).

A base das teorias mistas ou ecléticas, de acordo com Eduardo Viana²⁸:

assenta sobre o mesmo ponto de partida, é dizer: fornecer uma visão totalizadora do problema da finalidade da pena derivada do conceito de proteção da sociedade. Se as teorias antecedentes forneciam um retrato sempre monofocal da pena, as ecléticas, a partir da combinação de finalidades retributivas e preventivas, dinamizam cenário dos porquês da imposição da pena tentando conciliar os pontos antes conflitantes.

As teorias ecléticas podem variar em retributivo-preventiva e preventivo-retributiva.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983)²⁹ se aproximou das finalidades de retribuição e prevenção geral ao instituir no item 13 da Exposição de Motivos que a Lei de Execução Penal³⁰ (Lei nº 7.210/1984) possui duas ordens de finalidades:

a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

²⁶ Ibid, p. 302.

²⁷ Ibidem.

²⁸ VIANA, Eduardo. Criminologia. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 309.

²⁹ BRASIL, *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 24 mar 2018.

³⁰ BRASIL, Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2018.



De acordo com Roig³¹, tais finalidades são inconciliáveis – uma vez que o objetivo é uma “pena justa” e que tem conteúdo de finalidade³² – e tais finalidades não estão alinhadas com uma concepção democrática e republicana.

Ao se observar a finalidade retributiva estamos diante de um Direito Penal desigual e seletivo que contraria o objetivo fundamental da promoção do bem de todos previsto em nossa Carta Constitucional.

A prevenção especial positiva não é constitucionalmente admissível, pois traz consigo o objetivo de regulação moral do condenado e segundo Alessandro Baratta³³:

as ideias de tratamento e ressocialização pressupõem um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positivista que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”.

De forma breve, o que observa é que a Constituição Federal não encampou nenhuma teoria que busque explicar a finalidade da pena, em verdade o constituinte estabeleceu normas constitucionais que limitam o poder punitivo, que buscam conter o poder punitivo.

Nesse sentido, toma força a teoria negativa que não empresta qualquer função positiva a pena privativa de liberdade, mas sim como um ato de poder, que possui apenas uma explicação política.

Segundo Roig³⁴ a teoria negativa entende a pena de prisão como na verdade:

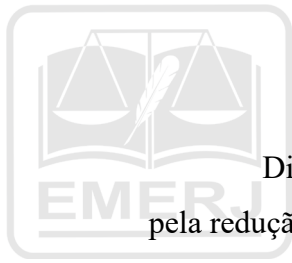
uma coerção que almeja o controle social, impondo privação de direito e dor, sem, no entanto, reparar, restituir ou deter lesões em curso, ou ainda, neutralizar perigos iminentes. Na verdade, a teoria negativa vislumbra a pena (e também sua execução) como um ato de poder – de explicação política – passível de limitação pelo poder dos juristas e pelas próprias agências jurídicas, por intermédio de “cancelas teóricas sucessivas em cada uma das quais o discurso habilita o trânsito de menor poder punitivo e de menor intensidade irracional, ou seja, de maior respeito aos princípios constitucionais limitadores”.

³¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22/23.

³² Ressaltando a insensatez da tentativa de conciliação de tais finalidades, Massimo Pavarini e Bruno Guazzaloca observam que se a pena já atingiu na fase executiva o pretendido fim pedagógico da correção, não haveria sentido protraí-la até o limite imposto pela retribuição e, por outro lado, se o tempo de pena merecida segundo o critério retributivo, na fase executiva, não resultou suficientemente útil a correção para se suspender a pena. PAVARINI, Massimo, GUZZALOCA, Bruno apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

³³ BARATTA apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

³⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 27.



Diante disso, o que se deve buscar é a redução de danos na execução penal, a busca pela redução do sofrimento e da vulnerabilidade de quem se encontra encarcerado.

Nesse sentido, a ideia de privatização de presídios deve ser combatida, uma vez que sua implementação tende a aumentar ainda mais a vulnerabilidade da pessoa em condição de encarceramento.

O Defensor Público Bruno Shimizu ao falar sobre a privatização de presídios no documentário *Quanto mais presos*³⁵, maior o lucro, entende que existe um problema de constitucionalidade grave já que o poder punitivo do Estado não é delegável.

O Estado tem o monopólio da força e da violência não podendo transferir esse poder a iniciativa privada, o sofrimento não pode ser mercantilizado. A partir do momento em que se começa a transformar o poder de polícia do Estado em mercadoria, isso significa o colapso das instituições democráticas.

Outro aspecto a se levar em consideração é a coexistência entre a busca do lucro e o respeito aos direitos fundamentais dos presos ali encarcerados, já que os presos para ali estarem terão que trabalhar, suas faltas serão controladas pela administração privada da penitenciária, inclusive existe o projeto inconstitucional de contratação de assistência jurídica para os presos pela própria empresa que administra o presídio.

José Eduardo Faria, no prefácio do livro *Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo Global*³⁶, indaga “qual o interesse dessas firmas, cujas “fábricas” podem enfrentar problemas de flutuação de mão de obra, em ressocializar os presos que se revelarem excelentes trabalhadores em suas linhas de montagem?”.

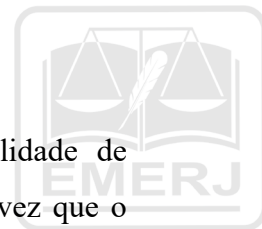
Ainda segundo Faria³⁷ outros países que adotaram a ideia da privatização de presídios não alcançaram os resultados esperados.

Muitos dos estabelecimentos penais geridos pela iniciativa privada converteram-se em depósitos de detentos, reproduzindo em maior escala os conhecidos problemas de agressões a presos, tráfico de drogas e falta de higiene e levando até os próprios porta-vozes do liberalismo globalizado, como a insuspeita revista *The Economist*, a perguntar se não valeria a pena reestatizá-los. Outras não obtiveram a lucratividade esperada, passando a reivindicar incentivos, créditos favorecidos e “complementações” de receita junto ao setor público.

³⁵ REPORTAGEM PÚBLICA, *Quanto mais presos, maior o lucro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZV2yuM6VIFA>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

³⁶ FÁRIA, José Eduardo. Prefácio. In: MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 16.

³⁷ FÁRIA, José Eduardo. Prefácio. In: MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 17.



Mais um aspecto a ser debatido é a inconstitucionalidade da possibilidade de privatização inclusive da assistência jurídica oferecida dentro dos presídios, uma vez que o artigo 134 da Constituição Federal de 1988³⁸ entende ser a Defensoria Pública “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

O artigo 16 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)³⁹ também estabelece que “as unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais”, inclusive o artigo 61 do mesmo diploma legal elege a Defensoria Pública como um dos Órgãos da Execução Penal.

Diante disso, qualquer tentativa de afastar a Defensoria Pública de sua função institucional ou de oferecer serviços concorrentes ao da Defensoria deve ser considerada flagrantemente inconstitucional, além de ser incoerente pensar que funcionários contratados para atuar como assistentes jurídicos dos detentos por uma empresa privada irão agir contra a empresa que os emprega.

Ante ao exposto, é possível observar que a teoria da redução de danos não se coaduna com a ideia de privatização de presídios.

A partir de uma análise simplesmente perfunctória, o objetivo de privatizar presídios traz como consequência o incremento da vulnerabilidade da pessoa presa, mercantiliza o sofrimento do apenado, trazendo o lucro ao centro do debate e afastando a prioridade de respeito aos direitos fundamentais das pessoas que ali se encontram.

Para Pavarini e Giamberardino⁴⁰, “o efeito degradante da pena se determina na ‘coisificação’ do condenado recluso, na sua redução à escravidão, à sujeição, em poucas palavras ao poder de outrem”.

Essa conclusão a que chegaram os nobres autores citados acima seria potencializada ao grau máximo com a privatização dos presídios que traria conseqüentemente a mercantilização do sofrimento do condenado, o transformando em um produto na cadeia capitalista.

³⁸ Idem, op. cit, nota 10.

³⁹ Idem, op. cit, nota 25.

⁴⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29.

O presente trabalho buscou analisar a inconstitucionalidade da privatização dos presídios, já que tal ideia ganha força ante a crise existente no nosso sistema carcerário.

A ideia de privatizar os presídios possui diversos defensores em nosso país, no entanto, no decorrer da pesquisa é possível constatar que ela não encontra amparo constitucional, convencional e nem infralegal.

A partir da análise de princípios, da Constituição, de leis e tratados, essa pesquisadora chega à conclusão que a privatização de presídios vai de encontro ao estabelecido em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o poder de punir pertence ao Estado, não sendo ele passível de qualquer tipo de delegação.

Além da ofensa ao poder de punir do Estado, é possível observar no decorrer da pesquisa que a privatização também acarretaria a mercantilização de corpos e de sofrimento das pessoas que se encontram no sistema carcerário, pois quanto mais presos maior seria o lucro da empresa que fosse escolhida para gerir determinado presídio.

A privatização também conflita com a teoria da redução de danos, teoria essa que deve ser aplicada durante o cumprimento da pena, uma vez que caso se adotasse o sistema de parceria público-privado os danos seriam potencializados, tendo em vista a possível coisificação da pessoa em situação de cárcere.

Estaríamos diante de um incremento da vulnerabilidade das pessoas presas, o que conflita diretamente com a teoria de redução de danos, pois não é possível conciliar a busca desenfreada pelo lucro – já que é o lucro o objetivo fundamental de uma empresa no mercado – e o respeito e a priorização de direitos fundamentais das pessoas em situação de encarceramento.

Dessa forma, ficou evidente a incompatibilidade da privatização de presídios com o respeito aos direitos fundamentais e aos objetivos constitucionais existente em nossa república.

O Estado não deve estimular a construção de prisões. Em verdade o lema que deve inspirar e pautar o administrador na consecução das políticas públicas e na realização de objetivo constitucional de promoção do bem de todos é de não querermos melhores prisões senão algo melhor que as prisões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 24 mar 2018.

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2018.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Resolução n.º 08, de 09 de Dezembro de 2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpressão portuguesa. São Paulo: Almedina, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO, Eduardo Araújo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19710-19711-1-PB.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

REPORTAGEM PÚBLICA, *Quanto mais presos, maior o lucro*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZV2yuM6VIFA>>. Acesso em: 24 mar. 2018.



ROMANO, Rogério Tadeu. *A execução penal é tarefa indelegável do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54955/a-execucao-penal-e-tarefa-indelegavel-do-estado>>. Acesso em: 17 out. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

O USO DA INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE COMBATE ÀS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Carolina Valente Fernandes

Graduada pela Faculdade de Direito PUC-RIO. Advogada.

Resumo – uma das práticas mais graves no âmbito da alienação parental é a realização de falsas denúncias de abuso sexual, usadas pelo genitor alienador como forma de afastar o genitor alienado da convivência familiar. Atualmente, a prática é um grande problema social pois, além de afetar o aspecto psicológico da família como um todo, ainda é de difícil identificação. Por conta disso, a essência do trabalho é abordar a necessidade do uso da interdisciplinaridade, destacando que o aumento do número profissionais atuando junto ao juízo, concomitantemente com a capacitação dos mesmos, é forma eficaz de combater a alienação parental.

Palavras-chave – Direito de Família. Alienação Parental. Falsas Denúncias de Abuso Sexual. Interdisciplinaridade como Forma de Combate.

Sumário – Introdução. 1. O Porquê do Uso das Falsas Denúncias de Abuso Sexual como Forma de Alienação Parental. 2. Dificuldades na Identificação das Falsas Denúncias de Abuso Sexual e Técnicas Para Diferenciação de Casos de Verdadeiro Abuso. 3. A Necessidade do Uso da Interdisciplinaridade nos Casos de Falsas Denúncias de Abuso Sexual e as Dificuldades Existentes Pela Falta de Profissionais Capacitados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica estuda as falsas denúncias de abuso sexual no âmbito da alienação parental, visando demonstrar os motivos que tornam necessário o investimento no uso da interdisciplinaridade como forma de combate ao problema.

As falsas denúncias de abuso sexual são consequência do grau mais alto da síndrome da alienação parental e trazem efeitos irreversíveis ao núcleo familiar. A prática tem como principais vítimas a criança e o adolescente, sujeitos de direito que ainda estão em desenvolvimento e não têm capacidade de coordenar suas vidas de forma independente. A especial tutela conferida às crianças e aos adolescentes pelo nosso ordenamento jurídico faz com que a conduta de alienação seja considerada gravíssima, sendo necessária uma busca por formas eficazes de combatê-la.

O tema extrapola o campo jurídico, envolvendo também diversas questões psicológicas e de saúde, motivo pelo qual, o presente trabalho procura demonstrar a necessidade do uso da interdisciplinaridade. Considerado as dificuldades existentes na



identificação das falsas denúncias e o estado mental atribulado dos envolvidos, a atuação de especialistas sobre o tema, junto ao Poder Judiciário, se torna indispensável para a solução efetiva da questão.

Destacando esse ponto e buscando alertar para todas as consequências decorrentes das falsas denúncias de abuso sexual, o trabalho pretende trazer uma luz sobre o tema visando alcançar o engajamento de todos para a erradicação do comportamento. Apenas com a cooperação de diversos sujeitos, combinando o conhecimento de diferentes áreas, é possível se chegar ao fundo da alienação parental e especialmente das falsas denúncias de abuso sexual,

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando como surgiu e como se desenvolve o instituto em foco. O capítulo pretende esclarecer os motivos pelos quais os alienadores optam pelas falsas denúncias de abuso sexual como forma de alienação parental. Além disso, visa elucidar como essas falsas denúncias afetam a família, destacando as consequências jurídicas e psicológicas das mesmas.

No segundo capítulo, destaca-se a dificuldade existente na identificação das falsas denúncias de abuso sexual. Diante de relatos cada vez mais detalhados sobre as falsas denúncias, se faz necessária uma análise sobre as condutas que podem funcionar como indicativos úteis da prática de alienação parental. Por conta disso, destaca-se como a atuação dos especialistas de diferentes áreas, junto com os operadores do direito, elaborando laudos e análises, funciona como um instrumento poderoso para o melhor entendimento da questão.

O terceiro capítulo foca na interdisciplinaridade, demonstrando como o uso da mesma pode ser útil para a prevenção e a repressão das falsas denúncias de abuso sexual. Busca evidenciar como o apoio de psicólogos, psiquiatras e assistentes da área da saúde, durante e após o fim do processo, pode ajudar na tomada de uma decisão justa e na reversão dos efeitos prejudiciais da alienação.

Por fim, com base em todo o exposto, o trabalho termina defendendo uma atuação multidisciplinar e sustentando que um maior investimento tanto no aumento do número de profissionais quanto na capacitação dos mesmos é medida salutar para o alcance da erradicação das falsas denúncias de abuso sexual.

O presente trabalho parte da realização de pesquisa explicativa, já que o pesquisador visa identificar os fatores que contribuem para a ocorrência do fenômeno, de forma a clarear o contexto em que a prática ocorre.



A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende partir de questões gerais para a compreensão de questões pontuais. A partir da análise da alienação parental como um todo, o artigo visa atingir o âmbito específico das falsas denúncias de abuso sexual, destacando o uso da interdisciplinaridade como forma de identificação e de combate do problema.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar sua tese.

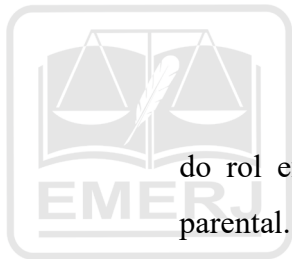
1. O PORQUÊ DO USO DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL COMO FORMA DE ALIENAÇÃO PARENTAL E AS CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA

A alienação parental foi primeiro abordada em 1985 a partir dos estudos do professor de psiquiatria infantil Richard A. Gardner¹. O estudioso se referia ao problema como “síndrome da alienação parental” esclarecendo se tratar de um distúrbio iniciado com uma campanha denegritória de um genitor, chamado genitor alienador, contra outro genitor, chamado de genitor alienado. A campanha visa programar a criança para rejeitar e odiar o genitor alienado.

Apesar de a alienação poder ocorrer enquanto o casal ainda mora na mesma residência, sua prática costuma ocorrer em períodos após divórcios traumáticos, nos quais um dos ex-cônjuges não consegue superar o luto da separação e passa a usar o filho como forma de se vingar do outro. O genitor alienador age como proprietário do filho, buscando exercer total poder sobre ele, de forma que o alienado se caracteriza como um intruso na relação parental. Com o seu desenvolvimento, a alienação ganha forças já que passa a contar com a contribuição da própria criança, visto que a mesma se torna um cúmplice do alienador, tomando como verdadeira a sua visão e guardando ressentimentos do alienado.

Nos casos mais extremos da síndrome, o alienador pode fazer uso de falsas denúncias de abuso sexual contra o alienado. Tal conduta está prevista no artigo 2º, VI,

¹ GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner#s_cribd>. Acesso em: 18 set. 2017.



do rol exemplificativo da Lei nº 12.318/2010², criada para o combate da alienação parental. As falsas denúncias funcionam como instrumento perfeito para o alcance do objetivo desejado pelo alienador. Regra geral, o juiz, ao receber denúncia de tal tipo, visando assegurar a proteção da criança, expede ordem de suspensão temporária das visitas do acusado ou no mínimo uma visitação monitorada por terceiros ou no ambiente do fórum.

A morosidade do Judiciário nessas hipóteses atua em desfavor do alienado já que o mesmo tem o contato com o filho totalmente limitado, e por muitas vezes até suspenso, durante todo o período de perícia. O abarrotamento dos juízos, a existência de diversos recursos cabíveis das decisões do magistrado, além dos inúmeros instrumentos processuais existentes, demonstram a facilidade em protelar a resolução do caso. Com isso, o alienador ganha tempo e espaço para agravar o quadro de alienação e logra êxito em afastar a criança do alienado.

Diante do afastamento do alienado, a criança passa a acreditar cada vez mais nas mentiras do alienador, achando que foi abandonada pelo genitor e passando a rejeitá-lo. Todo o período de afastamento entre o genitor e o filho tem consequências gravíssimas na relação afetiva entre eles, abalando e muitas vezes acabando com os laços de forma definitiva e irreversível.

Mônica Guazelli³ ensina que uma das possíveis consequências das falsas denúncias é o desenvolvimento da Síndrome das Falsas Memórias que ocorre quando uma pessoa desenvolve memórias falsas, decorrentes de fatos que não são verdadeiros, mas que são sentidos pela vítima como realmente vivenciados. A memória está sempre em constante mudança, podendo sofrer influências do ambiente e de terceiros ao longo do tempo. Dessa forma, é possível a ocorrência de falsas memórias de forma espontânea ou mediante sugestionamentos. Sendo assim, na alienação parental, o alienador ao repetir o mesmo discurso diversas vezes, narrando situações que nunca ocorreram ou deturpando situações comuns, acaba por modificar a memória do filho que passa a considerar as acusações como verdadeiras.

As falsas memórias trazem grandes dificuldades já que depois de sua implantação a criança não consegue mais distinguir as memórias reais das criadas por terceiros e se

² BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

³ GUAZZELLI, Mônica. A falsa Denúncia de Abuso Sexual. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3. ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013, p. 192-193.

torna impossível a convicção absoluta sobre o fato ter realmente acontecido ou não. Essas memórias ficam para sempre guardadas no inconsciente do menor e por isso influenciam as emoções e o comportamento da criança por toda a sua vida. Resta claro, portanto, que a implantação de falsas memórias é uma forma grave de abuso psíquico exercido pelo pai em relação ao seu filho.

Também é fato comprovado que após certo tempo da prática de alienação parental, o equilíbrio do genitor alienador também é afetado, passando o mesmo a acreditar em suas próprias mentiras. Com a repetição do discurso, o próprio genitor alienador se torna incapaz de diferenciar entre a verdade e a mentira, passando a acreditar no que expõe para a criança e para terceiros. Segundo Maria Berenice Dias, o genitor passa a viver juntamente ao seu filho uma falsa existência baseada em falsas memórias e falsos personagens⁴.

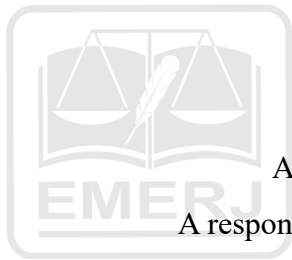
Apesar de ser necessário o apoio e o atendimento de todos os integrantes da família, a criança é a maior vítima da prática de alienação parental. Além da mesma ser mais vulnerável devido a sua pouca idade, o fato da criança ainda estar em desenvolvimento faz com que as consequências da prática a acompanhem por toda a sua vida. Mônica Guazelli⁵ defende a visão da alienação como uma forma de abuso, ressaltando que a falsa denúncia obriga a criança a passar por diversos procedimentos como análise social, psiquiátrica e judicial em busca de se descobrir a verdade. Por conta disso, especialmente quando ocorre a implantação de falsas memórias, a vida do filho é afetada para todo o sempre, sendo muitas vezes impossível o retorno à situação existente anteriormente ao trauma.

Além das terríveis consequências psicológicas, as falsas denúncias de abuso sexual desencadeiam também consequências jurídicas. O artigo 6º, da Lei nº 12.318/2010⁶ traz previsão de sanções que podem ser aplicadas à prática de alienação parental. O rol é exemplificativo e prevê sanções que variam entre apenas advertir o alienador até inverter a guarda ou declarar a suspensão da autoridade parental.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da Alienação parental, o que é isso?*. Disponível em: <<http://www.ibd-fam.org.br/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%C3%o+que+%C3%A9+isso%3F>> Acesso em: 18 set. 2017.

⁵ GUAZZELLI, Mônica. A falsa Denúncia de Abuso Sexual. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3. ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013, p. 188-189.

⁶ BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.



A lei⁷ se refere à possibilidade de responsabilização civil e criminal do alienador. A responsabilidade civil se refere, por exemplo, aos casos de reparação dos danos morais sofridos pelo não guardião. Já a responsabilização criminal tem fundamento nos artigos 232 e 236, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ que tratam, respectivamente, da submissão da criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância, à vexame ou constrangimento; e da hipótese de se impedir ou embarçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do MP no exercício de função.

Cumpre destacar que a realização de uma falsa denúncia caracteriza o crime de denunciação caluniosa do artigo 339, do Código Penal⁹, que prevê como conduta típica dar causa à instauração de investigação policial, processo judicial ou inquérito contra alguém, imputando crime do qual o sabe inocente.

Em consequência, além dos danos psíquicos ao núcleo familiar, o alienador pode sofrer punições civis e até mesmo penais, podendo, inclusive, ser preso pela prática de alienação parental. Tal possibilidade, apesar de as vezes se tornar necessária, é ainda mais prejudicial ao núcleo familiar, já que a criança se vê novamente afastada de um dos seus genitores. Diante do exposto, fica claro que as falsas denúncias de abuso sexual devem ser analisadas não apenas com base no aspecto psicológico ou do aspecto jurídico, sendo necessária a união entre as áreas para a verdadeira solução do problema.

Existindo diversas consequências psicológicas, inclusive com a possibilidade de as vítimas de alienação acreditarem que realmente sofreram abuso sexual, um acompanhamento de profissionais da psicologia, psiquiatria e da saúde é providencial. Os operadores do direito apesar de capazes de lidar com os aspectos e as consequências jurídicas, não possuem conhecimento técnico suficiente para lidar com o aspecto psicológico, nem para realizar o tratamento do alienador, da vítima e do alienado, buscando evitar e minorar os danos que uma falsa denúncia de abuso sexual pode trazer.

⁷ Ibidem.

⁸ BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

⁹ Idem. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

2. DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DAS FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL E TÉCNICAS PARA DIFERENCIAÇÃO DE CASOS DE VERDADEIRO ABUSO

Outro grande problema trazido pelas falsas denúncias de abuso sexual é o fato de ser muito difícil diferenciar quando o caso se trata de prática de alienação parental ou de efetivo abuso sexual sofrido pela criança. Além dos casos serem semelhantes, a já mencionada síndrome das falsas denúncias, piora a identificação das falsas denúncias. Considerando que ambas as hipóteses são muito sensíveis, uma correta identificação do caso é essencial para que a criança receba a proteção adequada, já que no caso de abuso sexual a criança deve ser afastada do abusador, mas no caso de falsas denúncias, a criança deve ser afastada do próprio genitor alienador.

Por conta dessa similitude, Mônica Guazelli¹⁰ aponta, que uma das consequências prejudiciais das falsas denúncias, foi a ocorrência de um fenômeno conhecido na Argentina como “backlash”, no qual as falsas denúncias de abuso sexual atrapalham na apuração de verdadeiros casos de abuso sexual. A existência de falsas denúncias retira o foco do real problema do abuso sexual, criando um ambiente de desconfiança em relação às denúncias verdadeiras. Além disso, a prática de alienação parental se tornou uma defesa comum para os acusados de abuso sexual, já que com a epidemia de falsas denúncias, os verdadeiros abusadores veem nessa afirmação uma esperança de levarem o Judiciário ao erro se livrando do crime cometido.

Neste sentido, segue o seguinte julgado¹¹ que demonstra como a alegação de uma suposta alienação parental pode ser utilizada como manobra visando afastar acusações de abuso sexual:

(...) Colhe-se dos autos que o apelante/autor já respondeu inquérito policial visando apurar a ocorrência de atos criminosos contra a liberdade sexual em relação a outra filha proveniente de outro relacionamento (...). Após uma análise detida dos autos, não foram encontrados elementos suficientes que consubstanciassem a conduta de alienação parental por parte da apelada/ré. Na realidade a sua conduta em obstar as visitas pelo apelante/autor, foi meramente no intuito de proteger a criança, tendo em vista a suspeita de que estivesse ocorrendo abusos sexuais. Ressalta-se, ainda, que a par dos indícios de abuso sexual por parte do apelante/autor, restou comprovada a postura agressiva do menor, mormente quando ventila a possibilidade de ficar alguns dias na

¹⁰ GUAZZELLI, Mônica. A falsa Denúncia de Abuso Sexual. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3. ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013, p. 199-200.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *APC nº 20130510021219*. Relator: Ministro Sebastião Coelho. Disponível em: <<http://tj-df.jus.br/jurisprudencia/168411452/apelacao-civel-apc-20130510021219-df-0002100-8720138070005>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

companhia do genitor. (...). Por todo exposto, (...) mostra-se prudente que os contatos entre a criança e seu genitor permaneçam suspensos. (TJDF – APC nº20130510021219, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, Relator: Sebastião Coelho, Data de julgamento: 11/02/15)

Buscando formas de evitar esse problema, a autora¹² relata a realização de um estudo em Buenos Aires pela *Asociación de Padres Alejados de Sus Hijos* que conseguiu levantar diferenças que costumam ser encontradas entre os casos de alienação parental e os casos de verdadeiro abuso sexual. Por meio de um estudo dirigido, com a análise da conduta das crianças, dos genitores e até mesmo da família, é possível que se percebam indícios que ajudam na identificação do caso.

Uma primeira diferença apontada é que nos casos de verdadeiro abuso sexual, a criança costuma lembrar do que ocorreu sem nenhum tipo de influência externa. Já no caso de alienação parental, para que a criança lembre da suposta situação de abuso, é necessário que ela receba incentivos e pare para recordar o que lhe foi dito, já que nunca vivenciou aquela experiência. Dentro desse contexto, é possível perceber que o relato da criança nos casos de abuso transmite credibilidade, com maior qualidade e quantidade de detalhes. Já nos casos de alienação, o discurso da criança é vago e muitas vezes, se comparados relatos de irmãos, esses demonstram contrariedades.

Outro identificador é que nos casos de abuso sexual a criança costuma ter conhecimentos sexuais de caráter físico impróprios para a sua idade. As vítimas de abuso costumam apresentar indicadores sexuais como condutas voltadas ao sexo, condutas sedutoras com adultos, jogos sexuais precoces e impróprios, agressão sexual a crianças menores e também masturbação excessiva. Tais condutas, que não são encontradas nos casos de alienação parental, podem deixar clara a existência de verdadeiro abuso sexual.

As crianças abusadas costumam apresentar características não presentes nas que estão passando por alienação parental. Nos casos de abuso sexual, o menor costuma apresentar indicadores físicos do abuso, além, de transtornos funcionais, atrasos educativos, alterações em seu padrão de interação, além de desordens emocionais. Ademais, enquanto a criança abusada demonstra culpa ou vergonha do que declara, tais sentimentos são escassos ou inexistentes nos casos de alienação.

A criança alienada também apresenta alguns comportamentos específicos que podem demonstrar se tratar de um caso de falsa denúncia. A criança vítima de alienação parental costuma usar uma linguagem não compatível com sua idade, além de demonstrar

¹² GUAZZELLI, Mônica. A falsa Denúncia de Abuso Sexual. In: DIAS, op.cit.



agressividade verbal ou física justificada em motivos fúteis ou absurdos. A criança também demonstra um sentimento de ódio em relação ao outro genitor. Além da mesma afirmar que chegou sozinha às suas conclusões, defende o genitor alienador de todas as formas, imputando a culpa de todos os males ao genitor alienado. A criança costuma contar histórias que não teria capacidade de se lembrar sem a ajuda de terceiros, além de recusar veementemente o encontro ou qualquer outro tipo de contato com o alienado.

Também é possível fazer uma análise do contexto em que ocorrem as denúncias. Nos casos de abuso sexual verdadeiro, normalmente as denúncias de abuso sexual são prévias a separação, sendo o motivo que leva à destruição de vínculos entre a família. Já nas hipóteses de alienação, as denúncias costumam ser quanto a fatos ocorridos posteriormente à separação do casal. Além disso, em grande parte dos casos de falsas denúncias, a criança ainda é muito pequena, não tendo atingido nem a fase escolar. No abuso sexual também é muito comum que o denunciante acuse o outro de ter cometido abusos contra si, fato que não se apresenta nos casos de alienação parental. Além disso, o progenitor acusado, em casos de verdadeiro abuso, costuma apresentar transtornos em outras esferas de sua vida, fato também ausente nos casos de falsas denúncias.

Diante de todo o exposto, fica claro que as análises dos casos concretos são extremamente subjetivas e exigem conhecimento específico acerca do comportamento humano e especialmente experiência com prévios casos de abuso e de alienação parental. Sendo as diferenças bastante sutis, necessário um olhar técnico para que exista sucesso na identificação do caso e para a devida proteção da criança. Dessa forma, fica demonstrada a necessidade do uso da interdisciplinaridade já que é essencial a atuação de profissionais da área da psicologia junto ao juízo.

O conhecimento do juiz se restringe à área jurídica, não sendo suficiente para notar tais aspectos específicos do caso concreto. Sendo assim, o mesmo deve se valer da realização de estudos sociais que possam trazer a ele os elementos necessários para o julgamento do caso. Apenas com a atuação de psicólogos junto às partes envolvidas é que é possível o conhecimento do contexto familiar e a verdadeira identificação das falsas denúncias de abuso sexual.



3. A NECESSIDADE DO USO DA INTERDISCIPLINARIDADE NOS CASOS DE FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL E AS DIFICULDADES EXISTENTES PELA FALTA DE PROFISSIONAIS CAPACITADOS

O uso da interdisciplinaridade é instrumento essencial no combate às falsas denúncias de abuso sexual. Em se tratando de temas sensíveis como a alienação parental e as denúncias de abuso sexual se faz necessária a atuação de psicólogos, psiquiatras e assistentes durante todo o curso dos processos judiciais.

O Direito de Família é uma área que envolve relações de caráter afetivo e individual inseridas em contextos únicos e diferentes entre si. Por conta disso o trabalho interdisciplinar, por buscar uma visão global da realidade, observando pontualmente cada aspecto relevante da dinâmica familiar, é uma forma de refletir no desenvolvimento equilibrado do processo.

Melissa Baruffi¹³ defende o uso da interdisciplinaridade ensinando que a ideia principal por trás da mesma é a interação entre as disciplinas ou áreas do conhecimento de forma a criar uma intensa troca de especificidades. A autora¹⁴ esclarece que os fundamentos da ação devem ser buscados por meio de uma atitude multidisciplinar com o envolvimento de profissionais de várias áreas. O Direito não pode ser visto como uma ciência autossuficiente, mas sim como campo que exige complexa rede de saberes para que possa se adaptar às rápidas mudanças sociais.

Em casos envolvendo crianças e adolescentes, a atenção deve ser sempre redobrada, sendo importante a elaboração de laudos e perícias para que seja possível se entender o contexto em que a criança se encontra. Diante da grande quantidade e da complexidade existente em processos desse tipo, a atuação de profissionais com acesso direto à família, capazes de realizar uma análise individual e adequada, é essencial para que o juiz possa proferir uma decisão verdadeiramente justa e que atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente.

As já mencionadas dificuldades na identificação do real problema, sendo comum a confusão entre casos de verdadeiro abuso e casos de falsas denúncias de abuso sexual, tornam necessário um olhar técnico sobre a questão, o que apenas pode ser alcançado por meio da atuação de profissionais capacitados junto ao juízo. O prévio estudo de situações desse tipo, com o conhecimento específico sobre os sinais identificadores e a verdadeira

¹³ BARUFI, Melissa Telles. *Alienação Parental - Interdisciplinaridade: um caminho para o combate*. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3 ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230-236.

¹⁴ *Ibidem*.

experiência no assunto é capaz de tornar um profissional apto a verdadeiramente compreender a situação familiar existente no caso concreto.

Além disso, diante das já analisadas consequências gravíssimas que podem advir da prática de alienação parental, especialmente nos casos de falsa denúncia de abuso sexual, a atuação de profissionais multidisciplinares não é apenas para a resolução da questão no âmbito judicial, mas também para a verdadeira resolução do problema no âmbito pessoal e familiar. Não basta a atuação dos profissionais na elaboração de laudos judiciais, sendo importante também que os mesmos realizem um acolhimento do núcleo familiar durante e após o processo judicial.

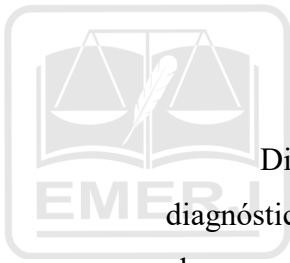
O apoio de psicólogos, psiquiatras e assistentes durante o processo visa tratar os envolvidos na situação, buscando a solução dos efeitos da síndrome não apenas na criança e no adolescente, mas também no alienado e no próprio alienador, de forma a gerar o fim da prática prejudicial. É necessário um acompanhamento da família como um todo, pois apenas essa ação geral é capaz de evitar que as consequências da alienação parental sejam irreversíveis.

Ana Surany Martins Costa¹⁵ ensina que a interdisciplinaridade é forma de desvendar as reais afeições/desafeições, abusos ou falsos abusos e as mudanças ocorridas na esfera familiar, realizando uma interpretação da personalidade psíquica do agente em foco. Dessa forma, a interdisciplinaridade deve ser usada para o acompanhamento da família mesmo após a constatação da prática de alienação pois essa técnica evita a repetição do comportamento dos pais pela vítima no futuro e permite a reconstrução dos afetos familiares perdidos.

Gildo Alves de Carvalho Filho¹⁶ explica que o acompanhamento da família permite a orientação dos genitores acerca da realidade aprendida, levando a sensibilização dos mesmos sobre a complexidade dos danos emocionais advindos dessa prática. Destaca, inclusive que os profissionais podem realizar encaminhamentos clínicos e sociais para Redes de Apoio Especializadas, destacando o tratamento terapêutico como instrumento para prevenção, promoção da integridade psíquica e para a socialização dos núcleos familiares.

¹⁵ COSTA, Ana Surany Martins. *Quero te amar, mas não devo*: a síndrome da alienação parental como elemento fomentador das famílias compostas por crianças órfãs de pais vivos. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/603/Quero+te+amar%2C+mas+n%C3%A3o+devo%3A+A+S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+como+elemento+fomentador+das+fam%C3%ADlias+compostas+por+crian%C3%A7as+%C3%B3rf%C3%A3s+de+pais+vivos>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

¹⁶ CARVALHO FILHO, Gildo Alves de. *Alienação Parental*. In: MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.



Diante do exposto, fica claro que a atuação disciplinar ampliaria o êxito no diagnóstico e na reversão de casos de alienação parental. Sendo as falsas denúncias de abuso sexual a forma de demonstração mais grave de alienação, nessas hipóteses é que a interdisciplinaridade se torna ainda mais relevante, por fazer com que as partes envolvidas passem por olhares distintos, o que aumenta o cuidado dedicado às crianças e aos adolescentes.

Por conta dessa relevância na atuação interdisciplinar, os profissionais devem possuir conhecimento específico e experiência em casos de alienação parental, de forma a terem maior segurança em suas conclusões e garantirem ao juiz uma visão do contexto como um todo e, principalmente, dos indivíduos envolvidos em si. Somente por meio de uma atuação especializada, os laudos podem ter maior proximidade com a realidade e o aconselhamento familiar pode ter verdadeira efetividade.

Neste ensejo, se faz imperativo um investimento na estrutura psicossocial que atua judicialmente. A falta de pessoas capazes de lidar com casos do tipo, torna complicado o acerto técnico. Essencial, portanto, a formação e a capacitação dos profissionais da saúde e também dos juízes que precisam ter conhecimento sobre a alienação parental para que possam decidir de forma mais precisa.

Tratando desse ponto, Jorge Trindade¹⁷ defende uma magistratura formada por juízes, promotores de justiça, defensores públicos técnicos especializados em família, infância e juventude e com treinamento para lidar com vítimas de abuso e acolher com prontidão e eficácia as crianças submetidas aos casos de alienação parental.

Finalmente, diante de todos esses aspectos discutidos, fica clara a necessidade do uso da interdisciplinaridade nos casos de falsas denúncias de abuso sexual, tanto para identificação quanto para a reversão de suas consequências no âmbito familiar. Logo, se faz necessária uma reestruturação do Poder Judiciário no que tange a esses casos específicos, devendo ocorrer ampliação do número e capacitação dos profissionais envolvidos, já que tal investimento seria uma das melhores formas de combate real à prática de alienação parental, com o tratamento do estado doentio da família como um todo.

¹⁷ TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental. In: DIAS, op.cit, p. 29.

CONCLUSÃO

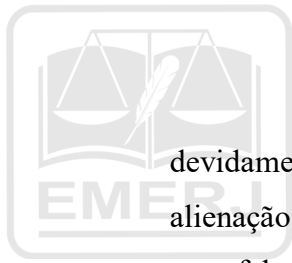
O presente trabalho realizou a análise do contexto em que ocorrem as falsas denúncias de abuso sexual, perquirindo o motivo do uso das mesmas como forma de alienação parental, e esclarecendo que muitas das consequências perversas da prática se dão no âmbito psicológico, exigindo atuação interdisciplinar. Dentro dessa ideia, destacou que muitas vezes as falsas denúncias de abuso sexual se confundem com os casos verdadeiros, informando que as diferenças são ínfimas e, portanto, apenas identificáveis por profissionais especializados para tal. Por fim, com base nessas duas premissas, defendeu a necessidade da interdisciplinaridade no âmbito do Direito de Família e nos casos de possível alienação parental.

Partindo da análise das consequências, o trabalho conclui que que as consequências mais nefastas causadas pela alienação parental são psicológicas, visto que a mesma causa traumas inenarráveis não apenas na criança, mas em todos os envolvidos. Dessa forma, visando evitar a irreversibilidade dos danos, o trabalho defende a necessidade de acompanhamento profissional não apenas durante, mas também após o fim do processo, com o aconselhamento da família pela busca da reconstrução dos vínculos perdidos.

Já em relação às dificuldades existentes em diferenciar os casos de falsas denúncias dos casos de verdadeiro abuso, o trabalho destaca a necessidade de uma análise detalhada do contexto social e de um estudo junto a família realizado por profissionais capacitados. Conforme analisado, uma decisão incorreta em casos desse tipo pode levar ao afastamento definitivo de um genitor inocente, ou até mesmo a não responsabilização de um real abusador. Ao expor os indicadores usados para diferenciação das hipóteses de falsas denúncias de abuso sexual, o trabalho evidenciou que as diferenças são comportamentais e, portanto, exigem uma análise clínica.

Por maior que seja o conhecimento e a experiência do juiz de direito, o mesmo não conta com conhecimentos específicos que são exclusivos de um profissional da área psicológica e da saúde. Dessa forma, uma atuação interdisciplinar, de uma equipe de psicólogos junto ao juízo garante, por meio da elaboração de estudos sociais e conversas diretamente com a família, uma decisão mais justa e condizente com a realidade.

Diante da grande importância da interdisciplinaridade, o trabalho destacou os problemas existentes hoje nesse âmbito, destacando não apenas a falta de profissionais atuando dessa forma, mas também a existência de diversos profissionais que não são



devidamente capacitados para o serviço. As especificidades existentes na prática de alienação parental, especialmente quando ocorre o uso de uma medida tão drástica quanto uma falsa denúncia de abuso sexual, exigem um profissional que tenha conhecimento aprofundado e, preferencialmente, prévia experiência no assunto.

Apenas mediante o prévio estudo das questões o profissional é capaz de ajudar verdadeiramente na identificação do caso e na reabilitação da família prejudicada pela alienação parental. Dessa forma, o presente trabalho tem como intuito apontar o investimento na estruturação da interdisciplinaridade como uma forma eficaz de combater as falsas denúncias de abuso sexual.

A falta de profissionais atuando junto ao juízo em diversas comarcas aumenta o risco de decisões errôneas, pois o juiz além de não ter conhecimento técnico sobre o aspecto psicológico das partes, não consegue atuar de forma tão próxima as famílias, tendo uma visão restrita e superficial dos personagens do núcleo familiar. Sendo assim, o aumento do número de profissionais é essencial, até mesmo para atender a necessidade de celeridade existente em casos de falsas denúncias.

Necessário, porém, além do aumento do número de psicólogos e profissionais da área da saúde, a formação e capacitação dos mesmos, com a realização de cursos, seminários e a promoção de estudos acerca do assunto, diante das especificidades existentes nos casos de alienação parental. Apenas um profissional que conheça a questão, os indicadores das falsas denúncias e as consequências causadas pela prática de alienação parental, pode atuar de forma eficaz.

Em conclusão, diante de todo o exposto, destaca-se a importância da interdisciplinaridade no âmbito da alienação parental, e a essencialidade do investimento da estruturação de um grupo de profissionais capacitados para atuar junto ao juiz. Com um maior número de profissionais que conheçam a questão, a identificação das falsas denúncias de abuso sexual, é extremamente facilitado. Apenas com uma atuação conjunta e especializada é possível o sucesso da luta contra as falsas denúncias de abuso sexual como forma de alienação parental.

REFERÊNCIAS

BARUFI, Melissa Telles. Alienação Parental - Interdisciplinaridade: um caminho para o combate. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3 ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013.



BRASIL. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12318.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *APC nº 20130510021219*. Relator: Ministro Sebastião Coelho. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168411452/apelacao-civel-apc-20130510021219-df-0002100-8720138070005>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CARVALHO FILHO, Gildo Alves de. *Alienação Parental*. In: MINAS, Alan; VITORINO, Daniela. *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Ana Surany Martins. *Quero te amar, mas não devo: a síndrome da alienação parental como elemento fomentador das famílias compostas por crianças órfãs de pais vivos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/603/Quero+te+amar%2C+mas+n%C3%A3o+devo%3A+A+S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+como+elemento+fomentador+das+fam%C3%ADlias+compostas+por+crian%C3%A7as+vivos>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da Alienação parental, o que é isso?*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+o+que+%C3%A9+isso%3F>>. Acesso em: 18 Set. 2017.

GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner#scribd>>. Acesso em: 18 Set. 2017.

GUAZZELLI, Mônica. *A falsa Denúncia de Abuso Sexual*. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3. ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013.

TRINDADE, Jorge. *Síndrome da Alienação Parental*. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 3. ed. Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A PROBLEMÁTICA NO CUMPRIMENTO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO ESTABELECIDO PELA RESOLUÇÃO Nº 213/2015 DO CNJ

Caroline Azevedo de Souza Melo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – com o advento da Resolução nº 213/2015 do CNJ, o Brasil consolidou a necessidade de apresentação do preso em flagrante em até 24 horas ao magistrado. Esse, que antes analisava a prisão apenas no âmbito formal, passou a ter um contato direto com o autuado, consagrando o princípio da dignidade humana. Este trabalho tem como objetivo elucidar a indispensabilidade da audiência de custódia como forma de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dos presos, demonstrar que dependendo da realidade local ou complexidade da prisão efetuada o prazo fixado pode se demonstrar insuficiente e apontar os reflexos na sociedade decorrente da realização com maior eficiência desta solenidade.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão. Garantias. Audiência de Custódia. Prazo.

Sumário – Introdução. 1. A necessidade da Audiência de Custódia como mecanismo de garantia e efetivação dos direitos individuais do preso em flagrante. 2. A capacidade da estrutura do sistema criminal brasileiro atender o prazo de apresentação do custodiado. 3. Dos efeitos positivos decorrentes da adequada aplicação do instituto da Audiência de Custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por tema a análise quanto à viabilidade operacional no cumprimento do prazo estipulado pela Resolução nº 213/2015, do CNJ, para a condução do preso em flagrante à autoridade judiciária. Procura-se demonstrar como tal instituto influencia na garantia dos direitos constitucionais e a necessidade de cautela na inserção desta solenidade, a fim de se evitar um verdadeiro retrocesso.

Para tanto, aborda-se posicionamentos não só doutrinários, mas também jurisprudenciais, com o intuito de definir se a estrutura do Estado brasileiro, seja em sede policial quanto judicial, estaria preparada para atender as exigências reguladas para a audiência de custódia.

Com a instituição da Resolução nº 213/15, do CNJ, busca-se concretizar a condução em até 24 (vinte e quatro) horas dos autuados em flagrante à presença de uma autoridade judiciária, já prevista desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, e assim humanizar o processo criminal.

No entanto, ainda se discute se o Estado Brasileiro estaria devidamente estruturado para cumprir com o prazo estabelecido e se esse seria suficiente para a realização adequada da solenidade, sem que apresente riscos ao processo acusatório.



Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o instituto da audiência de custódia e compreender como a instituição dessa medida reforça a proteção das garantias individuais dos presos, bem como as dificuldades práticas para sua implementação decorrentes de um Estado precário. Pretende-se ainda demonstrar como a adequada inserção desta solenidade no ordenamento pátrio pode surtir efeitos positivos não só para o autuado em flagrante, mas também para a sociedade.

No primeiro capítulo do trabalho, visa-se demonstrar como a implementação da audiência de custódia servirá como instrumento hábil na tutela do direito fundamental máximo, qual seja, a liberdade, a fim de inibir a prática de abusos e prisões ilegais.

Já o segundo capítulo busca-se analisar se a precária estrutura do Estado brasileiro seria capaz de atender com o prazo estabelecido para a apresentação do aprisionado ou se essa seria um verdadeiro impeditivo à sua apresentação.

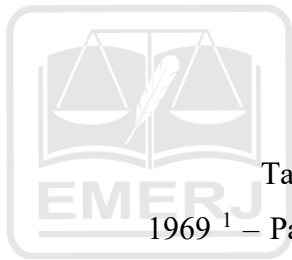
Por fim, com o terceiro capítulo, pondera-se como a adequada inserção da solenidade ao ordenamento jurídico influenciará na humanização do processo penal e no controle da população carcerária, de forma a efetivar o princípio da presunção de inocência e contribuir com o progresso civilizatório.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende a partir de um conjunto de informações gerais sobre o objeto de pesquisa, particularizá-las a fim de se obter uma conclusão devidamente fundamentada.

Quanto à abordagem, essa é necessariamente qualitativa, baseando-se em pesquisa bibliográfica e documental, de caráter exploratório, com consulta de doutrinas, leis, tratados internacionais e pesquisas on-line que versem sobre o tema abordado e, com isso, sustentar a sua tese.

1. A NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO DE GARANTIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO PRESO EM FLAGRANTE

A audiência de custódia consiste na apresentação do indivíduo preso em flagrante delito, sem demora, ao juiz competente, ou autoridade com funções judiciais, para que seja analisada a legalidade e necessidade da prisão e então se decida pela manutenção ou não da medida.



Tal instituto, encontra-se previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969¹ – Pacto de São José da Costa Rica –, uma das legislações mais importantes quanto à proteção dos direitos humanos e garantias individuais, e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966², sendo o Brasil signatário em ambos.

Assim, dispõe o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos³ que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Nesse mesmo sentido, prevê o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴ que qualquer pessoa presa deverá ser encaminhada dentro de um prazo razoável à presença do juiz.

Em que pese o Brasil ter internalizado os tratados internacionais sobre direitos humanos por meio do Decreto nº 592 de 1992⁵, atribuindo-lhes caráter supra legal diante das demais legislações pátrias, somente em 2015 com a Resolução nº 213, do CNJ⁶, a audiência de custódia foi formalmente instituída e fixou o prazo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária.

Com a Audiência de Custódia, é garantido ao indivíduo o reexame de sua condição, quase imediatamente após o cerceamento do seu direito de ir e vir, pela autoridade judiciária, que deverá verificar a legalidade e necessidade da prisão efetuada e decidir sobre a manutenção ou não dessa, bem verificar a possibilidade de fixação de fiança e a adoção de demais medidas cautelares.

Nessa entoada a Audiência de Custódia possui duas finalidades primordiais, sendo a primeira a efetivação do direito à avaliação, em tempo excessivamente curto, acerca da necessidade de manutenção da prisão; enquanto a segunda recai na prevenção à prática de tortura ou coação ilegal.

Verifica-se que o lapso temporal entre a prisão em flagrante e a apresentação do preso

¹ BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* [Pacto São José da Costa Rica], de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

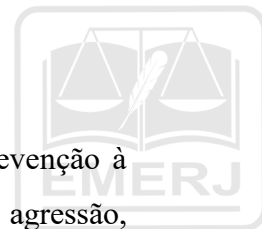
² Id. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

³ Id., op. cit., nota 1.

⁴ Id., op. cit., nota 2.

⁵ Id. *Decreto nº 592*, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 08 nov. 2017.

⁶ Id. *Resolução nº 213 do CNJ*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.



é de suma importância, seja para inibir a manutenção de prisões ilegais ou na prevenção à prática de torturas ou coação ilegal ao preso, a fim de se evitar a qualquer tipo de agressão, física ou psicológica, à pessoa presa.

A Constituição Federal⁷, no art. 5º, III, prevê a vedação à prática de tortura, de maneira que ninguém será submetido a ela. De igual maneira, tal vedação também se encontra esculpida no art. 52 da Convenção Americana de Direitos humanos⁸, e prevê que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Ocorre que na sociedade atual, muitas vezes a prática de tortura contra presos é aprovada sem qualquer dificuldade pela opinião pública e diante disso, “legitimam” a prática regular de violência por agentes policiais, bem como a ausência de punição daqueles que a pratica.

Assim, como forma de controle pelo judiciário, a Audiência de Custódia, passa servir como mecanismo de combate à violência praticada em sede policial e uma vez constatada a ocorrência de maus tratos ou tortura ao preso em sede policial, o magistrado deverá tomar as providências cabíveis para apuração e responsabilização dos responsáveis.

Dessa forma, com a apresentação imediata, ou sem demora, do preso à autoridade judiciária, é possível que se evite, ao menos no período de abordagem e nas horas seguintes a prática de atos de violência policial, tendo em vista que os responsáveis pela apreensão estarão cientes que quaisquer alegações de tortura poderão ser levadas a conhecimento quando da realização da Audiência de Custódia.

Nesse sentido, leciona Nestor Távora⁹ que “a audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal”. Com efeito, surge como mecanismo de humanização da persecução penal, objetivando coibir tanto a tortura quanto a promover o debate sobre a necessidade de prisão.

Dessa maneira o juiz não deve estar adstrito apenas à história fria contada pela tinta e papel juntados pela autoridade policial, de forma que com a apresentação do preso à autoridade judiciária, é possível que esse narre sua versão defensiva preliminar, bem como relate qualquer ato de tortura que porventura tenha ocorrido.

Távora¹⁰, traz a Audiência de Custódia como meio de controle judicial acerca da

⁷ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁸ Id., op. cit. nota 1.

⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. [Ebook] 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁰ Ibid.



licitude das prisões e “é o “interrogatório garantia” que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído”.

Com o contato pessoal do aprisionado com a autoridade judiciária, garante-se a observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez não só o preso comparece à audiência, mas também é necessária a presença do Ministério Público e de seu Defensor.

Tanto o Ministério Público, quanto o defensor poderão se manifestar quanto a legalidade e necessidade da prisão efetuada, em atenção ao princípio do contraditório. Contudo, ressalta-se que por se tratar de procedimento realizado antes mesmo do oferecimento da denúncia, não é possível tratar de questões pertinentes ao mérito.

Nesse sentido, Renato Brasileiro¹¹ adverte:

[...]é vedada a inquirição do preso sobre o mérito da imputação. Portanto, não devem ser admitidas perguntas que antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento. Afinal, em um sistema acusatório que visa preservar a imparcialidade do magistrado, ter-se-ia ressuscitada a figura do juiz inquisidor se o juiz se aproveitasse da audiência de custódia para assumir iniciativa acusatória incompatível com a sua função de garante das regras do jogo.

Ademais, ainda como forma de garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, com o comparecimento do indivíduo preso em flagrante na Audiência de Custódia, é possível que o juiz identifique situações excepcionais que ensejam aplicação da prisão domiciliar, como por exemplo gestante e portador de doença grave.

É cediço que para tais hipóteses faz-se necessário a constituição de prova idônea, contudo, a demora na produção de tal prova pode ser prejudicial, como na hipótese de prisão de mulher em estágio avançado de gestação que não possui de atestado médico comprovando sua situação quando da realização da audiência.

Dessa forma, ainda que se exijam provas, o simples contato visual do magistrado com o custodiado pode ser suficiente para que a prisão em flagrante, convertida em preventiva, seja substituída por prisão domiciliar, diferentemente do que ocorreria na hipótese de exame do caso em concreto apenas por meio documental.

Portanto, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Audiência de Custódia demonstra ser um mecanismo de extrema importância a fim de efetivar e garantir os direitos constitucionais dos presos, principalmente no combate a prisões ilegais e a prática de torturas aos presos em sede policial.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. [Ebook] 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

2. A CAPACIDADE DA ESTRUTURA DO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO ATENDER O PRAZO DE APRESENTAÇÃO DO CUSTODIADO

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969¹² ao prever a instituição da audiência de custódia, não fixou prazo para a apresentação da pessoa presa em flagrante, limitando-se a determinar que sua apresentação ocorresse sem demora. Igualmente ocorreu no Pacto Internacional de Direitos Humanos e Civis de 1966¹³, que determinou a apresentação em tempo razoável, ficando a cargo de cada país signatário a fixação desse prazo.

No atual Código de Processo Penal¹⁴ já existe a determinação para que o ato de prisão seja imediatamente comunicado ao juiz competente, conforme estipula o artigo 306, o qual analisará a legalidade e necessidade da prisão. A diferença do procedimento em vigor para a audiência de custódia reside na obrigatoriedade da presença física da pessoa presa em flagrante no momento da análise do auto de flagrante pelo juiz, bem como ser necessária a presença do Ministério Público e do defensor público ou advogado.

A Resolução nº 213/2015, do CNJ¹⁵, no art. 1º, dispõe que o preso em flagrante deverá ser apresentado em 24 horas, a contar da comunicação do flagrante, à autoridade competente, sendo o seu deslocamento de responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, nos termos do art. 2º da Resolução nº 213/2015, do CNJ¹⁶.

Assim, não basta a presença do juiz, do promotor e defensor público, se for o caso, para a análise da legalidade da prisão efetuada, é imprescindível a presença do preso em flagrante na realização da audiência de custódia, a fim de assegurar a máxima de seus direitos.

Como visto, o art. 2º da Resolução nº 213/2015, do CNJ¹⁷, determina que o deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência será de responsabilidade da Secretaria da Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública.

Contudo, é certo que diante da atual conjuntura sócio-econômica brasileira,

¹² BRASIL. op. cit., nota 1.

¹³ Id., op. cit., nota 2.

¹⁴ Id. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

¹⁵ Id., op. cit., nota 6.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.



principalmente em questões financeiras e disponibilidade de pessoal, pode-se demonstrar um verdadeiro óbice ao cumprimento da exigência de apresentação do preso em flagrante em 24 horas à autoridade competente.

Os custos envolvidos na audiência de custódia não se limitam a disponibilidade física para a realização dessa, incluem também custos com o transporte do custodiado, tais como combustível e escolta. O desembargador Magid Lauer¹⁸, presidente da Associação Nacional de Magistrados Estaduais (Anamages), cita que “há cidades do interior do país que têm apenas um delegado, poucos policiais e uma única viatura. Quando há prisão em flagrante, é preciso mobilizar praticamente toda a equipe de segurança para fazer o deslocamento do preso até o juiz”.

Nesse sentido, o Ministério da Justiça¹⁹, em seu relatório sobre a implementação da audiência de custódia no país, apontou que determinadas localidades “têm demonstrado dificuldades para fazer a condução dos presos dentro do prazo de 24 horas ou por falta de efetivo e veículos para o transporte, ou por resistência dos próprios policiais em dar suporte às audiências”.

Verifica-se que, em que pese a audiência de custódia se tratar de mais uma modalidade de garantia dos direitos constitucionais, essa pode se demonstrar altamente custosa no que tange ao cumprimento do prazo estipulado para o deslocamento da pessoa presa em flagrante, já que há a necessidade de envolvimento de muitos órgãos para sua realização, seja pela necessidade de disponibilidade de espaço físico ou de pessoal, seja responsabilidade atribuída pelo art. 2º da Resolução nº 213/2015, do CNJ²⁰.

Igualmente nesse entendimento, os juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein²¹, ao analisarem o custo para o exercício dos direitos em sua obra, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, concluíram que são exigidos recursos para a efetivação tanto dos direitos positivos quanto dos direitos negativos.

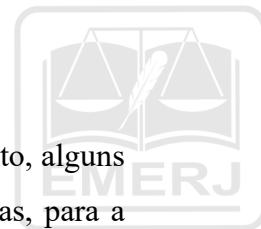
Devido ao elevado custo envolvido ou a falta de recursos, seja físico, financeiro ou de

¹⁸ LAUAR apud LIMA, Paola. *Já em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem- virar-lei>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de- aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁰ Id., op. cit., nota 6.

²¹ HOLMES; SUNSTEIN apud ESTEVES, Henrique Perez; FURTADO, Pedro Nirceu. *Audiência de custódia: desafios para a sua implementação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44203/audiencia-de-custodia- desafios-para-a-sua-implementacao>>. Acesso em: 04 mar. 2018.



pessoal, não só para o deslocamento do preso como para a realização do procedimento, alguns Estados brasileiros buscam formas alternativas de cumprir com o prazo de 24 horas, para a apresentação do custodiado.

O Estado do Ceará, por exemplo, a fim de dar maior efetividade e facilitar o cumprimento da Resolução nº 213/2015 do CNJ²² na apresentação do custodiado, inaugurou em agosto de 2017 a Delegacia de Capturas e Polinter (Decap) e a Vara Única e Privativa de Audiências de Custódia, interligando a Polícia Civil e o Poder Judiciário ao reunir todos os órgãos envolvidos no procedimento da Audiência de custódia em um único prédio²³.

Por outro lado, o computo do cumprimento do prazo de 24 horas estabelecido pela Resolução nº 213/2015 do CNJ²⁴, merece ser analisado não só quanto a dificuldade para a realização da audiência de custódia pela escassez de recursos, como também merece a análise sob o aspecto da dificuldade das polícias judiciárias em lavrar o auto de flagrante em 24 horas quando se tratar de crimes complexos.

A complexidade de determinados crimes é um fator em constante mudança, já que esses acompanham as evoluções da sociedade. O sociólogo Émile Durkheim²⁵, em 1897, já entendia que “a criminalidade é um fenômeno social, já identificado assim no final do século XIX como um fato próprio da existência humana, portanto fato social.”

Atualmente, assim como a sociedade, a criminalidade mostra outra realidade do que aquela posta sob a égide do Código Penal de 1940, no sentido de que hoje os crimes se apresentam mais complexos, como interestaduais ou transnacionais, principalmente quando envolvem crimes permanentes, como associação criminosa e organização criminosa.²⁶

Em hipóteses como a realização de operações policiais simultâneas e coordenadas em diferentes locais para a prisão de organização criminosa do tráfico de drogas, exige-se exaustivo trabalho para o encaminhamento de todos os integrantes à uma mesma delegacia e posteriormente individualização de ação para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Ante a necessidade perene de cumprimento do prazo de 24 horas para a apresentação

²² BRASIL, op. cit., nota 6.

²³ RODRIGUES, André Victor. *CE Pacífico*: Inauguração da Decap e da Vara Única de Audiências de Custódia aproxima trabalho policial e judiciário. Disponível em: <<http://www.ceara.gov.br/2017/08/07/ce-pacifico-inauguracao-da-decap-e-da-vara-unica-de-audiencias-de-custodia-aproxima-trabalho-policial-e-judiciario/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁵ Durkheim apud DIAS, Fabio Nascimento. *Violência e Criminalidade*: uma análise das condicionantes sociais. Disponível em: <<http://abordagempolicial.com/2010/04/violencia-e-criminalidade-uma-analise-das-condicionantes-sociais/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

²⁶ PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicos-audiencia-custodia>>. Acesso em: 04 mar. 2018.



dos presos, ressalta-se ainda a necessidade de identificação de todos os elementos de autoria e materialidade. Portanto, em casos como os de crimes complexo e grande número de presos, torna-se necessário a aplicação da razoabilidade.

Diante disso, a solução alternativa para o cumprimento de apresentação da pessoa presa em flagrante de crime complexo à autoridade judiciária foi a aplicação do juízo da razoabilidade, sob o fundamento de que tanto a Constituição Federal²⁷ no art. 5º, inciso LXII, quanto a própria Convenção Internacional de Direitos Humanos²⁸, art. 7º, item 5, não estipularam o prazo de 24 horas para a apresentação, mas sim determinaram que essa ocorrerá em período razoável, sem demora.

Ainda que em tais institutos mencione apenas que o preso em flagrante deverá ser apresentado sem demora a autoridade judiciária, aponta o Delegado da Polícia Federal, Carlos Eduardo Pellegrini²⁹, que diante da complexidade do tema “[...] a autoridade policial deverá comunicar o andamento do flagrante ao Juízo competente e ao membro do Ministério Público, mediante despacho fundamentado nos autos [...]”, exigindo-se do operador de direito razoabilidade.

Conclui-se que para a realização da audiência de custódia é necessária uma grande movimentação do maquinário do poder público, o qual, dependendo da realidade local ou complexidade do tema, o prazo de 24 horas para a apresentação do custodiado estipulado pela Resolução nº 213/2015, do CNJ³⁰, pode-se demonstrar insuficiente, exigindo que os Estados busquem meios efetivos para o seu cumprimento eficiente.

3. DOS EFEITOS POSITIVOS DECORRENTES DA ADEQUADA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Inicialmente, cabe reconhecer que em que pese existirem dificuldades para a realização da audiência de custódia dentro do prazo de 24 horas estipulado pela Resolução nº 213/15, do CNJ³¹, os órgãos públicos buscam maneiras eficientes para dar maior efetividade ao instituto, trazendo benefícios não só para os presos em flagrante, mas para toda a sociedade.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁸ Id., op. cit., nota 1.

²⁹ PELLEGRINI, op. cit., nota 26.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

³¹ Ibid.



O Ministro Ricardo Lewandowski³² sustenta ser necessário o trabalho harmônico entre os órgãos envolvidos dos três poderes (legislativo, judiciário e executivo) para o sucesso da solenidade, ainda que independentes entre si.

Conforme já explanado, a audiência de custódia visa, primeiramente, a garantia do direito constitucional de liberdade de locomoção e, em segundo plano, a prevenção à prática de tortura ao preso em flagrante delito, de maneira que este deverá ser encaminhado em até 24 horas ao juízo competente para a análise da legalidade e necessidade da prisão efetuada.

A audiência de custódia, além proporcionar maior contato pessoal entre o juiz e o custodiado e servir como óbice à prática de tortura, essa solenidade também traz efeitos positivos para a sociedade quando utilizada de maneira eficiente.

Para Lewandowski³³, a audiência de custódia representa um salto civilizatório, visto que não se trata apenas a efetivação do princípio da dignidade humana, mas também do cumprimento da obrigação assumida pelo país ao assinar tratados internacionais.

Nesse sentido, é possível, inclusive, verificar que conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça³⁴, de forma explicativa e exploratória com os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, após o advento da audiência de custódia houve uma redução significativa na conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Contudo, o objetivo principal desse procedimento, não é conceder o maior número de liberdades provisórias nessa fase do procedimento, mas sim humanizar o processo penal e minimizar o número de prisões ilegais. Conseqüentemente, haveria uma interrupção no aumento da população carcerária.

O STF, na ADPF 347³⁵, já reconheceu ser a audiência de custódia um mecanismo com o intuito de amenizar o estado de coisa inconstitucional que aflige o Brasil, de maneira que diversas das prisões provisórias que contribuem para a superpopulação carcerária, poderiam ser evitadas com a aplicação dessa solenidade.

Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes³⁶, em entrevista à BCC Brasil, afirma que “quase a metade desses presos é de presos provisórios e esse número vai aumentando. A Justiça em

³² LEWANDOWSKI apud FREIRE, Tatiane. *Audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80249-audiencia-de-custodia-chega-a-14-estados-com-adesao-do-piaui>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³⁶ MENDES, Gilmar. Entrevista concedida à BBC Brasil, em janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 18 mar. 2018.



geral não tem tempo de julgar. Se você tem um fluxo de entrada enorme e não tem a saída, a tendência é a superlotação.”

Ressalta-se que o estado de coisa inconstitucional foi reconhecido em razão das condições precárias que as instituições penitenciárias do país apresentam. Razão pela qual a audiência de custódia mostrou-se como uma maneira para se obter a melhoria das condições do sistema carcerário do país.

O Jornal El País³⁷, em janeiro de 2017, apontou que o Brasil é o quarto país com o maior número de pessoas presa e todas as unidades carcerárias da Federação possuem mais detentos do que a capacidade suportada. Com isso, detentos convivem em penitenciárias sem estrutura e dominadas por facções, onde rebeliões são frequentes.

Nesse sentido, Isadora Fingermann³⁸, diretora-executiva do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, considera que a audiência de custódia seria “a melhor solução para o excesso de presos provisórios dos últimos anos”, uma vez que deixaria de misturar presos pela prática de crime de menor potencial ofensivo com aqueles responsáveis por crimes mais graves.

A diretora-executiva³⁹ também argumenta que ao misturar os presos por crimes de menor potencial ofensivo com aqueles presos por crimes considerados graves resultaria na “absorção de muitos deles pelo crime organizado no que chamamos de escola do crime. Com menos presos provisórios, teremos menos caos no sistema”.

Convém mencionar que após a rebelião ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, um dos presídios com a maior carência de vagas, segundo o El País⁴⁰, o Ministro Gilmar Mendes⁴¹ afirma que o problema da superpopulação carcerária não será resolvido agora com construção de presídios, é preciso uma ação imediata.

Portanto, é possível verificar outros efeitos decorrentes da redução da população carcerária, tais como a diminuição das fugas e rebeliões. Isso porque, seriam reduzidos os inconformismos com a falta de condições para abrigar de forma digna. Bem como pode-se dizer que seriam evitados os riscos de homicídios em razão da disputa por espaço.

Com a diminuição da população carcerária, surgem também efeitos na redução dos gastos públicos de manutenção dos custodiados, de maneira que a verba economizada pode ser

³⁷ ALESSI, Gil; ALAMEDA, David; GALÁN, Javier. A bomba-relógio da população carcerária no Brasil. *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³⁸ FINGERMAN apud. MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios*. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ ALESSI, Gil; ALAMEDA, David; GALÁN, Javier, op. cit., nota 37.

⁴¹ MENDES, Gilmar, op. cit., nota 36.



direcionada para atividades de ressocialização e inclusão do infrator, para que seja possível entregar uma pessoa melhor após o cumprimento da pena.

Assim, “reduzir a superlotação do sistema contribui para maior segurança às unidades e melhora as condições para as atividades de ressocialização e também resulta em economia para o estado”, conforme aponta o Secretário de Justiça do Espírito Santo, Eugênio Coutinho⁴².

Já no Estado do Rio de Janeiro, o Secretário de Segurança Pública Torquato Jardim, e o desembargador Milton Fernandes de Souza, Presidente do TJRJ⁴³, destacam a economia pública quando da instalação da central de audiência de custódia dentro da unidade prisional de Benfica, evitando-se com isso, gastos com deslocamento do preso, bem como aparato policial. Destacam também o aumento na segurança da população, que não ficará tão exposta.

Ademais, em 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski⁴⁴ estimou que com a implantação das audiências de custódia, foi possível a redução dos gastos com o sistema prisional, que uma economia de cerca de R\$ 400 milhões aos cofres dos estados que aderiram à iniciativa.

Em contrapartida, embora existam efeitos positivos com a realização da audiência de custódia, também há críticas ao instituto por entenderem que, na verdade, trata-se de uma fuga da superlotação carcerária. Pode-se citar Nucci⁴⁵, que questiona se o investimento gasto para a sua realização não seria melhor utilizado para oferecer melhores condições aos detentos.

Há também críticas no sentido de que a audiência de custódia representa um desestímulo aos agentes de segurança pública, tendo em vista o crescente número de concessão de liberdade provisória a suspeitos, conforme afirmam o Comandante da Polícia Militar de Pernambuco, Vanildo Maranhão, e o Chefe da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, Joselito do Amaral, em entrevista ao G1⁴⁶.

Dessa forma, desde a implantação da audiência de custódia já é possível verificar os impactos positivos decorrentes da sua utilização, seja para os presos na garantia dos direitos constitucionais, seja para a sociedade, no combate a superpopulação carcerária no Brasil, ainda que existam críticas à implantação do instituto.

⁴² COUTINHO apud. MONTENEGRO, Manuel Carlos, op. cit., nota 38.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rio de Janeiro. *Central de Audiência de Custódia inaugurada em Benfica vai gerar economia e segurança na cidade*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/cs/home/-/noticias/visualizar/49802>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁴⁴ LEWANDOWSKI apud MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em 18 mar. 2018.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal [E-book] 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁶ MARANHÃO, Vanildo; AMARAL, Joselito. Entrevista concedida ao G1, em agosto de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/liberacao-de-suspeitos-em-audiencia-de-custodia-desestimula-policia-dizem-comandantes-em-pe.ghml>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Com base no que foi apresentado, esta pesquisa destacou que o Brasil, país signatário do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao regulamentar a audiência de custódia pela Resolução nº 213/15, do CNJ, deu um grande passo a fim de moldar um processo penal mais eficiente e efetivo ao impor a necessidade de apresentação do preso em flagrante no prazo de 24 horas.

Com a implantação da audiência de custódia, consolidou-se a necessidade de apresentação do preso em flagrante, dentro do prazo de 24 horas, à autoridade competente para a análise da prisão efetuada, de maneira que essa é mantida, caso seja a hipótese de prisão legal, ou relaxada, no caso de prisão ilegal, e incumbe também análise da possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares.

A audiência de custódia demonstrou ser um mecanismo hábil na proteção dos direitos fundamentais dos presos em flagrante, prevenindo a prática de atos de tortura e prisões ilegais, e maior respeito ao direito fundamental máximo, o direito de liberdade, ao tornar mais humanístico o procedimento de análise dos elementos que justificaram a prisão em flagrante efetuada.

Não obstante muitos Estados brasileiros já terem instituído o referido procedimento, esse ainda se encontra em fase de implementação e adaptação, gerando reflexos em sua operacionalização. Nesse sentido, não só o Poder Judiciário demonstrou se adaptar ao novo instituto, mas também os demais órgãos diretamente envolvidos na sua realização, como os órgãos policiais.

Para solucionar a dificuldade logística no cumprimento do prazo de 24 horas para apresentação do preso em flagrante ao juiz, os Estados brasileiros buscam alternativas para melhor se amoldar à essa exigência, como o Estado do Ceará que reuniu em um único local todos os envolvidos para a realização da audiência de custódia.

Dessa forma, restou evidente que as diversidades e realidades regionais de cada Estado brasileiro, bem como a necessidade de compatibilização dos procedimentos policiais com os do poder judiciário, impediram a rigidez de protocolos de procedimentos e fez com que cada unidade da federação se amoldasse e adaptasse a fim de dar maior efetividade e facilitar o cumprimento do prazo estabelecido.

O entendimento a que chegou esse pesquisador fundou-se no sentido de que mesmo que ainda possam existir dificuldades práticas decorrentes de um Estado com poucos recursos, estas não devem servir como óbice para a realização da audiência de custódia. Isso porque, evidenciou-se que a referida solenidade proporcionou efeitos positivos não só para o preso em flagrante, como também para a sociedade.

Ao longo do terceiro capítulo, constatou-se que atualmente é alarmante a quantidade de presos provisoriamente aguardando julgamento, configurando a superpopulação carcerária, que inclusive foi objeto de análise pelo STF, tendo esse reconhecido o estado de coisa inconstitucional em razão da situação precária dos presos.

Assim, esta pesquisa chegou ao entendimento que a implementação da audiência de custódia resulta em um grande avanço civilizatório. Com base em argumentos de autoridades respeitadas se concluiu que são diversos os benefícios trazidos para a sociedade com a aplicação eficiente da referida solenidade.

Portanto, ficou evidente que a proposta do autor consiste na tese que, embora o sistema criminal brasileiro enfrente dificuldades logísticas para a realização da solenidade dentro do prazo fixado pela Resolução nº 213/15, do CNJ, é indispensável o empenho de todos os órgãos envolvidos para a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais dos presos, impondo-se um maior cunho humanístico à finalidade a qual se destina, para conseqüentemente surtir efeitos positivos em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil; ALAMEDA, David; GALÁN, Javier. A bomba-relógio da população carcerária no Brasil. *El País*. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos [Pacto São José da Costa Rica]*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.



_____. *Decreto n° 592*, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Resolução n° 213 do CNJ*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DURKHEIN apud DIAS, Fabio Nascimento. *Violência e Criminalidade: uma análise das condicionantes sociais*. Disponível em: <<http://abordagempolicial.com/2010/04/violencia-e-criminalidade-uma-analise-das-condicionantes-sociais/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

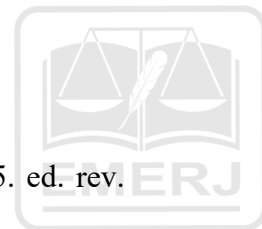
FINGERMANN apud. MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios*. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HOLMES; SUNSTEIN apud ESTEVES, Henrique Perez; FURTADO, Pedro Nirceu. *Audiência de custódia: desafios para a sua implementação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44203/audiencia-de-custodia-desafios-para-a-sua-implementacao>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

LAUAR apud LIMA, Paola. *Já em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem- virar-lei>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

LEWANDOWSKI apud FREIRE, Tatiane. *Audiência de custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80249-audiencia-de-custodia-chega-a-14-estados-com-adesao-do-piaui>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

LEWANDOWSKI apud MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em 18 mar. 2018.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. [Ebook] 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARANHAO, Vanildo; AMARAL, Joselito. Entrevista concedida ao G1, em agosto de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pe-noticia/pe-noticia-liberacao-de-suspeitos-em-audiencia-de-custodia-desestimula-policia-dizem-comandantes-em-pe.ghtml>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MENDES, Gilmar. Entrevista concedida à BBC Brasil, em janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal [E-book] 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. *Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicos-audiencia-custodia>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

RODRIGUES, André Victor. *CE Pacífico*: Inauguração da Decap e da Vara Única de Audiências de Custódia aproxima trabalho policial e judiciário. Disponível em: <<http://www.ceara.gov.br/2017/08/07/ce-pacifico-inauguracao-da-decap-e-da-vara-unica-de-audiencias-de-custodia-aproxima-trabalho-policial-e-judiciario/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. [Ebook] 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rio de Janeiro. *Central de Audiência de Custódia inaugurada em Benfica vai gerar economia e segurança na cidade*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/cs/home/-/noticias/visualizar/49802>>. Acesso em: 18 mar. 2018.



EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E A APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPC/2015 NOS PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, ANTE A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Caroline Macedo Nascimento Costa
Graduada pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A exibição de documento se trata de importante medida a fim de que a parte que tem acesso à documentação, exiba em juízo seu conteúdo, ainda que o direito pleiteado seja adverso ao seu. Isso porque a ausência de espontaneidade da parte em cooperar dificulta a comprovação em juízo dos fatos alegados pelo *ex adverso* e, portanto, é necessário que a sistemática processual obrigue a parte adversária a exibir os documentos necessários. Para tanto, o art. 400 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que, caso os documentos não sejam exibidos, as alegações da parte serão consideradas o que, quando se trata de Fazenda Pública, pode conflitar com a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Todavia, o que se busca com o presente trabalho é defender que, eventual entendimento nesse sentido, não deve prosperar.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Jurisprudência defensiva. Efetividade das decisões judiciais. Efetividade da medida de exibição de documentos. Relativização da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Sumário – Introdução. 1. Utilidade da medida disposta no art. 400 do código de processo civil de 2015 e sua aplicabilidade nos processos contra a fazenda pública. 2. Aplicação da medida sancionatória prevista no art. 400 do Código de Processo Civil/2015 pela jurisprudência nos processos contra a Fazenda Pública, considerando a presunção de legitimidade como característica do ato administrativo. 3. Da relativização da presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise sobre a presunção de veracidade das alegações apresentadas pelas partes, nos termos do que dispõe o art. 400 do CPC, considerando que uma delas se trata de Fazenda Pública.

A fim de melhor delimitar o tema, objeto do estudo terá por base a jurisprudência firmada nos processos contra a Fazenda Pública, em que a referida medida incidental foi requerida e o entendimento doutrinário no que tange à presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No primeiro capítulo, busca – se analisar as demandas contra a Fazenda Pública que, por sua vez, requerem um conjunto probatório que, muitas das vezes impossibilita uma decisão favorável, pois é ela que detém a documentação necessária.



Nesse sentido, por exemplo, o art. 9º da Lei 12153 de 2009 (Lei dos Juizados Especiais de Fazenda Pública)¹, na esteira de um processo cooperativo, dispõe acerca da obrigatoriedade da Fazenda Pública disponibilizar em juízo a documentação necessária para a resolução do feito.

No segundo capítulo, busca-se analisar a aplicação do art. 400 do CPC/2015 nos processos em que uma das partes é a Fazenda Pública, medida que pode ser essencial para o deslinde do feito, ante seu efeito coativo.

No terceiro capítulo, a pesquisa culmina com a análise de que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não pode ser utilizada como fundamento para indeferir a aplicação do dispositivo supracitado, sob pena de ineficácia da lei.

Por fim, o presente artigo desenvolveu-se por meio do método hipotético-dedutivo. Isso porque se partiu de hipóteses relevantes ao tema para, posteriormente, analisá-las se serão consideradas válidas ou não. Assim, o objeto de estudo será abordado de forma qualitativa, conforme Doutrina e Jurisprudência a ser discutida adiante.

1.UTILIDADE DA MEDIDA DISPOSTA NO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E SUA APLICABILIDADE NOS PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

Historicamente, a Fazenda Pública goza de prerrogativas processuais, tais como o prazo em dobro, remessa necessária e intimação pessoal. De acordo com a Doutrina, tais prerrogativas visam garantir um equilíbrio entre as partes, em consideração ao interesse público envolvido².

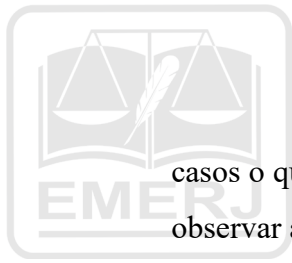
Leonardo Carneiro da Cunha ensina que tais prerrogativas tem como fundamento a justiça distributiva de Aristóteles, que consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade e, na medida em que a Fazenda Pública seria a parte mais fraca, quando comparada ao particular, tal medida seria justificável.³

Ainda que se discuta se tais prerrogativas devem ser mantidas em todos os tipos de processo em que a Fazenda Pública figure como parte, uma vez que em muitos

¹BRASIL. *Lei nº 12153 de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em 22 abr. 2018.

²CUNHA, Leonardo Carneiro da, *A Fazenda Pública em juízo*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 31.

³Ibid.



casos o que essa defende não é o interesse público primário, a jurisprudência continua a observar as peculiaridades processuais em questão.⁴

Nesse sentido, cumpre trazer à baila o atributo da presunção de veracidade dos atos administrativos que, por óbvio, se estende à esfera processual⁵.

Primeiramente, cumpre ressaltar que Maria Zanella Di Pietro faz distinção entre presunção de legitimidade e presunção de veracidade dos atos administrativos⁶. O primeiro consiste na observância da legalidade, ou seja, presunção de que o ato foi emitido de acordo com o que determina a lei. O segundo, por sua vez, consiste na presunção de que os fatos alegados pela Administração são verdadeiros. Portanto, ante os conceitos da referida autora, optou-se por se referir à presunção de legitimidade no presente trabalho, pois o cerne da discussão é justamente a relativização do referido atributo⁷.

A referida autora aponta ainda os motivos elencados pela Doutrina que fundamentam tal atributo do ato administrativo: as formalidades e procedimentos que antecedem sua edição, por ser uma forma de expressão da soberania estatal, necessidade de conferir celeridade aos atos administrativos, controle exercido pelos órgãos que o editam e a sujeição da administração pública ao controle de legalidade⁸.

Todavia, ainda que o ato administrativo goze do atributo comentado acima, não é possível que se oponha à parte adversária um obstáculo intransponível e que dificulte sobremaneira a defesa de seu direito em juízo.

Nesse sentido, o art. 11 da Lei n°10259 de 2001⁹ e art. 9° da Lei n°12153 de 2009¹⁰ prevê que a entidade pública deverá apresentar em juízo a documentação necessária para a resolução do feito, o que se coaduna com o princípio processual da cooperação, positivado no art.6° do Código de Processo Civil de 2015¹¹.

⁴FÉLIX, Renan Paes, *As prerrogativas processuais da Fazenda Pública diante da efetividade do processo*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18191/As_Prerrogativas_Processuais_da_Fazenda_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REspn° 1110925 / SP*. Ministro: Teori Albino Zavascki. Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRESUNCAO+DE+LEGITIMIDADE+CDA&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 216.

⁷Ibid.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. *Lei n°10.259 de 12 de julho de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.html>. Acesso em 15 out. 2017;

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. *Lei n°13.105 de 2015 de 16 de março de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 15 out. 2017.



Ou seja, é insuficiente que a Fazenda Pública como parte apenas faça alegações no processo sem subsídio probatório e, caso seja ela a detentora da prova, deve juntar aos autos em auxílio à parte adversária. Isso porque muitas das vezes é a Fazenda Pública que detém a documentação necessária para a comprovação do direito constitutivo do autor.

Cite-se, como exemplo, demanda na qual a parte pretende comprovar sua preterição em concurso público ante a contratação de terceirizados pela Administração Pública. Ora, muitas das vezes a parte autora não detém os contratos que confirmariam tal preterição, mas tem conhecimento do fato porque conhece as pessoas que lá trabalham, por exemplo.

Assim, ao ajuizar uma ação na qual requer sua nomeação e posse no concurso público, caso não detenha as provas necessárias, é imprescindível que maneje uma medida incidental de exibição de documentos, sob pena de indeferimento do seu pedido.

Todavia, merece destaque que, nem sempre a parte instada a exibir o documento cumpre a decisão judicial ou quando o faz, não o exhibe de forma completa.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina a exibição de documentos a partir do art. 396 e, no art. 400, dispõe sobre as sanções a serem aplicadas, se o requerido não efetuar a exibição ou se houver recusa ilegítima.¹²

Assim, interessante medida prevista no art. 400, caput, é a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte, o que é uma sanção eficaz e inibitória contra comportamentos anti-cooperativos.¹³

Ressalte-se que o parágrafo único do referido dispositivo apresenta outras medidas a fim de impelir a parte de realizar a exibição, tais como *astreintese* busca e apreensão. Todavia, o artigo mencionado acima é o que consubstancia a coerção indireta, por induzir a parte a cumprir a determinação judicial, sob pena da sanção processual já mencionada.

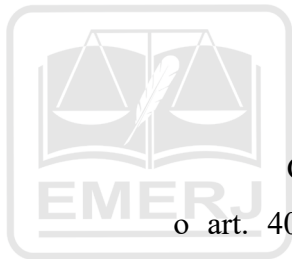
Nesse sentido, merece destaque a seguinte observação realizada por Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴ :

Como se pode notar, existe sobre a parte contrária uma pressão psicológica significativa, considerando-se que a não exibição de documento ou coisa em juízo acarretará a ela manifesta situação de desvantagem processual.

¹²BRASIL. op. cit., nota 11.

¹³Ibid.

¹⁴NEVES, Daniel Assunção, *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodium, 2016, p. 1503.



Conforme ensina Alexandre Câmara, as medidas dispostas no parágrafo único o art. 400, do Código de Processo Civil de 2015, tais como busca e apreensão *astreintes* devem ser utilizadas de forma subsidiária, ou seja, quando a parte requerente não tem conhecimento do conteúdo do documento a ser exibido, por exemplo.¹⁵

Nesse sentido, permanece na jurisprudência e Doutrina a discussão quanto à vigência do enunciado n° 372 do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe que, na exibição de documentos, não é cabível multa cominatória.

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n° 817270/ SC , o Tribunal reafirmou a vigência do referido enunciado de súmula, mesmo após advento do Novo Código de Processo Civil¹⁶. Na partilha do mesmo entendimento, também há decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela inaplicabilidade de multa cominatória na medida de exibição de documentos, conforme consta dos autos do Agravo de Instrumento n°0071260-45.2017.8.19.0000, da lavra da Desembargadora Ana Celia Montemor Soares, da Vigésima Quarta Câmara Cível¹⁷.

Na mesma via, há vozes na Doutrina no sentido de que a presunção das alegações apresentadas pela parte requerente, nos termos do art. 400 do Código de Processo Civil de 2015¹⁸ é suficiente como método coercitivo para que a parte requerida apresente o documento pretendido, nos termos do que esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁹:

Ainda que parcela da doutrina defenda a aplicação de multas sancionatórias e/ou a determinação de busca e apreensão na hipótese de não exibição injustificada, não concordo com nenhuma dessas medidas. A consequência prevista no art. 400, caput, do Novo CPC já é prejudicial o suficiente para a parte que optou pela não exibição da coisa ou documento em juízo, sendo forma muito mais eficaz de atender à pretensão do requerente do que a realização de ato de pressão psicológica por meio das astreintes ou de constrição judicial por meio de busca à apreensão. Além do mais, não existe um dever da parte em exibir o documento, mas um ônus processual, não se

¹⁵CÂMARA, Alexandre Freitas, *O Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Atlas, p. 246.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n° 817270/SC*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=s%FAmula+372+stj&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em 23 abr. 2018.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n°0071260-45.2017.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora: Ana Célia Montemor Soares Rios Gonçalves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004173A15DAF9A1A2B89EB89C138A167D4FC5080B3B5417>>. Acesso em 23/04/2018.

¹⁸BRASIL. op. cit; nota 11.

¹⁹NEVES. op. cit, p. 1503.

podendo por isso aceitar a aplicação de medidas de coerção ou sanção processual

Em tempo, é importante destacar que o desconhecimento do conteúdo do documento não se confunde com o desconhecimento quanto à existência do documento.²⁰ Isso porque um dos requisitos para que a medida possa ser postulada perante o Judiciário, de acordo com o art. 397, inciso III do Código de Processo Civil de 2015, é a de que o pedido contenha as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento existe e se acha em poder da parte contrária.²¹

Nesta toada, uma vez que, nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, incumbe à parte autora provar os fatos constitutivos de seu direito e à parte ré os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, a medida contida no art. 400 do referido diploma processual é de suma importância.²²

Assim, ainda que existam vozes no sentido de que a Fazenda Pública merece proteção diferenciada²³, é louvável que a sistemática processual possibilite a aplicação da sanção processual acima²⁴, em que pese a presunção relativa de legitimidade de que gozam os atos administrativos, conforme será melhor discutido em capítulo adiante.

2.APLICAÇÃO DA MEDIDA SANCIONATÓRIA PREVISTA NO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PELA JURISPRUDÊNCIA NOS PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, ANTE A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE COMO CARACTERÍSTICA DO ATO ADMINISTRATIVO.

Como já destacado anteriormente, muitas das vezes a parte não detém em seu poder provas suficientes para provar o fato constitutivo de seu direito, o que é mais comum quando a Fazenda Pública figura no pólo passivo.

Portanto, o Código de Processo Civil prevê, por meio do art. 400, uma medida que impõe a parte adversária que exiba os documentos necessários em juízo, sob pena de presunção de veracidade do que foi alegado pela parte solicitante²⁵.

²⁰Ibid.

²¹BRASIL. op. cit., nota 10.

²²BRASIL.op. cit., nota 11.

²³CUNHA. op. cit., p.31.

²⁴BRASIL.op. cit., nota 11.

²⁵Ibid.



Uma característica que se percebe no geral dos julgados proferidos em que uma das partes é a Fazenda Pública, é a necessidade de uma produção de prova robusta, a fim de que o julgador efetivamente considere o direito alegado em juízo digno de tutela jurisdicional.

Não se desconhece algumas situações, como a execução fiscal, em que a certidão de dívida ativa emitida pelo Fisco é dotada de presunção de certeza de liquidez e, portanto, tal presunção dever ser elidida pelo contribuinte.

Todavia, nos autos do Recurso Especial nº1682103/RS, da lavra do Ministro Herman Benjamin, o fundamento do julgador para indeferir o pedido de juntada do procedimento administrativo aos autos é inadequado. Isso porque alegar que a Fazenda Pública não pode fazer prova contra si mesma é dotá-la de um escudo que vai de encontro com o viés cooperativo do processo civil, além de ser eticamente questionável, conforme se apreende da ementa colacionada abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DA EMBARGANTE. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 481/STJ. PROVA DA MISERABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.1. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, e o ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo-lhe, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia. 2. "A despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor." (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31.3.2011). 3. A concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica demanda efetiva prova da impossibilidade de arcar com as custas processuais, sendo inadmitida sua presunção. EREsp 1.055.037/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 14.9.2009.4. "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais" (Súmula 481/STJ).5. A Corte de origem entendeu que a ora recorrente não comprovou a necessidade que ensejasse a concessão da assistência judiciária gratuita. Reavaliar a situação financeira da empresa e as provas apresentadas nos autos para que se concedesse a assistência pretendida esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.(REsp 1682103/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 17/10/2017)²⁶.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1682103/RS. Relator: Ministro: Herman Benjamin. Disponível:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75600542&num_registro=201701430090&data=20171017&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 24/04/2018.



Ora, tal decisão denota receio do julgador ou da Administração Pública quanto ao deferimento do pedido de exibição de documentos, pois do contrário, por qual motivo a Fazenda Pública não poderia trazer aos autos a cópia do processo administrativo? Caso o fundamento fosse o da celeridade ou contrariedade ao rito da execução fiscal, seria possível acatar a decisão acima sob o prisma técnico.

Ocorre o fundamento acima utilizado é no mínimo reprovável, pois parcial e, reitera-se, contrário ao escopo cooperativo da nova sistemática processual.

Ressalte-se que a referida decisão foi proferida já sob a égide do Novo Código de Processo Civil que, no art. 6º, dispõe que as partes devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva²⁷. Portanto, sob um ponto de vista racional, tal entendimento não pode prevalecer entre os julgadores, sob pena de a Fazenda Pública ser posta em um altar processual não abarcado pela legalidade e pela ordem principiológica do nosso sistema.

Ora, como se percebe, a jurisprudência adota entendimentos, assim como a ordem jurídica, que dota de presunção de certeza e legitimidade documentos próprios da Fazenda Pública o que impede a parte de obter em juízo documentação necessária para a comprovação de seu direito.

Todavia, há recente decisão do Tribunal de Justiça, da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara que entendeu existir violação à ampla defesa quando o pedido de exibição de documentos não é apreciado, ainda que a parte a exhibir seja a Fazenda Pública²⁸:

APELAÇÃO Nº 0193315-34.2013.8.19.0001 APELANTE: ANDRE ALEXANDRE SEIDEL APELADA: PETROLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE FREITAS CÂMARA Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Concurso da Petrobras para o cargo de Engenheiro de Produção Júnior. Alegação de contratação de terceirizados para o exercício das mesmas funções previstas no concurso. Entendimento do STF no sentido de que a contratação de terceirizados durante o prazo de vigência do concurso configura preterição do candidato classificado, fazendo surgir seu direito de ser nomeado. Necessidade de demonstrar que foram contratados tantos terceirizados quanto o número de candidatos mais bem classificados do que o autor, o que não foi feito. Ausência de análise de requerimento de exibição de documentos para comprovar quantos terceirizados foram contratados. Violação da ampla defesa. Necessidade de

²⁷BRASIL. op. cit., nota 11.

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0193315-34.2013.8.19.0001*. Relator: Alexandre de Freitas Câmara. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040B8AA200B33FA8F17938B491D6319AD3C506572E0347>. Acesso em 17 out. 2017.



anulação da sentença, a fim de que sejam exibidos pela Petrobras os documentos requeridos pelo autor. Anulação da sentença, de ofício, e recurso prejudicado.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, um dos fundamentos para tal característica do ato reside na própria natureza do ato administrativo e, uma vez que derivam de agentes que detêm parcela do poder estatal, é natural que estejam sob uma aura de legitimidade²⁹. E continua o autor:

Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo³⁰.

Todavia, considerando que vivemos em um Estado de Direito, ou mais, precisamente, em um Estado que atua sob a égide da Constituição e da Lei, determinados entendimentos que coloquem o cidadão em manifesta desvantagem não se coadunam com o constitucionalismo contemporâneo.

Luis Roberto Barroso discorre de forma interessante sobre o interesse público primário e secundário e de como esse não pode se sobrepor ao primeiro³¹. Explica o autor que o interesse público primário é a simples razão de ser do Estado e nos seus objetivos principais, como a justiça, segurança e bem-estar social, enquanto que o interesse público secundário é o interesse da pessoa jurídica de direito público que, na maior parte das vezes, confunde-se com o interesse do erário³².

Entretanto, ainda conforme o referido autor, uma vez que, a satisfação do interesse público primário gira em torno da garantia de um direito fundamental ou do cumprimento satisfatório do papel do Estado, o interesse público secundário jamais poderá gozar de supremacia. Ainda nesse sentido, o ilustre professor traz à baila a discussão doutrinária quanto à atualidade do princípio da supremacia do interesse público quando em confronto com direitos de particulares com densidade constitucional³³.

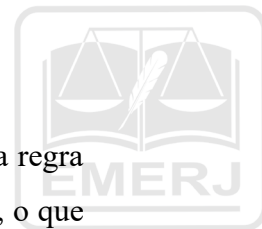
²⁹CARVALHO FILHO, Alexandre dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2017, p. 120.

³⁰Ibid.

³¹BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 93.

³²Ibid, p. 92.

³³Ibid, p. 94.



Ainda que existam vozes conservadoras em contrário no sentido de que a regra é a de que o interesse público secundário prevalece sobre os interesses privados³⁴, o que se defende nesse trabalho é a relativização da concepção de uma Administração Pública em desacordo com um Estado que se funda em direitos fundamentais.

Portanto, o antigo entendimento de que a Fazenda Pública é soberana e detentora de prerrogativas processuais e materiais na relação processual deve ser revista, antes os novos escopos do Processo Civil e na Constituição Federal de 1988.

3.DA RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO PROCESSO CIVIL.

Conforme já ressaltado nos capítulos anteriores, a presunção de legitimidade é um atributo do ato administrativo consagrado pela Doutrina³⁵ e o que se propõe a discutir no presente trabalho é a sua aplicabilidade frente ao que dispõe o art. 400 do Código de Processo Civil³⁶.

Nos termos dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, a presunção de legitimidade dos atos administrativos se trata de uma característica que não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado³⁷.

Ainda de acordo com o referido autor, a referida característica tem por escopo impedir que os atos emanados por agentes que detêm parcela do Poder Público sejam contestados a todos o momento por terceiros³⁸.

Todavia, trata-se de uma presunção relativa e, portanto admite prova em sentido contrário³⁹. Assim, o que se verifica processualmente é um ônus do qual a parte adversa tem que se desincumbir para provar em juízo o seu direito, o que, quando se trata de Administração Pública, pode ganhar contornos diferenciados.

Nesse sentido, é perfeitamente aplicável a presunção de veracidade das alegações apresentadas pelo particular, caso a Fazenda Pública se recuse a exibir os

³⁴CARVALHO FILHO.op. cit., p. 32.

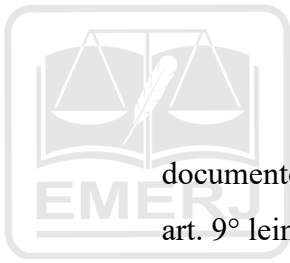
³⁵DI PIETRO. op. cit.,p. 216.

³⁶BRASIL.op. cit., nota 11.

³⁷ CARVALHO FILHO. op. cit, p. 110.

³⁸DI PIETRO. op. cit., p. 216.

³⁹Ibid.



documentos em juízo, na esteira do que o art. 400 do Código de Processo Civil de 2015 art. 9º leinº 12153 de 2009 e art. 11 da lei nº 10259 de 2001 dispõem.

Conforme já ressaltado, o que se pretende é concretizar um processo civil cooperativo permeado pela boa fé em que, ainda que as partes litiguem quanto a quem cabe o bem jurídico pleiteado, o que se objetiva é a resolução do mérito do processo e não apenas protelar a decisão final.

Outro fundamento para a relativização da referida característica é distribuição dinâmica do ônus da prova que foi incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art.373 §1º do referido diploma⁴⁰.

Nesse sentido, em recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0010142-68.2017.8.19.000, da lavra do Desembargador Carlos Santos de Oliveira, um dos fundamentos utilizados para deferir medida de exibição de documento contra o Detran – Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro foi exatamente esse, conforme se confere na ementa a seguir⁴¹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 373, §1º CPC. 1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão saneadora que indeferiu o pleito de expedição de ofício requerido pela parte autora, ao argumento de ser desnecessário ao deslinde do feito. 2. As autoras pretendem a exibição de documentos, referentes às contratações de terceirizados pelo Detran em determinado período de tempo, tendo realizado tal pedido ainda na petição inicial, destacando a observância do artigo 355 e seguintes do Código de Processo Civil. 3. Observância da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. A parte agravada possui maiores condições de juntar aos autos os documentos requeridos. 4. Esta teoria, há muito prestigiada na doutrina, foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme previsão do §1º do artigo 373. PROVIMENTO DO RECURSO.

Portanto, a presunção de legitimidade dos atos administrativos é uma característica que não pode ser obstáculo a um processo civil democrático, conforme exposto e defendido no presente trabalho.

Infelizmente o que se verifica é que, em que pese o aparelhamento das Procuradorias seja cada vez melhor, a Fazenda Pública ainda continua em um pedestal reprovável que não pode prevalecer.

⁴⁰BRASIL. op. cit., nota 11.

⁴¹BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0010142-68.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Santos de Oliveira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046CEC17308E860E27D7E633F88E90EF94C506304B302A&USER=>>>. Acesso em 24 abr. 2018.



Na prática, algumas normas que foram elaboradas para defender o cidadão contra o Estado, acabam por blindar a Administração Pública e impedir a concretização do valor justiça, como o prazo em dobro e a Remessa Necessária, essa prevista no art. 496 do Código de Processo Civil de 2015⁴².

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objeto a sanção processual apresentada no art. 400 do Código de Processo Civil de 2015⁴³, qual seja, presunção das alegações deduzidas pela parte e sua aplicação nos processos contra a Fazenda Pública, considerando a presunção de legitimidade, que é um atributo clássico dos atos administrativos.

Primeiramente observou-se a importância da medida de exibição, pois muitas das vezes a parte não detém o documento necessário para comprovar o seu direito em juízo, mas aquele está em poder de terceiro ou da parte adversária. Assim, ciente de tal dificuldade, a lei prevê que a parte pode solicitar ao juiz que determine a exibição dos documentos nos autos e, para tanto, dispõe como medida coercitiva, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte solicitante em caso de resistência.

Ato contínuo, foi discorrido que em que pese a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a existências prerrogativas processuais quando se trata da Administração Pública que figura em dos polos, é possível a aplicação da referida sanção à Fazenda Pública em juízo. Também foi realizada uma análise de outras medidas coercitivas previstas na lei processual, tais como a busca e apreensão e a imposição de multa pecuniária, em que pese o disposto no enunciado de súmula nº 372 do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui-se que a presunção das alegações como verdadeiras é a medida mais adequada para que a parte cumpra a decisão judicial, exceto se a parte requerente não tiver conhecimento do conteúdo do documento, mas souber de sua existência, o que, reitera-se, é um dos requisitos para o requerimento da medida, nos termos do art. 397, do Código de Processo Civil de 2015.

No segundo capítulo foi analisado entendimento jurisprudencial no que tange à aplicação do disposto no art. 400 do referido diploma processual e foram tecidas críticas

⁴²BRASIL. op. cit., nota 11.

⁴³Ibid.



quanto ao fundamento utilizado para indeferir a medida, qual seja, a de que não cabe à Fazenda Pública produzir prova contra si mesma. Ainda no mesmo capítulo, houve breve menção à crítica doutrinária contra o princípio da supremacia do interesse público e, portanto, quanto à prevalência do interesse público frente a um direito particular fundamental.

Isso porque o art. 9º da Lei nº 12.153 de 2009 e 11 da Lei 10259 de 2001, além do próprio art. 359 do Código de Processo Civil de 1973, já asseguravam a presunção de veracidade e, conforme consta das observações do referido capítulo, o fundamento mencionado acima mune a Fazenda Pública de poderes que não são razoáveis.

Por fim, no terceiro capítulo foi realizada uma análise sobre como a presunção de legitimidade dos atos administrativos não pode ser um óbice à própria medida de exibição de documentos e ao que consta no art. 400 do Código de Processo Civil de 2015, pois o que se busca é um processo em que as partes colaborem e cooperam para que o objetivo principal, que é a análise do mérito, seja alcançado.

Conclui-se que, não se desconhece que no processo civil as partes litigam entre si e buscam, por vezes, provimentos materiais antagônicos. Todavia, sob a égide da nova sistemática processual, consubstanciada no Código de Processo Civil de 2015, as partes devem agir em consonância com a boa-fé objetiva e, portanto, evitar condutas processuais que retardem o processo ou imobilizem a máquina judiciária, ainda quando se trata da defesa do interesse público primário.

Ora, não se pretende aqui defender um processo civil utópico, tanto que a lei prevê medidas sancionatórias e coercitivas em caso de descumprimento da decisão judicial que determina a exibição de documentos, sendo a prevista no art. 400 do Código de Processo Civil de 2015 a mais eficaz.

O que se pretende é um litígio contra a Fazenda Pública cada vez mais justo e igualitário e sem privilégios e prerrogativas desnecessárias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

BRASIL. *Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em 15 out. 2017;

_____. *Lei 13.105 n° de 2015 de 16 de março de 2015*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivl/_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 15 out. 2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n° 817270/SC*. Relator: Ministro MouraRibeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=s%FAMula+372+stj&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em 23 abr. 2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1110925 / SP*. Relator: Ministro Teori AlbinoZavasck. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRESUNCAO+DE+LEGITIMIDADE+CDA&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_v_sualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 22 abr2018;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1682103/RS*. Relator: *Ministro: Herman Benjamim*. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75600542&num_registro=201701430090&data=20171017&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 24 abr 2018;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0010142-68.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Santos de Oliveira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046CEC17308E860E27D7E633F88E90EF94C506304B302A&USER=>>>. Acesso em 24 abr. 2018;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n°0071260-45.2017.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora: Ana Célia MontemorSoares RiosGonçalves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004173A15DAF9A1A2B89EB89C138A167D4FC5080B3B5417>>. Acesso em 23 abr. 2018;

CÂMARA, Alexandre Freitas, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

CARVALHO FILHO, Alexandre dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2017;

CUNHA, Leonardo Carneiro da, *A Fazenda Pública em juízo*, 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014;

FÉLIX, Renan Paes, As prerrogativas processuais da Fazenda Pública diante da efetividade do processo, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 663-699, 2007. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/engine/principal.php>>. Acesso em: 12 ago. 2018;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2017.



O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cezar Eduardo March Farias Segundo
Graduado pela Universidade Cândido
Mendes. Advogado.

Resumo – O presente trabalho faz uma análise do Estado de Coisa Inconstitucional e sua relação com o ativismo judicial. Para relacionar esses dois institutos foi analisado o cenário do ativismo judicial nas teses constitucionais do Supremo Tribunal Federal ao contexto carcerário, sobretudo a partir da declaração liminar do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário e a aplicação da mesma teoria na Colômbia e sua evolução, demonstrando que o Brasil parece enveredar pelos mesmo caminhos, ao invés de aprender com a experiência Colombiana.

Palavras – chave – Direito Constitucional. Estado de Coisa Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal decisões contra o Estado de Coisa Inconstitucional. Ativismo Judicial. Pós-Positivismo.

Sumário – Introdução. 1. Dos contornos do Pós-Positivismo no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade da Corte Suprema declarar o Estado de Coisa Inconstitucional. 3. Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento da validação do Ativismo Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, elegendo 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 a tese.

O sistema carcerário brasileiro passe por uma crise de desumanidade aparente e verificada ao longo de muitos anos. Para diversos acadêmicos, sociólogos, doutrinadores do direito penal, da criminologia e de outros ramos essa crise é uma das principais causas de reincidência e do desenvolvimento da criminalidade no cenário brasileiro.

Claro e evidente que, conjuntamente a esse sistema encontramos argumentos como a desigualdade social, alta taxa de desemprego, falta de educação e outros fatores que permeiam o estudo da criminalidade.



No entanto, fato é que, como apresentado, o sistema carcerário hoje não só influi para o aumento da criminalidade, como também infringe diversos direitos fundamentais dos apenados, afetando diretamente o seu mínimo existencial.

Dessa forma, o presente estudo foi identificar os fundamentos da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, difundido a partir da experiência colombiana. Este, foi anunciado, pela primeira vez, no Brasil, na ADPF nº 347, na qual ainda em decisão liminar ficou definido existir o Estado de coisas Inconstitucional sobre o sistema carcerário brasileiro.

O próximo passo do estudo foi tentar delinear quais as mudanças foram impostas pelo judiciário após essa decisão. A mera declaração teria algum efeito? O judiciário atuou ativamente? O judiciário tem dialogado com os outros poderes para buscar a solução?

Notou-se que, com as futuras decisões fundamentadas no Estado de Coisas Inconstitucional o judiciário tem atuado de forma ativa, utilizando do ativismo judicial de maneira imperiosa pelo destaque da supremacia das decisões judiciais.

O primeiro capítulo dedica-se a estudo do ativismo judicial, do cenário para a sua utilização e como essa ferramenta funciona no judiciário brasileiro. Demonstrando a problemática da sua utilização e a sua ofensa ou não a separação dos poderes.

O segundo capítulo busca demonstrar de que maneira é possível declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, quais são os seus fundamentos, bem como uma análise histórica da omissão estrutural e a partir disso anunciar a problemática dos seus efeitos.

O terceiro capítulo denota as decisões judiciais baseadas no Estado de Coisas Inconstitucional e apresenta uma análise crítica da forma como o ativismo judicial foi utilizado nos pretensos.

A metodologia aplicada para pesquisa é o método hipotético-dedutivo, ou seja, dentro do campo do objeto, foram escolhidas um conjunto de proposições específicas de forma qualitativa para, argumentativamente, demonstrar a inefetividade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional sobre o sistema carcerário.



1. DOS CONTORNOS DO PÓS-POSITIVISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ativismo judicial é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, seja no controle de políticas públicas, seja na efetivação de direitos sociais no Brasil.

Ativismo judicial é um termo introduzido por Arthur Schlesinger Jr.¹ em uma publicação de janeiro de 1947 na revista *Fortune* nos Estados Unidos da América².

No caso discutido pela Suprema Corte Americana, comentado por Arthur Schlesinger Jr., havia uma polarização sobre a afirmação de promoção de política pública pelo judiciário a partir do *social welfare* (Estado de Bem-Estar Social), e o outro polo da discussão preocupado com o autocontrole do judiciário e de permanecer em uma posição isenta, sem imiscuir-se na atribuição das políticas públicas para a promoção do bem-estar social, compreendendo que não haveria legitimidade do judiciário para fazê-lo a partir da concepção de democracia representativa.

Portanto, para Arthur Schlesinger Jr.³, o ativismo judicial estaria ligado a implementação do bem-estar social pelo judiciário, expandindo o seu espaço decisório, imiscuindo-se e controlando outros poderes.

No Brasil, o controle de políticas públicas, devido à segunda geração de direitos fundamentais, tem ocorrido de forma clara, seja em decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em decisões dos juízes de primeira instância.

Esse controle tem ocorrido, desde decisões que permeiam vagas em creches⁴ e obrigações de internação ou entrega de medicamentos, até obrigar entidades públicas e privadas a permitir que

¹KEENAN, D. Kmiec. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 22 out. 2017

² Ibidem

³ Ibidem

⁴ O Poder Judiciário pode obrigar o Município a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade. A educação infantil, em creche e pré-escola, representa prerrogativa constitucional indisponível garantida às crianças até 5 anos de idade, sendo um dever do Estado (art. 208, IV, da CF/88). Os Municípios, que têm o dever de atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF/88), não podem se recusar a cumprir este mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi conferido pela Constituição Federal. STF. Decisão monocrática. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016 (Info 827). CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Poder Judiciário pode obrigar Município a fornecer vaga em creche*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <www.Buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e369853df766fa44e1ed0ff613f563bd> Acesso em: 05 jun. 2018



deficientes compartilhem do mesmo ensino que outros estudantes sem nenhuma cobrança adicional⁵.

Essa forma de solução de conflitos comporta hoje diversas concepções, em sua razão de existir são semelhantes, no entanto a sua aparência no cenário jurídico é de atuação multiforme.

Cumprindo inicialmente traçar o fundamento de onde vem a semelhança das formas de ativismo judicial.

Fato é que a doutrina apresenta 3 (três) motivadores para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil, um primeiro de ordem histórica, o segundo de ordem filosófica e o terceiro de ordem teórica.

Sobre o motivador de ordem teórica o doutrinador J.J. Gomes Canotilho⁶ atribui a possibilidade do ativismo judicial ao constitucionalismo moderno, sendo constitucionalismo: “(...) a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

No entanto, a partir da modernidade do constitucionalismo não mais se fala em somente uma estruturação da organização política, mas também na Constituição como uma limitante de poderes com fins garantísticos, surgindo a maior possibilidade de controle do judiciário sobre o ordenamento jurídico e fático.

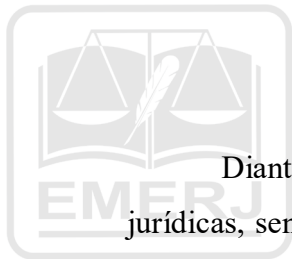
Em máxima atribuída a Paulo Bonavides⁷: “Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!”. A partir desse axioma compreende-se que no passado o direito era uma tutela baseada nos Códigos Privados, na concepção do Direito Civil como mãe das relações, principalmente por tutelar a maioria das liberdades individuais, ressaltando a propriedade e os bens.

No entanto, hoje o Direito, é irradiado pela constituição em todas as suas vertentes. Movimento conhecido como a constitucionalização do direito, de forma que todos os ramos do direito carecem de ser reinterpretados perante os princípios constitucionais, seja nas relações verticais (Estado para cidadão), seja nas relações horizontais (cidadão para cidadão).

⁵ São constitucionais o art. 28, § 1º e o art. 30, da Lei nº 13.146/2015, que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação. STF. Plenário. ADI nº 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016 (Info 829).Ibidem.

⁶ CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. São Paulo; Saraiva, 2003, p. 45.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Traça Histórico do Direito Constitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=4>> Acesso em: 22 out. 2017



Diante dessa constitucionalização do direito e a atribuição dos princípios como normas jurídicas, sendo estes mais abstratos, possibilitou-se o maior controle judicial, gerando ambiente propício para o ativismo, já que a norma-princípio não estabelece um fazer claro, atribuindo-se ao juiz interprete da norma a posição hercúlea de tornar concreta a norma abstrata principiológica.

O motivador de ordem filosófica seria o pós-positivismo, segundo Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo vem superar o positivismo de ordem claras, de segurança jurídica absoluta, de comandos normativos imperiosos e legalistas, para possibilitar uma reaproximação do direito com a ética e a filosofia.

Essa reaproximação possibilita a busca pelo justo e o âmbito da valoração, coadunando-se com a constitucionalização do direito, no qual a valoração será feita a partir dos princípios constitucionais.

Diante disso, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

O marco filosófico deste novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, é a superação da filosofia jurídica positivista [...] nos últimos 20 anos vive-se no Brasil um processo de superação dessa visão positivista, não para desprezar a relevância da lei escrita, não para desprezar a importância da segurança jurídica, mas para constatar que nós vivemos uma época de reaproximação entre o Direito e a Ética, entre o Direito e a Filosofia. [...] neste universo que se vive no Brasil um momento de reconhecimento de normatividade a princípios como o da dignidade da pessoa humana, como justiça, como o devido processo legal, que são na verdade a porta de entrada dos valores no sistema jurídico, de modo que o pós-positivismo nos liberta da dependência absoluta do texto legislado para reconhecer que há normatividade nos valores e nos princípios ainda quando não escritos. O pós-positivismo identifica também uma era em que a dignidade da pessoa humana passa a ser um princípio fundamental do qual se irradiam os diferentes direitos fundamentais.

Como marco histórico, há o fim da Segunda Guerra Mundial, posto que muito se discutiu sobre as atrocidades que haveriam sido realizadas sob o manto da legalidade, aliás esse era um dos argumentos dos condenados nazistas no Tribunal de Nuremberg.

Apesar dos seus atos estarem sobre o manto da legalidade não existia espaço para afirmar que estariam sobre o manto do justo, do sensato, do digno para a humanidade e do respeito ao ser humano. Os atos legais da Alemanha nazista feriram a ética, a dignidade e o respeito ao ser humano.

No Brasil esse marco histórico seria a Constituição Cidadã, conforme afirma o Ministro Luís Roberto Barroso⁹:

⁸Ibidem

⁹Ibidem



O marco histórico deste novo Direito Constitucional tem início com a redemocratização da Europa, logo depois da 2ª Guerra Mundial na Alemanha, depois na Itália. Tem como marcos ainda a redemocratização da Espanha e de Portugal ao longo da década de 70. O marco histórico deste novo Direito Constitucional no Brasil é a Constituição de 1988, que completou 20 anos, e que ajudou a se fazer uma travessia extremamente bem sucedida entre nós, de um estado autoritário para um estado democrático de direito.

Compreendendo então o cenário jurídico-teórico, histórico e filosófico que propicia uma atuação ativista do judiciário torna-se mais fácil explicitar as formas de ativismo judicial para em capítulo posterior apresentar o Estado de Coisa Inconstitucional e sua forma de implementação pelos poderes através de uma conduta determinante do judiciário.

2. A POSSIBILIDADE DA CORTE SUPREMA DECLARAR O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Para tratar devidamente da possibilidade da Corte Suprema declarar o Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), necessário se faz compreender antecipadamente o que seria a ECI, com todos os seus pressupostos.

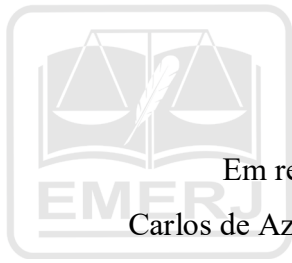
O ECI é uma teoria importada da Corte Colombiana¹⁰, tanto na forma, quanto em sua nomenclatura.

Conforme será apresentado no decorrer do trabalho, um importante traço da ECI é a caracterização de uma omissão estrutural. No entanto, se trata de uma omissão estrutural específica.

Vale ressaltar que, a primeira percepção de uma omissão estrutural foi relacionada nos Estados Unidos da América, no caso *Brown contra o Conselho de Educação de Topeka*¹¹, ocorrido em 1954, possibilitando que negros pudessem ser matriculados em escolas que só aceitavam brancos.

¹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia n° T – 025/04*. Doutor Manuel José Cepeda Espinosa <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2018

¹¹ Caso iniciado em 1954, decidiu que Linda Brown fosse matriculada em uma escola de brancos, e estipulando metas para que houvesse mudança de paradigma no tratamento com os negros. Essa medida deu início ao fim da era conhecida como “separados, mas iguais”, compreendendo que essa ideologia feria o artigo XV da Constituição Americana. EUA, Supreme Court of United States of America. *Case Brown v. Board of Education*. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociedade/brown-contra-o-conselho-de-educacao>. Acesso em: 7 mai. 2017



Em regra, a ECI trataria os casos de omissão estrutural, que segundo o posicionamento do Carlos de Azevedo Campos¹² se caracterizaria pelos seguintes pressupostos:

[...] no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais).

Diante dessa proposição, evidencia-se que, a ECI não pode ser declarada em qualquer caso de omissão, tendo em vista a existência de pressupostos que irão possibilitar a sua aplicação e o primeiro deles seria a violação sistemática de direitos fundamentais, decorrentes de ações e omissões estatais também sistêmicas.

A violação sistêmica se caracteriza quando a superação do quadro existente carece de medidas não só de um órgão, mas de todo o aparato estatal.

De maneira que a sistematização seria a característica fundamental para a diferenciação entre a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional e as outras formas de omissão, que seriam: omissão legislativa e omissão administrativa.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere, ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão**, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.¹³

O Supremo Tribunal Federal até o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF nº 347)¹⁴, somente admitia a tutela jurisdicional sobre assuntos que

¹²CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos Temer o Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#sdfootnote3sym>>. Acesso em: 7 mai. 2017

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1439*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1439%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8af5ga>>. Acesso em: 8 mai. 2017

¹⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 1 mai. 2017



questionavam omissões legislativas sobre comandos constitucionais normativos de aplicabilidade limitada¹⁵.

Dessa forma, a omissão legislativa difere da omissão que enseja a ECI, posto que, a omissão que enseja a ECI não é aquela que simplesmente indica um ato político ineficiente de um comando constitucional, mas sim que transforma um fato, ou o estado de uma coisa em inconstitucional.

Não por falta de uma regulamentação de um comando constitucional, mas sim por omissão estatal que passa a ferir os direitos e garantias fundamentais que estão expostas na CRFB/88, criando uma inconstitucionalidade não em referência a uma norma, mas sim ao parâmetro sistêmico constitucional.

Por esse motivo, os pressupostos são diversos quando se fala em inconstitucionalidade por omissão legislativa e a omissão sistêmica estatal que enseja a ECI.

Enquanto esta tem as omissões já referidas anteriormente, a omissão legislativa ensejadora de ADO é uma omissão que tem como único pressuposto a falta de comando normativo infraconstitucional que tornaria uma norma constitucional efetiva.

Por outro olhar, refere-se a omissão estatal que enseja responsabilidade civil do estado, mas não encontra pontos em comum com a ensejadora de ECI.

Isso, porque como elencado anteriormente, a ECI depende de uma omissão sistêmica, e a responsabilidade civil do estado será casuística. Conforme o artigo 37, par. 6º CRFB/88¹⁶, o estado responderá pelos danos que causarem a terceiros, já na ECI podemos não ter um dano específico, concreto, delimitado.

Haveria 3 (três) pressupostos principais para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. O primeiro deles; no plano dos fatos é a necessidade de viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais¹⁷. No caso paradigmático nacional ADPF nº 347, sobre o sistema carcerário.

Na ADPF nº 347 fica clara a presença desse pressuposto apresentado pelo apresentado na ação e pelo confirmado na sentença, pelo que dispõe:

(...) violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Assevera que a superlotação e as

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.25.

¹⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

¹⁷ CONJUR, op. cit. nota 12



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.¹⁸

Conforme destaca a jurisprudência, o estado de coisa do sistema carcerário está em um contrassenso ao disposto na Constituição Federal, diante da sua superlotação e as condições degradantes, ofendendo a dignidade humana, utilizando-se de tortura e tratamento desumano, dificultando o acesso à Justiça e os diversos direitos sociais, desde saúde até o trabalho.

O segundo pressuposto seria, no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis.¹⁹

No campo da ADPF paradigmática temos a enumeração de problemas no plano dos fatores da situação institucional, demonstrando tratar-se de uma omissão sistêmica, conforme aduz:

Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. (...) A União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro. O Poder Judiciário, conforme aduz, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia.(...)O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.²⁰

As omissões dos 3 poderes que poderiam diminuir o caos em que se encontra o sistema carcerário, seja o Poder Executivo, por reter as verbas públicas no FUNPEN, seja o Poder Judiciário, por não obedecer o comando supralegal do Pacto de San Jose da Costa Rica e efetivar a audiência de custódia, assim como pela utilização irrestrita da prisão preventiva, ou ainda o Poder Legislativo que estabelece como política pública critérios que não levam em consideração o sistema carcerário.

¹⁸BRASIL.op. cit. nota 14

¹⁹CAMPOS, op. cit. nota 12

²⁰BRASIL.op. cit. 14



Dessa forma, caso não exista uma mudança estrutural que leva em consideração os três poderes e toda a sua força conjunta no desempenho de suas funções típicas manter-se-á o Estado de Coisa Inconstitucional sobre o sistema carcerário.

O terceiro e último pressuposto coaduna-se como segundo e seria como uma consequência que estaria no plano dos remédios para afastar o Estado de Coisa Inconstitucional: seria a omissão de medidas não só de um órgão, mas de uma

Diante desse quadro, a análise volta-se para a forma como o judiciário tem-se manifestado com a declaração liminar do Estado de Coisa Inconstitucional.

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DA VALIDAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

No quadro apresentado, o Brasil encontra-se em um momento histórico, filosófico e teórico apto a tornar o ativismo judicial uma prática e temos a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário.

Para doutrinadores como Lênio Streck²¹, somente a declaração do Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional já seria um ato de ativismo judicial, vez que o judiciário estaria se imiscuindo de atividade do Poder Executivo, ou ainda do Legislativo.

No entanto, o referido autor, aduz o tema como uma forma pejorativa de solução do problema, deixando claro sua insatisfação com a declaração liminar da ADPF nº 347. Entendendo ser o ativismo, pós-positivista sempre um ato que irá infringir a separação dos poderes e sobre o qual o Judiciário não teria a legitimidade, capacidade ou competência para julgar.

Porém, Carlos Alexandre de Azevedo Campos²² afirma que o Estado de Coisa Inconstitucional seria somente uma senha de acesso, uma abertura, um *password* que possibilite a atuação do Poder Judiciário em forma de controle sobre as ações políticas, mas não como supremacia judicial, e sim em um contexto dialógico com os outros poderes.

O grande questionamento é sobre o quando estaria o aludido Estado de Coisa Inconstitucional possibilitando que o Poder Judiciário atue de forma isolada e ativista.

²¹STRECK, Lênio. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

²²CAMPOS, op. cit. 12



Hoje, verdade é que o STF ainda não julgou definitivamente a ADPF nº 347. No entanto, mesmo com a decisão liminar apontou direções para a atuação dos poderes como descrito anteriormente, com declarações sobre a liberação de verbas do FUNPEN, a regulação da audiência de custódia e ainda a diminuição das prisões preventivas, devendo o juiz primeiramente optar pelas medidas cautelares, ou ainda a prisão domiciliar.

Contudo, a Suprema Corte parece estar tomando iniciativas ativistas que não buscam o diálogo com os outros poderes, cabe-nos apresentar casos em que o STF tem atuado motivando suas decisões no Estado de Coisas Inconstitucional, porém, não tem utilizado da resolução que foi efetiva na Colômbia.

Segundo Carlos Alexandre Azevedo Campos²³, a Colômbia já passou por alguns casos de declaração de Estado de Coisas Inconstitucional e o mais bem-sucedido haveria sido o caso do deslocamento forçado de pessoas.

Nesse caso, a Corte Colombiana tomou como pressuposto uma atuação dialogada com os outros poderes, sendo uma via de coordenação dos projetos e de contraponto entre população e estado, promovendo audiências públicas e prestações de contas.

Na sentença nº T-025/05²⁴, e durante a sua execução, a Corte Colombiana agiu de forma diferente do que havia feito nos casos anteriores: ao invés de buscar remediar a inconstitucionalidade de coisas através da supremacia da ordem judicial, o que não rendeu bons frutos, buscou o tratamento pelo diálogo das sentenças estruturantes.

Todavia, no Brasil, parece que simplesmente importou-se o instituto da Colômbia, mas não houve a importação da experiência do tratamento com a execução. O que encontramos após a declaração liminar do Estado de Coisas Inconstitucional são decisões pontuais do STF que dão azo ao ativismo judicial e normalmente por tentativas de criações legislativas, seja através de súmulas, instituição da audiência de custódia, ou ainda da tentativa de criação de uma hipótese de remissão de pena.

²³CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio Estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em 21 mai. 2017.

²⁴COLÔMBIA, op. cit. nota 10



A audiência de custódia foi criada por uma Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁵, órgão administrativo ligado ao poder judiciário, para o seu controle, o que causa grande estranheza.

A afirmativa do CNJ é que na verdade o Pacto de San José da Costa Rica já haveria tornado a audiência de custódia norma a ser seguida no Brasil, tendo em vista que se trata de tratado internacional que aborda direitos humanos e é considerado norma supralegal, dispondo no artigo 7.5²⁶ sobre a condução da pessoa presa ou detida a autoridade judiciária ou outra autoridade.

Entretanto, o Pacto não apresenta prazos, não determina a competência; melhor dizendo: não impõe o procedimento que deve ser seguido, ficando isso a cargo da Resolução nº 213/15 do CNJ.

Dessa forma, o CNJ, por meio de ato do seu presidente, que é o mesmo presidente do STF, infringe a competência constitucional legislativa da União para tratar sobre normas de processo penal.

O que aponta como um ato de ativismo judicial realizado pelo órgão administrativo do judiciário, tendo em vista que a criação da audiência de custódia não poderia se dar por uma sentença ou mesmo por uma súmula, tendo em vista que ao utilizar desses meios impossível seria determinar um procedimento.

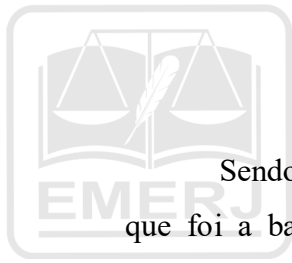
Outra demonstração de ativismo judicial é a edição da Súmula Vinculante 56²⁷, que dispõe sobre os casos de falta de vagas em estabelecimentos prisionais adequados a fase de execução penal, como o regime semiaberto, não podendo ser imposto ao apenado cumprir a sua pena em estabelecimento prisional para regime mais gravoso.

Dessa forma, caso não exista vaga em estabelecimento penal do regime semiaberto deverá o apenado ir para o regime aberto, não podendo ficar em estabelecimento penal inadequado ao seu regime.

²⁵BRASIL. *Resolução nº 213/15 CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

²⁶Idem. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 13 mai. 2017.

²⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. Redator Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 jun 2018



Sendo que, no julgamento do RE nº 641.320/RS²⁸, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que foi a base para a edição da Súmula Vinculante supramencionada, temos como um dos fundamentos o estado de coisas inconstitucional, indicando que com a superlotação, a omissão estrutural e com o estado degradante dos presídios melhor seria que o apenado em regime semiaberto passasse para o aberto, do que voltasse ao fechado em caso de falta de vaga em estabelecimento prisional adequado.

Dessa forma, o que se depreende, nesse caso, é que mais uma vez o Judiciário, agora por meio da edição de um enunciado de súmula vinculante, por supremacia do poder judicial, cria uma norma no ordenamento para o tratamento dos apenados, modificando políticas legislativas do sistema carcerário. Demonstra-se, mais uma vez, o ativismo judicial e não aquele dialógico, mas sim o por imposição do poder judiciário.

No julgamento do RE nº 580.252/MS²⁹, que impôs o pagamento de R\$2.000,00 (dois mil reais) de indenização por dano moral ao preso que se encontrava em situação degradante no cárcere foi apresentado pelo Min. Luís Roberto Barroso uma outra forma de resolução para o litígio.

O douto Ministro apresenta como alternativa a possibilidade da remissão de pena por dia degradante vivido pelo apenado, sendo contrário a indenização por dano moral ao preso.

Nesse julgado também temos as mesmas condicionantes que levam ao Estado de Coisas Inconstitucional, afirmando o Min. Barroso que a mera indenização pode tornar-se em uma constante e passaria a perpetuar o estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, posto que ao Estado caberia tão-somente o pagamento de indenizações, que, nesse caso, se assemelha até mesmo de pequeno valor diante da infração de direitos sofrida pelo apenado em estado degradante, já que ao estado cabe o dever de guarda daquele que teve a liberdade cerceada.

No entanto, a solução apresentada pelo Min. Barroso não parece a melhor, tendo em vista se tratar de ato que também promoveria o ativismo judicial impositivo, criando nova forma de remissão. É bem verdade que, a jurisprudência todo o tempo tem apresentado atividades que impõe

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20641320>>. Acesso em: 06 jun 2018

²⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20580252>>. Acesso em 6 jun 2018



a remissão de pena, mas isso se trata tão-somente de uma interpretação elástica do que seria trabalho e estudo no sistema carcerário.

O que ocorre é uma grande problematização dos limites de atuação do sistema judiciário diante de um problema tão grave e como a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional pode redefinir esse cenário.

Como afirmado anteriormente, a Colômbia, após diversos casos de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional aprendeu que a melhor forma de execução da sentença para buscar a mudança do status quo seria a forma dialógica-estrutural de ativismo, o que não tem sido ainda utilizado pelo judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

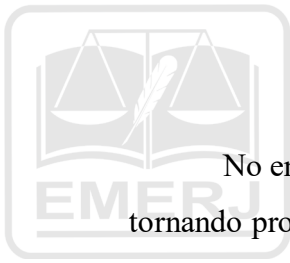
Diante do quadro apresentado, o ativismo judicial parece ser uma realidade na sociedade brasileira. Além do momento histórico, filosófico e teórico propício para o seu germinar, temos ainda a fragilidade política que hoje encontramos no Brasil, fazendo com que o judiciário passe cada vez mais ter um papel de destaque.

Na mesma toada, afigura-se o Estado de Coisas Inconstitucional, uma realidade em países emergentes e que precisam lidar com problemas reais criados por diversos fatores estruturais na sua formação. Hoje, no Brasil discute-se o sistema carcerário, que não encontra em um prazo curto potencial de ser resolvido, principalmente por ser uma questão excluída da plataforma política.

Verdade é que a declaração de Estado de Coisa Inconstitucional, por si só, traz o sistema carcerário para a agenda política. No entanto, o descaso social e a ideia do retributivismo da execução penal torna ainda nebuloso o futuro do sistema carcerário.

Como o problema do sistema carcerário é estrutural, fato é que o Poder Judiciário também encontra seu patamar de responsabilidade, seja em decisões que não levam em consideração a superpopulação, seja pela falta de aplicação dos procedimentos da execução penal.

Nesse quadro, o ativismo judicial floresce em relação ao tema, porém a Suprema Corte brasileira, ainda sem dar a atenção devida, perde-se em decisões simplórias e tentativas amargas de usurpação da função de outros poderes, mas criando normas que somente criam deveres para o próprio judiciário, o que torna menos agressiva essa forma de ativismo.



No entanto, o ativismo dialógico que pode englobar todos os poderes ainda não foi utilizado, tornando provavelmente ineficaz a forma que parece o STF ter escolhido para tentar solucionar o problema.

Enquanto não houver a imposição de prazos, a participação popular, a disponibilização de verba e a compreensão da necessidade de criação de normas específicas sobre o sistema carcerário, o mero esforço do Poder Judiciário, isoladamente, tornar-se-á ineficaz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Traça histórico do direito Constitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=2>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 mai. 2017.

_____. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. *Resolução nº 213/15 CNJ*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1439*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1439%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1439%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8af5ga>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 1 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. Redator Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.F.LSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20580252>> Acesso em 6 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11436372&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20641320>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Devemos temer o Estado de Coisa Inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em 9 mai. 2017.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio Estrutural*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em 21 mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.25.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2003.

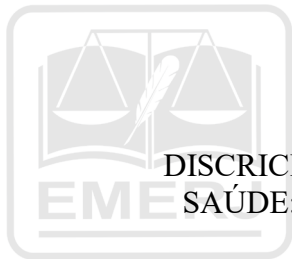
CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Poder Judiciário pode obrigar Município a fornecervaga em creche*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <www.Buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e369853df766fa44e1ed0ff613f563bd> Acesso em: 05 jun. 2018

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade do art. 28, § 1º e do art. 30 da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a1d0c6e83f027327d8461063f4ac58a6>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *SENTENCIA nº T-025/04*. Relator Manoel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> Acesso em: 11 mai. 2017.

STRECK, Lênio. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

KEENAN, D. Kmiec. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 22 out. 2017.



DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS ESCOLHAS DA CONITEC

Clarissa Maria Freire Machado

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A saúde pública no Brasil apresenta problemas estruturais, que vêm sendo agravados pelo cenário de escassez de recursos gerado pela crise financeira. Diante disso, a observância da divisão administrativa de competência no que tange ao fornecimento de tratamentos de saúde apresenta-se como critério que pode ser útil na garantia da isonomia entre os indivíduos. Além disso, tendo em vista a existência de órgãos técnicos da Administração que tratam da incorporação de medicamentos ao Sistema Único de Saúde, tem-se como relevante a discussão acerca da deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas. Tudo isso no intuito de analisar de que formas a prestação da saúde pública pode se tornar mais eficiente para a população em geral.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Ativismo judicial. Políticas públicas de saúde. O papel da Conitec. Separação dos poderes.

Sumário – Introdução. 1. Do alcance da solidariedade no âmbito da saúde. 2. Da relevância das escolhas técnicas adotadas pelos órgãos competentes. 3. Da atuação do juiz no caso concreto e das consequências práticas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, tendo em vista, especialmente, o papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec). Objetiva-se demonstrar a importância da deferência do Poder Judiciário às escolhas administrativas.

Para que se possa entender melhor a questão, deve-se trabalhar com a noção de discricionariedade técnica. Dessa forma, abordam-se conceitos trazidos pela doutrina, de modo a possibilitar um enfoque técnico da questão.

A noção de solidariedade entre os entes administrativos no âmbito da saúde, cujo fundamento é extraído da própria Constituição, é amplamente aceita pelos Tribunais Superiores. Como consequência, inúmeras são as decisões judiciais que concedem tutela provisória e/ou julgam procedentes os pedidos de fornecimento de medicamentos, pautadas primordialmente na obrigação solidária entre os entes.



Assim, é possível notar que as decisões judiciais vêm desprestigiando as escolhas técnicas adotadas no âmbito das políticas públicas da saúde. Todavia, já que existem órgãos especializados, como é o caso da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec, faz-se necessário que o Poder Judiciário observe as escolhas adotadas.

Portanto, é justamente a partir disso se desenvolve o presente artigo: a relação entre as escolhas administrativas e as decisões judiciais relativas à prestação da saúde pública, problemática constante no atual cenário brasileiro, que merece especial destaque em razão da crise financeira. Assim, passa-se a questionar o alcance da noção de solidariedade e a relevância das escolhas técnicas, bem como os limites da intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo.

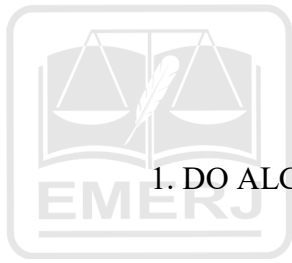
No primeiro capítulo, busca-se discutir a noção de solidariedade como argumento que se sustentaria por si só, tendo em vista, especialmente, o confronto com o critério de descentralização, notadamente a divisão de competências administrativas no que tange ao fornecimento de medicamentos.

O segundo capítulo, por sua vez, pretende abordar a atuação dos órgãos competentes em matéria de saúde, especialmente a da Conitec, bem como a relevância das escolhas técnicas.

No último capítulo, defende-se a necessidade de contenção do Poder Judiciário nos casos em que a decisão geraria gastos públicos e, conseqüentemente, realocação de despesas, explicitando as vantagens da vinculação do Poder Judiciário às escolhas técnicas adotadas pelos órgãos competentes no âmbito da saúde, notadamente quanto à efetividade da prestação jurisdicional.

Quanto à metodologia de pesquisa aplicada ao presente trabalho, deve-se ter em vista que o entendimento objeto não deriva de previsão legal claramente estabelecida, mas sim do cotejo entre as decisões judiciais e as escolhas administrativas, estas pautadas em conceitos inerentes à própria organização do Estado.

Portanto, a pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática (deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas no âmbito das políticas públicas de saúde) e visa a apresentar discussões sobre ela inerentes e eventuais desdobramentos no cenário fático, mormente no contexto atual de crise financeira e de desabastecimento.



1. DO ALCANCE DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA SAÚDE

De início, é importante destacar, brevemente, o contexto fático no qual se insere a temática aqui abordada.

É de conhecimento geral que a saúde pública no Brasil apresenta problemas estruturais de grande porte, a exemplo do desabastecimento de medicamentos e da má qualidade dos serviços oferecidos nos hospitais da rede pública. Diante desse cenário, a judicialização é comumente vista pelos cidadãos como um meio de encurtar a distância entre o problema apresentado e a solução concreta.

Certo é que o Poder Judiciário, nesse ínterim, acaba, via de regra, por desprestigiar escolhas técnicas adotadas pela Administração, a pretexto de conferir efetividade ao direito fundamental em voga. Isso porque, em matéria de saúde, até os juízes, que são os técnicos aplicadores da lei, naturalmente são sensibilizados pela causa, o que os leva, de antemão, a entender pelo deferimento do pedido.

Os juízes, ao se depararem com ações em que se pleiteia tratamento de saúde, proferem decisões que, muitas das vezes, se enquadram no que se chama de quadro mental paranóico. Explica-se: a parte requer o tratamento e o juiz se predispõe a deferir-lo. Resta apenas buscar a fundamentação. É nesse contexto que se observa a problemática a respeito da solidariedade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 855.178/SE, reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral e, ato contínuo, reafirmou a jurisprudência dominante para reputar solidária a obrigação dos entes em tornar efetivo o direito à saúde (Relator Min. Luiz Fux, Tema 793, do STF)¹.

Assim, já está consagrado na jurisprudência o entendimento acerca da existência de solidariedade entre os entes federativos no que tange à prestação de serviços de saúde e ao fornecimento de medicamentos. A doutrina, igualmente, segue esse entendimento.

¹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. RE nº 855.178/SE, Relator Min. Luiz Fux, DJe 16/03/2015.



Todavia, as ações e serviços públicos de saúde, conforme previsto no artigo 198 da Constituição Federal², constituem o Sistema Único de Saúde (SUS) mediante uma rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.

Aqui, importa destacar a diretriz da descentralização. Entre os entes federados não há hierarquia, mas há descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, que leva à divisão administrativa de competência.

Em linhas gerais, compete primordialmente aos Municípios e ao Distrito Federal a organização e a execução das ações de atenção básica, conforme Portaria nº 2.488/2011³ do Ministério da Saúde. Os medicamentos inseridos no Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) são aqueles contextualizados em procedimentos ambulatoriais de baixa complexidade, abrangendo grande parte dos problemas da população, conforme Portarias nº 399/2006, 204/2007 e 1555/2013.

Quanto aos medicamentos especializados, a Portaria nº 1.554/2013⁴ do Ministério da Saúde aprovou e regulamentou o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

A Portaria nº 1.554/13 do Ministério da Saúde definiu o financiamento e a execução tripartite, mas as responsabilidades foram estabelecidas em 3 grupos, cada um referente a um ente federativo. Há, ainda, portarias específicas quanto aos chamados Medicamentos Estratégicos, como no caso de HIV (Portaria 9.313/1996 do Ministério da Saúde) e de diabetes (Portaria 2.583/2007 do Ministério da Saúde).

Ocorre que, por vezes, determinado ente administrativo, responsável pelo fornecimento de um medicamento específico, não o possui em estoque, o que leva a parte a ajuizar ação de obrigação de fazer em face não somente desse ente administrativo, mas também de outro ente. Ou seja, frustrada a cobrança administrativa, ocorre a judicialização em face não apenas do ente originalmente responsável.

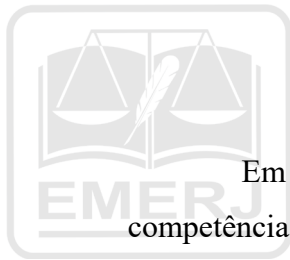
Nesses casos e, diga-se, na grande maioria das ações individuais que versam sobre saúde, a solidariedade apresenta-se como forma de justificar o acolhimento da pretensão.

² BRASIL. *Constituição Federal*.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

³ BRASIL. *Portaria nº 2.488/2011*. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html. Acesso em: 18 out. 2017.

⁴ BRASIL. *Portaria nº 1.554/2013*. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 18 out. 2017.



Em um cenário de escassez de recursos, a observância da divisão administrativa de competência apresenta-se como critério razoável para solucionar o problema. A imposição de responsabilidade a todos os entes, pautada apenas na solidariedade, ocasiona realocação de recursos públicos, prejudicando a destinação do orçamento previamente estabelecido e diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde ao restante da coletividade.

Assim, decisões fundamentadas na responsabilidade solidária por si só, amplamente aceitas na jurisprudência, vão de encontro à descentralização e à repartição de competência. Nesse sentido, destaca-se a posição de Luís Roberto Barroso⁵:

a atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Não se pretende, aqui, afirmar que a organicidade administrativa deve prevalecer sobre o que determina a própria Constituição quando estabelece que a obrigação é solidária. Todavia, a solidariedade não deveria conduzir, por si só, à conclusão de que todo cidadão pode optar por onde, por quando e por quem deve ser atendido, já que toda prestação nesse sentido acarreta impacto direto sobre a coletividade, razão pela qual o direito à saúde não pode ser visto de forma individual ou isolada.

Veja-se, por exemplo, o caso dos medicamentos utilizados para tratamento de Hepatite C. Os fármacos Sofosbuvir e Daclatasvir foram incorporados ao Protocolo Clínico para tratamento de Hepatite C e Coinfecções, de modo que devem ser adquiridos e dispensados a partir dos critérios estabelecidos na Portaria GM/MS nº 1.554/2013.

Como esses medicamentos foram incorporados dentro do Grupo 1-A da Portaria GM/MS nº 1.554/2013, sua aquisição compete ao Ministério da Saúde, que deve fornecê-los às Secretarias de Estado de Saúde para distribuição aos pacientes cadastrados, conforme artigo 3º da referida portaria:

Art. 3º: Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:
I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:
a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). *Direitos Sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.885.

responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e (...)⁶

Logo, a União Federal é o ente administrativo responsável pela aquisição dos medicamentos Sofosbuvir e Daclatasvir e distribuição aos Estados, os quais, por sua vez, encarregam-se de dispensá-los aos portadores de Hepatite C e Coinfecções que residem em seus territórios.

Dessa forma, tendo em vista que a responsabilidade de aquisição desses medicamentos é atribuída à União Federal, e diante da excessiva onerosidade na obtenção dos referidos medicamentos (o custo mensal do tratamento com esses fármacos gira em torno de R\$ 70.000,00), não condiz com o princípio da eficiência a transferência para outros entes administrativos da obrigação imputada à União quando da repartição da competência comum de garantir o direito à saúde.

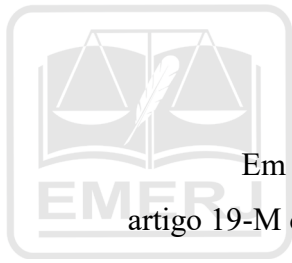
Logo, num sistema que envolve múltiplos partícipes e que atribui especificamente a responsabilidade pela aquisição de alguns medicamentos, não é razoável que recaia sobre qualquer ente a responsabilidade de adquirir medicamentos quando a regulamentação impõe a obrigação a um ente específico.

Para além da repartição administrativa de competência entre os entes, tem-se, ainda, as escolhas técnicas adotadas por órgãos especializados, cuja relevância será abordada em momento oportuno. Desde logo, já se deve assentar que é plenamente compreensível que os Juízes de Direito entendam, aprioristicamente, pelo acolhimento dos pleitos em matéria de saúde. Todavia, tais decisões, por vezes imediatistas, podem acabar por se afastar da melhor técnica.

2. DA RELEVÂNCIA DAS ESCOLHAS TÉCNICAS ADOTADAS PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES

Em um cenário de multiplicidade de demandas individuais nas quais são pleiteados fármacos que, por expressa decisão técnica, não foram incorporados ao SUS, convém que se analise a relevância das escolhas técnicas dos órgãos competentes, notadamente da já mencionada Conitec.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.



Em matéria de saúde, a noção de assistência terapêutica integral vem definida no artigo 19-M da Lei nº 8.080/90⁷ (com redação dada pela Lei nº 12.401/11):

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P (...)

Com relação à incorporação de novos medicamentos, tem-se o artigo 19-Q da Lei nº 8.080/90⁸ (com redação dada pela Lei nº 12.401/11):

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) foi criada pela Lei nº 12.401/11⁹, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. A Conitec, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.¹⁰

O artigo 19-R, da Lei nº 8.080/90¹¹ (com redação dada pela Lei nº 12.401/11), por sua vez, prevê um procedimento especial para incorporação, exclusão, ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos pelo Ministério da Saúde, no qual se verifica se o objeto analisado atende aos parâmetros de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade que justifiquem a sua dispensação pelo SUS. Veja-se:

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

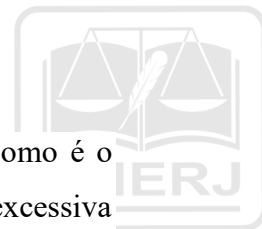
⁷ BRASIL. *Lei nº 8.080/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. *Lei nº 12.401/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹⁰ Conteúdo retirado do site <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹¹ BRASIL, op. cit, nota 7.



A Lei nº 12.401/11¹² trouxe algumas inovações para a Lei nº 8.080/90¹³, como é o caso dos artigos acima citados. Considerada uma resposta institucional à excessiva judicialização da saúde no país, essa lei incorporou o procedimento específico, passível de ser instaurado por qualquer interessado, para a incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos ao SUS, bem como para a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica.

Inserido no fenômeno da judicialização da saúde, não raras são as demandas em que são pleiteados medicamentos que, expressamente, deixaram de ser incluídos no âmbito da dispensação gratuita pela rede pública.

Em outras palavras, são frequentes as demandas em que são pleiteados medicamentos não incorporados, a despeito de o órgão técnico do Ministério da Saúde, ao delinear as políticas de atendimento farmacêutico, ter expressamente decidido, após detalhado estudo submetido a consulta pública, pela não inclusão de tal substância nos protocolos.

Tal decisão é fruto da denominada discricionariedade técnica, instituto que surgiu no direito brasileiro por influência do modelo norteamericano, desenvolvido no âmbito das agências reguladoras. Na doutrina pátria, há pouca reflexão a respeito. Maria Sylvania Zanella di Pietro¹⁴ é uma das poucas autoras sobre o tema no Brasil e aduz que

A distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.

Assim, é possível concluir que se a decisão é tomada com base em critérios extrajurídicos, não seria correto ceder espaço a um controle exercido por um órgão único, exclusivamente jurídico. Por mais que se argumente a existência de auxiliares técnicos dos juízes, a decisão ao fim e ao cabo será tomada pelo magistrado, tendo em vista a ausência de vinculação deste ao parecer emitido pelos auxiliares.

Emerge, nesse ponto, a teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário, que adverte que a interferência dos magistrados nos critérios técnicos definidos pelas políticas públicas de saúde gera efeitos sistêmicos, uma vez que os conflitos relativos aos direitos

¹² BRASIL, op. cit., nota 9.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 6.



sociais, como direitos coletivos que são, envolvem a distribuição de recursos públicos e a própria universalização do acesso aos serviços públicos de saúde.¹⁵

Nesse contexto, verifica-se a importância das agências criadas com a finalidade de regular as diversas áreas estratégicas e gerenciais da Administração Pública para diminuir a necessidade de incursão do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, em observância ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, a realidade no Poder Judiciário afasta-se dessa noção. Por conseguinte, os juízes, ao se depararem com demandas desse tipo e determinarem o fornecimento de fármacos expressamente não incluídos nas listas de dispensação, acabam por se sobrepor à atuação dos órgãos competentes, substituindo uma escolha técnica e interferindo de forma indevida no funcionamento da Administração Pública, o que vai de encontro à reserva de administração e à separação de poderes.

Em tais situações, o Poder Judiciário não detém a capacidade institucional e os conhecimentos necessários para avaliar plenamente as complexas questões técnicas envolvidas na decisão sobre a incorporação de medicamentos. Ademais, não se pode esquecer que as escolhas técnicas são legitimadas pela expertise da comissão e pelo procedimento adotado.

Nesse sentido, vale destacar trecho do voto proferido pelo Exmo. Min. Luis Roberto Barroso no julgamento, em repercussão geral, do RE nº 566.471/RN¹⁶ (ainda se encontra em julgamento), proferido em 28/09/2016:

Nos casos em que a CONITEC chegou a avaliar pedido de incorporação de medicamento, mas concluiu de modo desfavorável ao fornecimento gratuito do fármaco pelo Poder Público, deve-se privilegiar a decisão técnica do órgão responsável. Nessa situação, o que se deve poder questionar na via judicial é tão somente a fundamentação técnica e científica da decisão do SUS de não incluir a tecnologia nas listas de dispensação existentes.

Trata-se, portanto, de um expediente democrático que contempla a necessária abertura do conteúdo das prestações de saúde, de maneira a possibilitar a permanente atualização e evolução desse relevante direito social, mas com a observância de parâmetros e princípios constitucionais que orientam essa concretização, a ser realizada por aqueles que detêm legitimidade constitucional e conhecimento técnico para essa definição.

¹⁵ MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009, p.5.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Inúmeras são as decisões judiciais, todavia, que continuam a superar o procedimento legal e a conceder prestações em saúde que não foram incorporadas ao SUS, mesmo nas hipóteses em que já houve análise técnica culminando na expressa decisão de não incorporação, sem que na fundamentação judicial se apontem equívocos no rito adotado ou mácula à validade da lei.

Em respeito à separação de poderes e às capacidades institucionais, é importante que sejam privilegiadas as decisões técnicas adotadas pelos formuladores das políticas públicas em matéria de saúde. Ou seja, nos casos em que, após o devido procedimento previsto em lei, houve decisão técnica do SUS, pautada em critérios científicos, para não dispensar um determinado medicamento na rede pública, cabe ao Judiciário prestar deferência à escolha administrativa.

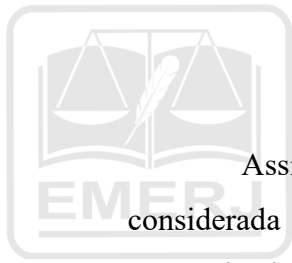
3. DA ATUAÇÃO DO JUIZ NO CASO CONCRETO E DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Diante da avalanche de decisões em que o Poder Judiciário se sobrepõe aos critérios técnicos das políticas adotadas pelos administradores, mostra-se relevante a abordagem das possíveis consequências práticas.

Há aspectos muito mais complexos a se considerar do que a legitimidade da interferência judicial no mérito administrativo. É urgente a necessidade de se enfrentar a repercussão do controle das políticas públicas em matéria de saúde pelo Poder Judiciário, que existe e está a pleno vapor. Não há como se ater apenas aos debates ideológicos e fechar os olhos para as consequências que esse controle acarreta na sociedade.

Com efeito, a satisfação de demandas individuais prejudica o atendimento de outros milhares de pessoas, violando diretamente as políticas públicas previamente elaboradas e com base em recursos orçamentários predefinidos.

A realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende de um aspecto financeiro, subordinando-se às possibilidades orçamentárias dos entes públicos. As limitações de ordem material são objetivamente aferíveis, consistentes, no caso aqui discutido, no valor individualizado das prestações que se encontram fora dos critérios definidos tecnicamente.



Assim, pode-se concluir que não é toda e qualquer prestação que pode ser considerada inserta no conceito de mínimo existencial¹⁷, mas apenas aquelas que compõem um núcleo básico, cuja exigibilidade é imponível ao ente público.

Não se pode negar que a posição adotada pelo Poder Judiciário brasileiro representa grande avanço para a defesa do direito à saúde, ampliando o conceito de mínimo existencial. Por outro lado, todavia, provoca exageros quanto à extensão do direito, notadamente quando desconsidera critérios técnicos estabelecidos pela Administração.

Muito embora o artigo 196 da Constituição Federal determine que a saúde é dever do Estado, esse dever não pode ser fundamento para todas as pretensões individuais, sob pena de se transformar o Poder Público em um grande “plano de saúde”, o que é periclitante para a saúde financeira dos entes públicos.

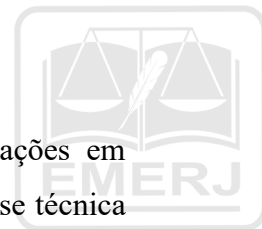
As decisões judiciais, portanto, devem compatibilizar os critérios de justiça comutativa com os critérios de justiça distributiva e social, os quais orientam a elaboração das políticas públicas. Do contrário, ou seja, caso as decisões sejam tomadas tendo por base unicamente aquela demanda específica que está sendo julgada, em desrespeito às políticas públicas previamente definidas, serão afetados os direitos de todos os outros cidadãos.

Com a máxima vênua, falta aos magistrados, moldados para atuar em demandas individuais e com o raciocínio voltado para a resolução do caso concreto apresentado, o conhecimento técnico necessário à compreensão dos efeitos plúrimos das decisões que tomam, pois essas devem ser consideradas no contexto da macrojustiça. Falta-lhes a visão sistêmica do todo, uma vez que estão habituados a resolver conflitos bilaterais, cujos efeitos com rara frequência ultrapassam a esfera jurídica das partes.

O Estado, logicamente não prevendo o futuro, não tem possibilidade de conhecer todos os gastos que terá com a saúde durante o próximo exercício financeiro, em determinado local, reservando ao que conseguiu prever ordinariamente, observadas as diretrizes das legislações de responsabilidade fiscal e orçamentária.

A deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas da Conitec, objeto do presente trabalho, visa resguardar, em última análise, a efetivação das políticas públicas concernentes à saúde, de modo a possibilitar o atendimento de um maior número de pessoas, evitando discriminações e concessão de privilégios.

¹⁷ Rememore-se que, quanto ao dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, repercussão geral no RE nº 566.741/RN, o qual ainda se encontra em julgamento.



O respeito aos critérios técnicos definidos garante, ainda, que as prestações em matéria de saúde sejam mais efetivas, quer para os casos individuais, já que a análise técnica protege esses interesses, quer para a coletividade, uma vez que o uso adequado das verbas públicas anteriormente planejadas faz com que se possa garantir o atendimento de mais pessoas.

CONCLUSÃO

De antemão, convém esclarecer que em momento algum a presente pesquisa objetivou criticar a atividade jurisdicional que se baseia em interpretações mais humanitárias, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se desejou, de forma primordial, foi demonstrar que a aplicação dos complexos instrumentos interpretativos não é feita de forma técnica, o que deságua em decisões pouco cuidadosas, dando a sensação, apenas imediata, de manutenção de um estado pessoal do que é justo, amparando a população, mas que, concretamente, promove a desregulação de uma atividade estatal que já notoriamente não funciona com primor, fazendo com que a prestação dos serviços de saúde se tornem ainda mais precárias.

Diante, de inopino, de despesas extraordinárias determinadas por ordem judicial, fatalmente o Estado, que teve dispêndios complexos com a prestação de saúde, desloca do direcionamento original as verbas já reservadas a esse fim.

Tal deslocamento de verbas diminui significativamente o lastro de sua eficácia, ou seja, um índice muito menor da população será atendido, já que a previsão dos gastos obedecia ao plano orçamentário para o exercício, e o redirecionamento dos valores deixa à mercê da própria sorte essa parcela da sociedade que agora restará desamparada, ou também forçada a buscar o Poder Judiciário que, num ciclo vicioso, determinará a solidariedade prestacional dos entes federativos.

A ausência de deferência às escolhas técnicas leva o Poder Judiciário a um cenário reiterado e cíclico de decisões violadoras da isonomia e geradoras de insegurança jurídica, fática e social, uma vez que, a curto prazo o que parece representar uma falha de planejamento do Poder Executivo, que promove injustiças, podendo ser suprida com a intervenção judicial, na verdade trata-se de circunstância deveras diversa.



A grande questão define-se no momento em que tais preceitos são tornados instrumentos subversivamente aptos a fundamentar qualquer decisão que esteja lastreada mesmo que na mais frágil alegação de ameaça à vida ou à saúde de um indivíduo, o que promove a mitigação da isonomia com a criação de privilégios apenas àqueles que ao Judiciário recorrem, postura essa, sim, no mínimo inadequada.

É incontroverso o fato de que a cultura social tem grande influência sobre o Juiz, mas mesmo qualquer tendência à benevolência em relação a um indivíduo em específico pode ser tida como perversa em relação à coletividade, quando isso ocorre de forma desarrazoada e desproporcional, que é o que representa a tendência atual das decisões judiciais.

Acredita-se, contudo, que o Judiciário merece sim reforçar sua atuação através do exercício de jurisdição com caráter político contramajoritário resistente às tendências subversivas do “jeitinho brasileiro”, atendo-se a um caráter mais técnico e buscando, em observação justamente à integração entre os poderes da república, salvaguardar a boa-fé administrativa e o correto uso do orçamento público, assim resultando na efetiva, e – somente assim – real defesa da sociedade e dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

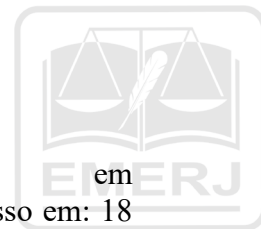
BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. *Lei nº 8.080/90*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.401/11*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm> Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. *Portaria nº 1.554/2013*. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em 18 out. 2017.



_____. *Portaria* n° 2.488/2011. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html. Acesso em: 18 out. 2017.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*.



A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Dandara Ingrid Pinto Moura

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O objetivo da presente pesquisa é desenvolver uma análise acerca da descriminalização do aborto tendo em vista as transformações sentidas pela sociedade e o avanço dos direitos das mulheres. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizará principalmente entendimentos doutrinários, além da legislação e jurisprudência para defender a tese. Os resultados apontarão que o aborto é um problema de saúde pública, vitimando cada vez mais mulheres/adolescentes que vivem em situações precárias, sem condições de arcar com os custos elevados de clínicas que realizam o procedimento de forma um pouco mais segura. Assim sendo, conforme restará demonstrado, a legalização contribui para que o direito à saúde e à vida possa ser garantido em todas as esferas sociais, além de satisfazer o próprio direito de escolha da mulher na busca pela felicidade.

Palavras-chave – Descriminalização – Aborto – Direito feminino.

Sumário – Introdução. 1. Proteção do nascituro e direitos fundamentais da gestante. 2. Condições igualitárias entre mulheres para realização do procedimento. 3. Gravidez como direito de escolha da mulher. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a possibilidade da legalização do aborto, quando ainda não há atividade cerebral desenvolvida pelo feto, como forma de se garantir direitos fundamentais das mulheres. Objetiva-se discutir a descriminalização do aborto tendo em vista as diversas mudanças sentidas pela sociedade no que tange à igualdade de gênero entre homem e mulher.

O tema não poderia ser mais atual. Estatísticas apontam que o aborto é um problema de saúde pública, uma vez que é crescente o número de mulheres pobres que morrem em clínicas clandestinas, já que não possuem condições financeiras de arcar com as elevadas despesas de locais que oferecem o mínimo de segurança para o procedimento.

Acrescente-se a isso, o Código Penal deve ser relido no contexto atual, considerando o direito de escolha da mulher em prosseguir ou não com a gravidez. Destaque-se que deve ser considerado que a mulher suporta sozinha todo o ônus desta, e assim, obrigá-la a ter um



filho por determinação de um Código ultrapassado nesta temática, é violar a igualdade de gênero.

Acrescente-se a isso o fato de que a criminalização do aborto refere-se a uma época em que pouco se discutia a igualdade de gênero e a defesa da integridade física e psíquica da mulher. Então, por que obrigar mulheres e até mesmo adolescentes a terem filhos com base em uma norma do Código Penal que não dialoga com as transformações sociais sentidas atualmente?

Ressalte-se que até certo mês da gravidez não há sequer atividade cerebral formada, motivo pelo qual a proteção ao nascituro não pode desconsiderar direitos fundamentais da gestante. É certo que o nascituro tem proteção legal, todavia, é necessário que tais garantias assecuratórias de direitos sejam realizadas através da criminalização de condutas?

Ademais, é certo que o método contraceptivo não chega com facilidade a comunidades carentes do país, e a gravidez precoce ou indesejada é uma realidade brasileira. Nesse contexto, é crescente o número de mulheres, sendo muitas delas adolescentes, que morrem em clínicas clandestinas por realizarem o procedimento sem o mínimo de segurança, uma vez que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas de clínicas melhores. Assim sendo, indaga-se: não estaria a legalização do aborto possibilitando o acesso igualitário às questões de segurança no processo, sem distinção de classe social?

Para tentar responder a tais indagações, o trabalho irá analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as controvérsias doutrinárias e os dados da ciência médica.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que não há atividade cerebral formada até o segundo mês de gestação, e por tal razão, os direitos fundamentais da gestante também devem ser respeitados, até porque não há no ordenamento jurídico direito absoluto.

Segue-se demonstrando que a legalização do aborto garante condições igualitárias para todas as mulheres realizarem o procedimento com segurança, independente de classe social.

Finalmente, no terceiro capítulo, analisa-se que a gravidez é um direito de escolha da mulher, a qual deve dispor livremente de seu corpo e de sua própria vida.

A pesquisa será realizada com base no método hipotético-dedutivo, no qual serão analisados vários casos hipotéticos, adequados para sua realização, com a finalidade de rejeitá-lo ou comprová-los argumentativamente.

Nesse sentido, a abordagem do tema desta pesquisa será necessariamente qualitativa, já que se pretende utilizar a legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a tese.



1. O INÍCIO DA ATIVIDADE CEREBRAL E A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA EM DESENVOLVIMENTO: DEVE-SE HAVER UMA PROTEÇÃO ABSOLUTA DO NASCITURO EM DETRIMENTO DOS DIREITOS DA GESTANTE?

Não há no Código Penal conceituação precisa sobre o que é aborto, e assim, a doutrina e a jurisprudência são quem definem tal expressão. Nesse sentido, considera-se aborto a expulsão prematura do feto, com a interrupção do processo de gestação¹. Com a realização do aborto interrompe-se o processo fisiológico da gestação, ocasionando assim, a morte do feto.

Historicamente, é possível perceber que o aborto era ou não considerado crime a depender dos interesses da época, e somente em 1869 a Igreja Católica declara que a alma faz parte do feto, condenando o aborto e os métodos contraceptivos².

No Brasil, o aborto foi mencionado no Código Penal do Império de 1830, todavia, esse não era punido quando praticado pela própria gestante. Na época, considerava-se o feto como parte do corpo da mulher, e assim, tutelava-se a vida da gestante, e não daquele. Por tal razão, somente quando o aborto ocasionava lesões à saúde desta, era punido.

A prática apenas foi considerada crime no Código Penal de 1940, e permanece até os dias atuais, tendo como exceção apenas as duas hipóteses previstas na lei penal (quando não há outra forma de salvar a vida da gestante ou a gravidez resulta de crimes praticados contra a dignidade sexual) e ainda, no caso de fetos anencefálicos, conforme decisão judicial do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.

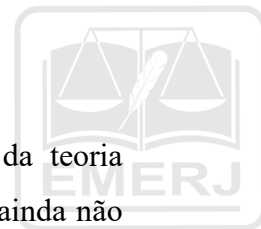
O entendimento doutrinário que prevalece é que o bem jurídico protegido de forma precípua no crime de aborto é a vida humana em desenvolvimento³. Dessa forma, torna-se imperioso definir o momento exato de início de proteção desta, o que não é determinado nem pelo Código Penal, nem pela Constituição Federal.

O Código Civil garante os direitos ao nascituro em seu art. 2º, quando dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Tal diploma adota a teoria natalista, na qual se entende que a aquisição da personalidade jurídica apenas ocorre a partir do nascimento com vida.

¹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 307.

² MENDES, Iba. *Breve histórico do aborto*. Disponível em: < <http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>> Acesso em: 28 mar. 2017.

³ GRECO, op. cit., p. 309.



Interpretando tal dispositivo, o saudoso jurista Silvio Venosa (adepto da teoria natalista) assevera que na verdade garante-se ao nascituro proteção legal, mas este ainda não possui personalidade, uma vez que esta só se adquire pelo nascimento com vida⁴.

Percebe-se assim que desde o momento da concepção a legislação brasileira confere proteção aos direitos do nascituro, ainda que este ainda não seja considerado pessoa. Todavia, indaga-se: a proteção conferida pela lei, deve necessariamente acarretar na criminalização de condutas, obrigando mulheres a prosseguir com a gestação?

No que se refere à ciência médica, José Roberto Goldim, afirma que “biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozoide, mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esse embrião como uma pessoa⁵”.

Nesse sentido, ao considerar a vida como oposto da morte é forçoso reconhecer que aquela se inicia quando começam a surgir as atividades cerebrais do feto, uma vez que a morte juridicamente ocorre quando há interrupção da atividade cerebral. Nesse contexto, não há consenso entre os pesquisadores acerca do mês em que já haveria desenvolvimento de atividade cerebral, surgindo dois entendimentos sobre o caso: o primeiro afirma que na 8^a (oitava) semana de gravidez o embrião já possuiria versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso; o segundo, por sua vez, afirma que somente na 20^a (vigésima) semana, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, haveria a distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro⁶.

Assim, ainda que se considere a 8^a (oitava) semana como marco do desenvolvimento cerebral do feto, a maior parte dos abortos praticados não interromperiam vidas, uma vez que com base na visão neurológica, somente quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral do feto, ele se tornaria um ser humano⁷.

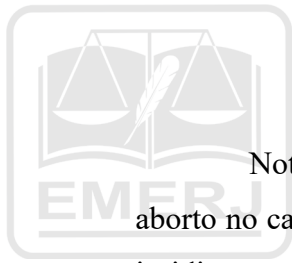
Ressalte-se que o pensamento acima demonstrado, definindo-se o surgimento da vida com base na atividade neural é o mais adequado para ser utilizado no presente estudo. Isso porque, não só a Medicina, mas também o Direito reconhecem de forma pacífica que o fim da vida ocorre com a cessação das atividades neurais, motivo pelo qual, é possível por analogia reconhecer o surgimento desta com o nascimento das atividades do cérebro.

⁴ VENOSA. Silvio Salvo. *Direito Civil. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60.

⁵ GOLDIM. José Roberto. *Quando a vida começa?* Disponível em: < <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.



Note-se que o STF⁸ já utilizou tal teoria no julgamento da ADPF 54 (possibilidade de aborto no caso de gestação de fetos anencefálicos), em que se expôs o entendimento, no qual, juridicamente, a vida apenas tem início com o surgimento das atividades neurais.

É necessário ainda reforçar que a questão sobre o aborto não se refere simplesmente à “vida”, mas à “vida humana”, ou seja, o surgimento do indivíduo como pessoa, um ser consciente, e digno de proteção do Estado. Dentro de uma concepção de Estado laico, seria possível equiparar um embrião a um cidadão digno com direitos que se sobreponham aos da gestante⁹?

Razoavelmente que não. É a mulher que deve ser considerada como pessoa e detentora de direitos que merecem prioridade de proteção estatal, e não um embrião de poucas semanas, razão pela qual se ela sente que não possui condições (financeira, psicológica, ou até físicas) para prosseguir a gestação, deve ter o direito de interrompê-la, se estiver no início, quando o embrião ainda não desenvolveu atividade cerebral¹⁰.

O direito de escolha da mulher, conforme restará demonstrado ao longo deste trabalho, também considera direitos fundamentais que lhe são próprios, protegendo-lhe a saúde e o poder de decisão sobre seu próprio corpo e sua vida. No caso, não há direito fundamental absoluto, devendo haver uma ponderação de interesses, entre a proteção conferida ao nascituro e a preservação da integridade física, psíquica e emocional da mulher, prevalecendo esta última.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento¹¹ informa que apesar de não ser possível desconsiderar a proteção da vida que se inicia no momento da concepção, esta deve ser menos intensa do que aquela oferecida após o nascimento. Assim, a proteção ao nascituro se sujeita a ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, como os direitos fundamentais da gestante¹².

Verifica-se que a criminalização do aborto é uma proteção ao nascituro que viola direitos fundamentais da gestante. Nesse sentido, há outras formas de se protegê-lo, sem que seja utilizada norma no campo do direito penal, o qual apenas deve ser aplicado como *ultima ratio*. Assim, é possível a legislação civil conferir um espectro de proteção no campo da responsabilidade civil, da tutela e curatela, sem que se recorra à penalização de condutas.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2018

⁹ VIEIRA. Eli. *Aborto e Vida*. Disponível em: <<http://blog.elivieira.com/2013/04/07/pela-defesa-da-vida-atraves-da/#>>. Acesso em: 28.03.2017.

¹⁰ Ibid.

¹¹ SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 148.

¹² SARMENTO. op. cit., p. 152.



A partir da exposição do primeiro capítulo, se pode concluir que a permanência da criminalização do aborto da forma como é feita no diploma penal acarreta a perpetuação da falta de razoabilidade do ordenamento. Isso porque, mesmo quando não há atividade cerebral desenvolvida, se confere proteção demasiada ao nascituro em detrimento da mulher, que tem sua vontade totalmente desconsiderada pela lei, a qual a obriga a prosseguir com a gestação, muitas vezes indesejada, violando o direito de decidir sobre o seu corpo e autodeterminar-se conforme sua própria vontade.

2. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A GARANTIA DE DIREITOS IGUAIS NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

A gravidez indesejada, mormente quando se trata de adolescentes ou mulheres de classes baixas é uma realidade, uma vez que moradores de regiões carentes do país não possuem acesso a métodos contraceptivos da mesma forma como indivíduos das classes A e B. Some-se a isso o fato de que, por questões culturais, muitas vezes a união precoce, antes dos 18 (dezoito) anos, acaba sendo desejada no ambiente familiar. Políticas sobre a prevenção da gravidez e planejamento familiar não são realizadas como deveriam, especialmente para os socialmente vulneráveis.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que, conforme relatório da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Fundo de Proteção das Nações Unidas (UNFA), publicado no dia 28 de fevereiro de 2018, a taxa de gravidez adolescente no país é de 68,4 nascimentos para cada mil adolescentes, estando acima da média latino-americana e caribenha, consideradas as regiões com a segunda maior taxa de gravidez adolescente.¹³

Segundo tal relatório, a chance de gravidez de adolescentes que residem em áreas rurais ou indígenas e sem escolaridade é quatro vezes maior do que daquelas que possuem Ensino médio e superior completos.

Ressalte-se que conforme entendimento da diretora do OPAS, Clarissa Etienne, “as taxas de fertilidade entre adolescentes afetam principalmente as populações que vivem em

¹³ RIBEIRO, Bruna. *Taxa de gravidez adolescente no Brasil preocupa organizações internacionais*. Disponível em: <<http://emais.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/taxa-de-gravidez-adolescente-no-brasil-preocupa-organizacoes-internacionais/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.



condições de vulnerabilidade e demonstram desigualdades existentes entre e dentro dos países”.¹⁴

Ademais, mesmo quando se tem acesso a métodos contraceptivos, a medicina é unânime em esclarecer que não existem práticas que sejam absolutamente seguras.

Assim sendo, verifica-se que a gravidez indesejada não se relaciona com a descriminalização do aborto. Ela existe no país independentemente da criminalização da conduta, e recentemente tem se mostrado crescente, ainda mais quando observados grupos de mulheres e adolescentes que vivem em situações precárias. Nesse cenário, desponta como dever do Estado, na forma do art. 1º, inciso III da CRFB/88¹⁵ o amparo a mulheres e adolescentes que se encontram em tal situação, garantindo-lhes suporte psicológico e financeiro. Até porque, na maior parte dos casos de gravidez na adolescência são verificados obstáculos para o desenvolvimento psicossocial, maior risco de morte materna, e fragilidade na saúde de seu filho, que possui muito mais chances de permanecer em condições miseráveis.

Nesse diapasão, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas, em países onde o aborto é criminalizado, ou apenas permitido nos casos de risco para vida da gestante, somente um em cada quatro abortos são realizados de forma segura. Por outro lado, nos locais em que este é legalizado, aproximadamente nove entre dez abortos são feitos com acompanhamento médico que garante a preservação da saúde da mulher¹⁶.

Ressalte-se que a maior parte de aborto inseguros são realizados por mulheres e adolescentes que não possuem condições de arcar com um procedimento que resguarde sua saúde, e recorrem, então, a clínicas extremamente duvidosas, colocando em risco sua própria vida.

Verifica-se assim que a legislação criminaliza mulheres que interrompem a gravidez, porém aquelas que mais sofrem com a prática desta conduta são as que vivem em condições precárias. Percebe-se dessa forma que a questão social é um fator definitivo na condenação de mulheres durante este processo.

Neste cenário, é certo que uma das facetas mais tristes da criminalização do aborto é constatar que esta perpetua a desigualdade que assola o país: mulheres que não possuem condições de arcar com os custos elevados de clínicas clandestinas seguras e confortáveis, e

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018

¹⁶ ONU.BR. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 02 mar. 2018

são as que mais necessitam de proteção estatal, morrem tentando realizar o procedimento. Deve-se salientar ainda, que o aborto é considerado a maior causa de morte materna.

Verifica-se assim que restringir o acesso ao procedimento ao invés de reduzir o número de abortos realizados, apenas leva a perpetuação das desigualdades em garantir que este seja feito de forma segura.

Nesse contexto, é certo que a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher¹⁷, realizada no ano de 1995 em Pequim, esclarece que “o aborto inseguro põe em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos”.

O mencionado documento, afirma ainda que devem ser reconhecidas as consequências para a saúde, de abortos realizados em más condições, sendo certo que tal fato constitui um problema de saúde pública, devendo cada Estado tentar encontrar novas formas de tentar remediar tal fato¹⁸.

Nesta esteira, verifica-se que a legalização do aborto pode ser um instrumento capaz de conferir o direito a saúde das mulheres e adolescentes de forma igualitária, na forma como prevê o art. 6º da CRFB/88¹⁹.

Destaque-se ainda que a CRFB/88 possui como um dos seus pilares a dignidade da pessoa humana, a qual deve ser considerada como atributo pertencente a todo indivíduo, independentemente de qualquer condição ou registro. Ressalte-se que esta não deve ser entendida como um direito a ser concedido pelo Estado ao indivíduo, mas sim um próprio atributo do ser humano, peculiar de sua natureza. Basta que o indivíduo exista, para que seja considerado digno, sendo seu valor reconhecido independentemente de classe social, cor, nacionalidade, ou qualquer outra característica²⁰.

Nesse sentido, Schreiber²¹ assevera que:

A maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (parágrafo 7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único

¹⁷ PEQUIM. *Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁰ KANT apud DE MORAES, Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.



efeito empurrar mãos jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à saúde e à sua vida.

Nesse contexto, o direito à igualdade desponta como uma das facetas da dignidade da pessoa humana. Todavia, a igualdade que deve o Estado garantir é sua acepção material, a qual se relaciona diretamente com a ideia de dignidade humana e o mínimo existencial. A igualdade formal preconiza apenas que todos são iguais perante a lei, todavia, não garante que direitos possam ser implementados de forma igualitária²².

O próprio direito à saúde compõe a ideia de mínimo existencial, que se traduz como a garantia de recursos básicos para sobrevivência humana de forma digna. Garantir o direito a saúde de forma igualitária para todas as mulheres e até mesmo adolescentes é dever do Estado, o qual deve atuar inclusive de forma preventiva, e empreendendo esforços conjuntos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Hoje, verifica-se que muitas mulheres encontram na gravidez indesejada o reflexo da incapacidade da sociedade de promover condições de educação, cidadania e planejamento reprodutivo. Em contrapartida, seus direitos sexuais e reprodutivos são constantemente violados devido à violência e desigualdade de gênero, e neste cenário, são as mulheres mais pobres que enfrentam as mais graves consequências da ilegalidade.

Assim sendo, conforme demonstrado neste capítulo, a dimensão dos números comprova que o aborto inseguro deve ser priorizado pelos governantes, pelos legisladores e pela própria sociedade, por meio de uma reforma na legislação e através de campanhas educativas sérias. As mulheres não podem continuar sendo condenadas à morte por não terem acesso aos seus direitos previstos na Constituição Federal.

3. O ABORTO COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA MULHER E A NECESSIDADE DO ESTADO EM PROMOVER MEIOS QUE ALCANCEM A IGUALDADE DE GÊNERO

O Código Penal revela-se arcaico, tendo sido promulgado em 1940, motivo pelo qual não dialoga com as transformações sentidas pela sociedade. Nesse ponto, deve-se destacar que o referido diploma legal retrata uma sociedade marcada pelo patriarcalismo, onde ainda havia espaço para caracterizações como mulher honesta, abolida por lei em 2009.

²² DE MORAES, Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence.> Acesso em: 03 mar. 2018.



Nesse sentido, deve-se destacar que a partir da década de 80, o desenvolvimento feminista da Criminologia passa a dar novas significações para a justiça criminal tendo início as indagações sobre como a mulher é tratada, assumindo esta, lugar central nos debates. Nessa época, além do conceito biológico que define cada sexo, a diferenciação de gênero passou a ser também um conceito socialmente construído²³.

O amadurecimento desta mudança de entendimento, que propicia um estudo da criminologia voltada para a igualdade de gênero, e o papel da mulher na sociedade, possibilitou que novos direitos como liberdade, igualdade e autodeterminação pudessem ser considerados na valoração criminal.

A liberdade, na forma como descreve Alexy²⁴, é compreendida de uma forma positiva e negativa. De acordo com a primeira, o objeto da liberdade é uma ação, e refere-se à capacidade do indivíduo realizar os atos da vida civil que não lhe estão vedados pela lei. Por outro lado, a liberdade negativa traduz a ideia de que não lhe estão proibidas alternativas de ação. Funciona assim como uma limitação ao próprio Estado no que tange ao seu poder de interferência na vida e na sociedade. Na verdade, a ideia de esta concepção de liberdade é garantir a atuação do Estado para preservação de direitos fundamentais dos indivíduos, consagrados na Constituição Federal.

O estudo dos dois conceitos de liberdade também foi realizado por Isaiah Berlin²⁵ o qual demonstrou que a liberdade positiva é entendida como capacidade de autonomia e autogoverno, enquanto sua acepção negativa se relaciona a ausência de constrangimento legal para a prática de determinada conduta.

Ressalta-se ainda que a liberdade positiva refere-se ainda a possibilidade da sociedade participar das discussões públicas que levam à formação da vontade coletiva. Isso porque, é necessário que as razões políticas possam atender as necessidades do verdadeiro titular do poder constituinte: o povo.

Por outro lado, a liberdade negativa dos indivíduos está inteiramente associada ao direito de autodeterminação de cada um deles. O Estado, nessa ótica, apenas poderia impedir

²³ DE ANDRADE. Vera Regina Pereira. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁴ ALEXY apud MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2018.

²⁵ BERLIN. Isaiah. apud. FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015. p.371.



a realização de condutas que tutelassem bens jurídicos importantes, exercendo sempre a ponderação de interesses entre os direitos conflitantes. De acordo com Fernandes:

Aqui, a legitimidade dos atos estatais estaria dependente da criação de um direito que conserve o equilíbrio entre liberdade e membros da sociedade, sem que um interfira no outro, ao mesmo tempo em que também está ligada à noção de que o poder coercitivo estatal somente se justifica para harmonizar a garantir essa liberdade²⁶.

Isso porque, é defeso ao Estado utilizar-se da liberdade negativa dos indivíduos para frustrar a realização de direitos que compõem a garantia da preservação da dignidade de cada um deles. Até porque, é cediço que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade²⁷.

Nesse ensejo, deve-se considerar que o direito à autodeterminação das mulheres, especificamente a decisão sobre ser mãe, é fundamental e exclusivo destas, como expressão da sua liberdade, na acepção negativa.

Ferrajoli afirma que o direito à maternidade voluntária como autodeterminação das mulheres constitui o único direito fundamental exclusivo destas. Nesse sentido, para o autor, a imposição do Estado em fazer a mulher prosseguir com uma gravidez indesejada a desvaloriza como pessoa, além de reduzi-la a instrumento de procriação. Afirma-se ainda que não é possível ser configurado um direito à paternidade semelhante ao direito de maternidade voluntária, uma vez que a gestação e o parto não pertencem à identidade masculina, mas apenas a feminina²⁸.

Nesse sentido, é certo que o homem não sofre em seu corpo a regulação sofrida pela mulher. Na verdade, em grande parte dos casos o homem comete o chamado “aborto social” quando abandona o filho ao início da gravidez da gestante. No Brasil, por exemplo, de acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 5,5 milhões de crianças brasileiras não possuem o nome de seus pais em suas certidões de nascimento²⁹.

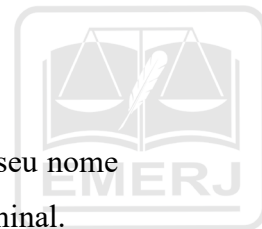
Por outro lado, diversas mulheres que não desejam prosseguir a gravidez e praticam o aborto, sofrem além do repúdio social, um julgamento por seus pares, no Tribunal do Júri, em razão do cometimento do delito previsto no art. 124 do Código Penal. Verifica-se assim, que a criminalização do aborto, sujeita a mulher, após ter passado por um procedimento

²⁶ FERNANDES, *op cit.*, p. 372

²⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2011. p. 2.

²⁸ FERRAJOLI, apud MENDES, Soraia Da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2018

²⁹ LEÃO, Bruna. *O aborto masculino é legalizado*. Disponível em: < <http://www.naomekahlo.com/single-post/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 18. mar. 2018.



sofrido e doloroso, a discriminação social e até da própria família, com inclusão de seu nome no rol dos culpados, julgamento por um Tribunal do Júri, e posterior condenação criminal.

Trata-se de um controle social que não deve permanecer na sociedade. Sabe-se que com base no Direito Penal Mínimo, a criminalização de determinadas condutas deve ocorrer apenas quando necessárias à segurança do Estado e bem-estar da sociedade. Nesse sentido, aponta Greco:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar de nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.³⁰

Assim sendo, verifica-se que as mudanças sentidas na sociedade, devem ser incorporadas na legislação brasileira. Não há dúvidas do critério político que cerca a seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, já que a sociedade evolui, e bens tidos como fundamentais em uma época, podem deixar de sê-lo com o passar dos anos, gerando a necessidade da descriminalização de certos tipos penais.

Nesse ponto, Greco assinala que há uma diferença gritante entre a mulher que viveu na década de 1940, e a deste novo século. Nesse sentido, é certo que conceitos se modificam durante o passar dos anos, e assim, deve o Direito Penal estar em constante movimento para adaptar-se as novas realidades sociais.

Diante do exposto neste capítulo, pode-se afirmar que é urgente a modificação do Código Penal, a fim de que esse dialogue com as modificações de sociedade, garantindo ainda mais a igualdade de gênero e autodeterminação do direito da mulher.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo sustentar a tese da descriminalização do aborto, como direito de escolha da mulher. O embate materializa-se pelo confronto entre uma disposição considerada arcaica no Código Penal, por não dialogar com as transformações sentidas pela sociedade, e a necessidade da mulher em decidir sobre seu próprio corpo e vida, como expressão do princípio da felicidade, derivado da dignidade da pessoa humana.

³⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2011. p. 47.



Nesse sentido, é certo que de um lado há a criminalização da conduta de aborto praticada pela gestante, insculpida no art. 124 do Código Penal, e do outro a realidade sofrida por grande parte das mulheres na sociedade, mormente aquelas que vivem em situações precárias e não possuem condições de recorrer a clínicas em que o procedimento é realizado de forma segura.

Diante das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa foi possível concluir que o aborto é uma realidade no país, e hoje, considerado um problema de saúde pública, o qual coloca em risco a vida de diversas mulheres/adolescentes que vivem em condições precárias, tolhendo ainda, por completo, o direito da mulher de se autodeterminar conforme sua vontade.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é no sentido de que com a descriminalização do aborto será respeitado direitos fundamentais da própria gestante, como uma forma de empoderamento feminino. Isso porque, a mulher passa a ser visualizada não só como um elemento procriador na gestação, mas também como sujeito de direitos, a qual deve ter garantido o direito de decidir sobre sua própria vida.

Conforme exposto no terceiro capítulo, o direito à autodeterminação das mulheres, especificamente a decisão sobre ser mãe, é fundamental e exclusivo destas, como expressão de seu próprio direito de liberdade.

Nesse diapasão, é certo que o principal argumento sustentado nessa pesquisa teve como premissa básica a ideia de que as mulheres possuem direitos invioláveis, os quais não podem ser tolhidos com base em pensamento religiosos, ou provenientes de uma legislação totalmente arcaica, promulgada na época em que conceitos como mulher honesta ainda tinham espaço na sociedade. Permitir a continuação deste pensamento é ir de encontro com diversos direitos já conquistados pelas mulheres, além de perpetuar a falta de razoabilidade em nosso ordenamento, o qual confere proteção demasiada ao nascituro, sem atividade cerebral desenvolvida, em detrimento da mulher, que tem sua vontade completamente desconsiderada pela lei.

Em suma: a realidade feminina vivenciada faz parte de um cenário no qual a própria legislação obriga a mulher a prosseguir com a gestação, ainda que indesejada, violando seu direito de decidir sobre o corpo e autodeterminar-se conforme sua vontade.

No entanto, deve-se salientar que a defesa de um discurso divergente não deve ser altamente proibida, pois tal fato impediria a participação da sociedade na construção de ideias, em violação à necessidade do debate, fruto de um Estado Democrático de Direito no qual se vive. Além disso, se um dos pilares de nossa ordem jurídica fundamenta-se na construção de



uma sociedade livre, o debate de ideias deve ser sempre incentivado, sem, contudo, permitir que haja violação aos direitos da personalidade de qualquer indivíduo.

Esta pesquisa pretende sustentar, nesse ensejo que o direito de escolha da mulher durante os primeiros meses de gestação devem ser respeitados, a fim de que esta decida livremente sobre a forma como irá regulamentar seu corpo e sua própria vida. A decisão sobre a maternidade traduz-se como um dos direitos fundamentais desta, e portanto, deve a lei estar em permanente mudança com a sociedade, para que possa retratar as peculiaridades de novos tempos, e também, novas conquistas do direito feminino.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

DE ANDRADE. Vera Regina Pereira. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2018.

DE MORAES. Lorena Ribeiro. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_a_borto_impacto.pdf?sequence=1> Acesso em: 03 mar. 2018.

GOLDIM. *Quando a vida começa?* José Roberto. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em: 28 mar. 2017.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

GRECO. Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LEÃO. Bruna. *O aborto masculino é legalizado*. Disponível em: <<http://www.naomekahlo.com/singlepost/2015/02/18/O-Aborto-Masculino-%C3%A9-Legalizado>>. Acesso em: 18 mar. 2018.



MENDES. Iba. *Breve histórico do aborto*. Disponível em: <<http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>> Acesso em: 28 mar. 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ONU.BR. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 02 mar. 2017.

PEQUIM. *Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 02 mar. 2018

RIBEIRO, Bruna. *Taxa de gravidez adolescente no Brasil preocupa organizações internacionais*. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/taxa-de-gravidez-adolescente-no-brasil-preocupa-organizacoes-internacionais/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA. Silvio Salvo. *Direito Civil. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA. Eli. *Aborto e Vida*. Disponível em: <<http://blog.elivieira.com/2013/04/07/pela-defesa-da-vida-atraves-da/#>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Daniela de Azeredo Soares

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduada em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: ao longo das últimas décadas, a evolução da tecnologia da comunicação e informação trouxe inovações significativas para as atividades comerciais. O ambiente digital, atualmente, é um dos principais meios de concretização de negócios, e para tanto desenvolveu particularidades que, aos poucos, foram naturalmente introduzidas na sociedade. Contudo, tais características trazem consigo a necessidade de regulamentação específica para suas peculiaridades, inclusive no que tange ao direito tributário. Nesse sentido, o presente artigo pretende apresentar os desafios que surgem para o direito tributário, especificamente no que concerne à tributação e à dificuldade de definir a relação tributária, bem como a ausência de previsão legal das hipóteses ensejadoras de tributos nas atividades comerciais realizadas no ambiente virtual.

Palavras-chave: Direito Tributário. Tributação. Comércio eletrônico.

Sumário: Introdução. 1. A necessidade do enquadramento das atividades realizadas por meio do comércio eletrônico para fins tributários. 2. O estabelecimento virtual e o conflito de competência entre os entes tributantes. 3. A ausência de previsão legal das hipóteses de incidência tributária das atividades realizadas por meio do comércio eletrônico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os meios eletrônicos têm sido cada vez mais utilizados para fins de aquisição de bens, produtos e serviços. Diariamente, milhões de pessoas têm acesso ao mercado virtual, comportamento esse que ocasiona impacto direto nas relações de comércio.

Tal conjuntura trouxe uma série de benefícios aos consumidores, fornecedores, e prestadores de serviço, como, por exemplo, a praticidade e a comodidade para realizar negócios ou obter serviços sem sair de seu lar. O ambiente virtual, ao contrário dos demais, traz consigo a possibilidade de celebração de negócios a nível mundial, sem a imposição de barreiras geográficas.

Todavia, não se pode olvidar, que as mudanças trazidas pelo comércio eletrônico acarretam a necessidade de normas que abarquem os aspectos peculiares deste. É



imprescindível que o direito se adapte aos novos meios de comunicação, de forma que a legislação vigente acompanhe tais mudanças.

No âmbito do direito tributário, questões relevantes sobre tributação no comércio eletrônico surgem à medida em que este se desenvolve e cria mecanismos de ampliar sua área de abrangência na prestação de serviços e na venda de produtos.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo abordar os impactos gerados pelo comércio eletrônico no âmbito do direito tributário.

Inicialmente, o artigo trata sobre o enquadramento das atividades realizadas por meio do comércio eletrônico para fins de tributação, tendo em vista sua relevância para a definição da relação jurídico-tributária.

Posteriormente, tecer-se-á alguns comentários em torno da questão do estabelecimento virtual e os possíveis conflitos de competência que podem surgir entre os entes, conforme se entenda por sua existência ou não. Assim como, serão destacados os aspectos legislativos que buscaram descompatibilizar essa questão.

Por fim, o artigo trata sobre a temática da ausência de definição de hipóteses de incidência das atividades realizadas por meio eletrônico. Nesse sentido, busca exemplificar a questão por meio de estudo de casos retirados da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O método hipotético-dedutivo foi adotado para a produção do artigo, tendo em vista que a pesquisadora estabeleceu proposições hipotéticas com a finalidade de avaliar as questões problemáticas, ao longo do artigo.

Para tal, o objeto da pesquisa jurídica será abordado de forma qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende selecionar a bibliografia relativa ao tema em foco com a finalidade de sustentar os argumentos apresentados.

1. A NECESSIDADE DO ENQUADRAMENTO DAS ATIVIDADES REALIZADAS POR MEIO ELETRÔNICO PARA FINS TRIBUTÁRIOS

O comércio eletrônico, ao longo dos anos, se consolidou como um dos principais meios de celebração de negócios e passou a representar parcela significativa do faturamento do mercado global.

No Brasil, em 2015¹, as vendas eletrônicas representavam aproximadamente 4% do comércio e estima-se que apresentarão um crescimento de 12,4% ao ano até 2021. Tal prática comercial se desenvolve a passos largos e notadamente torna-se de extrema relevância para consumidores, fornecedores e prestadores de serviço, que veem no comércio eletrônico um canal de viabilização de negócios.

Não existe uma definição formal para “comércio eletrônico”, porém a mais difundida se refere a realização de transações comerciais utilizando um conjunto de tecnologias, infraestruturas, processos e produtos que aproximam fornecedores e consumidores em um mercado global por meio da Internet. As tecnologias da informação que o suportam podem promover oportunidades para a melhoria global da qualidade de vida, proporcionando crescimento econômico e empregos nos países industrializados, emergentes e em desenvolvimento.

O comércio eletrônico pode ser definido, de acordo com Coelho², por meio do seguinte conceito:

O comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico realiza-se no ambiente da rede mundial de computadores.

Destaque-se que o comércio eletrônico não é constituído unicamente pelas relações negociais celebradas por meio da *internet*, este abarca também os negócios que em algum momento tenham tido uma das etapas concluída por meio eletrônico de comunicação.³

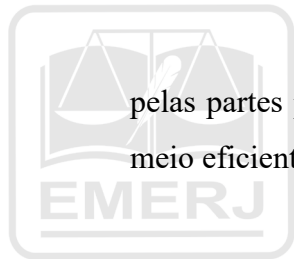
A natureza do bem ou serviço negociado não é relevante na definição do comércio eletrônico. Quer dizer, tanto na venda de mercadoria não virtual (televisor, livro, CD etc.) como na de bens virtuais (jornal eletrônico, download de música ou de logiciário etc.), se o negócio é realizado por meio de declarações de vontade transmitidas eletronicamente, o comércio é eletrônico. Assim, se alguém visita o website de uma loja de varejo, vai à página dos eletrodomésticos, examina os diversos fornos de micro-ondas disponíveis, consulta os preços, opta por um deles e remete pedido de compra, informando o número de crédito e endereço para entrega, essa pessoa está realizando ato de consumo no ambiente do comércio eletrônico, embora o bem adquirido nada tenha de virtual. Se, em seguida, ela viaja até o website de logiciários (software) para adquirir a versão atualizada de seu navegador (browser), realiza novo ato de consumo eletrônico, agora referente a bem virtual (electronically delivered products).

Alguns fatores devem ser levados em consideração para a caracterização do comércio eletrônico, dentre eles, a existência de negócios de comércio, o contato concretizado

¹ FERREIRA, Antônio Sergio Seco. *Tributação do comércio eletrônico Perspectivas tecnológicas*. Brasília, 2001. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20488-20489-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2018.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3: Direito de Empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.47.

³ COELHO, op. cit. p.47.



pelas partes por intermédio de meios eletrônicos, e por fim, a consolidação do negócio em meio eficiente e com transferência de dados de forma rápida.

O e-commerce é um meio de relação mercantil que facilita a atividade comercial dos contratantes. O fluxo de informações é rápido, barato e reduz consideravelmente a necessidade de infraestrutura de uma empresa. Para o contratante, seja ele consumidor final ou não, basta acessar o site da empresa com quem contratar para que fique sabendo dos produtos e condições do negócio previamente, pois as propostas já se encontram expostas, como uma vitrine virtual. Isso permite que o contratante pesquise qual será o serviço que procura, sem a necessidade de deslocamento, que resulta em perda de tempo, gasto com pessoal, transporte. Enfim, muitas são as vantagens do comércio eletrônico.⁴

Atualmente, é possível estabelecer uma divisão do e-commerce em dois tipos de operações, as realizadas para a negociação de prestação de serviços e as realizadas para a venda de produtos e bens próprios.

No caso da prestação de serviços, interessante salientar a existência da prática do *marketplace*, no qual serviços de diversos vendedores são oferecidos e comercializados por meio de um site, e o intermediário receberá um valor dos negócios realizados.

Com relação ao comércio eletrônico realizado para a venda de produtos e bens próprios, este pode ser subdividido em duas modalidades básicas: a indireta e a direta.

As operações de comércio eletrônico realizadas de forma indireta são aquelas nas quais a compra do bem é efetuada pelo consumidor por meio de sítios eletrônicos, sem a necessidade de deslocamento até o estabelecimento do vendedor.

Por outro lado, as operações realizadas de forma direta são relativas aos bens que são comercializados e transmitidos pela própria internet, por meio de downloads. Seria o caso de comercialização de livros digitais, músicas, imagens, programas, etc.

O comércio eletrônico direto guarda relação com a ideia do estabelecimento virtual, representado por um sítio eletrônico, que seria no caso um canal de venda por meio do qual todos os atos de comércio serão praticados, quais sejam compra, pagamento e entrega do produto.⁵

A classificação tradicional da Organização Mundial do Comércio (OMC) considera como bem o produto tangível e como serviço o produto intangível que não pode assumir a forma de produto físico. Esta visão intuitiva pode ser colocada em dúvida quando se trata de comércio eletrônico. É preciso entender a razão. Em princípio, é possível falar em dois tipos de comércio eletrônico. O primeiro é aquele mais característico que envolve os produtos digitalizados e que podem ser puxados da internet, tais como: software, música, filmes, jogos, publicações e outros que atendam esse mesmo requisito. Estes produtos digitalizados são entregues e pagos eletronicamente e não assumem dimensão física. O segundo tipo corresponde aos

⁴LOVATO, Luiz Gustavo. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.129-130.

⁵ LOPREATO, Francisco Luiz C. *Taxação no comércio eletrônico*. IE/UNICAMP, Campinas, n. 108, abr. 2002. Disponível em <<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/20433-20434-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2018.

produtos tangíveis que podem ser pedidos e pagos via internet, mas precisam ser entregues por meios convencionais.

Nesse sentido, surgem uma série de formas de comércio eletrônico, dentre as quais, destacam-se o comércio fornecido por intermédio de lojas virtuais, o F-Commerce, no qual o site de relacionamentos *facebook* é usado para criar lojas virtuais, sites de compras coletivas, leilões virtuais, etc.⁶

No âmbito do direito tributário, o principal desafio relacionado ao comércio eletrônico é identificar questões problemáticas com a finalidade de estabelecer mecanismos eficientes no ambiente virtual que determinem critérios de fiscalização e tributação, combatam entraves fiscais para a comercialização, assim como impeçam eventuais tentativas de evasão fiscal.

Para tanto, a análise da tributação no comércio eletrônico deve levar em consideração, primeiramente, o enquadramento da atividade em uma das divisões estabelecidas, seja comércio de mercadorias de forma direta ou indireta, ou, então prestação de serviços.

Isto porque, nas operações de mercadorias de forma indireta, por exemplo, há casos de empresas que possuem estabelecimentos físicos e virtuais, nas quais o ambiente virtual é apenas mais um meio de venda, e desta forma, a existência do estabelecimento virtual não guardará nenhuma relação com a ocorrência do fato gerador.

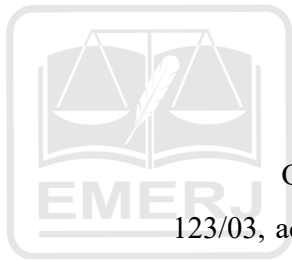
Todavia, há empresas que existem exclusivamente no ambiente virtual, como por exemplo, as empresas que são responsáveis por reunir pessoas físicas e produtos para a venda, estas não serão um simples canal de venda, mas sim uma espécie de intermediárias do negócio, e, portanto, sua participação será o meio pelo qual o fato gerador da incidência de um tributo surgirá.

Há, ainda, diferenciação de incidência de impostos a depender do tipo de atividade. As atividades de prestação de serviço, em regra, têm como principal imposto incidente o ISS, que será de competência do Município. As operações relacionadas a mercadoria, por outro lado, ensejam a incidência do ICMS, imposto de competência estadual.

Com relação ao ICMS, nos casos de operações interestaduais, surge a questão de qual seria o Estado competente para arrecadar o tributo.

Necessário estabelecer, também, qual o regime de tributação no qual esta atividade irá se encaixar, uma vez que dependendo do regime, poderão haver distinções de alíquotas e forma de tributação.

⁶GUIA do comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_guiacomercio_eletronico.pdf> Acesso em: 16 fev. 2018.



O regime tributário do SIMPLES nacional, regulado pela Lei Complementar 123/03, aquele no qual se enquadram as empresas microempresas – receita bruta anual igual ou inferior a 360 mil reais – e as empresas de pequeno porte – faturamento anual superior a 360 mil reais e igual ou inferior a 4,8 milhões – é exemplo de regime que estabelece diferenciação na forma de tratamento tributário.⁷

O enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte é importante, especialmente em razão do tratamento diferenciado que é assegurado aos exercentes de atividades econômicas que assim se enquadrem. Esse tratamento diferenciado abrange uma tributação diferenciada, um tratamento tributário diferenciado, bem como regras diferenciadas sobre registro, protesto, acesso ao mercado e acesso aos juizados especiais.

Note-se que o impacto trazido pelo comércio eletrônico no direito tributário atinge diversos pontos da relação tributária. Logo, é nítido que a evolução desse carece de atenção, dada sua extrema relevância em nossa sociedade moderna e tecnológica, razão pela qual os meios de tributação devem acompanhar este desenvolvimento.

2. O ESTABELECIMENTO VIRTUAL E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES TRIBUTANTES

Quando o tópico é comércio eletrônico, um dos primeiros questionamentos que surge é relativo a existência do estabelecimento virtual. A sua definição no âmbito do direito tributário poderia estabelecer qual seria o ente responsável por tributar a comercialização realizada por meio eletrônico.

A discussão basicamente gira em torno da possibilidade de se considerar o site no qual ocorre a comercialização um estabelecimento propriamente dito em termos de localização.

O parágrafo 3º do artigo 11 da Lei Complementar nº. 87/96⁸, que dispõe sobre o ICMS, define estabelecimento como “o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias”. Neste sentido, seria possível considerar um site, por exemplo, como uma espécie de estabelecimento nos mesmos moldes da Lei Complementar nº. 87/96?

⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 656.

⁸BRASIL. *Lei Complementar nº.87, de 13 set. 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.



Inicialmente, é preciso entender se o site poderia ser compreendido como local, para isso é preciso definir se seria necessária a existência de uma localização física ou geográfica para tal.

O Código Civil Brasileiro exige para que uma empresa realize suas atividades o registro da empresa no lugar onde é sediada, logo há uma vinculação a localização geográfica. Neste mesmo sentido, o Decreto n.º 7.962⁹, que dispõe sobre a contratação no meio eletrônico, exige que os sítios eletrônicos e os demais meios eletrônicos usados para oferta de produtos e serviços possuam um endereço físico e eletrônico, bem como demais informações necessárias para a localização e contato.

No âmbito do direito tributário, não há legislação específica sobre o tema, de forma que a jurisprudência estabelece que os *sites* devem ser entendidos como meras extensões dos estabelecimentos físicos, estes devidamente registrados ante as autoridades fiscais.

A noção de estabelecimento virtual nada mais é que uma forma de definir o meio de acesso do consumidor ao serviço ou produto. Isso significa dizer que os bens e serviços adquiridos por meio da rede mundial de computadores tem como meio de acesso o estabelecimento virtual, enquanto que o estabelecimento físico é caracterizado quando o acesso é feito por meio de descolamento no espaço. Desta forma, há direitos que não são adquiridos pelo estabelecimento virtual, tais como o de renovação compulsória de locação, por exemplo.

O tipo de acesso ao estabelecimento empresarial define a classificação deste. Quando feito por deslocamento no espaço, é físico; quando por transmissão e recepção eletrônica de dados, virtual. Há aspectos comuns aos dois tipos de estabelecimento, como o fundo de empresa, mas há direitos referentes ao estabelecimento físico que não existem relativamente ao virtual, como o de renovação compulsória.¹⁰

Em 2016, em relação ao ICMS, a Emenda Constitucional n.º 87/2015 decorrente do Convênio n.º 93/15¹¹ do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), trouxe alterações sobre o local da tributação. Anteriormente, o ICMS deveria ser recolhido apenas no local onde havia o registro do CNPJ da empresa que realizou a operação.

⁹ BRASIL. *Decreto n.º 7.962*, de mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm> Acesso em: 16 fev.2014.

¹⁰ COELHO, op. cit. p.49.

¹¹BRASIL. *Convênio ICMS n.º 93*, de 17 set. 2015. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15> Acesso em: 15 mar. 2018.



Com as modificações trazidas, entendeu-se por partilhar o imposto entre o Estado de origem da mercadoria, assim como o Estado destinatário. Entretanto, tais modificações foram suspensas por liminar concedida na ADI 5464¹².

Estas alterações possibilitariam atribuir a competência tributária a dois estados distintos, entretanto, neste caso, isso só seria possível se fosse considerado o site eletrônico como um estabelecimento virtual, cuja a localização seria definida pela localização do Estado do destinatário.

Todavia, tal designação não é plausível, pois o direito privado interno entende a noção de estabelecimento remonta à ideia de unidade, tendo se como referencial o local físico da pessoa jurídica.

No caso do ISSQN, por exemplo, tributo de competência municipal, entende-se que este é devido nos limites da localização geográfica do Município, sendo assim, ainda que o domicílio virtual seja localizado em apenas um ente federado, este será devido no local onde ocorreu a efetiva contratação e exteriorização da riqueza. Dessa forma, o estabelecimento virtual não foi considerado para fins de tributação.

3. A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DAS ATIVIDADES REALIZADAS POR MEIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A acelerada expansão do comércio eletrônico e de suas modalidades gerou impactos em diversos ramos do direito, uma vez que trouxe a necessidade de regulação específica para casos até então distantes da legislação brasileira. No âmbito do direito tributário, é possível destacar o impacto do surgimento dessa nova forma de comercializar nos elementos formadores da obrigação tributária.

A obrigação tributária, de acordo com o caput do art. 113 do CTN, pode ser principal ou acessória, sendo a primeira, aquela que surge com a ocorrência do fato gerador, e seu objeto será o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária, enquanto que a segunda, decorre de previsão legal.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5464/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5464&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2018



Ao legislador cabe definir as hipóteses de incidência que caso ocorram materializarão o fato gerador que faz nascer a obrigação tributária, e consequentemente a obrigação de pagar o tributo. Neste sentido, bem define Eduardo Sabbag.¹³

Como se notou, “hipótese de incidência” é a situação descrita em lei, recortada pelo legislador entre inúmeros fatos do mundo fenomênico, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, enseja o surgimento da obrigação principal. A substancial diferença reside em que, enquanto aquela é a “descrição legal de um fato (...) a descrição da hipótese em que o tributo é devido”, esta se materializa com a efetiva ocorrência do fato legalmente previsto.

Nesse ponto, há o primeiro entrave encontrado na tributação do comércio eletrônico, pois muitas das atividades que surgem no âmbito virtual não estão claramente definidas em lei como hipóteses ensejadoras de tributos. Note-se, que nem sempre isto ocorre por negligência do legislador, mas sim pelo surgimento e dissipação rápida destas atividades, que muitas das vezes impedem que a ciência imediata do legislador.

A ausência de definição legal daquele fato como hipótese de incidência que terá como consequência o fato gerador e o surgimento da obrigação principal, torna mais difícil de identificar ou mesmo enquadrar a atividade realizada por meio virtual como sendo ou não ensejadora de tributo.

O primeiro ponto que merece destaque está relacionado a incidência do ICMS, imposto de competência estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e do ISSQN, imposto de competência municipal sobre serviços de qualquer natureza. Estes impostos, em regra, são os de maior incidência no campo do comércio, e nas operações realizadas por meio de comércio eletrônico suscitam dúvidas há algum tempo.

Na questão relativa à comercialização de softwares, há acirrada disputa entre Municípios e Estados sobre qual seria o imposto incidente. Alegam os Municípios que o ISSQN incidiria, pois, a comercialização de software por meio de transferência de dados se caracterizaria como prestação de serviço, os Estados, por outro lado, afirmam que a transferência de dados seria o equivalente a circulação de mercadoria, o que daria ensejo a incidência do ICMS.

Essa é discussão antiga, em julgado de 1998, O STF no Recurso Extraordinário n. 1766263/SP¹⁴, discutiu a incidência de impostos na venda de softwares. O Relator Ministro Sepúlveda Pertence, à época, destacou que “mercadoria é bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo”, logo só haveria incidência do ICMS no software, quando este

¹³ SABBAG, op.cit. p.673.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 1766263/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>>. Acesso em: 27 mar. 2018



fosse exemplar de programa produzido em larga escala e em suporte físico, ou seja, comercializado em formato de CD, DVD etc. Todavia, nos casos em que a venda fosse concretizada por transferência de dados, sem que houvesse a materialização do programa, haveria a incidência do ISSQN, uma vez que se trataria de licenciamento ou cessão do direito de uso do programa de computador.

Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" "matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.

Em 2010, entretanto, o pleno do STF, no julgamento de uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PMDB em face da Lei de Mato Grosso nº 7.098, de 1998, admitiu a incidência de ICMS em softwares tanto nos casos dos produzidos em série, quanto naqueles transferidos por meio de download.

Com relação aos softwares desenvolvidos para clientes, há entendimento, na jurisprudência do STF, no sentido de se tratar de prestação de serviço, razão pela qual seria hipótese de incidência do ISSQN.

Note-se que a questão, passados mais de quinze anos, ainda é motivo de debate na jurisprudência e traz implicações a tributação. Admitir que o ICMS incide sobre softwares comercializados por meio de transferência de dados ou por varejo, implica em uma nova questão, que seria qual o Estado competente para tributar, o Estado da origem, onde o software foi produzido, ou o Estado para o qual ele se destina. Tal questão poderia inclusive dar margem para uma bitributação.

Outra questão relevante a ser abordada diz respeito à imunidade atribuída aos livros eletrônicos. O Estado do Rio de Janeiro, no Recurso Extraordinário n. 330817-RJ, alegou que o livro eletrônico não deveria ser imune à tributação, tendo em vista ser novo meio de comunicação, distinto do livro impresso.

No mesmo recurso, discutiu-se, ainda, a possibilidade de se tributar o suporte físico no qual estaria armazenado o arquivo referente ao livro, uma vez que este não estaria abarcado pela imunidade dada ao papel na Constituição.

O STF, contudo, entendeu que a imunidade prevista no art. 150, IV, "de" da CRFB/88 alcança tanto o livro eletrônico quanto ao suporte fático que é usado exclusivamente para o seu armazenamento.

Neste sentido, saliente-se parte do voto do Relator Ministro Dias Toffoli.¹⁵

Sintetizando e já concluindo, considero que a imunidade de que trata o art. 150, VI, d da Constituição alcança o livro digital (e-book). De igual modo, as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais presentes na atualidade, seja em razão do avanço tecnológico, seja em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do “papel”, numa visão panorâmica da realidade e da norma, aos suportes utilizados para a publicação dos livros. Nesse contexto moderno, contemporâneo, portanto, a teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc.

O provedor de acesso à internet é outro tema de destaque quando se discute a questão da tributação no comércio eletrônico. Discutiu-se a incidência do ICMS ou do ISS, ou, ainda se seria o caso de não ser o provedor de acesso à internet atividade tributável. A Procuradoria da Fazenda Nacional sustentava a incidência do ICMS, uma vez que o provedor seria uma espécie de serviço de comunicação. A Procuradoria do Município de São Paulo, entretanto, defendia a incidência do ISSQN por ser o provedor de acesso à internet serviço de valor adicionado.

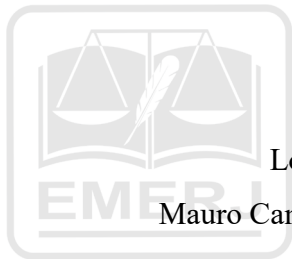
Com base no EREsp 456650/PR¹⁶ a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que não incide o ICMS sobre receitas provenientes exclusivamente de prestação de serviço de acesso à internet, entendimento este presente na súmula nº. 334. Destaque-se o Resp. 674188/PR, de relatoria da Ministra Denise Arruda.

A Turma, por unanimidade, entendeu que o serviço prestado pelos provedores de acesso à *internet* não estão sujeitos à incidência de ICMS (Súm n. 334-STJ) e, por maioria, que tais serviços também não estão sujeitos à incidência de ISS, pois não há previsão no DL n. 406/1968, com suas alterações posteriores, que não os incluiu na lista anexa, nem na LC n. 116/2003. Precedentes citados: EREsp 456.650-PR, DJ 20/3/2006; REsp 711.299-RS, DJ 11/3/2005, e REsp 745.534-RS, DJ 27/3/2006. REsp 674.188-PR, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25/3/2008.

Isto porque de acordo com o colendo Tribunal, o serviço de provimento de acesso à internet é, na verdade, um serviço de valor adicionado, ou seja, não é caracterizado como serviço de telecomunicação, uma vez que o provedor apenas atua como um canal intermediário entre o usuário e a internet.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 330817/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE330817.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n° 456650/PR*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173312/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-456650-pr-2003-0223462-0-stj/relatorio-e-voto-12903342?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 27 mar. 2018



Logo, não seria hipótese ensejadora de ICMS, conforme ratifica o ilustre Ministro Mauro Campbell Marques.¹⁷

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ICMS. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 334/STJ. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.472/97 e da Súmula 334/STJ. 3. Agravo regimental não provido.

No que tange ao ISSQN, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que este também não incidiria no caso do provedor de acesso à internet, uma vez que essa atividade não possui previsão na Lei Complementar nº. 116/03.

CONCLUSÃO

A evolução dos meios de comunicação trouxe desafios para o direito tributário, especialmente no que concerne à tributação das novas atividades trazidas pelo comércio eletrônico. O direito necessita desenvolver estrutura tributária para abarcar os novos temas, pois nem sempre a legislação está apta a solucionar essas questões.

O direito tributário busca caminhos para adaptar as normas existentes às peculiaridades do comércio eletrônico, e muitas questões entram em debate quanto a esta adaptação. Questões concernentes à incidência dos tributos, competência de tributar, dentre outras, são cada vez mais constantes e precisam encontrar solução.

Embora a jurisprudência busque suprir as lacunas que surgem com o desenvolvimento da tecnologia, em alguns assuntos a solução trazida pelos Tribunais não é suficiente para os demais casos. Como dito, há especificidades no comércio eletrônico que devem ser tratadas de forma pontuada.

A questão do fornecimento de produtos e serviços por meio do comércio eletrônico é um dos principais tópicos a serem trabalhados pelo direito tributário, pois é recorrente na jurisprudência e doutrina discussões sobre qual atividade seria ou não tributável. Em alguns

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 357107 / SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1265256&num_registro=201301800884&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018

casos, discute-se inclusive se haveria aplicabilidade de uma imunidade tributária, como no livro eletrônico, por exemplo.

A própria mercadoria comercializada ganha novas feições. A ideia de mercadoria como exclusivamente produto palpável, conceito tradicionalmente conhecido, nas últimas décadas, foi abandonada. Hoje, é possível que essa mercadoria seja representada por algo que não tem existência no mundo físico, e sim apenas no mundo virtual. Um exemplo seria o software.

Em paralelo, é possível notar que outros ramos do direito procuram se adaptar as novas tecnologias. Em matéria de direito do consumidor, por exemplo, há o Decreto n.7.962/13, que trouxe importantes imposições aos fornecedores de produtos e serviços no âmbito do comércio eletrônico.

O legislador não pode ser omissos em face da demanda trazida pelo comércio eletrônico no âmbito tributário, pois tal omissão traz implicações na tributação, e consequentemente, na arrecadação dos entes da federação. Note-se que há a necessidade de delimitação material do âmbito de incidência dos tributos.

Neste sentido, diante desse complexo sistema negocial, é complicado acompanhar os diversos avanços tecnológicos. Entretanto, imprescindível que haja maior atenção do legislador para que haja adaptação da norma em vigor aos casos que são trazidos pelo comércio eletrônico, assim como esteja o legislador aberto a inovações que permitam evitar surpresas diante das possibilidades que podem surgir com a evolução do mundo digital.

REFERÊNCIAS

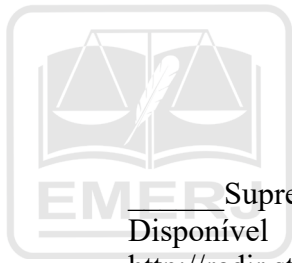
BRASIL, *Lei n.º 8.078*, de 11 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____, *Convênio ICMS n.º 93*, de 17 set. 2015. Disponível em: < https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15> Acesso em: 15 mar. 2018.

_____, *Decreto n.º 7.962*, de mar. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm> Acesso em: 16 fev.2018.

_____, *Projeto de Lei n.º 4.189 de 2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551602>> Acesso em: 15 ago. 2018.

_____, *Projeto de Lei n.º 4.906 de 2001*. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>> Acesso em: 15 ago. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1766263/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>>. Acesso em: 27 mar. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 330817/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE330817.pdf> >. Acesso em: 27 mar. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5464/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5464&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 mar. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº. 456650/PR. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173312/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-456650-pr-2003-0223462-0-stj/relatorio-e-voto-12903342?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 27 mar. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 357107 / SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1265256&num_registro=201301800884&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CASTRO, Aldemario Araujo. *Os meios eletrônicos e a tributação*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30477-31869-1-PB.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Antônio Sergio Seco. *Tributação do comércio eletrônico Perspectivas tecnológicas*. Brasília, 2001. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20488-20489-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2018.

GUIA do comércio eletrônico. Disponível em: http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_guia_comercio_eletronico.pdf> Acesso em: 16 fev. 2014.

LOPREATO, Francisco Luiz C. *Taxação no comércio eletrônico*. IE/UNICAMP, Campinas, n. 108, abr. 2002. Disponível em <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/20433-20434-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2018.

LOVATO, Luiz Gustavo. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

UNCITRAL, Lei Modelo. *Resolução nº. 51/162*. Dispõe sobre comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>> Acesso em: 20 ago. 2014.

A CONSTITUCIONALIDADE DO PROGRAMA DE RESIDÊNCIA JURÍDICA
NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E A ADI Nº 5.387/AM

Dayane Barbosa da S. Silva

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá.

Resumo – O Programa de Residência Jurídica proporciona a bacharéis em direito a capacitação especializada em Direito e Advocacia Pública no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. No entanto, foi proposta a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.387/AM, questionando a constitucionalidade formal e material da Lei nº 3.869/13, que criou o Programa no Estado do Amazonas. Em que pese a ADI restar pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, mostra-se salutar uma discussão acerca de suas premissas em defesa do Programa, à luz do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Residência Jurídica. Procuradoria Geral do Estado.

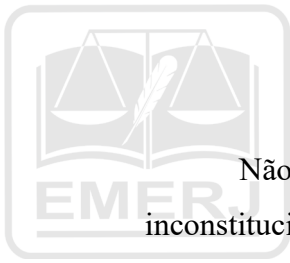
Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade do Programa de Residência Jurídica a partir do viés educacional em detrimento do conceito de trabalho. 2. O ingresso do aluno-residente por processo seletivo e o atendimento ao princípio do concurso público. 3. A finalidade do Programa de Residência Jurídica em oposição ao regime de contratação temporária por excepcional interesse público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho analisa a constitucionalidade do Programa de Residência Jurídica no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em razão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.387/AM, a qual questionou a Lei nº 3.869/13, responsável pela criação do Programa no Estado do Amazonas.

O Programa de Residência Jurídica proporciona a bacharéis em Direito, mediante processo seletivo, o aperfeiçoamento pedagógico e acadêmico em Advocacia Pública. A estrutura do Programa é pautada por aulas teóricas e práticas em Procuradorias Especializadas, com orientação de Procuradores de Carreira, que supervisionam e avaliam os alunos-residentes periodicamente.

Além do aspecto educacional de inculcar um raciocínio crítico-reflexivo sobre o Direito Público, a residência jurídica influencia setores sociais e econômicos por possibilitar a inserção de profissionais seguros e melhor capacitados no mercado de trabalho.



Não obstante, a ADI nº 5.387/AM, proposta pelo Ministério Público Federal, sustenta a inconstitucionalidade formal e material da residência jurídica. Para tanto, argui que a iniciativa estadual para criar o Programa usurparia a competência legislativa da União para legislar sobre direito do trabalho; questiona, ainda, que a prestação do serviço público por estudantes de direito não atende às formas de admissão previstas na Constituição da República; e, por fim, assevera que a residência jurídica não se coaduna com as hipóteses legais de contratação temporária por excepcional interesse público.

Em que pese a referida ADI restar pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, mostra-se salutar uma discussão acerca de suas premissas, à luz do que dispõe a Constituição da República e a Lei nº 8.745/93, bem como o entendimento doutrinário sobre o assunto.

O primeiro capítulo tem por foco o aspecto da legalidade do Programa de Residência Jurídica enquanto princípio norteador do serviço público, considerando a discussão alvitada na ADI sobre o vínculo empregatício e a atração da competência privativa da União na edição de legislação de caráter trabalhista.

O segundo capítulo, por sua vez, traça um comparativo entre a modalidade de ingresso no Programa por meio de Processo Seletivo com o que dispõe a Constituição da República acerca das formas de provimento de cargos e empregos públicos, mormente o Concurso Público de ampla concorrência.

O terceiro capítulo discute a regularidade na admissão temporária de residentes jurídicos, por prazo determinado, sem que haja violação aos critérios de definição de excepcional interesse público, de acordo com a Lei nº 8.745/93.

O artigo tem sua pesquisa desenvolvida por meio de método indutivo e pesquisa bibliográfica, porquanto objetiva um aprofundamento no estudo do caso sob análise, não só do ponto de vista teórico, como também da experiência prática, pautada nas atividades desenvolvidas na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro pelos residentes a ela vinculados.

Em consequência, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será essencialmente qualitativa, uma vez que pretende, a fim de alicerçar seu argumento, valer-se da interpretação da legislação e da bibliografia existente acerca do tema em foco, devidamente elencadas nas referências que encerram o trabalho.

1. A LEGALIDADE DO PROGRAMA DE RESIDÊNCIA JURÍDICA A PARTIR DO VIÉS EDUCACIONAL EM DETRIMENTO DO CONCEITO DE TRABALHO

O Programa de Residência Jurídica¹ é um estudo coordenado com aulas semanais, palestras e pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais nas Procuradorias Especializadas dos Estados. A orientação e a avaliação periódica, realizadas pelos Procuradores do Estado, permitem a efetividade do aprendizado crítico-reflexivo em Direito e Advocacia Pública, capacitando o bacharel em direito para o mercado de trabalho.

O objetivo de aperfeiçoamento profissional da residência jurídica assemelha-se a relação de estágio de estudantes, regulado pela Lei Federal nº 11.788/08², em que a atividade exercida funciona como instrumento de integração do estudante ao trabalho, oportunizando o aperfeiçoamento técnico, cultural, científico e social³. No entanto, a residência jurídica não encontra respaldo nesta lei, pois, enquanto o estagiário deve estar frequentando o ensino regular em instituição de educação superior, o aluno-residente já é bacharel em direito.

Outrossim, existe a previsão do estágio profissional em advocacia na Lei nº 8.906/94⁴, que permite a prática pelo estudante dos atos previstos neste diploma nos dois últimos anos do curso de Direito. Entretanto, a residência jurídica não encontra pertinência legal com tal diploma, uma vez que não se exige dos alunos-residentes a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

E, por fim, há o estágio criado pela Lei Federal nº 6.932/81⁵, que regula a residência médica como modalidade de ensino de pós-graduação, sob a forma de curso de especialização. Da mesma forma que na residência médica existe a supervisão de médicos de elevada qualificação ética e profissional, o residente jurídico recebe orientação e avaliação periódica por Procuradores de Estado. Inclusive, a residência médica, no âmbito das Instituições de Saúde, realiza-se por meio de Processo de Seleção, situação similar à residência jurídica no âmbito da Procuradoria Geral dos Estados.

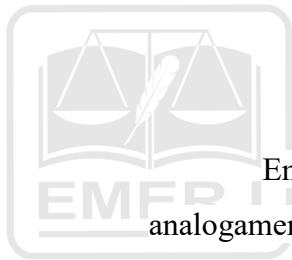
¹ BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução nº 2.483*, de 28 de maio de 2008. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NDEy>>. Acesso em: 18 out. 2017.

² Id. *Lei nº 11.788*, de 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

³ LUZ apud REIS, Jair Teixeira dos. *Relações de trabalho: estágio de estudantes*. São Paulo: LTr, 2015, p.131.

⁴ Id. *Lei nº 8.906*, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁵ Id. *Lei nº 6.932*, de 07 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6932.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.



Embora existam semelhanças entre tais programas educacionais, não é possível aplicar analogamente a lei da residência médica à residência jurídica. Isso porque a residência jurídica está sujeita ao princípio da reserva legal, em que o comando jurídico deve advir de uma das espécies legislativas previstas no art. 59, da CRFB/88⁶. Diante disso, é incabível a analogia por absoluta incompatibilidade, já que a reserva legal exige prévia lei e a analogia pressupõe a ausência dela⁷.

Nesse sentido, o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 772/84⁸, criou o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado, e, posteriormente, na forma do Decreto nº 21.037/94⁹, a Escola Superior de Advocacia do Estado (ESAP). Com isso, a Resolução da PGE/RJ nº 2.483/08¹⁰ instituiu o Programa de Residência Jurídica, vinculado à ESAP e mantido pela PGE/RJ.

Para prestigiar as atividades de cunho precipuamente educacional, abrangendo não apenas o ensino, como também a pesquisa e a extensão, a PGE/RJ oferece, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Advocacia Pública, destinado a portadores de Diploma de Graduação em Direito¹¹. O título de especialização concedido aos alunos-residentes é similar ao previsto na Lei nº 6.932/81, para a residência médica.

Não obstante, a ADI nº 5.387/AM¹² discute a constitucionalidade do Programa no Estado do Amazonas, instituído pela Lei Estadual nº 3.869/13¹³ e regulamentado pela Resolução CPE nº 05/13¹⁴. A ação constitucional sustenta suposta ofensa à competência

⁶ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

⁷ MARCHETTI, Maurizio. *Analogia e criação judicial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 73.

⁸ Id. *Lei Estadual nº 772*, de 22 de agosto de 1984. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/5d1b97982d75624a032565850079d5af?OpenDocument>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁹ Id. *Decreto nº 21.037*, de 05 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_21_037_05121994.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹⁰ Id, op. cit., nota 01.

¹¹ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – Notícia: *PGE/RJ abre inscrições para curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Advocacia Pública*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/07/pge-rj-abre-inscricoes-para-curso-de-pos-graduacao-lato-sensu-em-direito-e-advocacia-publica>>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹² Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.387/AM*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=9442809&tipo=TP&descricao=ADI%2F5387>>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹³ Id. *Lei Estadual nº 3.869*, de 19 de março de 2013. Disponível em <https://sapl.al.am.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/8324_texto_integral>. Acesso em 15 dez. 2017.

¹⁴ Id. Conselho de Procuradores do Estado. *Resolução nº 05/2013*. Disponível em: <<http://www.portalolm.com.br/wp-content/uploads/2013/08/regulamento-PRJ.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.



privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88¹⁵.

Destarte, no caso da competência privativa sobre direito do trabalho, não há delegação da União aos Estados por lei complementar, nos termos do art. 22, parágrafo único, da CRFB/88. Desse modo, analisadas sob a ótica da pertinência, as normas estaduais que criaram o Programa de Residência Jurídica estariam corrompidas pelo vício da inconstitucionalidade formal, uma vez que adentrariam a competência legislativa da União, na forma do art. 21, inciso I, da CRFB/88.

Decerto que, diante da flexibilização do emprego no Brasil, o estágio seria uma forma de trabalho atípico, que, embora não crie vínculo empregatício, se enquadraria no âmbito de proteção ao adolescente no mercado de trabalho, a teor do que dispõem os artigos 7º, XXXIII e 227, §3º, I, ambos da CRFB/88.

No entanto, embora presente a prestação de serviço pessoal, subordinado e não eventual em favor de terceiro, mediante contraprestação, o Programa de Residência Jurídica visa primordialmente o aprendizado do aluno-residente para o exercício da Advocacia Pública, sendo inconfundível com a relação de emprego prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁶.

No contrato de trabalho, é essencial o aproveitamento do produto da força do trabalho pelo empregado em troca de pagamento de remuneração denominada “salário”. Enquanto isso, na residência jurídica desenvolve-se a prestação de serviços em caráter complementar às atividades de cunho educativo, tendo o ato normativo regulamentador do programa¹⁷ instituído “bolsa” como forma de pagamento mensal recebido pelo aluno-residente.

Oportunamente, o Tribunal Superior do Trabalho¹⁸ já afastou o reconhecimento da relação de trabalho entre o médico-residente e a instituição de saúde. No julgado, afirmou-se que a residência médica constitui estágio na modalidade de ensino, em que não se abstrai relação empregatícia. Pelo contrário, o fato de o residente ser contemplado com bolsas de estudo, demonstra a inexistência do vínculo laboral e a existência de uma atividade voltada para a formação profissional, prevista e exigida por lei.

¹⁵ Id, op. cit., nota 06.

¹⁶ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer n° 5.729 – RMSF*, de 10 de março de 2017.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Id. Superior Tribunal do Trabalho. *RR n° 6.380*. Relator: Ministro Orlando Lobato. Publicado em 09 de maio de 1986.



Portanto, apesar do estágio constituir espécie de trabalho, é preponderante a finalidade educacional¹⁹, de modo a afastar a natureza de contrato de trabalho e lhe atribuir a natureza de contrato de extensão de ensino, de natureza civil²⁰.

Com efeito, o Programa de Residência Jurídica²¹ atendendo aos postulados constitucionais, prestigia a diversidade de espaços de aprendizagem, a educação, como direito de todos e dever do Estado (art. 6º), o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 205), os princípios de liberdade de ensino (art. 206, II) e o pluralismo de concepções pedagógicas (art. 206, III)²².

Nessa toada, em matéria de educação, ensino e desenvolvimento, a competência legislativa é concorrente entre a União e os Estados, devendo as regras suplementares estaduais guardar sintonia com as editadas pela União, segundo a redação do art. 24, IX, § 2º, da CRFB/88. Ratificando esse argumento, a Lei Federal nº 9.394/96²³, que trata das diretrizes e base da educação nacional, determina o dever do Estado com o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O Supremo Tribunal Federal²⁴, inclusive, já reconheceu a necessidade de estimular as iniciativas legislativas regionais e locais, quando não houver interdição constitucional expressa, no intuito de abandonar a leitura excessivamente inflacionária das competências normativas da União e prestigiar o princípio federativo brasileiro e o pluralismo político.

Dessa maneira, o Programa de Residência Jurídica no âmbito da PGE/RJ revela um vínculo propriamente educacional, e não trabalhista ou jurídico-administrativo, que guarda plena sintonia com a repartição de competências federativas concorrentes, previstas na Constituição da República.

¹⁹ REIS, op. cit., p.146.

²⁰ CARELLI apud Ibid., p.135.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 01.

²² Id, op. cit., nota 06.

²³ Id. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

²⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4060&processo=4060>>. Acesso em 20 jan. 2018.

2. O INGRESSO DO ALUNO-RESIDENTE POR PROCESSO SELETIVO E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

O Programa de Residência Jurídica²⁵ proporciona ao bacharel em Direito a especialização em Advocacia Pública por meio de instrução teórica e treinamento no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

Considerando a atividade prática do aluno-residente e adotando-se um conceito ampliativo da figura do agente público²⁶, incontestável a qualificação do estudante como tal, uma vez que executa função pública, como preposto do Estado na Administração Pública.

Nesse sentido, a ADI nº 5.387/AM²⁷ insurge-se contra a residência jurídica no âmbito das Procuradorias nos Estados. Para tanto, sustenta a violação da Constituição da República, no sentido de o Programa prestigiar a prestação do serviço público por estudantes de direito sem a devida observância às regras de admissão, prevista no art. 37, II, da CRFB/88²⁸. A referida disposição prevê que o provimento de cargos e empregos no serviço público decorra de prévia aprovação em concurso público, bem como do preenchimento de determinados requisitos legais.

De fato, a finalidade do concurso é a de atender aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, almejando o aperfeiçoamento do serviço público. Logo, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para propiciar igual oportunidade a todos os candidatos interessados que atendam aos requisitos da lei²⁹.

No Estado do Rio de Janeiro, a Resolução PGE nº 2.483/08³⁰ prevê o ingresso do aluno-residente por Exame de Seleção, que consiste em prova discursiva, de caráter eliminatório. Nesse Processo de Seleção, o conhecimento avaliado reporta-se aos temas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil, bem como ao uso da norma culta da Língua Portuguesa. Com isso, a aprovação do aluno-residente decorre da obtenção da média aritmética igual ou superior a cinquenta pontos nas três disciplinas, com ampla publicidade em Diário Oficial.

²⁵ Id, op. cit., nota 01.

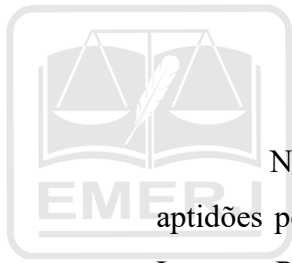
²⁶ DI PIETRO apud MELO, Frederico Jorge Gouveia. *Admissão de Pessoal no Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44.

²⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.387/AM*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=9442809&tipo=TP&descricao=ADI%2F5387>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

²⁸ Id, op. cit., nota 06.

²⁹ MEIRELLES apud MELO, op. cit., p. 56

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 01.



Nessa ordem de ideias, depreende-se que o Processo de Seleção tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de funções públicas³¹. Logo, o Programa cumpre com os postulados constitucionais que cercam ao princípio do Concurso Público, nos termos do art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Por outro lado, considerando que a residência jurídica desempenha importante papel na composição de um raciocínio crítico-reflexivo sobre o Direito Público, a Resolução PGE/RJ nº 2.483/08³² veda a prática pelos alunos-residentes de se amiscuir nas atividades privativas dos Procuradores do Estado, sob pena de violação do art. 132 da CRFB/88³³, art. 176 da CE/RJ³⁴ e art. 2ª da LC nº 15/80³⁵. Até porque, nos termos da mencionada Resolução, o programa de residência jurídica, afora o vínculo educacional, não constitui relação empregatícia.

Com isso, o Programa de Residência Jurídica não pretende burlar as admissões concernentes a cargo e emprego público, modalidades estas que, sim, exigem prévia aprovação em concurso, em procedimento formal, como forma de ingresso ao serviço público, nos termos do art. 37, II, da CRFB/88.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal³⁶ se manifestou sobre a impossibilidade de exigência da realização de concurso público formal para recrutamento de estagiários, haja vista não se enquadrar nas hipóteses de arremetimento de pessoal para o provimento de cargo efetivo ou ocupação de emprego público.

Por outro lado, em que pese não ser exigível a admissão por concurso público formal, no julgado, o ministro Ayres Britto entendeu que, em decorrência dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, desborda do âmbito de incidência material da lei impor qualquer vedação à realização de processo seletivo para o recrutamento de estagiários.

Em prestígio aos princípios de impessoalidade, igualdade e eficiência do serviço na Administração Pública, o concurso, como processo seletivo, tem que se compatibilizar com a natureza e a complexidade das atividades atribuídas ao cargo, ao emprego ou à função pública³⁷.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 659.

³² BRASIL, op. cit., nota 01.

³³ Id., op. cit., nota 06.

³⁴ Id. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/1171c5bc55cc861b032568f50070cfb6/a9589540b2eb6fde0325667a00637320?OpenDocument>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

³⁵ Id. *Lei Complementar nº 15*, de 25 de novembro de 1980. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/f4ff81f34af7713c032565df007155b1?OpenDocument>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.795/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624193>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 660.



Logo, não merece guarida a arguição de inconstitucionalidade material acerca da forma de recrutamento dos residentes jurídicos no âmbito da PGE/RJ, uma vez que os candidatos são aprovados mediante a aferição de conhecimento e de escrita, bem como análise da complexidade das questões jurídicas apresentadas, voltadas para as atribuições que o programa propõe.

3. A FINALIDADE DO PROGRAMA DE RESIDENCIA JURÍDICA EM OPOSIÇÃO AO REGIME DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

No Estado do Rio de Janeiro, a Resolução PGE nº 2.483/08³⁸ determina o prazo de 02 (dois) anos para a duração do Programa de Residência Jurídica. Contudo, o Parecer nº 5.729 – RMSP³⁹, elaborado no âmbito da PGE/RJ, concluiu pela viabilidade de ampliação da duração do programa para 03 (três) anos, de forma a possibilitar o seu aproveitamento como Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Advocacia Pública em parceria com a UERJ⁴⁰.

Nessa toada, a ADI nº 5.387/AM⁴¹ ampara a arguição de inconstitucionalidade material da residência jurídica. Na ação questiona-se que a contratação de alunos-residentes por tempo determinado, a pretexto de capacitá-los e introduzi-los nas atividades da Procuradoria-Geral do Estado, não cumpre com os requisitos previstos no art. 37, IX, da Constituição da República⁴².

De fato, é incontroverso que a legitimação constitucional de contratação temporária de pessoal para prestar serviços públicos decorre de (i) previsão em lei; (ii) tempo determinado; (iii) situação de necessidade temporária de excepcional interesse público⁴³.

Para tanto, a iniciativa legal deve advir de cada ente político para possibilitar a contratação de servidores temporários, prevendo as situações possíveis para esse tipo de

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 01.

³⁹ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer nº 5.729 – RMSP*, de 10 de março de 2017.

⁴⁰ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – Notícia: *PGE/RJ abre inscrições para curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Advocacia Pública*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/07/pge-rj-abre-inscricoes-para-curso-de-pos-graduacao-lato-sensu-em-dir-eo-advocacia-publica>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁴¹ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.387/AM*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=9442809&tipo=TP&descricao=ADI%2F5387>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁴² Id, op. cit., nota 06.

⁴³ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2229/ES*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375355>>. Acesso em: 17 mar. 2018.



contratação e sob qual regime jurídico estará inserida⁴⁴. Por tais razões, foi editada a Lei nº 8.745/93⁴⁵, cuja aplicabilidade se restringe à Administração Pública federal, e a Lei nº 6.901/14⁴⁶, pertinente à Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Não obstante, o único fator que aproxima os servidores temporários aos alunos-residentes é o vínculo precário e temporário com o Poder Público. Em razão da natureza da atividade exercida, o tratamento empregado à residência jurídica é diametralmente oposto ao dispensado à contratação temporária de servidores públicos.

Na residência jurídica, a inexigibilidade do procedimento formal de concurso público para ingresso do aluno-residente decorre da função desempenhada não se enquadrar como cargo efetivo ou emprego público⁴⁷, a teor do que prevê o art. 37, II, da CRFB/88⁴⁸. De outro modo, na contratação temporária, o recrutamento excepcional de pessoal pela Administração, sem observância da regra do concurso público, decorre da situação emergencial do serviço a ser prestado, em que a demora despendida em tal procedimento pode acarretar riscos à coletividade⁴⁹.

Na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, a residência jurídica é vinculada ao Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*⁵⁰, e, por tal razão, tem duração completa de 03 (três) anos⁵¹, em que ao término é concedido aos alunos-residentes o título de especialização em Direito e Advocacia Pública. Não cabe prorrogação nem reingresso do aluno-residente após o término do Programa⁵².

Por sua vez, a contratação temporária tem prazo certo, que varia entre 06 (seis) meses e 04 (quatro) anos⁵³, sendo que eventuais prorrogações são admitidas na forma da lei, enquanto perdurar a necessidade transitória de excepcional interesse público⁵⁴. Assevera-se que o pessoal

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.674.

⁴⁵ Id. Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁴⁶ Id. Lei nº 6.901, de 02 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLE.I.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/0480c14a0f05c36b83257d6d005bc52b?OpenDocument>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁴⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.795/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624193>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁴⁸ Id, op. cit., nota 06.

⁴⁹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

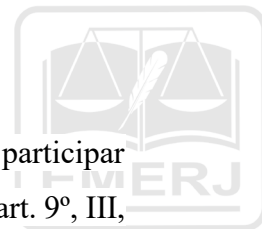
⁵⁰ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – Notícia: *PGE/RJ abre inscrições para curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Advocacia Pública*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/07/pge-rj-abre-inscricoes-para-curso-de-pos-graduacao-lato-sensu-em-direito-e-advocacia-publica>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁵¹ Id. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer nº 5.729 – RMSP*, de 10 de março de 2017.

⁵² Id, op. cit., nota 01.

⁵³ Id. Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁵⁴ MAGALHÃES, op. cit., p. 132.



anteriormente contratado ficará, após o encerramento de seu contrato, impedido de participar de novo processo seletivo por 24 meses antes de ser novamente admitido, segundo o art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93⁵⁵.

O objetivo da residência jurídica é promover o aprendizado crítico-reflexivo em Direito Público, em que os alunos-residentes participem de aulas semanais, palestras e pesquisas doutrinárias, bem como da elaboração de relatórios e ofícios, sendo todas as atividades supervisionadas por Procuradores de Carreira⁵⁶. Em contrário, a contratação temporária não tem qualquer viés educacional, uma vez que a prestação do trabalho decorre exclusivamente da necessidade temporária de excepcional interesse público previsto em lei⁵⁷, não se admitindo a execução de serviços meramente burocráticos⁵⁸.

A residência jurídica, de modo similar ao estágio, não se confunde com tempo de serviço público, em razão da disparidade de regimes jurídicos e da inexistência de contribuição ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS)⁵⁹. Por oportuno, considerando a ausência de vínculo empregatício⁶⁰, somente é possível a vinculação do aluno-residente ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) como segurado facultativo⁶¹, consoante ao que dispõe o art. 13, da Lei nº 8.213/91⁶².

De modo contrário, a atividade exercida pelo servidor temporário, embora transitória, é contada como tempo de serviço público, sendo o servidor vinculado ao RGPS⁶³ na qualidade de segurado empregado, a teor do que dispõe o art. 40, § 13, da CRFB/88⁶⁴ e o art. 11, I, “b”, da Lei nº 8.213/91⁶⁵.

A residência jurídica, como já abordado, desenvolve prestação de serviços em caráter complementar às atividades de cunho educativo, cujo pagamento mensal ao aluno-residente

⁵⁵ Id. *Lei nº 8.745*, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁵⁶ Id, op. cit., nota 01.

⁵⁷ Id. *Lei nº 8.745*, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁵⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.430/ES*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁵⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 30.687/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22924547/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-30687-df-stf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁶⁰ Id, op. cit., nota 01.

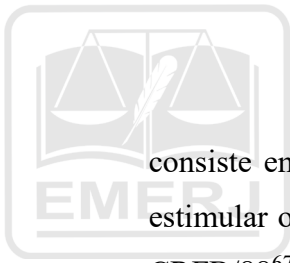
⁶¹ Id. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 617.689/PB*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19614581/recurso-especial-resp-617689-pb-2003-0219043-5/inteiro-teor-19614582>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁶² Id. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁶³ MAGALHÃES, op. cit., p. 202.

⁶⁴ Id, op. cit., nota 06.

⁶⁵ Id. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.



consiste em “bolsa”, com valor fixo⁶⁶. Com tal auxílio, busca-se conceder ajuda de custo a estimular o conhecimento jurídico ministrado pelo Programa, nos termos do art. 213, §2º, da CRFB/88⁶⁷.

Por outro lado, na contratação temporária, o pagamento mensal consiste em “remuneração”, segundo o art. 4º, da Lei nº 8.745/93⁶⁸, decorrente da prestação de serviço pessoal e subordinado ao Poder Público. O valor da remuneração pode variar de acordo com a atividade executada, não podendo ser inferior à fixada para os servidores de carreira nas mesmas categorias⁶⁹.

Diante da breve análise, a residência jurídica não encontra similaridade com a contratação temporária de servidores, por se tratarem de serviços de natureza distinta e o tratamento aplicado a esta se destoa da finalidade educacional do Programa. Desse modo, as situações descritas na Lei nº 8.745/1993⁷⁰, ou na lei especial de cada ente⁷¹, não são aplicáveis ao Programa de Residência Jurídica instituído na Procuradoria Geral dos Estados.

Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade material por inobservância do art. 37, IX, da CRFB/88⁷². Na verdade, não há subsunção do Programa de Residência Jurídica à caracterização de contratação temporária, a teor do que dispõe a Lei nº 8.745/93⁷³.

CONCLUSÃO

A problemática da presente pesquisa consistiu em analisar a constitucionalidade do Programa de Residência Jurídica no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, como parâmetro, foram analisados os argumentos aventados na ADI nº 5.387/AM, proposta contra a Lei nº 3.869/2013, que criou o Programa no Estado do Amazonas.

Em síntese, a ação constitucional atribuiu à residência jurídica a incompatibilidade formal e material com a Constituição da República. Com efeito, questionou-se que a iniciativa estadual de criar o Programa usurpa a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, o ingresso de alunos-residentes não observa às formas de admissão ao serviço

⁶⁶ Id, op. cit., nota 01.

⁶⁷ Id, op. cit., nota 06.

⁶⁸ Id. Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ DI PIETRO apud MAGALHÃES, op. cit., p. 174.

⁷² Id, op. cit., nota 06.

⁷³ Id, op. cit., nota 68.



público e, por fim, a atividade exercida na residência jurídica não atende aos requisitos legais para a contratação temporária por excepcional interesse público.

Como amplamente discutido neste trabalho, o Programa visa primordialmente a especialização do aluno-residente em Direito e Advocacia Pública. Da prestação de serviços, em caráter complementar às atividades de cunho educativo, não se abstrai relação empregatícia, sendo este, inclusive, entendimento pacificado no Tribunal Superior do Trabalho, em relação à residência médica.

Assim, em razão do vínculo propriamente educacional, e não trabalhista ou jurídico-administrativo, a legislação estadual que criou a residência jurídica no âmbito da PGE/RJ guarda plena sintonia com a repartição de competências concorrentes entre os entes federativos, no que diz respeito a promover o acesso do bacharel em direito ao aperfeiçoamento acadêmico em ensino jurídico.

Para legitimar o ingresso do aluno-residente ao Programa, se faz necessária a sua aprovação em Processo de Seleção, que consiste em Prova Discursiva, cujo conhecimento avaliado é atinente à atividade exercida no âmbito da PGE. Desse modo, considerando a seleção objetiva do candidato que mais se destaca no somatório das notas obtidas no certame, os postulados constitucionais de impessoalidade, moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público são plenamente atendidos.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou contrário à exigência da realização de concurso público formal para recrutamento de estagiários, uma vez que a função exercida não se enquadra como cargo efetivo ou emprego público, bastando o mero processo de seleção. Nesse sentido, como a residência jurídica se coaduna com a finalidade educacional do estágio, é razoável aplicar similar entendimento no que concerne ao modo de ingresso do aluno-residente ao Programa.

A residência jurídica provoca o vínculo precário e temporário com o Poder Público, sem, todavia, configurar hipótese de contratação temporária por excepcional interesse público. Na verdade, diante da sucinta análise empregada na pesquisa, a finalidade da atividade exercida no Programa não encontra qualquer similaridade com a contratação temporária de servidores.

De fato, a residência jurídica permite a prestação de serviços pelos alunos-residentes, porém, em caráter secundário, haja vista a finalidade do Programa em inserir profissionais seguros e melhor capacitados no mercado de trabalho. Assim, a aplicação das regras inerentes a contratação temporária por excepcional interesse público, além de desvirtuar a proposta do Programa, impediria o aprofundamento a partir das aulas e conteúdos relacionados ao Direito e à Advocacia Pública.



A partir do estudo especializado sobre o Programa de Residência Jurídica, constatou-se a sua influência no aspecto educacional, social e econômico. Inclusive, em prestígio de tais aspectos, a PGE/RJ ofereceu aos alunos-residentes, em parceria com a UERJ, o Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Advocacia Pública, cujo título de especialização será auferido ao término do Programa.

Com efeito, o Programa de Residência Jurídica, com respaldo constitucional, promove a diversidade de espaços de aprendizagem, atendendo ao postulado da educação, do pleno desenvolvimento da pessoa e dos princípios de liberdade de ensino e pluralismo de concepções pedagógicas. Além disso, como bem destacado, a Lei nº 9.394/96, que trata das diretrizes e base da educação nacional, determina o dever do Estado com o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Pelas razões expostas e em defesa dos princípios de liberdade e dos ideais de solidariedade humana, como objetivo fundamental perseguido pela Constituição da República, a presente pesquisa rechaça qualquer arguição de inconstitucionalidade formal ou material ao Programa de Residência Jurídica no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/1171c5bc55cc861b032568f50070cfb6/a9589540b2eb6fde0325667a00637320?OpenDocument>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

_____. *Decreto nº 21.037*, de 05 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_21_037_05121994.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei nº 6.932*, de 07 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6932.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. *Lei nº 8.745*, de 09 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. *Lei nº 8.906*, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.



_____. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei nº 11.788*, de 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei Complementar nº 15*, de 25 de novembro de 1980. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/f4ff81f34af7713c032565df007155b1?OpenDocument>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Lei Estadual nº 772*, de 22 de agosto de 1984. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/5d1b97982d75624a032565850079d5af?OpenDocument>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei Estadual nº 3.869*, de 19 de março de 2013. Disponível em <https://sapl.al.am.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/8324_texto_integral>. Acesso em 15 dez. 2017.

_____. *Lei Estadual nº 6.901*, de 02 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/0480c14a0f05c36b83257d6d005bc52b?OpenDocument>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Conselho de Procuradores do Estado. *Resolução nº 05/2013*. Disponível em: <<http://www.portalolm.com.br/wp-content/uploads/2013/08/regulamento-PRJ.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução nº 2.483*, de 28 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/Mostrar_Arquivo.php?C=NDEy>. Acesso em: 18 out. 2017.

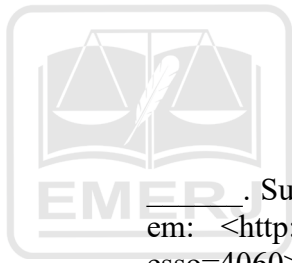
_____. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer nº 5.729 – RMSP*, de 10 de março de 2017.

_____. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – Notícia: *PGE/RJ abre inscrições para curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Advocacia Pública*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/07/pge-rj-abre-inscricoes-para-curso-de-pos-graduacao-lato-sensu-em-direito-e-advocacia-publica>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2229/ES*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375355>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3430/ES*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.795/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624193>>. Acesso em: 17 out. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4060&processo=4060>>. Acesso em 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.387/AM*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=9442809&tipo=TP&descricao=ADI%2F5387>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 30687/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22924547/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-30687-df-stf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP n° 617689/PB*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19614581/recurso-especial-resp-617689-pb-2003-0219043-5/inteiro-teor-19614582>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. *RR n° 6.380*. Relator: Ministro Orlando Lobato. Publicado em 09 de maio de 1986.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARCHETTI, Maurizio. *Analogia e criação judicial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARCONDES, Pedro Carlos Bitencourt. *Servidor Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Estágio e relação de emprego*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Frederico Jorge Gouveia. *Admissão de Pessoal no Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

REIS, Jair Teixeira dos. *Relações de trabalho: estágio de estudantes*. São Paulo: LTr, 2015.

CEGUEIRA DELIBERADA: ALGUNS ASPECTOS OBJETIVOS

Dejane Silva Gomes Rodrigues
Graduada pela Faculdade de Direito Centro
Universitário da Cidade. Juíza Leiga.
Advogada. Pós-graduada em Direito do
Consumidor Responsabilidade Civil pela
Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

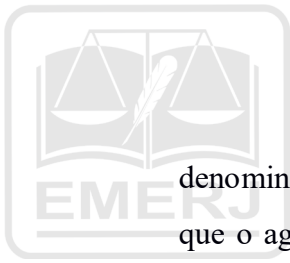
Resumo – A Teoria da Cegueira Deliberada já foi aplicada em diversos julgados no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, porém de forma tormentosa, uma vez que desafia a tese adotada pelo julgador que responsabiliza criminalmente o agente que se põe na condição de cegueira diante de um crime com a intenção de obter vantagens indevidas de toda sorte. O objeto deste trabalho é justamente verificar a compatibilidade desta teoria com o ordenamento jurídico pátria, sedimentando quais os meios e requisitos que devem ser observados para aplicação com segurança da teoria estudada, visando afastar a imputação objetiva vedada pelo Direito Penal Brasileiro.

Palavra-chave: Direito Penal – dolo eventual- ignorância deliberada – aspectos objetivos

Sumário – Introdução. 1. Dolo eventual e cegueira deliberada institutos: sinônimo ou não. 2. A compatibilidade da aplicação da cegueira deliberada e o ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Teoria da cegueira deliberada e o Código Penal Brasileiro: será mais uma Teoria adotada pelo ordenamento pátrio justificando as disfarçadas alterações legislativas? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

A Teoria da Cegueira Deliberada tem como origem história o caso Regina VS. Sleep ocorrido na Inglaterra no ano de 1861, em que Sleep era proprietária de uma ferragem e teria tentado remeter ao exterior parafusos de cobre desviado do patrimônio público. Já nos Estados Unidos, o precedente teria se dado, em 1899, por ocasião do julgamento do caso United State VS. Spurr pela Suprema Corte norte-americana. Spurr era presidente do Commercial Bank Of Nashville e teria certificado a existência de fundos em cheques emitidos por cliente que não possuía recursos suficientes para cobri-los. A Teoria da Cegueira Deliberada foi objeto estudo aprofundado e aplicação pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observando este que seria possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que consta do caput do art. 1º da Lei de Lavagem de capital, cujo reconhecimento apoiar-se-ia no



denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida. Mencionou o entendimento jurisprudencial utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no ACR nº2002.04.01.0089993 no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumir-se-ia com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei nº 9.613/98, sendo, pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Satisfaria mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de uma sofisticada engenharia financeira.

Essa teoria, que assenta suas origens na jurisprudência norte-americana, tem sido usada como um mecanismo de caracterização de condutas como dolosas eventuais nos crimes de corrupção eleitoral e lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98 recentemente experimentou alterações advindas da Lei nº 12.683/12). Segundo a mencionada teoria, a conduta de um agente que, deliberadamente, se “faz de cego” para supostamente não enxergar a ilicitude de alguma conduta que acaba por lhe alcançar juridicamente, obtendo determinada vantagem em virtude disso, deve ser considerada dolosa, conquanto não dolosa diretamente (dolo direto), pelo menos na modalidade eventual (dolo eventual - art. 18, I, segunda parte, do Código Penal).

Inicialmente deve-se buscar comprovação que é possível a utilização de Teoria da cegueira deliberada, abalizando seus aspectos objetivos evitando injustiças advindas de seu uso desregrado e sem fundamentos idôneos.

Nesta toada, analisar-se-á se a teoria da cegueira deliberada aplicada recentemente no Brasil por ocasião do julgamento da AP 470 está de acordo com o conceito de dolo previsto no Código Penal Brasileiro.

No mesmo giro, busca-se defender a necessidade de internalização da teoria como medida de justiça em relação ao problema da criminalidade organizada cada vez mais fortalecida e crescente em nossa sociedade. Tal crescimento ocupa grande preocupação dentro do Direito Penal Brasileiro moderno, devendo-se buscar contribuições por meio de estudos científicos, para a formulação de políticas públicas específicas e para a criação de entidades ou grupos especialistas que denunciam o enorme potencial econômico das organizações criminais, bem como as grandes dificuldades de controlar seus efeitos, não se podendo aceitar seja a Teoria mais uma justificativa disfarçada de alterações legislativas.



Para tanto a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pretendo-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas 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 consubstanciada na legislação, doutrina e na jurisprudência para sustentar a sua tese.

1. DOLO EVENTUAL E CEGUEIRA DELIBERADA INSTITUTOS SINÔNIMOS OU NÃO

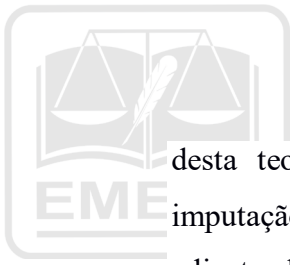
A Teoria acena para circunstâncias em que o agente se põe deliberadamente em uma condição de cegueira a respeito das circunstâncias fáticas penalmente relevantes, e diante do recente interesse do Brasil pela Teoria, as contendas acerca de sua compatibilidade no ordenamento jurídico pátrio adepto do *civil law* e ao direito positivo têm se acalorado ainda mais. Embora a tese tenha origem no direito consuetudinário, diversos países adeptos à *civil law* vêm aplicando a Teoria. Apesar disso, pouco se tem discutido a respeito de sua aplicabilidade, mormente no que diz respeito à sua conformação e compatibilização com elementos subjetivos do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Para que se possa verificar aproximação ou sinonímia dos institutos, deve-se iniciar analisando seus conceitos, visto que a Teoria se amolda a um critério de identificação de condutas dolosas eventuais que tem por paramento uma situação de cegueira deliberada em que se coloca o agente a fim de não visualizar um fato ilícito que acaba por lhe alcançar juridicamente, vindo a obter, em virtude desta condição determinada vantagem econômica. O STF já se posicionou e sustenta que “é a situação em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”.¹

A doutrina de Renato Brasileiro² sustenta que a Teoria estudada também é conhecida como doutrina das instruções do avestruz, ou evitação da consciência, que pode ser aplica nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, deliberadamente cria mecanismos que impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos e por força

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 470. Disponível em: <http://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 12/03/2018.

²BRASILEIRO, Renato. *Legislação Especial Criminal*. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.326.



desta teoria, aquele que renuncia adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa do crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento, não adiantando para tanto fechar os olhos.³

Em outro passo, o dolo eventual é parte das diversas teorias do dolo, podendo definir dolo como a consciência e vontade do agente de praticar fato típico, penalmente relevante. As teorias do dolo constituíram-se por meio de cisões conceituais a consideração do dolo⁴ e seus embasamentos, podendo se dividir o dolo em três teorias, a saber.

Em primeira linha tem-se a teoria clássica da vontade que se pauta ao elemento volitivo do agente, sendo necessário que o agente tenha a vontade de produzir tal resultado, tendo destaque pelo fato de ser essencial à vontade de realizar o ato, e não de somente infringir a lei.

Já a segunda teoria⁵ consubstanciada no assentimento, ainda que o agente não tenha a real intenção/vontade de realizar o resultado, ele admite o risco de produzir o resultado de forma tal que se equivale ao próprio dolo, posto que, ele aceita o resultado. Por esta teoria é possível a fazer a diferença entre dolo eventual e culpa consciente, retirando desta última, que o agente, a despeito de ser previsível o resultado, não assume o risco, acreditando verdadeiramente que o resultado não acontecerá.

Quanto a terceira e última teoria⁶, a da representação, em total desuso, tem base na representação subjetiva do resultado, não levando em conta se o agente almejou ou admitiu o risco de produzir o resultado, satisfazendo para tanto que o resultado tenha sido antevisto, sendo esta teoria insuficiente para ocorrer o dolo, uma vez que a expectativa acerca da ofensa ao bem jurídico tutelado, descaracteriza o dolo, por não demonstrar se o agente assumiu o risco de produzir o resultado. O Código Penal Brasileiro⁷ abraçou conforme o artigo 18, I, somente as teorias da vontade e do assentimento e por via de consequência, uma vez aceita a teoria do assentimento nasce à probabilidade de aproveitamento e distinção do dolo direto do eventual, sendo o dolo direto a vontade do agente apontada designadamente à produção do resultado típico,

³DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 237.

⁴COSTA, Álvaro Mayrink da, *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Lmj Mundo jurídico. 2015, p.339.

⁵ Ibid, p.346.

⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 399.

⁷BRASIL. Decreto Lei n.3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10/04/2018.

compreendendo os meios utilizados para tanto e no caso do dolo eventual o agente assumi o risco de produzir o resultado caso ocorra.

Tendo em vista o que se expos, conclui-se que no dolo direto o indivíduo quer o resultado e dirige sua conduta a uma finalidade precisa, por meio da qual, o resultado se produz pela decorrência direta de sua atuação.

A Doutrina divide o dolo direto em três aspectos; a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios⁸

Ademais disso, o agente conduz sua ação à terminação do fato típico, e sobrevindo implicações colaterais ou resultados secundários ocorrerá o dolo de segundo grau, no qual os resultados principal e secundário fazem parte da consecução do fim almejado.

Tal fenômeno não ocorre no dolo eventual, no qual o agente, embora não almeje inteiramente o resultado, assume o risco de produzi-lo, aderindo ao resultado considerando a possível/provável consequência, mas, ainda assim, age de maneira indiferente.

No dolo eventual, a mera ciência da probabilidade ou a possibilidade da produção do resultado não são suficientes para a sua caracterização, porquanto há de se ter o elemento volitivo envolvido, visto que se trata de dolo e não de culpa.

Neste diapasão, para se definir o dolo eventual é imprescindível à relação de vontade/consciência e o resultado realizado. Ainda quanto ao dolo eventual, existem algumas hipóteses sobre sua significação. Igualmente, a teoria da representação assentada demonstrando que para a sua existência basta à representação do resultado. Já a teoria do sentimento diz que existirá dolo eventual quando o agente tiver sentimento de indiferença quanto ao objeto jurídico. A teoria do consentimento, consubstanciada na vontade, aprovação ou aceitação, descreve que não basta à representação do evento, sendo imprescindível o consentimento quanto à produção do resultado.

Por fim, a teoria positiva do consentimento fala que o indivíduo não leva em conta a possibilidade do evento previsto, agindo e assumindo o risco de sua produção, sendo esta seguida pelo código penal.

⁸Ibid., p. 289.



Observa-se que para aferição do dolo eventual devem-se olhar as condições concretas e não apenas na mente do autor, já que não é possível exigir a confissão cabal de que o indivíduo, psíquica e claramente, permitiu a produção do evento.

Afinal, cabe aclarar que o Código Penal não diferenciou quanto aos efeitos do dolo direto e do eventual. À vista disso, na aplicação das penalidades não há diferenciação dos institutos, o que pode afrontar o princípio da proporcionalidade, visto que se pune o agente por um agir de forma igual a uma omissão. Ficando claro que tal circunstância ocorre de maneira semelhante quanto à razoável aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico nacional em diversos crimes, como nos crimes de contrabando e/ou descaminho, quando a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias. Agindo dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Veja-se o motorista de veículo que transporta grande quantidade de produtos contrabandeados não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), "quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica". Portanto, a doutrina da cegueira deliberada foi equiparada ao dolo eventual e aplicada aos crimes de transportes de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.⁹

Observa-se o que entendeu o Superior Tribunal de Justiça quando se debruçou sobre o crime de fraude a licitação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Licitação (Carta-Convite) Empresa vencedora beneficiada por manobra devidamente comprovada nos autos, com fraude evidente das propostas ofertadas Conluio também comprovado entre a empresa vencedora e as vencidas, cujas sócias são filha e companheira do sócio da empresa vencedora - Prova pericial altamente conclusiva, e que apontou com clareza o valor do prejuízo ao erário Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de

⁹BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5 região). Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada caviliosidade dos corrêus Infringência do art. 10, VIII, da Lei nº 8.249/92 Procedência parcial da ação mantida - Apelações dos réus não providas. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 845.485 - SP (2016/0005999-1)¹⁰

Como visto, com a harmônica aplicação da teoria da cegueira deliberada, o dolo eventual atua como um aproveitamento jurisprudencial para dar resposta punível ao agente que deliberadamente fecha os olhos perante um ilícito penal visando à impunidade. Os institutos não são sinônimos, porém a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada está sendo utilizada como substituição do dolo eventual em um sistema penal que adota o direito positivado, uma verdadeira tábua de salvação contra as burlas criminosas que se especializam cada vez para fugir de sua devida responsabilização penal, civil e administrativa.

Veja que não se pode falar em culpa consciente uma vez que essa se caracteriza por um conhecimento incompleto e pela ausência de vontade, sendo impossível um fato ser cometido com dolo e culpa ao mesmo tempo. O poder saber e o poder evitar não são juízos sobre possibilidades, mas possibilidades intelectuais e físicas do autor.¹¹ Os fatos dolosos se diferenciam pela intenção da ação dirigida a um resultado típico, ao passo que os culposos há uma referência a um efeito também verificado, porém impassível à reprovabilidade jurídico¹² penal.

2. A COMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

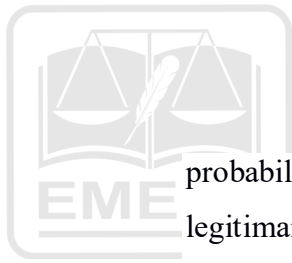
A Teoria da cegueira Deliberada vem modificar o entendimento adotado no Brasil, conforme visto acima, relativizando sua aplicação a título de dolo eventual conforme abrigada pelas decisões em sede de responsabilização do agente pelo cometimento do crime.

Observando-se que não basta para o agente, afirmar que desconhecia a procedência do ilícito, quando este devia e podia saber da origem dos bens e valores por estes aproveitados. Nota-se que diversas discussões foram instauradas para fundamentar a aplicação ou não da teoria comentada, posto que haja os que sustentam pela não aplicação da teoria uma vez que não existe no direito penal brasileiro responsabilidade criminal objetiva, não se sustentando o fundamento de uma condenação com base em

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso: 10/03/2018.

¹¹ Ibid., p. 390.

¹² Ibid., p. 393.



probabilidade se o agente sabia ou não do ilícito por trás do proveito auferido, não legitimando condenação com base em dolo eventual, sem que se possa incorrer em grave injustiça, devendo o julgador pautar-se em certeza, abandonando a vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro a analogia em *malam partem*.¹³

Em outra toada, para parte da doutrina e a jurisprudência assentadas nos tribunais superiores, defendem a aplicação da teoria da cegueira deliberada, fundada no dolo eventual, uma vez que o agente se coloca no estado de cegueira, fecha os olhos a ocorrência de crime de toda monta, buscando obter com isso vantagem indevida, produto do ilícito praticado, senão vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 18 E 19 DA LEI 10.826/2003. IMPORTAÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.SIGILO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA.INOCORRÊNCIA. NÃO INFORMAÇÃO DO ACUSADO DO SEU DIREITO AO SILÊNCIO PELA AUTORIDADE POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL.INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS SUCESSIVAS. TEMPO EXCESSIVO. OBSERVÂNCIA DOS PRAZOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. DESNECESSIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. CEGUEIRA DELIBERADA.CAUSA DE DIMINUIÇÃO ART. 29, §1º, DO CP. INAPLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.620.209 - RS (2016/0214790-9)¹⁴

Nada obstante, no mais das vezes a Teoria é aplicada ao tipo penal de lavagem de capitais que tem como conceito a lavagem de capitais o ato ou conjunto de atos por meio dos quais o agente procura ocultar a origem ilícita de valores oriundos de crime ou contravenção penal, conferindo-lhes uma aparência lícita, sendo um crime parasita que depende de um crime antecedente para ser concretizado.¹⁵ Ainda, traz em seu bojo um crime anterior, não admitindo imputação culposa levando a atipicidade da conduta, mesmo que aja erro evitável, afastando desta forma o dolo, dando causa a absolvição do acusado pela atipicidade da conduta do agente o que se busca evitar com os fundamentos da teoria nestes casos¹⁶.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf acesso em 21/04/2018.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2304> acesso em:23/03/2018.

¹⁵ BRASILEIRO, Renato. *Legislação Especial Criminal*. Coleção Ciências Criminais.v.14 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.288-289.

¹⁶ CALLEGARI, André Luiz, *Lavagem de dinheiro.Comentários*,São Paulo: Atlas, 2014.

Em uma construção doutrinária e jurisprudencial¹⁷ foi se criando os contornos dos requisitos objetivo que devem estar presentes no momento de imputação da responsabilidade criminal do agente e como exemplo temos o doutrinador Badaró e Bottini, apontando para três os requisitos para equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, qual seja: a) é essencial que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento com a intenção de deixar de tomar contato com atividades ilícitas, caso ela ocorra; b) o agente deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de fatos típicos sem sua ciência; c) são imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a ilicitude do objeto sobre o qual se realizará suas atividades.¹⁸

O Juiz Federal Sergio Moro sedimentou que é importante que o agente tenha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime, além de que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento.¹⁹

Nesse sentido:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PRPROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. *OPERAÇÃO LAVA-JATO*. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LAVAGEM DE ATIVOS. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. RESSALVA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. NULIDADE PROCESSUAL. ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA. AFASTAMENTO. DIVERSIDADE DE TRANSFERÊNCIAS. CONTINUIDADE DELITIVA. MANUTENÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. REPARAÇÃO DE DANOS. PROGRESSÃO DE REGIME.

1. Não se conhece da porção dos embargos infringentes e de nulidade que reclama a não incidência da teoria da cegueira deliberada, tendo em conta o debate não constituir divergência entre julgadores, porém mera ressalva de fundamentação, ausente, portanto requisito objetivo de admissibilidade recursal. 2. Não há falar em nulidade processual por cerceamento de defesa se, por ocasião do oferecimento de suas alegações finais, poderia a defesa ter impugnado o documento juntado, que, ademais, estava encartado nos autos de inquérito policial, apensos a ação penal. 3. A lavagem de dinheiro divide-se em três etapas independentes - colocação (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*). A estruturação (*smurfing*) refere-se à primeira fase, visando a *colocação* do dinheiro sujo no mercado,

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 14. ed. V.1 São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283

¹⁸ DE CARLA VERISSIMO. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e controle*. Porto alegre.

¹⁹Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsplivre=teoria+da+cegueira+deliberada&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=05/03/2018>>

para que possa, assim, ser dissimulado e integrado. Consiste na fragmentação das transações, realizadas em nome de múltiplos titulares e/ou em variadas instituições financeiras, de molde a driblar os requisitos de apresentação de relatórios ou a aplicação de controles (R\$ 10.000,00 no Brasil, conforme Circular nº 3.461/09 do BACEN). As condutas perpetradas não caracterizaram pulverização do capital para sua inserção disfarçada no sistema, porém à dissimulação e integração.⁴ Dada a diversidade e multiplicidade de operações financeiras tendentes a dissimulação e integração do capital, que perduraram por longo período de tempo e envolveram diversos agentes e empresas de fachada, reveladoras da opção por branquear o dinheiro em episódios autônomos e estanques, nacionais e estrangeiros, mediante *modus operandi* distintos, e considerada a autonomia típica relativamente ao delito antecedente, acertado o reconhecimento da continuidade delitiva ao invés de crime único.⁵ Mantém-se a incidência de juros moratórios do valor estabelecido para reparação dos danos, conforme precedente da 4a. Seção. Ressalva de entendimento pessoal.⁶ Mantida a determinação sentencial de obediência ao art. 33, § 4º, do CP, não havendo invasão da competência do Juízo das Execuções Penais.²⁰

Portanto, em que pese os requisitos ainda careça de aprofundamento pelos estudiosos e aplicadores do direito, restou claro que não há vedação a sua aplicação, desde que obedecidos os princípios constitucionais afetos a matéria e a aplicação conjunta das normais inclinadas à espécie.

3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: SERÁ MAIS UMA TEORIA ADOTADA PELO ORDENAMENTO PÁTRIO JUSTIFICANDO AS DISFARÇADAS S ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS?

Em que pese a Teoria comentada ainda, ser passível de estudos e considerações mais aprofundadas, não se vislumbra a hipótese de que está mascara alguma alteração legislativa quando faz do dolo eventual seu maior fundamento, visto que este encontra previsão expressa no art.18, I do código Penal Brasileiro²¹ e diante das decisões citadas e outras encontradas facilmente nos tribunais nacionais, percebe-se certa inconstância acerca dos embasamentos legitimadores dessa Teoria que não tem o condão de afastar sua aplicabilidade.

Percebe-se, portanto, o terreno movediço do qual surgiu à teoria no ordenamento jurídico pátrio, averiguando-se, não há falar em teoria que margeia a responsabilidade penal objetiva, que é manifestamente guerreada pelo Direito Penal no Brasil, sendo

²⁰ BRASIL. Tribunal Federal Regional⁴ Região. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9245995&termosPesquisados=acesso em 21/abril/2018.

²¹ BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10/abril/2018.

utilizada para junto com o Código Penal responsabilizar agentes que por meio da ignorância deliberada buscam a impunidade, senão vejamos:²².

ACR - APELAÇÃO CRIMINAL5009722-81.2011.4.04.7002PR - OITAVATURMA-RELATOR SERGIO FERNANDO MORO. JULGAMENTO:18/09/2013. ACESSO EM 16/10/2017PENA. CONTRABANDO. DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSPORTE DE CIGARROS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO MOTORISTA. DOLO EVENTUAL E CEGUEIRA DELIBERADA. 1. Nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias. 2. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta grande quantidade de produtos contrabandeados não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), "quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica". Doutrina da cegueira deliberada equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.3. Apelação criminal improvida.²³

Nesse contexto é imperioso observa a importância de tal teoria ser sedimentada no país, sem que com isso ofenda a norma posta e os direitos constitucionais dos que transgridem e buscam ocultar seus objetivos criminosos, não se podendo abandonar o mecanismo de facilitação da instrução criminal estatal em busca de justiça trazido pela teoria.

A tese encontra limitações teóricas e práticas no direito brasileiro, mas vai se ajustando em suas adequadas implicações, devendo obrigatoriamente ser observado os requisitos para sua aplicabilidade, ressaltando que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que prática ou participa de atividade criminal; que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos e de acordo com Sérgio Fernando Moro, (...) a teoria da cegueira deliberada pode ser trazida para a

²²Disponível em:<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2304/Monografia_Vinicius%20Rodrigues%20Arouck%20Ferreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. acesso em:23/março/2018.

²³Disponível em:<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 21/04/2018.



prática jurídica nacional, uma vez que, diante da falta de disposição legal específica na lei de lavagem de dinheiro contra a admissão do dolo eventual, é possível a aplicação da previsão genérica desta modalidade de dolo prevista no art. 18, I, do Código Penal.²⁴

O Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da AP 470 aplicou a teoria como uma extensão do dolo eventual, entendendo que assume o risco de produzir o resultado aquele que de propósito se coloca em uma situação de ignorância diante dos fatos puníveis. Contudo, são poucos estudos que avaliam sua compatibilidade com a natureza de elemento subjetivo e poucos exames têm sido feitos quanto à importância do conceito de dolo abraçado em nosso ordenamento e da possibilidade de adoção desta Teoria sob o aspecto legal. Busca-se saber qual e se há compatibilidade da aplicação da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a discussão se o dolo eventual e cegueira deliberada são institutos sinônimos, e se a aplicação da teoria não significaria analogia em desfavor do réu vedada no direito penal brasileiro. Certo é que objetivasse buscar um equilíbrio entre a eficácia da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada e a garantia de um processo justo e eficaz no combate a impunidade ao crime organizado, comprovando que é possível a utilização da Teoria abalizando seus aspectos objetivos evitando injustiças advindas de seu uso desregrado e sem fundamentos idôneos.

Ainda, assim, é importante defender a necessidade de internalização da teoria como medida de justiça em relação ao problema da criminalidade organizada cada vez mais fortalecida e crescente em nossa sociedade. Tal crescimento ocupa grande preocupação dentro do Direito Penal Brasileiro moderno, devendo-se buscar contribuições por meio de estudos científicos, para a formulação de políticas públicas específicas e para a criação de entidades ou grupos especialistas que denunciam o enorme potencial econômico das organizações criminais, bem como as grandes dificuldades de controlar seus efeitos, não se podendo aceitar seja a Teoria mais uma justificativa disfarçada de alterações legislativas.

Destarte, diante do contexto apresentado, deve-se dar maior atenção a essa nova forma, valorizando a probabilidade e a concordância de congregá-la no Direito Brasileiro e para tanto, consistir em necessariamente traçar os contornos dessa nova e nevoenta teoria e os enigmas que ela almeja decidir.

²⁴ DE CASTRO, Bruno Teixeira. *Estudo sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro* - Coleção Jornada de Estudos, 19, p. 69/80.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou mostrar que a Teoria da cegueira deliberada vem modificar o entendimento adotado no Brasil, relativizando sua aplicabilidade a título de dolo eventual e dolo direto conforme abrigado pelas decisões em sede de responsabilização do agente pelo cometimento do crime.

Vejamos que não basta para o agente afirmar que desconhecia a procedência ilícita dos bens e valores angariadas em seu proveito quando este devia e podia saber da origem de tais proveitos.

Nota-se que diversas discussões foram instauradas para fundamentar a aplicabilidade ou não da teoria estudada, visto que os que sustentavam pela não aplicabilidade baseavam suas afirmações em não existir responsabilidade criminal objetiva no Brasil, uma vez que julgar fundamentando na possibilidade de uma probabilidade de saber existir o ilícito, não legitima uma condenação com base em dolo eventual, posto que o agente tivesse como e devia saber e com isso assumiu o risco de produzir o resultado sem que se possa incorrer em grave injustiça, devendo o julgador pautar-se em certeza, abandonando a analogia in malam partem vedada pelo ordenamento jurídico Brasileiro.

Em outra toada, a jurisprudência vem se consolidando no sentido da aplicação da teoria mencionada fundamentando no dolo eventual uma vez que o agente se coloca no Estado de cegueira, ignorância e fecha os olhos a ocorrência de crime de toda monta, buscando obter com isso vantagem indevida, produto do ilícito praticado.

Diante dos estudos apresentados podemos observar que para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada está se consolidando nos três aspectos objetivos, sendo necessariamente analisado se o agente diante da provável origem ilícita dos bens, crie e utilize, conscientemente, barreiras ou obstáculos ao conhecimento pleno da origem. Ou seja, o agente deve fazer algo a fim de obstruir o seu pleno conhecimento. Diversamente do que ocorre quando o indivíduo se omite ou ignora pela simples negligência. E, deve-se ainda, partir de circunstâncias objetivas, nas quais é demonstrada, efetivamente, a ocorrência da ação de indiferença ilícita do agente.

Quanto ao encontro de solução, mostra-se importante a unificação da doutrina e da jurisprudência no que refere às condições para aplicação da teoria estudada e se necessário, inclusive, criação de súmula consolidando os requisitos que fundamente sua aplicabilidade, uma vez que, os Tribunais Superiores já permitem a ocorrência do dolo



eventual no delito de branqueamento de capitais entre diversos outros como acima estudado.

Portanto, o caminho foi aberto acerca da implantação da Teoria da Cegueira Deliberada, consubstanciada na aplicação desta na ocorrência de dolo eventual. Nesse cenário, é importante que se diga que os Ministros da Corte Constitucional admitiram de forma expressa o acolhimento da referida teoria.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sérgio Fernando (Org). *In Lavagem de Dinheiro* - comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10/04/2018.

_____. Decreto Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 10/abril/2018.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10/abril/2018

_____. Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 10/abril/2018.

_____. Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 10/abril/2018.

_____. Lei n.º 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art3>. Acesso em: 10/abril/2018.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª região). Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 03/março/2018.

BRASILEIRO, Renato. *Legislação Especial Criminal. Coleção Ciências Criminais*. v.14 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.326.



CALLEGARI, André Luiz, *Lavagem de dinheiro. Comentários*, São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

DE CASTRO, BRUNO TEIXEIRA in *Estudo sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro* - Coleção Jornada de Estudos, 19, ps. 69/80

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, ano 17, n. 204, p. 10-1, nov. 2009.

MONTEIRO, Alves Tatiana. *Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacaocorruptao-eleitoral>> Acesso em: 17/set/2017.

MONTEIRO, Tatiana Alves. *Teoria da Cegueira Deliberada*. Informativo Jurídico Consulex, Brasília, ano XXIII, n. 49, p. 3-4, dez. 2009.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar: 2005.



OPERAÇÃO LAVA-JATO: A NECESSIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA E A OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO

Diogo Crosara Itagiba

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – A condução coercitiva não é aplicada para ir de encontro às garantias processuais penais do indivíduo, que se apresentam de forma complexa, devendo ser sopesadas para possibilitar maior efetividade à persecução penal. Com o cenário sócio-político contemporâneo, a condução coercitiva, como medida excepcional, por vezes se torna necessária para garantir o regular indiciamento do acusado, bem como o devido processo legal. Cada vez mais, se percebe que a decretação da condução coercitiva é possível, para que as leis, efetivamente possam ser aplicadas àqueles que detêm grande poder econômico e político na sociedade, estando esta, cada vez mais tomada pelo sentimento de impunidade, agindo como fiscal da aplicação da lei. A essência do trabalho é abordar a condução coercitiva, bem como a relevância de sua aplicabilidade no cenário político contemporâneo.

Palavras-Chave – Direito Processual Penal. Operação Lava-Jato. Condução Coercitiva. Garantias Constitucionais. Princípio da Vedação a Autoincriminação

Sumário – Introdução. 1. A necessidade da condução coercitiva para obtenção de depoimento dos indiciados da Operação Lava-Jato. 2. Da possibilidade de decretação da condução coercitiva diante do poder dos acusados. 3. Do princípio da vedação a autoincriminação e sua não violação pela condução coercitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da condução coercitiva dos investigados pela Operação Lava-Jato dentro de um contexto de necessidade da persecução penal, sem, contudo, deixar de observar a garantia constitucional da vedação à autoincriminação. Procura-se demonstrar que a condução coercitiva é medida essencial para que os investigados na Operação Lava-Jato se tornem alcançáveis pela legislação criminal.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se há proporcionalidade e razoabilidade na decretação da medida a ponto de justificá-la, levando em consideração ser medida extrema no processo penal brasileiro.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário para sobrepor os interesses coletivos e a persecução penal, diante da violação supostos direitos e garantias fundamentais.



Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “condução coercitiva” e compreender como essa medida cautelar foi aplicada no processo criminal brasileiro, mais especificamente nos casos dos acusados pela Operação Lava-Jato.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como é possível que seja decretada a condução coercitiva do investigado na Operação Lava-Jato, bem como a previsão legal contida no Código de Processo Penal sobre a medida cautelar em questão.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a razoabilidade e proporcionalidade são os pilares da condução coercitiva, ainda mais diante de investigados de grande poder econômico e influência política, com o objetivo de realmente ocorra a persecução penal destes acusados.

O terceiro capítulo demonstra que há possibilidade de que a condução coercitiva não viole os direitos fundamentais do cidadão, em especial, da vedação a autoincriminação. Procura-se explicitar como isso ocorre, bem como quais as condutas que o investigado poderá ter, sem que se viole o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

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 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 NECESSIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA OBTENÇÃO DE DEPOIMENTO DOS INDICIADOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

A conceituação inicial da condução coercitiva é necessária, para que se possa compreender a legalidade da decretação da medida cautelar em questão, em especial, inserida no cenário da Operação Lava-Jato.

A condução coercitiva pode ser conceituada como método pelo qual se impõe que determinado cidadão seja conduzido para prestar depoimentos ou esclarecimentos às autoridades policiais a respeito de conduta criminosa pela qual seja investigado, ou do qual seja testemunha, recaindo sobre a liberdade pessoal do indivíduo, de forma momentânea.

Feita essa consideração, deve ser destacado que embora não haja unanimidade na doutrina acerca de sua natureza jurídica, a melhor doutrina entende que trata-se de medida



cautelar diversa da prisão, de natureza pessoal, ainda que não listada no rol das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal¹.

A condução coercitiva ganhou notoriedade, pela sua aplicação, em grandes operações policiais, dentre as quais a Operação Lava-Jato foi a maior e a mais conhecida pela sociedade.

Muito se falou, exaustivamente em redes sociais, especialmente por defensores e adeptos de pensamentos de cunho “esquerdista”, e doutrinadores defensores do garantismo penal sobre a impossibilidade da condução coercitiva dos indiciados, face a ilegalidade da conduta praticada pelas autoridades policiais.

Tais argumentos, evidentemente carecem de amparo jurídico.

A previsão legal da condução coercitiva está esparsa pelo Código de Processo Penal, estando inserida no artigo 201, §1º, 218, 260 e 278, todos do referido diploma legal². A observância do princípio da legalidade, no tocante à decretação da condução coercitiva do indiciado está prevista no artigo 260, do Código de Processo Penal de 1941.

A divergência acerca do tema, ocorre devido ao uso da palavra “acusado” no artigo 260, do Código de Processo Penal. Desse modo, há uma corrente que defende a aplicação estrita do artigo em questão aos acusados, cuja ação penal esteja já em curso, e outra corrente que corretamente não restringe a aplicação do artigo supracitado aos acusados, estendendo a possibilidade da condução coercitiva aos acusados.

Na qualidade de operadores do direito, deve-se recorrer à interpretação teleológica para que seja possível compreender a real intenção do legislador ao editar a norma. Assim, se torna de maior facilidade a compreensão do que pretende ser demonstrado, que muitas das vezes, a figura do investigado se confunde com a figura do acusado, sendo certo que o legislador de outrora não teve o cuidado de distingui-los, na época da edição do Código de Processo Penal.

Tal fato é evidente, uma vez que a figura do indiciado vem sendo inserida no Código de Processo Penal gradualmente, como se observa com a alteração do artigo 405, §1º pela Lei nº 11.719/08³, e posteriormente com a alteração da redação do artigo 319, com a edição da Lei 12.403/11⁴, sendo imperioso que para fins da aplicação da norma processual penal se insira o indiciado em determinados artigos que fazem menção apenas ao acusado. Evidente ser o caso da condução coercitiva.

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017

²Ibidem.

³Idem. *Lei nº 11719/2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm. Acesso em: 18 out. 2017.

⁴Idem. *Lei nº 12403/2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 18 out. 2017.



Portanto, ao se deparar com o artigo 260, do Código de Processo Penal⁵, o operador do direito deverá considerar como a redação do referido artigo, que se o indiciado ou o acusado não atenderem a qualquer ato necessário para a persecução penal, poderá, o magistrado determinar a sua condução à autoridade policial, para que se cumpra o objetivo da intimação por aquele realizada.

Oportuno destacar que além do artigo 260, do Código de Processo Penal não fazer distinção quanto à condução coercitiva ser cabível em fase inquisitória ou judicial, no aspecto da observância da legalidade, pouco importa se a medida foi decretada em sede de alguma operação policial ou não, desde que a decretação de tal medida seja fundamentada, e requerida pela autoridade judicial competente.

Analisa-se então, o preenchimento dos requisitos necessários para a decretação de condução coercitiva prevista na legislação processual penal vigente.

O primeiro deles, é a expedição do mandado de condução coercitiva por autoridade competente.

Muito se discute sobre a possibilidade do delegado de polícia requerer a condução coercitiva para apurar investigação, independentemente do requerimento ao magistrado. Em que pese haver um único precedente do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n° 107.644, originado em São Paulo⁶, concedendo ao delegado de polícia a permissão para condução coercitiva, pautando-se para tal nos artigos 144, §4º, da Constituição Federal⁷ e no artigo 6º, do Código de Processo Penal⁸, tal atitude não pode ser admitida e deve ser combatida, por caracterizar flagrante violação afronta às garantias constitucionais.

Conclui-se que tanto na fase inquisitorial, quanto na fase judicial, cabe exclusivamente ao magistrado, a decretação da condução coercitiva no caso de entendimento no sentido da indispensabilidade da oitiva do indiciado, devendo manifestar-se expressamente acerca da necessidade da oitiva do indiciado.

O segundo requisito, e mais polêmico, diz respeito à necessidade de intimação prévia do indiciado.

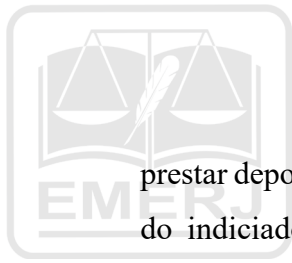
Sem dúvida, a corrente majoritária na doutrina é aquela que defende a necessidade de que o indiciado seja intimado para que compareça espontaneamente à autoridade policial para

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 107.644/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621660/habeas-corpus-hc-107644-sp-stf/inteiro-teor-110022542>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁷Idem. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁸Idem, op. cit., nota 1.



prestar depoimento ou esclarecimentos, sendo necessário ainda recusa deliberada e injustificada do indiciado, o que caracterizaria a sua intenção pelo não comparecimento espontâneo à autoridade competente.

Ocorre que, diante do cenário jurídico-político da sociedade contemporânea, que sofre com intensa corrupção de seus representantes eleitos, o requisito da prévia intimação poderá ser mitigado em casos pontuais, quais sejam diante da manifesta impossibilidade do fiel cumprimento de eventual intimação. Nestes casos, considerar-se-á suprido tal requisito, ressaltando que por manifesta impossibilidade, deverá ser entendido como indícios claros que o indiciado se recusará a cumprir a intimação.

O tema ganhou grande relevância, com a Operação Lava-Jato, em que o Ilustre Magistrado Sergio Fernando Moro determinou a condução coercitiva de um representante do povo, cujo mandato político não estava em curso, de forma impecável, exemplar.

Do mesmo modo como o demonstrado neste capítulo do artigo, as razões pelas quais decretou-se a medida cautelar, sem intimação prévia para o comparecimento espontâneo à sede policial ocorreu devido ao fato de que esse indiciado manifestou-se em rede nacional claramente, informando que não compareceria à delegacia por vontade própria, e que só iria prestar esclarecimentos, se fosse conduzido, e desse modo foi feito.

Além disso, o parágrafo único do artigo 260, do Código de Processo Penal⁹ determina que sejam preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 352 do mesmo diploma legal¹⁰, os quais se limita à mencionar, devido à ausência de discussões jurídicas relevantes sobre eles. São eles: o nome do juiz; o nome do réu ou do indiciado; o endereço em que será realizada a condução coercitiva; a finalidade do mandado; o juízo (ou autoridade), lugar, data e hora em que o réu ou indiciado deverá comparecer; e a assinatura do escrivão e a rubrica do magistrado.

Portanto, a condução coercitiva do indiciado observa o princípio da legalidade, cuja previsão legal se encontra no artigo 260, do CPP e será cabível a sua decretação pelo magistrado, quando o indiciado, intimado, se recusar a comparecer à autoridade competente par prestar esclarecimentos, ou no caso de manifesta recusa ao comparecimento, antes mesmo de ser intimado para tal, uma vez que será frustrado o comparecimento espontâneo.¹¹

⁹ Idem, op. cit., nota 1.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

2. DA POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA DIANTE DO PODER DOS ACUSADOS

Desde os primórdios do Estado democrático de direito brasileiro poder e política são tratados como sinônimos. Embora a finalidade da política, não seja o poder, atualmente, o que se observa pela sociedade é um jogo político onde só participa quem detém poder, poder este que lhe é atribuído por meio da sua participação política, e não por meio de suas funções.

Como cediço, as articulações políticas são realizadas corriqueiramente na busca da promoção pessoal da figura política e de seu enriquecimento pessoal.

Num claro jogo de poder e política, exsurge a Operação Lava-Jato, que traz à tona um série de crimes praticados com o envolvimento direto ou indireto dos políticos do país, partidos políticos, e demais envolvidos no cenário político. Ou seja, os delitos em questão, trazem no corpo de investigados e no banco dos réus pessoas de extrema influência, de grande poder, e é exatamente este ponto que se abordará neste capítulo.

Nesse sentido, o Procurador Carlos Fernando dos Santos Lima (Procurador da Força Tarefa da operação Lava-Jato) em momento próximo ao Impeachment da presidente Dilma Rouseff disse que esperava que não fosse retirado do Ministério Público a autonomia com a qual vinha atuando nas suas investigações.¹²

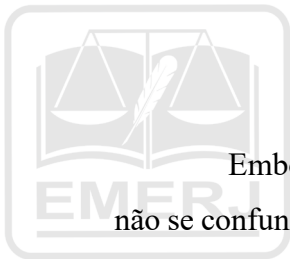
Não se pretende com isso, assimilar o poder supracitado à polêmica do foro por prerrogativa de função, embora o discurso que se defenderá mais adiante, seja válido também para os réus que gozem da referida prerrogativa.

Diante da liberdade de locomoção garantida pelo artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal¹³ e da grandiosidade da influência do réu enquanto figura pública, é que se fomenta a esperança de sua impunidade sendo comum que o réu busque não só dificultar a colheita de provas, mas também destruí-las. Assim o faz, por meio de seu poder, realizando promessas de pagamentos ou outras vantagens, e fazendo ameaças a terceiros, para que sumam que as provas pertinentes.

Deste modo, para que não se esvazie a persecução penal é que deve ser balanceado o binômio razoabilidade-proporcionalidade de modo a tornar possível a decretação de condução coercitiva do acusado.

¹²FERNANDES, Ana; COUTINHO, Mateus. *Governos anteriores controlavam instituições de investigação, diz procurador da Lava Jato*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governos-antigos-mantinhavam-o-controle-das-instituicoes--diz-procurador-da-lava-jato,10000023830>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹³BRASIL, op. cit., nota 7.



Embora possam parecer expressão próximas, a razoabilidade e a proporcionalidade não se confundem. Isso porque a razoabilidade é demonstrada fazendo as vias de senso comum, sendo razoável ou não a decretação da medida cautelar. A proporcionalidade, por sua vez, estaria caracterizada pelo binômio necessidade-adequação, tendo como verdadeiras balizas a vedação ao excesso e a vedação da proteção deficiente.

Num primeiro momento, deve ser analisado o comportamento do acusado ou de terceiros próximos a ele. Em sendo constatada a dificuldade de obtenção de provas, ou a sua frustração em razão de atos de particulares, visando obstar a persecução penal deve ser trazida à baila a possibilidade de decretação da condução coercitiva.

Cabe destacar que a condução coercitiva neste contexto não poderá ser utilizada com a finalidade de prisão do acusado, perpetuando-se o menor tempo possível, para não evidenciar uma situação de constrangimento ilegal.

Por seu turno, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, não poderá ser decretada a medida se a prova que se pretender colher for substancialmente fraca ou irrelevante, bem como se a prova puder ser obtida por outro meio, alternativo à condução coercitiva. Isso porque, a liberdade do acusado prepondera nestes casos.

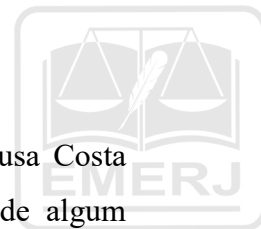
Então em quais casos a condução coercitiva poderia ser utilizada como meio de interrupção da obstrução indevida das investigações por parte do acusado?

Dada a extrema importância da prova para a persecução penal, bem como a posição que ocupa o acusado, e considerando a relevância para a sociedade, pode se dizer que a restrição temporária da liberdade ocasionada pela condução coercitiva estará justificada se em perfeito consonância com ao trinômio necessidade-adequação-proporcionalidade. O que se pretende demonstrar é que sendo o acusado de relevante notoriedade, ardil, e cuja investigação tenha significativo valor social, a condução coercitiva poderá ser decretada para facilitação da colheita de prova, desde que tal medida cautelar não se perpetue desarrazoadamente.

Nesse sentido corrobora o artigo elaborado pelo Delegado de Polícia Federal Álex Levi Bersan de Rezende¹⁴ que assevera que:

quando a busca pela prova se coaduna com a principiologia constitucional, ainda que minimize a incidência de alguns direitos individuais, respeitando a proporcionalidade em sua tríplice dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade strictu sensu), não há que se falar na inconstitucionalidade e na ilegalidade dos métodos empregados para se alcançar a verdade almejada na persecução criminal.

¹⁴ BERSAN DE REZENDE, Álex Levi. *Condução coercitiva: Controvérsias a luz do garantismo penal*. Segurança Pública e Cidadania. Brasília. V.6, nº1. p.29-58. Jun 2013. Disponível em:<<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/download/258/224>> Acesso em: 18 jan. 2018



Do mesmo modo, Henrique Hoffman Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa defendem que a condução coercitiva “volta-se teleologicamente para obtenção de algum elemento informativo ou probatório.”, evidenciando assim, que as vezes, preenchidos seus requisitos e por breves períodos, a constrição da liberdade pode ser realizada em prol da persecução penal, do indiciamento formal, a fim de evitar a perda da produção de uma prova importante para o regular desenvolvimento processual.¹⁵

Isso porque, do contrário, os acusados com alto poder e influência ficariam se esquivando eternamente da responsabilidade penal pelos delitos cometidos, ou pelo menos, até que seu crime houvesse sido prescrito, o que não se pode admitir, uma vez que o papel do Poder Judiciário é justamente a prolação de uma sentença de mérito em que se almeje a justiça.

Há que se destacar, também, que apesar de um discurso a primeira vista mais inquisitorial, as medidas nos exatos moldes do que se vem defendendo neste artigo, têm o condão, sobretudo, de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais do acusado, tal qual previsto na Carta Magna.¹⁶

A condução coercitiva do acusado realizada para obtenção de prova busca viabilizar a sua produção pelas vias comuns pode ser considerada como garantia do acusado, na medida em que sua decretação, de natureza cautelar, evita a decretação de outra medida, igualmente cautelar, mais gravosa ao investigado. A título exemplificativo, ressalta-se a prisão preventiva como garantia da ordem pública ou até mesmo como garantia da instrução criminal, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁷, que como se sabe, encontra uma infinidade de possibilidades de justificação da prisão preventiva, diante da possibilidade de interpretação extensiva do conceito de “garantia da ordem pública” e “de garantia da instrução criminal”.

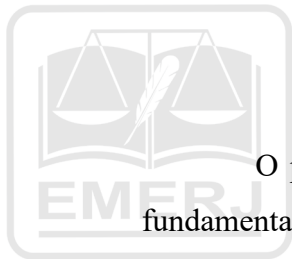
3. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO E SUA NÃO VIOLAÇÃO PELA CONDUÇÃO COERCITIVA

Inicialmente, para que se tenha uma melhor compreensão acerca do princípio da vedação a autoincriminação, ou como dito no brocardo jurídico, *nemo tenetur se detegere*, deve ser realizada uma breve análise histórica do princípio em questão, de modo a ser analisada a questão diante do prisma da condução coercitiva.

¹⁵ MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffman; SOUSA COSTA, Adriano. *Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>>. Acesso em: 18 jan 2018

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁷Idem, op. cit., nota 1.



O princípio da vedação a autoincriminação foi introduzido no Brasil, como direito fundamental, com a Constituição Federal de 1988, com previsão expressa no artigo 5º, LXIII¹⁸, no que diz dentre outras coisas, que o preso terá o direito de permanecer em silêncio¹⁹. No entanto, sua origem é muito anterior da Constituição Federal, derivando da Era Moderna, como repulsa aos sistemas inquisitivos da Idade Média, onde a tortura é utilizada como forma de se obter a confissão do acusado.

Em que pese a redação do artigo supracitado faça menção apenas ao direito do preso, certo é, que o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento, tal como no Habeas Corpus nº87.140/DF²⁰, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto, no sentido de ser possível interpretação extensiva do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, para que a norma constitucional também passe a abranger os direitos e garantias dos acusados, investigados e testemunhas.

A garantia de não produzir provas contra si, está diretamente ligado, de acordo com a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça, a dignidade da pessoa humana, reconhecido internacionalmente no Pacto de San José da Costa Rica (Artigo 8º, 2, “g”)²¹, tal como pode ser observado por meio do AgRg no REsp nº 1.497.542-PB²², cuja relatoria pertenceu ao Ministro Benedito Gonçalves.

Sob o aspecto doutrinário, Luis Flávio Gomes²³ defende a subdivisão do princípio em 09 (nove) dimensões, dentre as quais se destaca, por pertinência temática a este artigo, o direito ao silêncio, o direito de não colaborar com a investigação criminal, o direito de não declarar nada contra si e o direito de declarar o inverídico, desde que não prejudicial a terceiros, sendo elas, autoexplicativas, consubstanciadas na tradução da ideia de que é vedada a produção de provas contra si.

Numa primeira percepção, equivocada, seria crível que a condução coercitiva viole direito fundamental da vedação a autoincriminação, em especial, nas dimensões supracitadas.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 7.

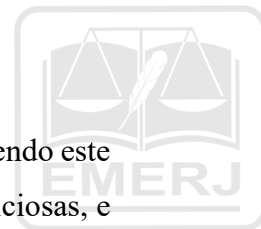
¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único - 5. ed. re., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.140/DF*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786145/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-87140-df-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²¹ Idem. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018

²² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.497.542/PB*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329254091/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1497542-pb-2014-0306372-4/inteiro-teor-329254319?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 20 jan. 2018

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 20 jan. 2018.



Isso porque, o acusado seria conduzido até a delegacia de polícia contra sua vontade, sendo este indivíduo retirado de seu lar para prestar esclarecimentos, na forma de perguntas maliciosas, e induzimentos a conclusões contrárias ao interesse do acusado, o que de fato não se pode admitir no estado democrático de direito.

No entanto, tal violação não ocorre, uma vez que a finalidade da norma, seria de proteger o cidadão contra as arbitrariedades e abusos de poder do Estado, exercida por meio de seu agente. Ora, diante da previsão legal acerca da condução coercitiva, não se pode considerar que o instituto, por si só, viole a vedação à autoincriminação do acusado.

O acusado, ao ser conduzido para prestar esclarecimentos, tem a faculdade de recusar a realizar qualquer espécie de manifestação, sem que possa sofrer qualquer ripo de sanção em seu desfavor. Do mesmo modo, pode se recusar a colaborar com qualquer prova invasiva, podendo até mesmo faltar com a verdade com relação as indagações que eventualmente lhe será realizadas, desde que não imputem condutas criminosas a terceiros, condutas estas, sabidamente falsas.

Ora, se o investigado possui a seu dispor, todas essas garantias, carece de plausibilidade, o argumento de violação das garantias constitucionais, em especial a vedação a autoincriminação, nos casos em que se efetive a condução coercitiva. Esses feitos, são a mais pura prova de que o homem se torna o centro de direitos e garantias fundamentais, cabendo ao próprio Estado, zelar por eles.

Além disso, não existe dúvida, quanto a vedação de qualquer conduta por parte do agente público responsável, que vise forçar o acusado a se incriminar, direta ou indiretamente, e eventual prova que daquelas se originar, pois tais provas evidentemente seria consideradas ilícitas, e de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada (ou da prova ilícita por derivação), não poderão ser aproveitadas na persecução penal, de acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal²⁴.

Do mesmo modo, as provas derivadas das ilícitas, que também não poderão ser aproveitadas como instrumento probatório na persecução penal, exceto se ficar comprovado que tal prova derivada viesse a tona, por meio de fonte de investigação independente, conforme disposição no artigo 157, § 1º e § 2º, do Código de Processo Penal²⁵, discussão essa que não será aprofundada no presente artigo, por falta de pertinência com o tema principal.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ Ibidem.



De igual maneira, a decretação de condução coercitiva, deverá obedecer às formalidades previstas em lei, sob pena de caracterizar-se verdadeiro constrangimento ilegal.

O princípio em questão, tem por finalidade, o combate à comodidade da investigação no qual é inevitável que diante da gravidade da situação criminosa que se almeja solucionar, o Estado detenha métodos para que a verdade seja encontrada por meios alternativos, que não sejam a confissão do acusado, ou que se utilize de seu silêncio para valoração negativa dos elementos probatórios em desfavor do investigado.

Cabe destacar, que é imperioso que se busque o princípio da verdade, e não a verdade real, que é um ideário, mas a verdade construída ao longo de um processo, em compasso com as garantias asseguradas ao réu, mas que não se afaste dos ideais de justiça e moralidade que deriva um devido processo legal, calcado no estado democrático de direito.

Não se pretende, com isso, defender um processo inquisitivo, onde o acusado seja um mero objeto, mas um processo acusatório justo, ético e moral, que atenda ao mesmo tempo as garantias fundamentais do cidadão, e os anseios da sociedade, que nos últimos tempos, quer respirar justiça a cada suspiro. Ademais, a verdade enaltece a justiça, seja no processo, seja para além dele.

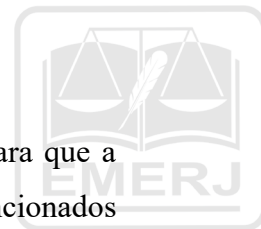
O que se pretende demonstrar, portanto, é que o debate acerca da eventual violação da produção de provas contra si, deve ser observado pelo aspecto histórico-finalístico da norma, em consonância com os procedimentos investigatórios e processuais penais, e não pela mera reprodução automática do artigo constitucional, que certamente denotará uma conclusão equivocada ao leitor, que concluirá pelo caráter absoluto do princípio em análise.

Assim, a condução coercitiva opera como oportunização do melhor debate e do contraditório no processo penal, acarretando, por vezes, numa distribuição de justiça vista como socialmente injusta.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, necessidade da aplicação da condução coercitiva, em especial aos crimes investigados e processados no âmbito da operação Lava-Jato. O embate materializa-se pelo confronto existente entre as garantias individuais do indivíduo, as quais devem ser sopesadas com a necessidade do regular processamento deste, bem como da busca pela obtenção de justiça.

Enquanto de um lado, os acusados pretendem se fazer valer do caráter de garantias constitucionais para obstar a investigação penal a qualquer custo, de outro, as autoridades



competentes buscam utilizar-se de todos os mecanismos legais à sua disposição, para que a verdade acerca das imputações penais sejam descobertas, e os responsáveis sancionados conforme a previsão legal pertinente.

Por meio da fundamentação desenvolvida no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão de que reiteradas decisões judiciais são contrárias à decretação da condução coercitiva deliberadamente, de modo a não banalizar o instituto. Ocorre que, em diversas situações, principalmente naquelas atinentes à operação Lava-Jato, a decretação da condução coercitiva não é somente medida possível, mas sim, necessária para garantir a possibilidade de aplicação da lei penal.

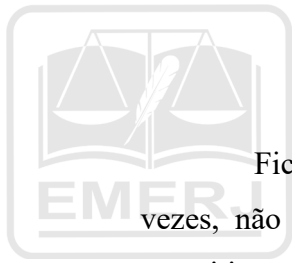
O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a condução coercitiva, apesar de medida excepcional no âmbito do processo penal, quando observados os pressupostos legais para sua aplicação, tem o caráter essencial na investigação dos acusados na esfera de atuação da operação Lava-Jato. No que tange este ponto, foi possível observar, que na realidade, a divergência existente na doutrina e na jurisprudência, é ocasionada pelo déficit técnico na elaboração das leis, bem como oriunda na omissão legislativa pertinente ao tema em questão.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, as garantias constitucionais, em especial a proporcionalidade e a liberdade de locomoção não têm o viés absoluto, devendo ser analisada em conformidade com outros fatores jurídicos ou não. Em síntese, não há direito que possa impedir a análise crítica de outro, o qual, em virtude do posicionamento que se pretende defender, fará com que este, ou aquele, prevaleça de acordo com a situação analisada.

A fundamentação utilizada com base nas mais diversas fontes do direito permitem a mitigação de direitos, em tese, absolutos, em prol de uma violação menos grave, de outro direito considerado intocável.

No entanto, por tratar-se de tema sensível, e de alto grau de divergência, diante do cenário político-jurídico contemporâneo, argumentos divergentes não devem ser automaticamente descartados, mas sim analisados harmonicamente, com o objetivo de obtenção da justiça, pautado tanto nos anseios da sociedade, como dos acusados, que indubitavelmente gozam de certas garantias.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a decretação da condução coercitiva, apesar de aparentemente violar garantias fundamentais, como a liberdade de locomoção e vedação à autoincriminação não necessariamente são prejudiciais aos acusados, uma vez que outras medidas mais gravosas poderiam lhes ser aplicadas.



Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que, por vezes, não há outra alternativa ao aplicador do direito, senão a decretação da condução coercitiva, principalmente no que tange a operação Lava-Jato, para que a verdade e a justiça possam prevalecer, diante dos inúmeros artifícios dos quais dispõem os investigados em questão.

REFERÊNCIAS

BERSAN DE REZENDE, Alex Levi. *Condução coercitiva: Controvérsias a luz do garantismo penal*. Segurança Pública e Cidadania. Brasília. V.6, nº1. p.29-58. Jun 2013. Disponível em:<<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/download/258/224>>. Acesso em: 18 jan. 2018

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017

_____. *Constituição Federal*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Lei nº 11719/2008*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Lei nº 12403/2011*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em:<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.497.542/PB*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329254091/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1497542-pb-2014-0306372-4/inteiro-teor-329254319?ref=juris-tabs#>> Acesso em: 20 jan. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 107.644/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621660/habeas-corpus-hc-107644-sp-stf/inteiro-teor-110022542>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.140/DF*. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786145/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-87140-df-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2018



FERNANDES, Ana; COUTINHO, Mateus. *Governos anteriores controlavam instituições de investigação, diz procurador da Lava Jato*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governos-antigos-mantem-o-controle-das-instituicoes--diz-procurador-da-lava-jato,10000023830>. Acesso em: 17 jan. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia> Acesso em: 20 jan. 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único - 5. ed. re., ampl. e atual.* - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffman e SOUSA COSTA, Adriano. *Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal>. Acesso em: 18 jan 2018



JUIZ DE GARANTIAS: UMA VISÃO PROSPECTIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Euclides Duarte Ramos Junior

Graduado em Direito pela PUC/RJ.
Pós-Graduado em Segurança Pública
pela UFRJ. Comissário de Polícia.

Resumo - no presente artigo será abordada a temática do Juiz de Garantias no âmbito do Direito Processual Penal pátrio, em uma visão prospectiva da reforma processual penal, ora em tramitação no Congresso Nacional. Tal ramo do Direito, como é de notório conhecimento, não foge à regra do constante desenvolvimento da ciência jurídica, como será observado nas exposições que serão feitas sobre a matéria. Atualmente, o Juiz de Direito exerce suas competências nas duas fases da persecução criminal, sendo regra que o Magistrado que realizou a fase de instrução processual deva prolatar a sentença penal. Com a proposta que tramita no Poder Legislativo, essa regra seria modificada, no sentido de estabelecer a atuação de um Juiz de Direito na primeira fase da persecução criminal - onde apenas se apura a autoria e a materialidade -, e de outro Juiz na fase seguinte, onde prosseguiria a instrução. Uma análise técnica da nova limitação funcional da carreira da magistratura será exposta, juntamente com os objetivos mais específicos da mudança legal. De maneira detalhada, as prováveis alterações legais serão expostas para viabilizar, em seguida, a avaliação de sua relevância, não só para a lei processual penal, mas também para toda a realidade jurídica brasileira, primordialmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Palavras-Chave – Processo Penal; Juiz de Garantias; direitos fundamentais; reforma legal.

Sumário – Introdução. 1. O Juiz de Garantias e o sistema processual penal 2. Importância para os direitos e garantias fundamentais 3. Juiz de Garantias e a recepção constitucional do Projeto de Lei nº 156/09. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do Juiz de Garantias, vale dizer, instituto jurídico processual penal que delimitará a atuação do Magistrado na seara criminal, de forma a dividir a prestação jurisdicional, necessariamente, entre pelo menos dois Juízes de Direito.

Trata-se de mudança prevista na reforma processual que está por vir, de modo que um Juiz togado seja designado exclusivamente para decidir sobre a quebra de garantias constitucionais em sede de investigação criminal. O Juiz da fase pré-processual estará impedido de atuar no processo criminal, o que caracteriza mudança de paradigma sobre a identidade física do Juiz.

Cumprе salientar, que o tema já encontra discussões em sede doutrinária, implicando em divergências acerca da natureza jurídica do novo instituto, de suas consequências, bem como da



possibilidade de sua concretização diante da realidade do Poder Judiciário no Brasil, existindo dúvida sobre a viabilidade de implantação em comarcas menores, de modo a dar efetivo cumprimento à nova norma.

No primeiro capítulo, a figura a ser criada no seio do Poder Judiciário é avaliada à luz da legislação penal vigente, abordando os argumentos de que o surgimento do Juiz de Garantias poderia resultar em uma espécie de Juizado de Instrução, bem como resultar em eventual ferimento ao sistema acusatório brasileiro, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito. Desta feita, a mudança legislativa poderá fortalecer os argumentos de parcela, antes minoritária, da doutrina que já falava em sistema processual penal misto no Brasil.

A importância do trabalho, neste sentido, está justamente em analisar as divergências de algumas visões prospectivas sobre a matéria, sem, contudo, deixar de traçar uma análise comparativa do Processo Penal Brasileiro de um passado recente, assim como o de hoje.

Em seguida, no segundo capítulo, a temática ora tratada é contextualizada ante a mudança legislativa que está por vir, buscando reflexões que objetivem um quadro de maior proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É no terceiro capítulo que se verifica, na nova delimitação da atuação do Magistrado de primeira instância, a materialização da ordem constitucional de 1988. Nesse contexto, a atividade de investigação criminal passará a contar com a atuação específica de um Juiz togado exclusivo que decidirá sobre a possibilidade e necessidade de materializar a relativização de direitos fundamentais em favor das atividades desenvolvidas na primeira fase da persecução criminal.

Alguns tópicos relevantes são expostos no decurso do artigo, tais como a identificação das controvérsias existentes em sede de doutrina, a análise de institutos similares em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a viabilidade prática da aplicação do novo instituto na configuração atual do Poder Judiciário brasileiro, e apontar os eventuais benefícios ao investigado.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, contemporânea e histórica, assim como realizará uma análise legislativa, todas primordialmente em âmbito nacional, mas sem deixar de avaliar o instituto jurídico em outros ordenamentos jurídicos ocidentais.



Assim, buscar-se-á conhecer e avaliar a possível contribuição alardeada por este ponto da reforma processual penal, e suas reais chances de eficácia como proteção de direitos e garantias fundamentais.

1. O JUIZ DE GARANTIAS E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O Juiz de Garantias é importante mudança na legislação infraconstitucional no que se refere ao processo penal, pois trata de delimitação funcional na carreira da Magistratura em âmbito nacional, que visa dar maior isenção à prestação jurisdicional na seara criminal, sendo certo que se trata de um Juiz togado que irá atuar somente na primeira fase da persecução criminal. Significa dizer, em síntese, que o Juiz que atuou na fase de investigações - deferindo ou indeferindo medidas cautelares que podem limitar o gozo de garantias fundamentais -, não poderá atuar na instrução criminal, ou seja, na segunda fase da persecução.

Desta forma, busca-se em tese maior isenção do Juiz de direito que irá julgar o feito criminal, sob o argumento de que o atual Código de Processo Penal não estaria, ainda, em total sintonia com a Carta Magna de 1988. Haveria, mesmo, vício na conduta do Juiz que decide num primeiro momento acerca da quebra de garantias - tais como prisões temporárias, sigilo telefônico, bancário, entre outras medidas - e, ao ingressar na segunda fase da persecução criminal, não atuar com isenção na instrução criminal e na sentença penal.

O Desembargador Geraldo Prado, em entrevista à Marina Ito¹, tem posição sobre o paradoxo que, por si só, já constitui o processo penal, pois ele é símbolo de garantia, assim como pode representar prejuízo por efeitos de vários de seus atos, a saber:

O processo penal, símbolo de garantia dos direitos fundamentais, também pode representar um prejuízo ao acusado, mesmo porque é evidente que a persecução penal dá ensejo a vários atos limitadores dos direitos individuais, tais como anotação da distribuição da ação penal, ônus de comparecer aos atos processuais, sob pena de condução, dever de comunicar ao Juiz a mudança de endereço, etc.

¹PRADO apud ITO, Marina. Estado abre mão de punir quando demora a julgar. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-22/estado-abre-mao-punir-quando-demora-julgar-desembargador>>. Acesso em 09.jul.2018.



O Juiz de Garantias não é mero Juiz de inquéritos, pois essa modificação constante do Projeto de Lei nº 156 - que eventualmente instituirá o futuro Código de Processo Penal - assim como outras nele expressas, oxigena o processo penal brasileiro, e adequa tal ordenamento aos valores constitucionais democráticos de 1988. Sendo assim, não poderá ser visto retrospectivamente. Trata-se de modo interpretativo constitucional, de uma lei nova ser enxergada com os olhos voltados para trás, não com as lentes do legislador reformista, mas do antigo. É como se alguém que ganhasse uma roupa nova quisesse ainda vestir-se da velha e rota. O perigo de se prestigiar a interpretação retrospectiva é fatal a toda e qualquer nova lei.

José Carlos Barbosa Moreira², ao tratar da questão, ponderou que:

A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar retrospectiva: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. Pois bem: o que sucede com outros diplomas é passível de suceder igualmente com uma nova Constituição.

Luiz Roberto Barroso³ chamou a interpretação retrospectiva de patologia crônica da hermenêutica brasileira, pois, segundo ele, “se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.

Fica claro, dessa forma, que a interpretação retrospectiva impede o avanço dos benefícios que um novo ordenamento viria trazer à sociedade, na medida em que o ditame legal acompanha, desejavelmente, o caminhar da coletividade.

A referência ao Juiz de primeiro grau vale como advertência, porque se o ato é proferido pelo tribunal em matéria de foro privilegiado, como seria o *modus operandi* do Juiz de Garantias? A jurisprudência há de resolver este problema, ainda não solucionado pela doutrina pátria que, entretanto, já se dispôs a trazer ensinamentos sobre o tema.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, out./nov./dez. 1988, p. 152

³ BARROSO, Luiz Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 8, out./dez. 1998.



Como se trata de proteção a direito fundamental, parece ser norma que ficará inafastável. De outro lado, no foro privilegiado, há garantia inerente ao cargo ocupado por aquele que sofre a persecução criminal. Ponderando sobre os dois institutos, prevalece entendimento de que o melhor é garantir que o membro de órgão julgador que participou da decisão sobre a restrição do gozo de garantias fundamentais na investigação preliminar, esteja excluído do colegiado no momento da instrução criminal, bem como da votação que der ensejo a decisão criminal sobre o feito⁴.

Da mesma forma, o Juiz que atuou como Juiz de Garantias, há de se declarar impedido, caso seja promovido a atuar na segunda instância do respectivo tribunal como desembargador, não podendo participar de seções criminais que versem sobre processo que atuou nesta condição.

Já existe a discussão sobre o fato do novo Juiz de Garantias ferir o sistema acusatório brasileiro, o que seria, evidentemente, incompatível com o Estado Democrático de Direito. A mudança legislativa poderá fortalecer a parcela da doutrina que já falava em sistema processual penal misto no Brasil, tais como Jacinto Coutinho⁵, Tourinho Filho⁶ e Guilherme de Souza Nucci⁷. A importância de tal aspecto da discussão está no fato de que a adoção de determinado sistema reflete a consciência democrática de determinada sociedade e varia na história de cada povo.

Apesar de Magalhães Noronha⁸ ter asseverado aspectos positivos do Juizado de Instrução, não é o caso aqui, bem como não é o que o sistema acusatório - escolhido pelo constituinte de 1988 - preconiza. Não se trata de abonar a posição que defende ser o sistema misto o mais adequado, tampouco o Juiz de Garantias é uma mudança neste sentido. O sistema processual brasileiro permanece acusatório.

Não haverá Juizado de instrução, ou mesmo juízo de exceção - que inclusive conta com vedação constitucional -, pois o Juiz se limitará a ouvir os pleitos sobre as limitações do investigado em sede cautelar, ou seja, não será um Juiz com faces de promotor de justiça.

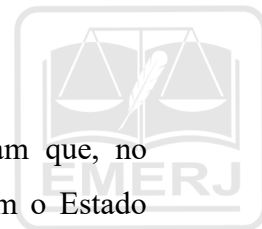
⁴ Trata-se de entendimento preliminar ainda sem base doutrinária e jurisprudencial.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.I, p. 93.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105.

⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.



Geraldo Prado⁹, Ada Pellegrini Grinover,¹⁰ e Helio Tornaghi,¹¹ asseveram que, no Brasil, o sistema processual é o acusatório, pois este é o que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito

O Desembargador Abel Fernandes Gomes¹² do Tribunal Regional Federal 2ª Região afirma que “[...] a criação do denominado “Juiz das garantias”, (...), vem sendo abordada com otimismo e como forma de redenção do processo penal brasileiro, no que concerne à maior isenção do Magistrado que estará encarregado de proferir a sentença.”.

Avalia o eminente Desembargador, contudo, que o instituto carece de consistência científica, é incongruente com suas declaradas razões de ser, e culmina por retratar apenas uma ideologia, não justificando o custo de tamanha e complicada alteração jurídica.

Não se trata de uma posição isolada. Fernando Frago, Presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, defendeu a não criação da figura do Juiz de Garantias,¹³ elencando motivos diversos, dentre os quais a inviabilidade administrativa. Frago apresentou, num exercício de teoria à prática, esse novo personagem do Judiciário, que seria responsável pelo acompanhamento dos inquéritos policiais e pelas medidas propostas antes do oferecimento da denúncia.

O presidente do IAB salientou que sua criação implicará na presença de dois Magistrados em cada comarca: "Se sabemos que hoje há comarcas que não contam sequer com um Juiz, creio que teremos problemas", disse ele, revelando que o Instituto formulou proposta alternativa de novo Código, transformada em projeto de lei por iniciativa do Deputado Federal Miro Teixeira (PDT-RJ).

Todavia, acaba por revelar entendimento favorável à ideia de que o Juiz envolvido na coleta de provas não julgue o processo, pois o texto produzido pelo IAB apresenta vedação a isso. Neste sentido, portanto, ocorreria a desnecessidade e a inviabilidade de se criar o Juiz de Garantias.

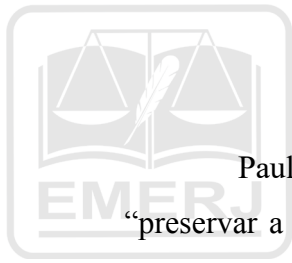
⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 102-103

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 77-78

¹¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 200/201

¹² GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só Juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1417/1389>> Acesso em: 11.05.2011.

¹³ Conferência Nacional dos Advogados em Curitiba realizada em 21 de novembro de 2011.



Paulo Rangel¹⁴ já há tempos defendia a criação do Juiz de Garantias para, segundo ele, “preservar a imparcialidade do órgão jurisdicional.” Seria, nas palavras desse Jurista, um “Juiz que atuaria apenas na fase de investigação.” Cabe ressaltar que, para o autor, em uma visão garantista do processo penal, mesmo antes da criação do Juiz de Garantias:

Se o Juiz se manifesta antes do oferecimento de denúncia, deferindo medida cautelar preparatória da ação penal, v.g., interceptação telefônica, eventual denúncia que for oferecida, não poderá ser distribuída perante esse juízo prolator do despacho autorizador da interceptação.

Desta forma, observa-se que o processo penal pátrio ruma no sentido de buscar atuação mais isenta do Magistado, uma visão com menos vícios, com menores chances de prestações jurisdicionais eivadas de vício, de cólera, ou sentimento de afirmação de que tudo que foi deferido na fase pré-processual deva ser, necessariamente, corroborado em sentença penal condenatória. Mesmo em patamares de pena mínimos, apenas para restar inequívoco que os ditames deferidos anteriormente, não o foram realizados em juízo equivocado.

O futuro Juiz de Garantias, por atuar exclusivamente na fase de investigação criminal, não terá essa possibilidade, ainda que inconscientemente, de cometer tal equívoco. A preocupação do Juiz de Garantias é com a adequação da medida requerida, de modo a restringir um direito constitucionalmente garantido, sem cometer excessos, assim como sem ter que futuramente corroborar tudo aquilo que pode ter sido feito em nome de *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*.

Há quem defenda que, na verdade, a roupagem de defensor de direitos e garantias fundamentais materializaria na verdade um Juizado de Instrução Criminal, fazendo valer a vontade de que o Processo Penal Brasileiro se torne mais autoritário do que nunca.

Ora, nem Magalhães Noronha¹⁵, que via com bons olhos o Juizado de Instrução Criminal - vendo como óbice a grande extensão territorial do país -, admitiu que o processo penal brasileiro, mesmo sendo baseado no ordenamento similar italiano, então sob regime fascista, adotou o referido instituto. Sendo assim, segundo ele: “Não compete ao Juiz colher imediatamente as provas do delito e da autoria, como ocorre em países que existe o Juizado de instrução.”

¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 61.

¹⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 23.

Rubens Casara¹⁶ explica melhor:

Com pequenas variações, é a versão tupiniquim do Juiz de Instrução alemão ou português (ao contrário dos Juízes de Instrução franceses, belgas e espanhóis, que efetivamente investigam ou dirigem a investigação – ou seja, que possuem a gestão da investigação preliminar -, os chamados “Juízes de Instrução” em Portugal e na Alemanha tem por função garantir o controle da legalidade das investigações sempre que elas afetem a liberdade das pessoas), do Juiz de inquérito preliminar na Itália, dos *justice of peace* ingleses ou dos *jueces de garantías* de algumas províncias argentinas.

Certamente, o Juiz de Garantias não será um policial de toga, como pretendem insinuar em doutrina já disponibilizada no meio eletrônico¹⁷. Ao contrário, o Juiz de Garantias vem justamente trazer uma atuação mais isenta na fase em que atua a polícia encarregada da atividade de polícia judiciária.

É público e notório que Juízes com atuação mais persecutória, buscam fundamentar a sentença penal condenatória a todo custo. Trata-se de uma visão muito simplista, onde prevalece a concepção de que “se chegou até ali, alguma coisa fez”. Não há como corroborar e incentivar que prospere esse tipo de atividade jurisdicional, que pouco tem a ver com a magistratura, mas sim, com uma visão policialesca e autoritária do sistema de leis que regem nossas relações em sociedade.

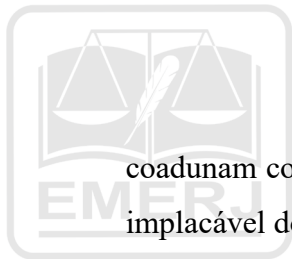
Desta forma, produz-se um mal massacrante para os pobres que caminham por esse país, não demonstrável apenas pelos números da população carcerária.

Não é segredo que a atuação policial é mais efetiva em crimes que tragam, primordialmente violência, que afetem o patrimônio, ou que eventualmente suscitem maior clamor público. Desta feita, Juízes que se deparam com esse tipo de procedimento criminal têm, preferencialmente, de estar devidamente distanciados do calor e da flagrância dos acontecimentos.

Entretanto, tem sido prática na história do processo penal brasileiro, em procedimentos cada vez mais autoritários, corroborar política de controle social por meio da criminalização dos pobres. Infelizmente, muitos Juízes de Direito insistem em fechar os olhos para tal fato, e

¹⁶ CASARA, Rubens. Juiz de Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (ORGs.) *O novo Processo Penal à Luz da Constituição* – Análise crítica do Projeto de Lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 170.

¹⁷ BARROS FILHO, Mário Leite de. *Da inconstitucionalidade do Juiz de Garantias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 10. Jun. 2011.



coadunam com a ideia de que o problema social se resolverá com a mera aplicação dura, forte, e implacável do direito penal.

Como consequência, ocorre o aumento exponencial da população carcerária sem a devida reflexão acerca das consequências desse encarceramento e da produção de culpados, que jamais terão condições de realizar a efetiva defesa de seus atos perante a lei. E é esse ordenamento que os coloca, assim, no submundo de necessitados, loucos, e degenerados, produzindo verdadeira massa humana, cuja existência é extremamente indesejável nos meios sociais.

Juiz de direito que “lava suas mãos¹⁸” e aplica autoritariamente o *codex*, de forma a avalizar a atividade do Estado Policial, abre mão de ser Magistrado, para ser mero chancelador de política de controle social. No intuito de minorar esse tipo de atividade que se distancia da verdadeira prestação jurisdicional, vem a figura do Juiz de Garantias.

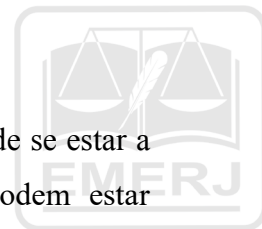
2. IMPORTÂNCIA PARA OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como mencionado anteriormente, o processo penal é um paradoxo, pois visa salvaguardar os direitos e garantias fundamentais, mas muitas vezes é instrumento utilizado em prejuízo aos mesmos.

Para minorar a atuação desregrada dos agentes públicos na primeira fase da persecução criminal, pensou-se no Juiz de Garantias como a figura protetora daquelas garantias.

As críticas comuns dos doutrinadores que já se levantaram contra o novo instituto causam estranheza. Muitos, equivocadamente, fundamentam sua crítica de modo a corroborar a ideia do Juiz de Garantias como salvaguarda aos direitos constitucionais dos que sofrem a persecução criminal.

¹⁸ Alusão ao Juiz Pilatos, no discurso de Nilo Batista na entrega da Medalha Teixeira de Freitas no IAB em 14.12.2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-15/nilo-batista-homeageado-iab-medalha-teixeira-freitas>.



Rubens Casara¹⁹ entende a angústia dos críticos pois, para ele, há o “medo de se estar a produzir novos instrumentos para o autoritarismo (...), novas aberrações que podem estar escondidos (...).

Eugênio Pacelli de Oliveira²⁰ bem observa que, durante a persecução criminal, no caso de requerimento de quaisquer dos órgãos encarregados dessa, impor-se-á aos Juízes de Garantias que atuem estritamente no exercício do “controle constitucional das restrições às inviolabilidades.”

Daí a responsabilidade dos Juízes, que nunca poderão olvidar de que em sua figura reside a garantia de todo e qualquer cidadão de que a verdade não será investigada pelo Estado a qualquer preço, mas apenas nos termos da lei.

A doutrina, dessa forma, já deu o tom do discurso que deve permear a visão prospectiva do Processo Penal Brasileiro no que tange aos Juízes de Garantias. Não serão tolerados Juízes de Direito persecutores, que na verdade querem fazer as vezes de autoridade policial, membro do Ministério Público ou Inquisidor Medieval.

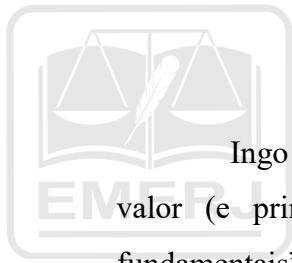
O modelo processual penal brasileiro pós Constituição de 1988, não pode abarcar tal tipo de Juiz, que insiste em não ser Magistrado, essa figura tão fundamental para o Estado Democrático de Direito, cujo controle exercido nas atividades de investigação criminal, exercidas por parte do aparato estatal, mereceu uma especialização, uma particularidade, uma evolução chamada de Juiz de Garantias.

Não se deve, portanto, criar obstáculos à implementação do Instituto do Juiz de Garantias, sob o falso argumento de que não seria fisicamente possível, ou de que seria, na verdade, uma máscara para mais um levante autoritário dos agentes do Estado. O que se deseja é mais uma forma de proteger os direitos e garantias daquele que sofrer uma investigação de sua vida privada por parte do Estado.

Hipoteticamente, em caso de dúvida na interpretação da norma que está por vir, não há como negar que seria privilegiado o guardião das garantias, em detrimento do inquisidor. Inafastável o entendimento, portanto, de que o Juiz de Garantias seja uma forma de salvaguardar os interesses dos investigados.

¹⁹ CASARA, op.cit. p. 168.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 288.



Ingo Wolfgang Sarlet²¹, entende que é “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. Sarlet conclui que²²: “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Por sua vez, Daniel Sarmento²³ estabelece duas premissas teóricas de suma importância. Na primeira, Sarmento²⁴ confere primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º da Constituição de 1988, como um fundamento da República, não se sujeitando a ponderações. Todavia, Sarmento²⁵ esclarece ser uma posição minoritária, mas que deve ser levada em consideração.

De outro lado²⁶, Sarmento entende que a ponderação de interesses deve ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, as normas devem ser adequadas para os fins a que se destinam. Seriam, para aquele autor, o meio mais brando para os fins a que se destinam, e os meios mais brandos para a consecução destes fins, gerando benefícios superiores aos ônus que acarretam, no trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3. JUIZ DE GARANTIAS E A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROJETO DE LEI Nº 156/09

Aury Lopes Júnior entende, corretamente, que o Processo Penal Brasileiro necessita de uma ampla reforma, como se vê abaixo transcrito²⁷:

O Processo Penal Brasileiro é uma verdadeira colcha de retalhos, não só pela quantidade de leis especiais que orbitam em torno do núcleo codificado, senão porque o próprio Código é constantemente medicado (meros paliativos, diga-se de passagem) por reformas pontuais (geradoras de graves dicotomias que só fazem por aumentar a inconsistência e metástase). A falha em não fazer uma anamnese séria do problema, que uma vez compreendido, exigiria uma reforma global e completa: um novo Código de Processo Penal, regido pelo sistema acusatório e em conformidade com a Constituição.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

²² Ibidem, p. 84.

²³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 198.

²⁴ Ibidem, p. 200.

²⁵ Ibidem, p. 202.

²⁶ Ibidem, p. 201.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, V.II. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 211.



O Juiz de Garantias não é mera reforma pontual no Processo Penal Brasileiro, mas faz parte de uma ciência processual penal construída dentro de uma determinada ótica constitucional contemporânea.

O que outrora se deu por mutação constitucional, por mudança de interpretação principiológica, adequando o Processo Penal Brasileiro ao disposto na Carta Magna de 1988, vem sendo positivado em reformas sucessivas, que fazem do ordenamento processual penal vigente uma verdadeira colcha de retalhos²⁸.

A reforma implementada pelo Projeto de Lei nº 156/09 trará um Código de Processo Penal completamente novo. Dentre as novidades há de se implementar o aguardado Juiz de Garantias.

Tal figura tem muito a contribuir para o progresso do processo penal brasileiro, especialmente porque, nas palavras de Marrafon²⁹:

i) ele tem a finalidade de impedir a contaminação do Juiz do processo com provas produzidas sem o devido contraditório e ampla defesa da fase de persecução policial, além de evitar o contato com aquelas provas produzidas ilegalmente, ao arrepio da lei e da Constituição e ii) através do Juiz de Garantias o legislador deixa explícito seu compromisso com a ideia de que todo desenvolvimento processual, a todo tempo e em todas as fases, deve estar comprometido com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Existe, então, a finalidade de cessar a insegurança jurídica causada pela existência de verdadeiro mosaico no arcabouço atual de normas processuais penais. Assim, seriam viabilizadas melhores condições de efetivação de direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro no momento em que o Estado realizar a persecução criminal.

O processo penal como apresentando hoje não apresenta soluções viáveis aos problemas existentes em pontos críticos na nossa sociedade, sendo necessária reforma estrutural, orientada a privilegiar a função garantidora do Poder Judiciário como um todo e, em especial, perante a investigação preliminar.

²⁸ Ibidem, p. 211.

²⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz de Garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. *In*: COUTINHO, op. cit, p 145.e

O Direito Processual Penal é um ramo do Direito que não foge à regra do constante desenvolvimento da ciência jurídica, como se observou na matéria que foi colocada em exposição, tendo em vista as diversas e constantes modificações sofridas pelo nosso Código de Processo Penal, desde sua publicação em 1941.

Atualmente, o Juiz de Direito pode atuar nas duas fases da persecução criminal, sendo regra, atualmente, que o Magistrado que realizou a fase de instrução processual deva prolatar a sentença penal. Com a modificação que tramita no Legislativo, ocorreria uma divisão entre essas duas fases, passando a ser regra a atuação limitada de um Juiz diferente em cada fase, ou seja, o Juiz que atuou na primeira fase da persecução criminal, apurando apenas autoria e materialidade com vistas à instrução criminal, exerceria apenas ali suas funções.

Assim, o legislador pátrio tenta, mais uma vez, dar fim ao autoritarismo processual, que vem de mãos dadas com a atividade policial de cunho persecutório desvirtuado, que muito mais atenta do que garante a existência do Estado Democrático de Direito.

Atividades de persecução criminal que não dão ensejo a uma efetiva prestação jurisdicional, mais prestigiam o injusto do que garantem a continuidade do Estado e todos que dele dependem para viver em sociedade.

O temor de que o Juiz de Garantias se torne um Juiz de instrução é frequente nos profissionais do Direito que verdadeiramente prezam por um processo penal mais justo e menos autoritário, visto que não é esse o objetivo do novo instituto jurídico, e nem poderia sê-lo, diante de uma leitura constitucional do processo penal.

Necessário ressaltar que de pouco valerá eventual evolução legislativa, se os profissionais que atuam na seara criminal não derem efetivo cumprimento ao que nela estiver disposto.

O Juiz de Garantias é anunciado como uma forma adicional de garantimento – e não de restrição desnecessária - da cobertura dos direitos constitucionais dos investigados, para que o Juiz de Direito preste jurisdição em eventual futura ação penal.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Mário Leite de. *Da inconstitucionalidade do Juiz de Garantias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 10. Jul. 2018.

BARROSO. Luiz Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 8, out./dez. 1998

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial da União, 2011.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *O que é garantismo penal (integral)? In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodium, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (ORGs.) *O novo Processo Penal à Luz da Constituição – Análise crítica do Projeto de Lei nº156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Ampliando o direito de defesa*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2010/133> Acesso em: 14.set. 2011.

De SANCTIS, Fausto Martin. *Juiz de Garantias é obstáculo ao processo*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-Juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual#autores>> Acesso em 20. set. 2011.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. *O Juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/17821/o-Juiz-das-garantias-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal/>> Acesso em: 12. set. 2010.

GOMES, Abel Fernandes *et al.* *Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law Tradition: análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 22, jun. 2008.

_____. *“Juiz das Garantias”*: inconsistência científica; mera ideologia – como se só Juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1417/1389>> Acesso em: 11.05.2011.

GOMES, Luiz Flávio. *O Juiz das garantias projetado pelo novo código de processo penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/02/16/o-Juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp/#more-2301>> Acesso em: 02. set. 2011.



GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, edição especial CPP, ago.2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional* – V.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRZA, Flávio. *Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro*- breves notas. Mundo Jurídico. <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto251.doc>. Acesso em 30.set.2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “Juiz das garantias”? *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, out./nov./dez. 1988.

NORONHA. Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

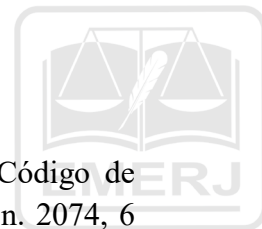
OLIVEIRA. Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. (ORG). *Direito e Processo Penal na Justiça Federal*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001

PRADO apud ITO, Marina. Estado abre mão de punir quando demora a julgar. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-22/estado-abre-mao-punir-quando-demora-julgar-desembargador>>. Acesso em 06.ago.2018

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. *Sistema processual penal brasileiro*. O Código de Processo Penal de 1941 e o modelo constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2074, 6 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12416>>. Acesso em: 03.out.2011.

SCHREIBER, Simone. *O Juiz de Garantias no projeto do código de processo penal*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Juiz de garantia e inquérito policial*. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/download/artigos/pdf/170_Juizdegarantia.pdf>. Acesso em: 13.jun.2011.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

EFEITOS SUCESSÓRIOS DA MULTIPARENTALIDADE

Fernanda Cristina Accetta Vianna

Graduada pela Universidade Candido Mendes
– UCAM. Advogada.

Resumo – Com o passar do tempo, modificações relevantes transformaram o Direito de Família, inexistindo, atualmente, diferença entre relações baseadas nos laços sanguíneos e o no afeto. De tal modo, novas relações familiares passaram a se tornar sedimentadas na doutrina e na jurisprudência, a fim de implementar no ordenamento jurídico uma realidade existente no cotidiano das famílias brasileiras, destacando-se, para tanto, a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. Destaca-se que, diante da inexistência de previsão legal, algumas consequências relacionadas à multiparentalidade preocupam doutrinários brasileiros, em especial no que diz respeito aos efeitos sucessórios. Assim, a essência do trabalho é abordar a relevância da parentalidade socioafetiva, o reconhecimento da multiparentalidade, destacando-se, por fim, as principais preocupações deste último instituto, à luz do ativismo judicial. Isto, pois, o legislador não demonstrou interesse em legislar sobre a possibilidade de aplicação da multiparentalidade no ordenamento jurídico, tendo sido o referido instituto fruto da jurisprudência e doutrina. Por outro lado, são hipóteses presentes no cotidiano, necessitando do devido reconhecimento, a fim de que se consagre a segurança jurídica e aplicação ao princípio da dignidade humana.

Palavras-chave – Direito de Família. Parentalidade Socioafetiva. Afeto. Multiparentalidade. Efeitos sucessórios.

Sumário – Introdução. 1. Parentalidade Socioafetiva *versus* Parentalidade Biológica: qual deve prevalecer? 2. É possível a aplicação da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro? 3. Efeitos sucessórios da multiparentalidade sob viés do ativismo judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui a finalidade de abordar sobre a eventual possibilidade de haver o reconhecimento da multiparentalidade à luz das novas relações familiares, o qual, possui, como principal objetivo, a soma dos laços afetivos com os laços biológicos preexistentes. Ressalta-se que o foco principal do presente trabalho será a análise dos efeitos sucessórios ante sua admissibilidade no caso concreto.

Para melhor compreensão do tema, será analisado no primeiro capítulo que o direito de família sofreu relevantes alterações nos últimos anos. A partir da CRFB/88, a relevância do afeto nas relações familiares cresceu à ponto de hoje ser considerado um valor jurídico. Assim, a partir de sua atual relevância, relações baseadas no afeto passaram a ter o mesmo reconhecimento e importância que uma relação baseada apenas em laços sanguíneos.



Em que pese não seja a regra, existem hipóteses em que a presença de relações socioafetivas criadas ao longo de uma vida são tão presentes e essenciais quanto os laços biológicos. Isto, pois, muitas crianças possuem madrastas e padrastos que, junto dos pais biológicos, contribuem de forma extremamente relevante no crescimento intelectual do menor.

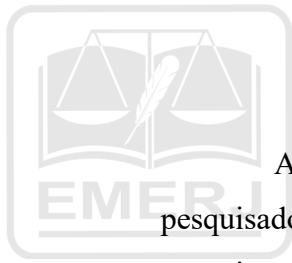
Prevalece o entendimento de que, como regra, será necessária a escolha de apenas uma das parentalidades, seja biológica ou socioafetiva, para reconhecimento jurídico, analisando-se sempre o caso concreto em questão, a fim de dar a máxima eficácia ao melhor interesse do menor e ao princípio da Dignidade Humana. Será analisado, para tanto, jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça a fim de verificar quais critérios estão, atualmente, sendo considerados preponderantes para essa árdua escolha.

No segundo capítulo será analisado que existem, ainda, casos excepcionais em que ambas as parentalidades possuem extrema importância para os envolvidos. Assim, a escolha de apenas um vínculo, nestes casos, será capaz de enfraquecer de forma significativa o direito do outro. Para os referidos casos, a fim de tutelar o direito de todos os envolvidos, parte da doutrina e parte da jurisprudência – inclusive o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente - passou a admitir, para algumas hipóteses, a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Assim, será analisado, a existente controvérsia sobre a possibilidade de aplicabilidade e legitimidade do referido instituto no ordenamento jurídico, sob viés do ativismo judicial exercido por parte da jurisprudência brasileira.

No terceiro capítulo será analisado que, ante a inexistência de previsão legal sobre a multiparentalidade, grande insegurança jurídica poderá ocorrer em relação aos principais efeitos jurídicos oriundos do seu reconhecimento.

Desse modo, será analisado em especial os possíveis efeitos sucessórios cabíveis à multiparentalidade, sob análise do ativismo judicial e das controvertidas possibilidades inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, como principal objetivo, destacar a insegurança jurídica que poderá vir a ocorrer, diante da ausência de previsão legal e jurisprudência pacificada sobre o tema. Trata-se, portanto, de questão delicada, ainda não pacificada, e sem aplicabilidade formal nos casos concretos.

Ressalta-se que a abordagem do referido objeto será qualitativa, uma vez que o pesquisador fará uso de bibliografias e decisões jurisprudenciais pertinentes ao presente tema para sustentar sua tese. Ademais, a presente pesquisa será realizada pelo método hipotético-dedutivo, haja vista a utilização de proposições hipotéticas para análise do objeto de pesquisa, as quais serão comprovadas ou rejeitadas, de forma argumentativa.



Ainda, a abordagem do presente objeto é qualitativa, porquanto se pretende valer o pesquisador das bibliografias pertinentes à temática em foco, analisada na fase exploratória de pesquisa, a fim de sustentar sua tese.

1. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA *VERSUS* PARENTALIDADE BIOLÓGICA: QUAL DEVE PREVALECER?

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988¹, a família era caracterizada com um único perfil: apenas poderia ser constituída pelo matrimônio, por um modelo patriarcal, hierarquizado e patrimonial. Assim, com a chegada da nova Constituição, foram equiparados os direitos dos filhos, havidos ou não do casamento, incluindo, nesta seara, os filhos adotivos. Ou seja, nos termos do art. 227, §6º, da CR/88, tornou-se proibida qualquer ação discriminatória no que se refere à filiação².

Ressalta-se ainda que, por intermédio da Constituição Federal de 1988, os interesses tutelados sobre a família deixaram de ter como foco principal o patrimônio, dando-se mais evidência os direitos subjetivos do ser humano³. Neste momento, o patrimônio deixa de ser o protagonista, se tornando mero coadjuvante de uma relação. Passa, desde então, ter relevância a dignidade da pessoa humana⁴.

Ademais, a CRFB/88 trouxe outras duas novas modalidades de constituição de entidade familiar, quais sejam: família monoparental e união estável. Dessa forma, a partir destas previsões, novas modalidades familiares passaram a ser admitidas pela doutrina e jurisprudência. Dentre elas, destacaremos, no presente trabalho, a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade.

No que diz respeito à parentalidade socioafetiva, haverá, nessas hipóteses, forte influência do afeto entre as partes – inexistindo, para tanto, relação consanguínea. A afetividade, nessas relações, será caracterizada por um forte vínculo atrativo de cuidado e amor existente entre as partes, como se de fato parentes fossem. Trata-se de um rompimento entre as nomenclaturas “pai” e “genitor”⁵.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

² Ibid., art. 227, §6º.

³ TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1034.

⁴ BRASIL, op. cit.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 617.



Atualmente, faz parte da realidade brasileira existirem muitas relações cotidianas entre filhos e padrastos/madrastas. Dessa forma, independente da relação que o filho possua com seus pais biológicos, o cônjuge (ou companheiro) do genitor que possui a guarda do menor poderá acabar criando fortes vínculos afetivos com este, gerando, por consequência uma parentalidade afetiva mútua entre as partes⁶.

Para melhor compreensão do presente estudo, torna-se importante estabelecer quais são os principais requisitos existentes para que uma relação possa vir a ser caracterizada como uma parentalidade socioafetiva⁷.

Destaca-se: 1) Necessidade da criação de laços afetivos. Isso, pois, conforme já mencionado neste presente capítulo, o afeto é um elemento caracterizador da referida modalidade parental. 2) Tempo de convívio entre as partes. Será através do tempo de convivência que o carinho e o afeto se demonstrarão em uma relação socioafetiva. 3) Existência de um sólido vínculo afetivo. Assim, baseado neste último requisito, o magistrado deverá procurar entender se a relação é forte e sólida o suficiente, quando comparada à uma relação oriunda de laços sanguíneos.

Destaca a doutrina que, através dos enunciados das jurisprudências, a parentalidade socioafetiva deverá ser considerada irretroatável, irrevogável e indisponível em sua forma voluntária⁸. Nesse mesmo sentido, destaca-se previsão no enunciado 339, do CJF: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

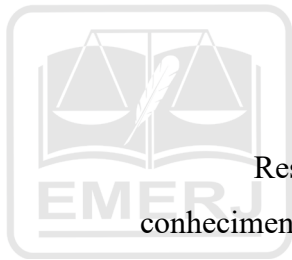
Salienta-se ainda o enunciado 520, da V Jornada de Direito Civil: “O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a paternidade presumida”. Sobre o referido enunciado, o doutrinador Flavio Tartuce⁹ exemplifica com a seguinte situação: Imagine que um marido reconhece o filho de sua esposa, como se fosse seu, mesmo sabendo não ser. Posteriormente ao fim do relacionamento marital, pleiteia por demanda negatória ou de nulidade de registro, afirmando não possuir vínculos biológicos com seu filho. Nesses casos, o máximo que o autor conseguirá será a declaração de que o mesmo não é o pai biológico da criança. Entretanto, o vínculo da filiação não poderá ser desfeito – baseado na afetividade anterior criada entre as partes, e ainda, principalmente, baseada no melhor interesse do menor.

⁶ CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

⁷ *Ibid.*, p. 31-32.

⁸ *Ibid.*, p. 79.

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 1174.



Ressalta-se que, em havendo erro substancial no ato do registro, poderá, após conhecimento de inexistência de relação biológica, haver a destituição da parentalidade anteriormente formada. Para tanto, é necessário que tenha havido uma ruptura na relação afetiva entre ambos e que, no ato do registro, a pessoa de fato acreditasse possuir uma relação biológica com o menor¹⁰.

O grande problema envolvendo relações socioafetivas e relações biológicas diz respeito à eventual hipótese em que ambas venham a coexistir. Nesses casos, como deve proceder o poder judiciário? Qual parentalidade deverá prevalecer?

Conforme será analisado, não existe, na jurisprudência, uma parentalidade que necessariamente irá prevalecer. No caso em questão, havendo, por exemplo, o reconhecimento de paternidade na certidão de nascimento pelo genitor, e posterior convivência afetiva com outra pessoa, como se de fato existisse uma relação de parentalidade, deverá haver análise sobre qual parentalidade de fato possui mais relevância às partes.

O artigo 1.593, do Código Civil Brasileiro¹¹ prevê que o parentesco poderá ser oriundo tanto de origem biológica quanto de origem civil. Ou seja, inexistente hierarquia entre as ambas as situações ora analisadas¹².

Se houver extrema relevância para as partes envolvidas (principalmente no que diz respeito ao menor), a parentalidade socioafetiva deverá ser reconhecida, ainda que existente anterior registro declarando parentalidade diversa da fática. Nesses casos, conforme destaca Cassetari, deverá haver a devida instrução probatória, com aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório. Além disso, afirma o referido doutrinador que deverá haver um estudo social, e, se possível, uma perícia interpessoal, haja vista fazer referência à um direito fundamental do filho¹³. Sempre deverá ser analisado o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Ademais, caso a parentalidade socioafetiva prevaleça no caso concreto, o anterior vínculo biológico deverá ser afastado de forma definitiva. Ou seja, não poderá mais o filho, por exemplo, participar da herança ou cobrar alimentos do seu genitor¹⁴.

Por outro lado, nem sempre a parentalidade socioafetiva deverá prevalecer. De acordo com pesquisas jurisprudenciais, podem haver hipóteses em que já há um

¹⁰IBDFAM. *STJ autoriza desconstituição de paternidade mesmo após cinco anos de convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5557/STJ+autoriza+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+de+paternidade+mesmo+ap%C3%B3s+cinco+anos+de+conviv%C3%Aancia>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹²Ibid., art. 1.593.

¹³CASSETARI, op. cit., p. 43.

¹⁴FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 621.



reconhecimento socioafetivo, e o filho, posteriormente, ao descobrir sua origem biológica, o prefere em detrimento daquele.

Nesse mesmo sentido, destaca Nancy Andrichi que a preferência da parentalidade socioafetiva frente à biológica possui como principal objetivo a preservação do melhor interesse do menor. Ou seja, visa a preservar o direito do filho frente às ações negatórias de paternidade. Porém, se for hipótese em que o próprio filho deseja ver reconhecida a paternidade biológica, a socioafetiva não poderá ser imposta contra sua pretensão. Trata-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, sempre baseado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹⁵.

Diante das inovações trazidas ao Direito de Família, existem julgados pelo qual se decidiu por algo ainda mais inovador: a concessão de ambas as parentalidades (socioafetiva e biológica) concomitantemente, o qual melhor analisaremos no próximo capítulo.

2. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

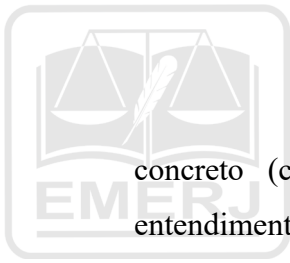
A despeito da maioria dos julgados decidirem, em regra, sobre a incidência de apenas de uma das formas de parentalidade (incidência apenas da parentalidade biológica ou apenas da parentalidade socioafetiva), ao longo dos últimos anos, algumas decisões vêm inovando no ordenamento jurídico brasileiro, aplicando, em casos específicos, a multiparentalidade.

Mas, afinal, o que é a multiparentalidade? Em síntese, diz respeito à possibilidade de uma pessoa possuir mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, no registro de nascimento¹⁶. Destaca-se que, na multiparentalidade, ambos os vínculos gerados pela filiação possuem o mesmo patamar, isto é, não haverá diferença de importância entre o vínculo biológico e o socioafetivo. Assim, baseados no princípio da Dignidade Humana e Afetividade, haverá a manutenção do registro tanto no que diz respeito ao vínculo biológico, quanto ao vínculo afetivo existente em determinada relação familiar.

Ressalta-se que a posição majoritária na jurisprudência brasileira sempre foi no sentido de negar cabimento à multiparentalidade, haja vista a inexistência de previsão legal sobre a referida possibilidade, afirmando-se que a filiação deveria ser determinada apenas através de um único critério, seja biológico, seja socioafetivo, sempre a depender do caso

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1274240 SC 2011/0204523-7*. Relatora: Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274960/recurso-especial-resp-1274240-sc-2011-0204523-7-stj/relatorio-e-voto-24274962>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 623



concreto (conforme analisado no primeiro capítulo). Ademais, sempre prevaleceu o entendimento de que, a escolha de um vínculo de parentalidade excluiria a possibilidade de existência e reconhecimento do outro vínculo.

Nesse sentido, destaca-se¹⁷:

Não há amparo legal para a averbação em registro civil de dois vínculos paternos (socioafetivo e biológico) e um vínculo materno (biológico). Embora tenham descoberto que o pai biológico da filha do casal era outra pessoa, todos conseguiram desenvolver uma convivência harmônica e participativa diante da situação. Em razão disso, a menina, o pai que a registrou e manteve com ela relação socioafetiva e o seu pai biológico ajuizaram ação objetivando o reconhecimento da dupla paternidade e a consequente averbação no registro civil. Julgados improcedentes os pedidos pelo Juiz de primeiro grau, os autores interpuseram recurso para o Tribunal. Na apelação, alegaram que o reconhecimento da multiparentalidade concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade e o princípio do pluralismo das entidades familiares. A Turma confirmou a decisão proferida pelo Juiz *a quo*. A despeito da possibilidade de reconhecimento de dupla paternidade nas hipóteses de adoção por casal homoafetivo, para o Colegiado, não há amparo legal ou mesmo embasamento jurisprudencial que permita a averbação no registro civil de dois vínculos paternos e um materno. Os Desembargadores também ponderaram que a situação em comento acarretaria sérios reflexos previdenciários e sucessórios, uma vez que estabeleceria três vínculos de ascendência, hipótese ainda não abarcada pela legislação civil vigente. Dessa forma, a Turma concluiu que deve prevalecer o nome do pai biológico no registro civil.

Ressalta Flavio Tartuce¹⁸ que os vínculos familiares são complexos, o qual não poderá ser inserido no ordenamento jurídico um modelo fechado a fim de resolver os números problemas que cercam as relações familiares. Ademais, destaca o referido autor que a divergência jurisprudencial entre a escolha do vínculo biológico ou vínculo socioafetivo não pode mais prosperar. Neste mesmo sentido destaca Maurício Bunazar¹⁹:

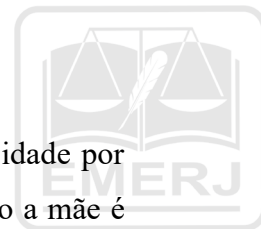
A partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva.

A primeira decisão que possibilitou destaque sobre a incidência da multiparentalidade ocorreu pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em agosto de 2012, no qual julgou procedente uma apelação cível,

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão n. 916349*, 6ª Turma Cível. Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-322/cumulacao-de-dois-vinculos-paternos-e-um-materno-2013-inexistencia-de-previsao-legal>>. Acesso em 01 abr. 2018.

¹⁸ TARTUCE, op. cit., p. 1383.

¹⁹ BUNAZAR apud TARTUCE, op. cit., p. 1383.



reconhecendo a maternidade socioafetiva sobre enteado criado desde os 2 anos de idade por madrasta, concomitantemente com o reconhecimento da maternidade biológica, cujo a mãe é falecida em decorrência do parto²⁰.

O dia-a-dia demonstra constantemente que é plenamente possível a existência de vínculo biológico entre pais e filhos, sem que exista entre eles o afeto. Diante deste aspecto, em que pese exista divergência sobre o tema, a parentalidade socioafetiva e a parentalidade biológica, por possuírem características opostas, podem e devem coexistir²¹. Ressalta-se que esta nova modalidade de família decorre das famílias recompostas, também conhecidas como reconstituídas, que se caracterizam pelo crescente número de divórcios e separações. Os filhos oriundos destas relações desconstituídas se relacionam e convivem diariamente com os padrastos/madras, formando, através da convivência diária, uma nova família ao lado de seus pais biológicos. Aplica-se, ao caso, principalmente, os princípios da dignidade humana, afetividade e o princípio do melhor interesse do menor.

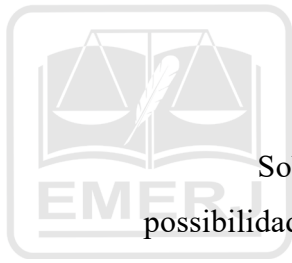
Importante ressaltar que, da mesma forma que o filho, sob égide do princípio da dignidade humana e afetividade, possui o direito de ter a paternidade biológica e socioafetiva reconhecida, ambos os genitores também possuem o direito de serem protegidos pelo ordenamento jurídico. O genitor afetivo que, apesar de não ter gerado seu filho de forma biológica, mas sempre cuidou deste como se fosse efetivamente seu, tratando-o com todo o zelo e cuidado necessário, terá seus direitos desrespeitados caso tenha retirado seu nome do registro de nascimento para posterior reconhecimento de paternidade biológica. Ademais, o pai biológico também possui o direito de reconhecer um filho que gerou, apesar de não possuir com ele laços afetivos²².

Destaca-se, ainda, que o direito sobre a paternidade não deixa de existir e de possuir relevância pelo simples motivo de não haver a afetividade entre ambos. Até porque, nada impede que a relação afetiva possa efetivamente vir a acontecer com o passar dos anos, após o reconhecimento parental.

²⁰ BRASIL. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286*. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Junior. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

²¹ CASSETARI, op. cit, p.168.

²² POVOAS, Mauricio Cavallazzi, *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*, Florianópolis: Conceito Editorial. 2012, p. 77.



Sobre o tema, importante salientar que a Lei nº 11.924/2009²³ regulamentou a possibilidade de o enteado ou enteada adotar o patronímico da família do padrasto ou da madrasta. Ressalta-se que a supramencionada lei se diferencia da possibilidade da multiparentalidade, haja vista que tão somente possibilita que um enteado possa utilizar o sobrenome do seu padrasto ou madrasta, preenchidos os requisitos legais. No entanto, tal diploma legal não faz considerações acerca da inserção do nome do padrasto ou madrasta no registro civil do seu enteado, não havendo o que se falar, neste caso, em reconhecimento de paternidade.

Ademais, a inserção da multiparentalidade não foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de torná-la regra no âmbito familiar, mas sim visando solucionar as hipóteses excepcionais em que um filho possui em seu cotidiano a influência dos pais, baseado em uma relação consanguínea, além de possuir relação socioafetiva com outra pessoa, sendo ambas imprescindíveis para seu melhor desenvolvimento.

Diante dos supramencionados argumentos, muitas decisões contraditórias passaram a ser aplicadas pelos tribunais de justiça, a fim de (im)possibilitar a aplicação da multiparentalidade ao caso concreto.

Contudo, em setembro de 2016, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, no Recurso Extraordinário nº 898.060²⁴ pela possibilidade de aplicação do instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico, em que pese inexistir previsão legal sobre o assunto na legislação brasileira. Decidiu a Suprema Corte que a paternidade socioafetiva não exige o reconhecimento da paternidade biológica.

Destacou-se ser o indivíduo o centro do ordenamento jurídico. Desse modo, o indivíduo não poderá ser considerado um mero instrumento das vontades dos governantes. Assim, o direito à busca da felicidade protege o ser humano face a tentativa do Estado em enquadrar a sua realidade familiar em modelos concebidos pela lei. Destacou-se, ainda, que a paternidade responsável impõe o acolhimento tanto dos vínculos oriundos de filiação socioafetiva, criado pelos indivíduos, como também os decorrentes de origem biológica, inexistindo a necessidade de escolha entre ambas as relações, desde que haja no caso concreto uma análise sobre o melhor interesse do descendente.

²³ BRASIL. *Lei nº 11.924/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11924.htm>. Acesso em: 9 abr. 2018.

²⁴ Idem. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

3. EFEITOS SUCESSÓRIOS DA MULTIPARENTALIDADE SOB VIÉS DO ATIVISMO JUDICIAL

Conforme analisado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no Recurso Extraordinário n. 898.060, a respeito da possibilidade de haver aplicação do instituto conhecido como multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, resolvendo a grande divergência que existia nos Tribunais de Justiça.

Assim, de acordo com a referida decisão, mister é ressaltar que o reconhecimento da dupla parentalidade deverá ter como consequência o reconhecimento de todos os efeitos jurídicos inerentes ao vínculo parental. Neste sentido, destaca-se parte da ementa do supramencionado julgado²⁵:

(...) 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Percebe-se, portanto, que a referida decisão possui importância e traz grandes consequências para diversas matérias do campo jurídico para além do Direito de Família. Neste sentido, destaca-se também a incidência sobre os efeitos inerentes ao direito sucessório.

Segundo Maurício Póvoas, o direito sucessório deverá ser reconhecido na multiparentalidade, entre os filhos e seus pais, e entre seus parentes, observada a ordem de vocação hereditária prevista nos arts. 1.829 a 1.847, do Código Civil. Afirma o referido autor que, deverão, neste caso, ser estabelecidas o número de linhas sucessórias referentes aos números de genitores existentes²⁶.

Assim, em caso de morte do pai ou da mãe afetiva, o filho afetivo deverá ser considerado herdeiro em concorrência com os demais filhos do falecido. O mesmo ocorreria no caso da morte dos pais biológicos. Em caso de morte do filho, todos os genitores seriam herdeiros.

²⁵ Idem. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

²⁶ POVOAS, op. cit., p. 98.



Sobre o referido tema, destaca Anderson Schreiber que ainda existem muitas dúvidas a respeito da aplicação, na prática, sobre tais efeitos. Destacou o supramencionado autor²⁷:

Assim, o que ocorre caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem deixar descendentes? A resposta da lei brasileira sempre foi a de que “os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna” (Código Civil, art. 1.836). Em primeiro grau, isso significava que o pai recebia a metade dos bens, e a mãe, a outra metade. Agora, indaga-se como será feita a distribuição nessa hipótese: a mãe recebe metade e cada pai recebe um quarto da herança? Ou se divide a herança igualmente entre os três, para que a posição de pai não seja “diminuída” em relação à posição de mãe (ou vice-versa)? Outra pergunta que se impõe, na mesma direção, é a seguinte: o que ocorre se os múltiplos pais vierem a necessitar de alimentos?

Destaca-se que muitas dúvidas são inerentes à inexistência de previsão legal a respeito do referido instituto, sendo sua aplicação oriunda de argumentos doutrinários e, agora, jurisprudencial. Assim, inovou a jurisprudência em possibilitar seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo o legislador regulado sobre sua aplicação e efeitos.

Através da inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário passou a atuar de forma mais ativista, por intermédio de aplicação do ativismo judicial, a fim de dar maior efetividade para os princípios inerentes à Constituição Federal. Assim, diante da constante evolução social com transformações cada mais intensas, exigiu-se novas tendências oriundas da contemporaneidade, através de uma reconstrução de novos sentidos ao texto da Constituição Federal, de forma a ampliar no ordenamento jurídico novas questões que se apresentam²⁸.

Ressalta-se, portanto, que o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, além de exercer sua função de proteger regras e princípios constitucionais, passou também a exercer, nos últimos anos, função de criação de regras²⁹.

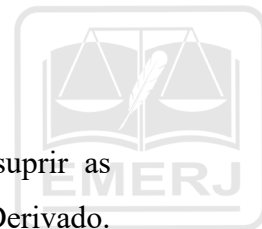
Por outro lado, conforme destaca Lenio Streck, Barreto e Oliveira, todos citados por Raupp³⁰, no âmbito jurídico, existe uma tendência em solucionar omissões oriundas de outros Poderes, as quais, muitas vezes, pode ser, na verdade, mera escolha política e não esquecimento. De acordo com este raciocínio, não se pode misturar hipótese de necessária intervenção pelo Poder Judiciário a fim de efetivar direitos previstos na Constituição Federal com a indevida atuação aos casos em que a própria Constituição não previu.

²⁷ SCHREIBER apud TARTUCE, Flavio. *STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²⁸ STRECK, Barreto; OLIVEIRA apud RAUPP, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 153.

²⁹ *Ibid.*, p. 154.

³⁰ *Ibid.*, p. 163.



Assim, de acordo com este raciocínio, não caberia ao Poder Judiciário suprir as lacunas decorrentes de uma atuação omissa do Poder Constituinte Originário ou Derivado. Entender de modo contrário seria permitir a criação de uma constituição paralela, estabelecida a partir da subjetividade dos magistrados³¹.

Ademais, para os críticos do ativismo judicial, utiliza-se também como justificativa a análise de que os magistrados não são eleitos pelo povo, e, portanto, não deveriam sobrepor suas vontades aos agentes escolhidos via eleição.

Porém, sentido contrário, merece destaque o posicionamento do Ministro Luiz Roberto Barroso, citado por Gilberto Andreassa Junior³², o qual assevera que uma democracia não é elaborada e mantida apenas com base na vontade da maioria, mas também na preservação dos direitos fundamentais de todos.

Percebe-se, portanto, que não existe um entendimento unânime a respeito do conceito do ativismo judicial. Em um primeiro momento, o ativismo judicial é reconhecido como um exercício expansivo do Poder Judiciário, não necessariamente ilegítimo, que visa efetivar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, inerentes a todo ser humano, diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo³³.

Por outro lado, existe ainda o entendimento de que o ativismo judicial traduz uma atuação ilegítima dos juízes e tribunais, por atuarem de forma discricionária na construção de decisões judiciais, usurpando funções estabelecidas na Constituição Federal, atuando com base na volatilidade interpretativa.

Merece destaque o posicionamento de Anderson Schreiber a respeito do Recurso Extraordinário n. 898.060, o qual inovou com o previsto em lei³⁴:

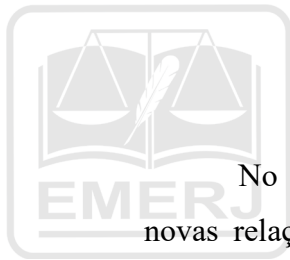
O próprio julgamento do recurso e a análise da tese aprovada, ao final, pelo STF não se mostraram muito coesos, com propostas antagônicas e algumas reviravoltas, a revelar que a visão do tema entre os Ministros não é necessariamente unívoca. A conclusão alcançada, pela maioria, foi, contudo, corajosa e ousada, na medida em que exprimiu clara ruptura com o dogma antiquíssimo segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe. Em um campo tão delicado como o da família, cercado de “pré-conceitos” de origem religiosa, social e moral (por vezes, moralista), o STF adotou um posicionamento claro e objetivo, em sentido diametralmente oposto ao modelo da dualidade parental, consolidado na tradição civilista e construído à luz da chamada “verdade” biológica.

³¹ Ibid., p. 166.

³² ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário*, Curitiba: Juruá, 2015, p. 35.

³³ RAUPP, op. cit., p. 65-66.

³⁴ SCHREIBER apud TARTUCE, op cit.



No caso em questão, em que pese inexistir previsão legal sobre o tema, fato é que novas relações familiares surgiram ao longo dos últimos anos, ultrapassando as barreiras legais previstas em lei. Negar seu reconhecimento e aplicação, seria negar a efetividade de princípios inerentes à própria Constituição Federal. Ademais, seria negar o reconhecimento de uma realidade prática, assolando muitas relações criadas e efetivadas no dia a dia.

No que diz respeito aos direitos sucessórios inerentes à multiparentalidade, merece destaque o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁵, o qual afirmam que o ordenamento jurídico deve ficar atento à uma consequência natural oriunda da multiparentalidade, qual seja: a multihiereditariedade. Desse modo, a aplicação da dupla parentalidade exige cuidados e ponderações de ordem prática, tendo em vista que sua aplicação poderá ensejar o estabelecimento de filiação com a finalidade exclusiva de atender fins patrimoniais. Ademais, afirmam que “a concepção familiar que decorre da filiação não permite escolhas de ordem meramente patrimonial”.

Portanto, se faz necessário que sua aplicação seja concedida com cautela, pois, caso contrário, poderá abrir precedentes para que o interesse no reconhecimento da parentalidade (biológico ou socioafetivo) seja unicamente para alcance de fins exclusivamente econômicos.

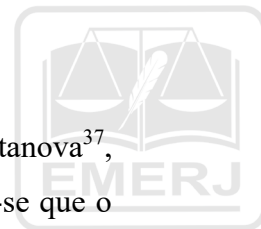
A mesma preocupação é ressaltada por Anderson Schreiber³⁶, o qual destaca existir um receio sobre a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, inexistindo o devido cuidado pelos magistrados, poderão gerar demandas com mero intuito mercenário, baseado em puro interesse patrimonial. Neste sentido, destaca-se:

Argumenta-se que a corte teria aberto as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas. Nesse particular, competirá aos juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo. O abuso do direito e a violação à boa-fé objetiva têm plena aplicação nesse campo, sendo de se lembrar que são instrumentos que atuam não apenas no interesse particular, mas também no interesse público de evitar a manipulação de remédios que são concedidos pelo ordenamento não de modo puramente estrutural, mas sempre à luz de uma finalidade que se destinam a realizar.

Baseado neste cuidado que se demonstra necessário, importante mencionar uma decisão prolatada em 2013, na Apelação Cível n. 70031164676, no Tribunal de Justiça do

³⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit, p. 624.

³⁶ SCHREIBER apud TARTUCE, op. cit.



Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio do Relator Desembargador Rui Portanova³⁷, sobre a cumulação entre as parentalidades socioafetiva e biológica, o qual entendeu-se que o somatório das parentalidades somente seria possível caso a parentalidade biológica (analisada no caso concreto em questão) não tivesse o condão de gerar efeitos hereditários.

Neste sentido, entendeu o referido julgado que o reconhecimento da parentalidade biológica deveria ter, no caso em questão, o objetivo exclusivo de garantir o direito inerente a personalidade do indivíduo, previsto no art. 11 e seguintes do CC/02. Ademais, ficou destacado que, caso o pai biológico entenda devido, poderá utilizar outros meios legais para contemplar seu filho com seus bens.

Por óbvio, não é difícil perceber que a decisão supramencionada foi anterior à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, analisada no presente capítulo. Atualmente, a referida apelação deveria ter tido uma solução diferente no que diz respeito aos efeitos da multiparentalidade. Porém, possui o condão de demonstrar uma preocupação existente sobre a multiparentalidade sob viés dos efeitos sucessórios.

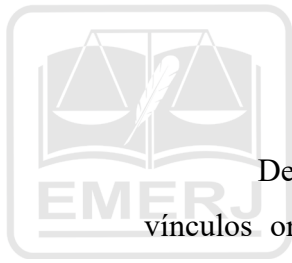
Desse modo, o reconhecimento da parentalidade biológica e socioafetiva deverão gerar os efeitos típicos oriundos da filiação, incluindo-se, neste caso, o direito hereditário. Entender de modo contrário seria uma forma de preterir um filho sobre os demais, violando o art. 227, §6º da Constituição Federal³⁸. Ademais, conforme já demonstrado no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal já confirmou que uma espécie de filiação não poderá se sobrepor à outra, haja vista que ambas possuem a mesma importância, e, portanto, ambas deverão gerar os mesmos efeitos.

Destaca-se, portanto, que, em que pese inexista previsão legal sobre a possibilidade de multiparentalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecê-la, não fechou os olhos para uma realidade já existente na prática. Ou seja, reconheceu diferentes formas de família que já existem no cotidiano brasileiro, estas, as quais, não se enquadram necessariamente nos modelos fechados previstos em lei. Destaca Anderson Schreiber³⁹ que a referida decisão representa um largo passo decidido, assim como ocorreu no reconhecimento das uniões homoafetivas, rumo à consagração de um direito efetivamente plural e democrático.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº. 70031164676*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114424343/apelacao-civel-ac-70053501920-rs/inteiro-teor-114424344>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

³⁸ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2017. Acesso: 23 abr. 2018.

³⁹ SCHREIBER apud TARTUCE, op. cit.



Desse modo, se no caso concreto restar demonstrada a hipótese de existência de vínculos oriundos da afetividade e de vínculo consanguíneo, concomitantemente, sendo ambas de suma importância para efetivação da dignidade humana, deverá haver o reconhecimento da multiparentalidade, caso se demonstre a melhor opção para os envolvidos. Deve o magistrado, ainda, conforme demonstrado no presente trabalho, atentar-se para as hipóteses de mero intuito mercenário, sob pena de esvaziar a real intenção do reconhecimento da dupla paternidade.

CONCLUSÃO

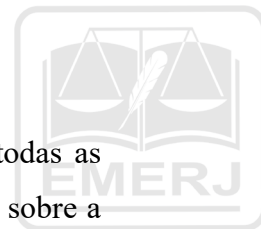
Esta pesquisa constatou, como problemática principal, a divergência a respeito dos possíveis efeitos sucessórios no que diz respeito à aplicação do instituto da multiparentalidade. O embate principal se materializa diante da inexistência de previsão legal a respeito do tema, tratando-se de uma hipótese de ativismo judicial, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu no Recurso Extraordinário nº 898.060 pela possibilidade de aplicação da multiparentalidade, estabelecendo, como consequência, todos os efeitos jurídicos inerentes ao vínculo parental.

De um lado, justifica-se tal medida pela inércia do Poder Legislativo, no qual, o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal deverá, além de exercer sua função de proteger regras e princípios constitucionais, consolidar novas tendências oriundas da contemporaneidade, de forma a ampliar no ordenamento jurídico novas questões que se apresentam, a fim de preservar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

De outro lado, questiona-se se tais omissões do Poder Legislativo não são, na verdade, mera escolha política ao invés de esquecimento. Neste caso, estaria o Poder Judiciário usurpando a vontade do Poder Legislativo, por intermédio da subjetividade dos magistrados.

Fato é que a multiparentalidade tornou-se uma realidade fática no cotidiano de muitas famílias brasileiras, no qual a omissão de seu reconhecimento atuará de forma incisiva para contribuir na insegurança jurídica quanto a aplicação do referido instituto. Isto, pois, conforme demonstrado no presente trabalho, a aplicação da multiparentalidade estava sendo utilizada de forma discricionária pelos Tribunais de Justiça de modo que, muitos casos semelhantes possuíam desfechos opostos.

Mister é ressaltar que a multiparentalidade demonstrou-se uma importante consequência da atual importância que a parentalidade socioafetiva possui, não apenas para o Direito de Família, mas principalmente para o bom desenvolvimento da criança e do



adolescente, além da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana para todas as partes envolvidas. Ressalta-se não mais existir prevalência da parentalidade biológica sobre a parentalidade socioafetiva, de modo que ambas são importantes para o vínculo familiar.

Destaca-se, ainda, a grande preocupação da doutrina no que diz respeito aos possíveis efeitos sucessórios mercenários como consequência do reconhecimento da multiparentalidade no caso concreto. Isto, pois, conforme já salientado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a multiparentalidade deverá ter como consequência todos os efeitos jurídicos inerentes ao vínculo parental, incluindo, portanto, os efeitos sucessórios.

Assim, em caso de morte do pai ou da mãe afetiva, o filho afetivo deverá ser considerado herdeiro em concorrência com os demais filhos do falecido. O mesmo ocorreria no caso da morte dos pais biológicos. Em caso da morte do filho, todos os genitores seriam herdeiros.

Desse modo, a fim de evitar que o reconhecimento da dupla parentalidade possua unicamente o objetivo de alcance de maiores fins econômicos, se faz necessário que sua aplicação, na prática, seja concedida com cautela. Deve ser preocupação dos magistrados, ao analisar cada caso concreto, a repressão do reconhecimento de multiparentalidade cuja a intenção das partes seja meramente mercenário, sob pena de esvaziar a real intenção do reconhecimento da dupla paternidade em relação à efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

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

_____. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286*. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Junior. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Repercussão Geral nº 622*: multiparentalidade e seus efeitos. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1274240 SC 2011/0204523-7*. Relatora: Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274960/recurso-especial-resp-1274240-sc-2011-0204523-7-stj/relatorio-e-voto-24274962>>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão n. 916349*, 6ª Turma Cível. Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-322/cumulacao-de-dois-vinculos-paternos-e-um-materno-2013-inexistencia-de-previsao-legal>>. Acesso em: 1 abr. 2018

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70031164676*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114424343/apelacao-civel-ac-70053501920-rs/inteiro-teor-114424344>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

JUNIOR, Gilberto Andreassa. *Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

POVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RAUPP, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2012.

A LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI 13.303/2016 APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Fernanda Gonçalves Cristovão

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – O objetivo precípua deste trabalho é a análise da nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) quando determina sua aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista que não atuam em regime de concorrência, o que caracterizaria uma verdadeira violação ao princípio da livre concorrência, causando uma possível deformação no mercado. Busca-se ainda abordar os aspectos relevantes trazidos pela nova lei das estatais em detrimento da Lei nº 8.666/1993. Conclui-se por uma interpretação conforme a constituição para que o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 restrinja-se apenas às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, pois somente elas se assemelham às empresas privadas, e merecem celeridade para competição em licitações públicas.

Palavras-chave – Direito Público. Direito Administrativo. Nova Lei das Empresas Estatais. Licitação. Regime de não concorrência. Prestação de Serviço Público.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à aplicação da Lei nº 13.303/2016 às empresas estatais que não atuam em regime de concorrência. 2. Do risco da ocorrência de violação ao Princípio Licitatório. 3. As vantagens da licitação prevista na Lei nº 13.303/2016 em detrimento das regras previstas na Lei nº 8.666/90.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação da Lei nº 13.303/2016 às empresas estatais que não atuam em regime de concorrência. Procura-se demonstrar que o legislador foi completamente infeliz quando abrangeu a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista no art. 1º da mencionada lei.

Ressalta-se que se trata de Lei nova causadora de algumas divergências doutrinárias, já tendo inclusive ensejado uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal a fim de discutir essa ampla abordagem promovida pelo legislador.

A Constituição Federal da República exigiu em seu artigo 37, XXI o procedimento licitatório para contratações realizadas pelas empresas estatais, já que estas se enquadram no conceito de administração pública indireta. A Lei nº 8666/93 regulamentou o processo de licitação e contratação da administração pública, na qual incluiu expressamente em seu artigo



1º, parágrafo único a aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista em seu rol.

Ocorre que a própria CRFB/1988 exigiu um estatuto jurídico específico para as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou comercialização de bens ou de prestações de serviços. Portanto, houve a necessidade de um tratamento diferenciado das estatais que explorem atividade econômica.

Dessa forma, foi editada a Lei nº 13.303/2016, de 30 de junho de 2016, lei de caráter nacional, que estabeleceu o estatuto jurídico das empresas públicas e da sociedade de economia mista, prevendo inclusive o procedimento licitatório a ser aplicado às mesmas.

Ressalta-se, entretanto, que a mencionada lei em seu artigo 1º foi muito mais ampla do que se exigiu a CRFB/88 e abrangeu também as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as diferenças existentes entre as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços em regime de concorrência e as que prestam serviços públicos em regime de monopólio.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando as repercussões que surgiram com a nova Lei nº 13.303/2016 e as controvérsias quanto à aplicação da mesma às empresas estatais que atuam em regime de monopólio. Questiona-se ainda se essa aplicação irá trazer um desequilíbrio no mercado.

No segundo capítulo será feita uma análise sobre a possibilidade de violação ao princípio licitatório, ou seja, possibilidade de ocorrência de fraude, tendo em vista que a Lei nº 13.303 deu uma margem de liberdade ao conselho de Administração das estatais sobre valores para dispensa de licitação.

O terceiro capítulo abordará as vantagens do procedimento licitatório prevista na Lei nº 13.303/2016 em detrimento das regras previstas na Lei nº 8.666/1993. E procura esclarecer também como deverão ser solucionados os pontos que deixaram de ser disciplinados pela nova lei.

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. CONTROVÉRSIAS QUANTO À APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.303/2016 ÀS EMPRESAS ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

O estatuto jurídico das empresas estatais, finalmente, após 18 anos de espera foi elaborado com o objetivo de regulamentar o art. 173, §1º da CRFB/88¹. Assim, o advento da Lei nº 13.303/2016², lei de caráter nacional, estabeleceu regras sobre o regime societário, contratos, controle e licitação das empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que tange à licitação, a nova Lei veio para atender o comando previsto no art. 37, XXI da CRFB/1988³, tendo em vista a exigência de realização de um processo licitatório para a contratação de obras, compras, alienações e serviços em geral pelas empresas estatais, já que estas compõe a administração pública indireta.

Nesse momento importante é a análise do regime jurídico das estatais, pois ostentam um regime jurídico diferenciado chamado híbrido, já que são classificadas doutrinariamente como pessoas jurídicas de direito privado a fim de possuírem uma maior liberdade e agilidade em sua atuação, se desprendendo da burocracia da administração pública tradicional, mas em contrapartida por determinação constitucional e dos órgãos de controle são obrigadas a aplicar normas de direito público – concurso público; controle pelos Tribunais de Conta; devem respeitar teto remuneratório quando dependentes de capital público; devem realizar a licitação para contratações.

A empresa pública é classificada como pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta, criada por autorização legislativa, constituída sob qualquer forma jurídica e com capital exclusivamente público, e destina-se a atividades econômicas ou

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Planalto*, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

² BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Planalto*, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

³ "Art. 37, (...)XXI CRFB/88: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." *Idem*, op. cit., nota 1.



prestação de serviços públicos. Já a sociedade de economia mista também é pessoa jurídica de direito privado integrante da administração pública indireta, criada por autorização legislativa, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujo capital é formado por bens e valores de particulares e por capital público, com controle acionário do estado, e prestam serviços públicos ou executam atividades econômicas.

Nesse contexto, observa-se que as estatais podem possuir dois objetos distintos: a exploração de atividade economia e a prestação de serviços públicos. E a grande divergência advinda com a nova Lei das estatais diz respeito ao seu primeiro artigo⁴ quando dispôs que o estatuto será aplicado a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, ou ainda que esteja sujeita ao regime de monopólio ou prestação de serviços públicos.

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

A decepção com a nova regulamentação demonstra-se plausível, tendo em vista que a exigência da nossa Constituição Federal em seu art. 173, §1º⁵ foi a criação de um regulamento próprio para as estatais que atuam na exploração de atividade econômica a fim de possibilitar a competição com as empresas privadas. Ocorre que a lei abrangeu também as estatais que prestam serviços públicos em regime de monopólio, ou seja, aquelas que não atuam em regime de concorrência.

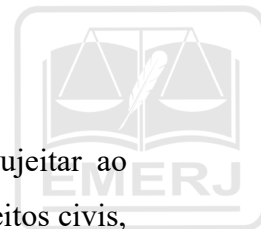
O objetivo previsto no art. 173, §1º, CRFB/1988⁶ quando exigiu um estatuto jurídico foi de um tratamento diferenciado em relação à licitação e contratos das empresas estatais que explorem atividades econômicas de forma a exigir um tratamento menos rígido, de modo que possuam uma maior flexibilidade gerencial. Assim, possibilitaria uma atuação livre na competição de mercado com as demais empresas privadas, ou seja, aplicariam normas de licitação própria.

Corroborando para o entendimento da necessidade de um regime exclusivo para as estatais em atuação de atividade econômica o disposto no parágrafo primeiro, inciso II do

⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁵ Art. 173, § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”. Idem, op. cit., nota 1.

⁶ Idem, op. cit., nota 1.



mesmo artigo 173, da CRFB/88⁷, quando dispõe que essas estatais devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, excluem desse âmbito as estatais que prestam exclusivamente serviços públicos.

Nesse mesmo sentido, de distinção entre as estatais quanto ao seu objeto se encontram as decisões dos Tribunais Superiores quando reconhece a imunidade tributária para estatais de serviços públicos ou aquelas exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio, bem como a decretação de impenhorabilidade de bens afetados à prestação dos serviços públicos que são necessários a continuidade da atividade.

Ao decidirem dessa forma, os tribunais estão aplicando regras de direito público somente às empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam exclusivamente para a prestação de serviços públicos ou em regime de monopólio. Daí depreende-se que as estatais exploradoras de atividade econômicas devem ser equiparadas as empresas privadas quanto aos tributos, bens, como dispõe a Constituição Federal.

Assim, o legislador constituinte atento às peculiaridades que as entidades administrativas de direito privado possuem, entendeu que seu estatuto de licitações deveria ser diferente daquele aplicável ao restante da administração pública. Assim, deveria as estatais que atuam em regime não concorrencial continuarem se submetendo ao procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93⁸.

Nesse sentido, a Lei nº 13.303/2016⁹ previu em seu art. 2º que “a atividade econômica pelo estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e suas subsidiárias”. Tal afirmação corrobora o entendimento que a mencionada lei veio para regulamentar apenas as estatais que atuam em regime de concorrência, ou seja, as exploradoras de atividades econômicas.

Certo é afirmar que mesmo na prestação de serviços públicos pelas estatais é necessário que a Administração pública promova a concorrência na forma do art. 16 da Lei nº 8.987/1995¹⁰, entretanto por ser a prestação de serviços públicos de titularidade estatal não se

⁷ Idem, op. cit., nota 1.

⁸ Idem. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹ Idem, op. cit., nota 2.

¹⁰ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.” Idem. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Planalto*, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 01 out. 2017.



submetem ao regime da livre concorrência como ocorre com as estatais exploradoras de serviços públicos.

Assim, não podemos desconsiderar a distinção realizada pela própria Constituição Federal quando inclui a exigência do estatuto das estatais dentro do capítulo I do Título VII, que trata dos princípios da atividade econômica. Verifica-se então, que a Lei nº 13.303/2016¹¹ extrapolou ao englobar as estatais que atuam na prestação de serviços públicos e no regime de monopólio.

Com a observância do contexto legislativo apresentado não parece razoável a fixação de normas homogêneas elaborada na Lei nº 13.303/2016¹² a fim de regular o processo licitatório das empresas estatais, sem considerar a atividade desenvolvida – serviço público ou exploração de atividade econômica. Necessário seria a observância do objeto prestada por cada uma a fim da aplicação do regulamento correto.

Caso a aplicação da Lei nº 13.303/2016¹³ se faça de forma ampla e sem observância do contexto legislativo – art. 173, §1^o¹⁴ c/c art. 37, XXI CRFB/1988¹⁵ – poderá causar um desequilíbrio no mercado, tendo em vista que a estatal que não atua em regime concorrencial não poderia gozar, em relação ao setor privado, de vantagem comparativa, pois feriria o princípio da livre concorrência.

Ressalta-se que a Lei das estatais não foi tão inovadora como era esperado, entretanto adotou alguns procedimentos mais céleres e menos rígidos já tipificados na modalidade do pregão – Lei nº 10.520/2002¹⁶ -, tais como a inversão de fases de habilitação e julgamento, bem como alguns procedimentos retirados do regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462/2011¹⁷.

Em suma, o legislador perdeu a oportunidade de elaborar um estatuto com regras novas e próprias para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que em sua

¹¹ Idem, op. cit., nota 2.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Art. 173, §1º CRFB/88: a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, as sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...).” Idem, op. cit., nota 1.

¹⁵ “Art. 37, XXI CRFB/88: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” Ibidem.

¹⁶ Idem. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 fev.2018.

¹⁷ Idem. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Planalto, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.



essência são diametralmente opostas às entidades estatais puras. A intenção da Constituição Federal era regular exclusivamente essas estatais.

Nesse sentido, já se manifestou Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenacee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/Cut) que propôs uma ação direta de inconstitucionalidade¹⁸ suscitando a inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei nº 13.303/2016¹⁹.

Afirmam que a Lei teve um excesso em sua abrangência, quando alcançou a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

[...] empresas estatais que não explorem atividades econômicas não devem estar sujeitas a essa Lei, mas às regras aplicáveis aos entes da administração indireta, segundo suas próprias leis de criação, e normas gerais, como a Lei de Licitações, em atendimento, inclusive, ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se aplica o art. 173, § 1º às empresas estatais que prestam serviço público em regime de monopólio, mas apenas às empresas que exploram atividade econômica em sentido estrito, ou seja, com concorrência com o mercado.

Assim, é nítida a diferença das estatais prestadoras de serviços públicos das entidades exploradoras de atividade econômica. As primeiras possuem um regime jurídico diferenciado influenciado pelo direito público, tal como estabelece o art. 175 da CRFB²⁰, enquanto que nas segundas o regime de direito público é mitigado com a finalidade de evitar a concorrência desleal e não causar um desequilíbrio no mercado.

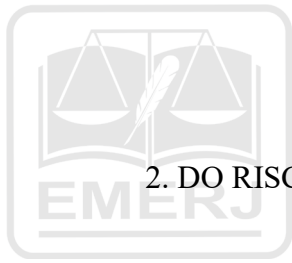
A solução requerida em sede de ADI e a mais razoável é a interpretação conforme a constituição da Lei nº 13.303/2016²¹, para que as suas normas sejam aplicadas somente às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, que atuam em regime concorrencial, excluindo-se da sua incidência as estatais que atuam na prestação de serviços públicos e em regime de monopólio.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5624. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 10 jan.2018.

¹⁹ “Art. 1º- Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.” Idem, op. cit., nota 2.

²⁰ “Art. 175 CRFB/88 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Idem, op. cit., nota 1.

²¹ Idem, op. cit., nota 2.



2. DO RISCO DA OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

Primeiramente, importante mencionar que o estatuto não teve como escapar, por razões decorrentes da própria natureza das entidades que constituem seu objeto, do hibridismo de sua disciplina jurídica, sempre decorrente da conjugação de disciplina de direito privado - classificação do contrato das estatais caracterizados no direito privado - e ao mesmo tempo a submissão à disciplina de direito público - como a submissão dos contratos ao regime de licitação pública e controle pelos tribunais de contas -.

Assim sendo, a regra constitucional fundamental estampada no artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88²² determina que é necessária a realização do procedimento licitatório para realização de obras, serviços, compras e alienações realizadas pela administração pública direta e indireta, a qual abarca todas as estatais, sem distinção de natureza.

Ademais, quando a própria Constituição previu que deveria ser criado um estatuto próprio para as estatais que atuam na exploração de atividade econômica em regime concorrencial²³, o fez com a intenção de promover a igualdade destas estatais às empresas privadas, dando-as algumas autonomias presentes nas relações privadas. Ocorre que, a Lei nº 13.303/2016²⁴ abrangeu todas as estatais, sem qualquer distinção.

Desta forma, a Lei²⁵ nesse ponto vem sofrendo inúmeras críticas por Doutrinadores renomados, uma vez que foram elaboradas regras mais abertas visando resguardar princípios basilares da livre iniciativa na forma do art. 170 da Constituição Federal.

Neste diapasão, importante a análise das novas hipóteses trazidas pela nova lei com relação à licitação dispensável disposta no artigo 29, que pode gerar reflexos negativos na disputa de mercado de forma a causar um desequilíbrio nos procedimentos licitatórios, por meio de fraude no próprio processo licitatório.

O artigo 29 da Lei nº 13.303 versa sobre os casos de licitação dispensável de forma diversa às hipóteses previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, principalmente no que tange

²² “Art. 37, (...) XXI, CRFB/88: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)”. Idem, op. cit., nota 1.

²³ “Art. 173, §1º - a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, as sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...)” Ibidem.

²⁴ Idem, op. cit., nota 2.

²⁵ Ibidem.

aos valores (incisos I e II). Os novos valores são maiores do que aqueles aplicáveis às demais entidades da administração pública.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez; (...)

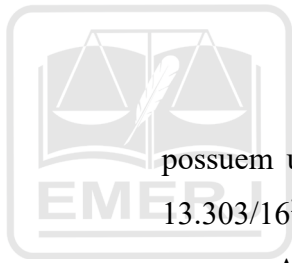
Ademais, os valores de R\$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 para outros serviços e compras, nos termos dos incisos I e II, do art. 29, da Lei nº 13.303/2016, respectivamente, poderão ser alterados, nos termos do art. 29, § 3º da Lei nº 13.303/2016 “para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade”.

Nesse ponto, instaura-se a discussão, eis que a alteração poderá ser efetuada por deliberação do Conselho de Administração das estatais o que trás uma margem para a manipulação de licitações dispensadas em razão de valor, já que pautadas única e exclusivamente na discricionariedade da empresa estatal.

Assim, afirma-se a grande possibilidade de futuras fraudes ferindo as finalidades e os princípios incidentes aos processos licitatórios, pois esses se destinam a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, dando oportunidade de ampla concorrência para as empresas participantes. Desta forma, há que se ter uma preocupação especificamente com esse parágrafo 3º do art. 29, da Lei nº 13.303²⁶ a fim de que não se deixe de observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Importante será aguardar como os Tribunais de Contas irão se manifestar com relação a essa possibilidade de alteração de valores por parte do Conselho de Administração da Estatal no que se refere a licitação dispensável, tendo em vista que as estatais ainda

²⁶ Idem, op. cit., nota 2.



possuem um prazo de 24 meses para se adequarem às novas regras estatuídas pela Lei nº 13.303/16²⁷.

A nova Lei, portanto, ao englobar as empresas estatais que prestam atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos possibilitou que seja também dispensável a licitação por estas em razão de valor, e assim o grande vácuo para que a Administração Pública deixe de realizar em massa o processo licitatório exigido pela Carta Magna ferindo o princípio da livre concorrência. Pois, sendo monopólio deveriam respeitar as regras próprias de licitação da Administração Pública.

Necessário, portanto, que haja um regulamento a fim de traçar balizas limitadoras dessa possibilidade de alteração de valores para que a licitação seja dispensável, a fim de que a Administração Pública não cause um enorme e irreparável desequilíbrio do mercado no que concerne a disputas no processo de licitação. Pois, uma vez possível se enquadrar nesse artigo da Lei, a Administração Pública não mais fará licitações, alegando a sua discricionariedade permitida em lei.

Em suma, o objetivo do legislador constituinte originário, levando em consideração as peculiaridades das entidades administrativas de direito privado, entendeu que seu estatuto de licitações deveria ser diferente daquele aplicável ao restante da administração pública. Entretanto, o legislativo derivado ao elaborar esse estatuto não fez essa delimitação, dando azo a todos essas possíveis e futuras fraudes por parte das estatais que não atuam em regime de concorrência.

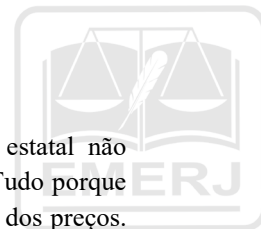
A intenção do legislador originário era evitar conceder privilégios às empresas estatais de direito privado em detrimento empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a fim de que não inviabilizasse a livre concorrência.

Nesse sentido o teor do voto do Min. Maurício Corrêa, no julgamento do RE 220.906²⁸, em que Vossa Excelência destacava a distinção a ser observada:

É evidente que a atividade econômica a que se referia o texto de 1967/1969, como também o de 1988, é aquela sujeita às regras, no mercado, da livre concorrência. Digo, com EROS ROBERTO GRAU, que se tratava, como se trata para 1988, 'de atuação do Estado ... como agente econômico, em área de titularidade do setor privado'. A razão da equiparação da empresa pública que participasse de exploração de atividade econômica, com o setor privado é óbvia. O princípio da livre concorrência, expressamente assumido em 1988 (art. 170, V), não se coaduna com a

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 220.906-9. Relator: Ministro Maurício Correia, 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=220906> . Acesso em 10 jan.2018.



atribuição de benefícios diferenciados à empresa estatal. A empresa estatal não poderia gozar, em relação ao setor privado, de vantagem comparativa. Tudo porque repercutiria, como repercute, nos custos e, por consequência, na fixação dos preços. A regra da livre concorrência seria lesada, com um desequilíbrio de mercado. Se é para atuar no mercado, que seja de forma igual. Essa é a regra. Lembro que 1988 acabou com a vantagem do regime tributário diverso e a EC 19/98 a explicitou. A equiparação de 1988 foi mais longe. Somente admite a concessão de benefícios fiscais às estatais se forem extensivos ao setor privado (art. 173, § 2º). Tudo isso para a preservação da livre concorrência e das regras de uma economia de mercado. Essa foi a opção de 1967/1969, fortalecida em 1988.

O tratamento, portanto, deveria ter sido diferenciado pela nova lei, pois a própria Constituição Federal faz essa distinção quando dispõe §2º do art. 173 que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos à do setor privado”. Assim, o estatuto constitucionalmente exigido deveria ter regulado apenas as estatais exploradoras de atividades econômicas que devem licitar baseados na livre concorrência.

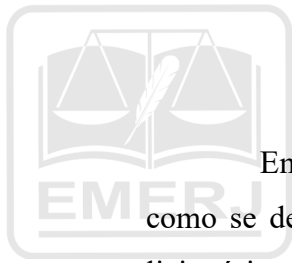
Por outro lado, corroborando com a necessidade de diferenciação no tratamento é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu em favor empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos típicos em regime de monopólio, a não sujeição ao regime aplicado às empresas estatais que explorem atividade econômica, tendo direito inclusive a aplicação da imunidade tributária (RE 363.412²⁹).

3. AS VANTAGENS DA LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 13.303/2016 EM DETRIMENTO DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 8.666/1993

Inicialmente, importante é a análise da vigência da nova Lei das Estatais. Dispõe o art. 97³⁰ que a lei entra em vigor na data de sua publicação, qual seja 30 de junho de 2016. Entretanto, apesar da determinada vigência imediata o Estatuto das Estatais ainda está sujeito a uma *vacatio legis* significativa em relação a algumas matérias, especialmente no que tange àquelas Estatais constituídas anteriormente à vigência desta lei, para fins de adequações necessárias.

²⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 363.412-7. Relator: Ministro Celso de Melo, 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=363412>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁰ Idem, op. cit., nota 2.



Em relação à licitação, nosso assunto em análise, a vigência foi mais específica, como se depreende do art. 91, §3º: “Permanecem regidos pela lei anterior o procedimento licitatório e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput”.

Nesse sentido, os procedimentos licitatórios e contratos iniciados anteriormente ou dentro do prazo de 24 meses serão regidos pela lei anterior, Lei nº 8.666/1990³¹. Assim, a nova lei só se aplicará às licitações e contratos firmados após vinte e quatro meses.

No que se refere à aplicação da Lei nº 8.666/1993 (lei de licitações) até então aplicável às empresas públicas e Sociedades de Economia Mista em geral, essa aplicação já vinha sendo desprestigiada e perdendo sua posição dentro do regime jurídico de licitações no Brasil. Tal afirmação decorre da alta formalidade exigida pela lei, da qual já repudiava a Administração Pública em geral visando atender o Princípio Constitucional Administrativo da celeridade. Os procedimentos licitatórios passaram a ser concretizado com a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002³²) e a Lei do RDC – regime diferenciado de contratações públicas – (Lei nº 12.462/2011³³).

Esse redirecionamento se deu visando atender a nova contratualidade administrativa, na qual a administração passou a buscar uma melhor flexibilização das regras contratuais a fim de promover a celeridade nas contratações.

Com o advento do Estatuto das Estatais, apesar de não ter sido uma lei da forma com que todos almejavam do ponto de vista jurídico, com a finalidade de otimizar o procedimento licitatório e os contratos pelas Empresas Estatais, trouxe algumas mudanças significativas, o que fará com que a aplicação da Lei nº 8.666/1990³⁴ se torne cada vez menor.

O regime de licitações estabelecido pela Lei nº 13.303/2016³⁵ se mostrou uma verdadeira colcha de retalhos, pois mesclou regras da Lei nº 8.666/1990³⁶, regras da Lei nº 10.520/2002³⁷ (lei do pregão) e Lei nº 12.462/2011³⁸ (Lei do RDC).

Com relação à contratação direta segue praticamente as regras de dispensa e inexigibilidade da Lei nº 8.666/1990³⁹, que se encontra nos artigos 28 e 29 do Estatuto⁴⁰. Os

³¹ Idem, op. cit., nota 8.

³² Idem, op. cit., nota 16.

³³ Idem, op. cit., nota 17.

³⁴ Idem, op. cit., nota 8.

³⁵ Idem, op. cit., nota 2.

³⁶ Idem, op. cit., nota 8.

³⁷ Idem, op. cit., nota 16.

³⁸ Idem, op. cit., nota 17.

³⁹ Idem, op. cit., nota 8.

⁴⁰ Idem, op. cit., nota 2.



respectivos procedimentos de justificação previsto no art. 30, §3º do Estatuto⁴¹ são idênticos ao art. 26 da Lei nº 8.666/1990⁴², a saber:

Art. 30 (...)§ 3o O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.

Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Quanto ao processo licitatório em si, houve uma combinação do Regime Diferenciado de Contratações – RDC – com o pregão, além de ter acolhido alguns avanços já incorporados à legislação anterior referente à delegação de serviços públicos, como a possibilidade de particulares proporem ao poder público projetos a ser licitados, conhecidas como PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse, entretanto sem a vedação existente na Lei 8.666/90⁴³ de posteriormente virem a participar da respectiva licitação (artigo 31, §§ 4º e 5º do Estatuto⁴⁴).

Abordando alguns aspectos positivos do procedimento licitatório do Estatuto, a iniciar pela forma de publicação adotada, que deverá ocorrer no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios e no portal específico mantido pela estatal, conforme art. 39 e 51 da Lei nº 13.303/2016⁴⁵. Essa regra é similar a adotada no RDC, visando a minimização de custos para a Administração, possibilitando também uma maior agilidade já que não mais necessário a divulgação por mídia impressa.

Seguindo as diretrizes do pregão, o Estatuto coloca a fase de habilitação após o julgamento das propostas, salvo, de forma excepcional se houver previsão diversa no instrumento convocatório, conforme art. 51,§1º do estatuto.⁴⁶ Essa inversão, como ocorre na

⁴¹ Ibidem.

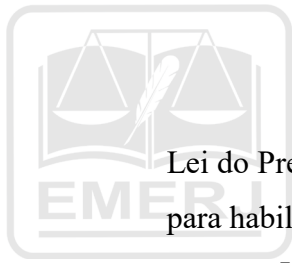
⁴² Idem, op. cit., nota 8.

⁴³ Idem, op. cit., nota 8.

⁴⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Art. 51 (...) § 1º, Lei nº 13.303: A fase de que trata o inciso VII do caput poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI do caput, desde que expressamente no instrumento convocatório. Idem, op. cit., nota 2.



Lei do Pregão⁴⁷, aperfeiçoa o procedimento, uma vez que só faz a verificação dos documentos para habilitação após o julgamento da proposta que apresentar melhores condições.

Uma inovação trazida pelo Estatuto para a fase de habilitação foi a do pagamento de um adiantamento do preço ofertado, uma espécie de sinal ou arras, quando o critério de julgamento for o de maior preço a ser pago à Estatal; e, caso o vencedor do procedimento licitatório não honre com o pagamento, ele perderá o valor adiantado para a estatal, nos termos do art. 58, §2º da Lei⁴⁸.

Outra inovação trazida pelo Estatuto é a previsão no art. 51, inciso VI⁴⁹ de uma fase de negociação nas licitações estatais. Nesse ponto, a lei objetivou aplicar os princípios da eficiência e economicidade aplicados em qualquer contratação relevante realizada na esfera privada. Assim, a finalidade da negociação é a busca do melhor contrato possível. Por essas razões, o art. 57 do Estatuto⁵⁰, que basicamente contém o disposto no artigo 26 da Lei de RDC⁵¹, deve ser interpretado de forma extensiva e potencializada da possibilidade de negociação pela Administração Pública quando realizar suas contratações.

Merece destaque ainda a permissão de lances intermediários contida na Lei nº 13.303/2016⁵², quando for adotado o modo de disputa aberto. Essa possibilidade permite aos licitantes disputarem determinada posição na classificação geral na expectativa de que aqueles que apresentaram as melhores propostas não preencham os requisitos de habilitação. Nesse momento, o Estatuto teve o objetivo de evitar o que ocorre na Lei nº 10.520/2002⁵³ (Lei do Pregão), em que determinada empresa que não estava apta a se habilitar ou que não tenha interesse na contratação, promove o prematuro fim da competição ao elaborar proposta inviável para os demais licitantes. Tal fato, só trás prejuízo à Administração que terá que iniciar novo processo licitatório.

Consideramos nesse capítulo apenas alguns pontos relevantes que o Estatuto das Estatais trouxe no tocante ao procedimento licitatório não só para as Empresas Estatais como para o próprio Direito Administrativo. A maior finalidade da lei é tornar mais célere as contratações das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

⁴⁷ Idem, op. cit., nota 16.

⁴⁸ Idem, op. cit., nota 2.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Idem, op. cit., nota 17.

⁵² Idem, op. cit., nota 2.

⁵³ Idem, op. cit., nota 16.



Assim, a Lei das estatais (Lei nº 13.303/2016⁵⁴) consagrou uma maior autonomia das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista em detrimento da Lei nº 8.666/1990⁵⁵.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, uma abrangência da Lei nº 13.303 maior do que determinada pela CRFB/88, no que se refere a criação de um Estatuto exclusivo para as Empresas Estatais que atuam em regime de concorrência. A lei englobou também as Empresas Estatais que não atuam em regime de concorrência, quais sejam, as que atuam sob o regime de monopólio e as que prestam serviços públicos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução da questão, sustentou que a necessidade de tratamento diferenciado no tocante à licitação se justifica em razão da necessidade de maior celeridade na exploração de atividades econômicas, uma vez que as estatais desse setor, diferentes das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras de licitação.

Assim, um procedimento diferente do existente na Lei nº 8.666/1990 para Estatais exploradoras de atividade econômica busca trazer um reequilíbrio no mercado, com o fim de obtenção de lucros, seja porque as sociedades de economia mista possuem sócios privados investidores, seja pela efetividade do interesse público que originou a instituição estatal.

Tanto é assim que, conforme demonstrado na pesquisa, o procedimento licitatório da Lei nº 13.303 adotou inúmeros comportamentos facilitadores da contratação, incluindo inclusive a negociação como uma de suas etapas a fim de efetivar os princípios da celeridade aplicáveis às contratações na esfera privada.

Nesse sentido, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão que o Estatuto em análise somente poderia ser aplicado às Estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência com o mercado, e conseqüentemente não se poderia aplica-lo às empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de concorrência.

⁵⁴ Idem, Op. cit., nota 2.

⁵⁵ Idem, op. cit., nota 8.



O entendimento a que se chegou essa pesquisadora consubstancia-se na ideia de limitar de fato a aplicação às estatais atuantes de exploração econômica, visto que a jurisprudência só concede imunidade tributária (espécie de privilégio) às estatais que exploram serviços públicos típicos, e em contrapartida só concedem benefícios fiscais às estatais se forem extensivos ao setor privado na forma do artigo 173, §2º, da CRFB/88, razão pela qual necessária essa distinção no tratamento das estatais.

A melhor solução jurídica encontrada para a problemática em análise é a aplicação do método hermenêutico e de controle de constitucionalidade chamado de interpretação conforme a Constituição. Esse método tem como fim garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento jurídico constitucional, para dar a lei o sentido adequado da Constituição.

Portanto, deverá ser aplicada a interpretação conforme a constituição, para que se afaste a sua aplicação a todos os casos mencionados no “caput” do art. 1º, da Lei nº 13.303, de 2016, restringindo-a apenas às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, pois, somente estas é que devem se assemelhar às empresas privadas e possuem praticidade e celeridade para participarem do regime concorrencial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017.

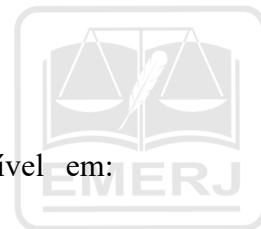
ARAGÃO, Alexandre Santos. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. São Paulo: Forense Ltda, 2017.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. *Planalto*, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Planalto*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 fev.2018.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. *Planalto*, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.



_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Planalto*, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. *Planalto*, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 10 jan.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 220.906-9*. Relator: Ministro Maurício Correa, 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=220906>. Acesso em 10 jan.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 363.412-7*. Relator: Ministro Celso de Melo, 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=363412>. Acesso em: 10 jan. 2018.

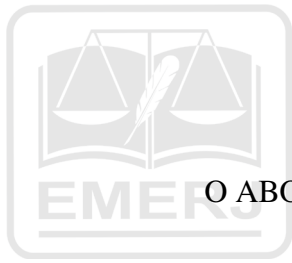
CONHEÇA algumas peculiaridades do Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303) em matéria de licitações. *ROSSI MAFFINI MILMAN GRANDO Advogados*, 2016. Disponível em: <http://rmmadvogados.com.br/index.php/pt-br/publicacoes-smart/artigos/item/conheca-algumas-peculiaridades-do-estatuto-das-estatais-lei-13-303-2016-em-materia-de-licitacoes>. Acesso em: 20 jan.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Notas sobre a implantação do Regime da Lei 13.303/2016. *Justen, Pereira Oliveira & Talamini advogados*, 2016. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2016.

_____. Rafael Carvalho Rezende. Estatuto Jurídico das Estatais erra ao fixar normas homogêneas de licitação. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. *Fórum Conhecimento Jurídico*, [2016]. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/consideracoes-sobre-o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-13-3032016/>. Acesso em: 15 jan.2018.



O ABORTO LEGAL POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MULHER NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL (PLS N.º 236/12)

Fernanda Manteca Guimarães

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo – A questão do aborto se revela um inegável problema de saúde pública no Brasil. Milhares de abortos clandestinos são realizados por ano no país, culminando na morte de milhares de mulheres, principalmente de camadas mais pobres da população. Na tentativa de solucionar essa questão, o Projeto do Novo Código Penal (PLS n.º 236/12) apresenta uma ampliação das hipóteses excludentes da ilicitude no delito de aborto, sendo uma delas a impossibilidade psicológica da gestante. No presente estudo, serão analisados os termos dessa inovação legislativa, verificando sua compatibilidade com a CRFB/88 e a necessidade, ou não, de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

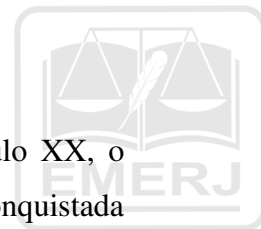
Palavras-chave – Direito Penal. Aborto Legal. Projeto do Novo Código Penal. Constituição Federal. Compatibilidade. Termos da Legalização.

Sumário – Introdução. 1. A determinação do momento inicial da vida e da personalidade e sua real influência no debate sobre o aborto no Brasil. 2. Os termos do aborto legal do art. 128, IV, do PLS n.º 236/12 e sua compatibilização com a CRFB/88. 3. O aborto e a realidade brasileira, um imperativo de legalização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do aborto legal por impossibilidade psicológica da mulher, previsto no art. 128, IV, do PLS n.º 236/12 (Projeto do Novo Código Penal), bem como suas possíveis implicações na realidade brasileira. O objetivo do presente estudo é esclarecer os termos dessa proposta de inovação legislativa, discutindo sua relevância no contexto social atual, mais especificamente os benefícios à mulher e à tutela de sua dignidade humana, e a necessidade de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

A luta das mulheres pela liberação do aborto tem sido uma sequência histórica de batalhas e vitórias. No decorrer do século XIX e com a Revolução Industrial, foi necessário lutar pela cidadania, em busca do direito ao voto. Posteriormente, no período pós 2ª Guerra Mundial (século XX), perseguiu-se o direito à plena capacidade, perdida em decorrência do casamento. Seguiu-se a busca da sobrevivência, ou seja, do direito ao trabalho



economicamente valorado, até que se começou a perseguir, nos anos 50 do século XX, o direito à sexualidade e ao prazer. A liberdade de escolher a maternidade foi conquistada apenas com o surgimento dos métodos contraceptivos, na década de 60. Finalmente, para a prática de sua total independência, estão buscando as mulheres, hoje, o direito de não se submeterem à gestação indesejada.

Nesta esteira, desde a década de 60, assiste-se a um fenômeno mundial de liberalização da legislação sobre o aborto, em que legisladores e Tribunais Constitucionais de países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, dentre outros, alteraram seus ordenamentos jurídicos a fim de legalizarem a interrupção voluntária da gravidez, desde que dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações.

É nesse cenário que surge a previsão constante do art. 128, IV, do Projeto de Novo Código Penal (PLS n.º 236/12), com a ambição de viabilizar o aborto voluntário até a 12ª (décima segunda) semana de gestação, quando comprovada, por um médico, a ausência de condições psicológicas da gestante para arcar com a maternidade.

O tema, por certo, é bastante polêmico, mas merece uma abordagem séria e desvinculada de aspectos religiosos, morais e políticos. Isso porque, hoje, a questão do aborto no Brasil passou a ser um problema concreto de saúde pública, em razão do alto número de mulheres que vêm a óbito em razão da prática de abortos clandestinos. Percebe-se que a criminalização do aborto voluntário acaba por cercar o procedimento médico de clandestinidade e, com isso, impede que as próprias gestantes analisem, de forma equilibrada e transparente, os riscos envolvidos em cada uma das alternativas. Não há mais princípios morais ou filosóficos que justifiquem a morte de tantas mulheres no Brasil. É necessário encarar o aborto como um problema grave de saúde pública, que exige solução urgente.

Para tanto, mostra-se imprescindível analisar, em primeiro lugar, as teorias existentes sobre a demarcação do momento inicial da vida e da personalidade (tais como a teoria concepcionista e a natalista), verificando-se em que medida essa delimitação do momento inicial da vida influencia, atualmente, no debate quanto à legalização do aborto voluntário. Essa análise será feita no primeiro capítulo do presente artigo.

Em um segundo momento, no segundo capítulo, caberá estudar se os parâmetros adotados pelo art. 128, IV, do PLS n.º 236/12 para a legalização do aborto por ausência de condições psicológicas da mulher se coadunam com o ordenamento jurídico brasileiro - mais especificamente com a Constituição Federal de 1988 -, ou se há ofensa ao direito à vida do feto nesse caso. Nesse aspecto, vale registrar que a questão do aborto ainda se apresenta extremamente complexa no contexto democrático, pois se, de um lado, encontram-se os



legítimos interesses da mulher em ter respeitada sua livre autonomia sobre seu corpo, de outro invoca-se a defesa do feto, por muitos classificado como pessoa humana cuja vida seria equivalente à vida de uma pessoa já nascida e que, portanto, mereceria a proteção estatal.

Desse modo, tendo em vista a realidade atual brasileira, em que o aborto já se tornou uma questão de saúde pública, o terceiro e último capítulo deste trabalho representará o questionamento quanto a se a aprovação do PLS n.º 236/12 e do aborto legal por impossibilidade psicológica da gestante se mostram um inegável imperativo constitucional, ou se os direitos do feto ainda merecem preponderar em face da dignidade da gestante.

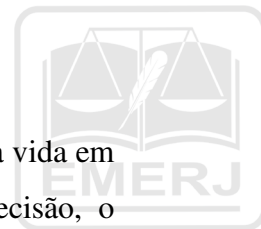
Considerando-se a relevância do instituto, proceder-se-á a uma análise bibliográfica e legislativa, a partir de um método dialético e descritivo de abordagem, que contribua com o avanço nos estudos acerca das polêmicas que envolvem o instituto. Serão analisados os conceitos de vida, aborto e dignidade humana no direito interno, bem como serão examinadas as diferentes teses existentes, para que se possa chegar ao apontamento da melhor solução para o conflito apresentado. A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, de modo a não excluir o contexto social em que se insere a discussão.

1. A DETERMINAÇÃO DO MOMENTO INICIAL DA VIDA E DA PERSONALIDADE E SUA REAL INFLUÊNCIA NO DEBATE SOBRE O ABORTO NO BRASIL

Não há como discutir a questão da legalização do aborto no Brasil sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intrauterina. De fato, é preciso verificar em que momento e até que ponto a vida recebe proteção jurídica para que, então, seja possível questionar se a interrupção voluntária da gravidez implica eliminação dessa vida.

Certo é que a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, sendo o direito à vida o primeiro direito de qualquer pessoa. Ocorre que inexistente consenso científico ou filosófico acerca do momento em que tem início a vida. Inclusive, o reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo, havendo inúmeras concepções acerca do tema¹.

¹ Apenas a título de exemplificação, é possível citar algumas posições que têm sido defendidas no plano teórico: (i) perspectiva genética, segundo a qual a vida humana teria início na fertilização; (ii) perspectiva embriológica, que defende que a vida começaria a partir da terceira semana de gestação, com a ocorrência da gastrulação (processo que estabelece os três folhetos germinativos, cujas células darão origem a todos os tecidos e órgãos do



Desse modo, sem embargo das diversas teorias que buscam situar o início da vida em diferentes momentos da evolução intrauterina, parece impossível traçar, com precisão, o momento em que se dá a centelha de vida humana, restando apenas o conhecimento da existência de um processo no qual o resultado final é o recém-nascido².

Considerando não ser possível precisar o instante do início da vida, o apelo à ciência acaba por representar uma utilização religiosa, ou mesmo política, da observação científica, que apenas pode determinar o momento da mistura dos DNAs. Nesse ponto, deve-se ter em mente que a ausência de um sentido comungado sobre o que é vida não pode permitir a eleição de determinado conceito que ignore o paradigma do Estado laico democrático e ponha em risco os direitos constitucionais de dignidade, saúde, integridade, privacidade e liberdade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, sem a imposição externa de condutas imperativas.

Nesse sentido, segundo Maria Berenice Dias³, não caberia ao Estado definir o início da vida, uma vez que nem a ciência consegue defini-lo. A religião busca reconhecer o momento de início e isso acaba retroagindo a um conceito anterior com a finalidade de banir. Essa definição deve ser deixada à ciência, cabendo à Constituição Federal a garantia do direito à vida, mas sem defini-lo a partir do momento da concepção.

Como ensina Ronald Dworkin⁴, a questão de saber se o feto é um ser humano já a partir da concepção, ou de algum momento posterior da gravidez, é demasiado ambígua para ser de alguma utilidade. Para o autor, o debate se resumiria a dois questionamentos: quando um ser humano adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais consequências?

Destarte, o tema central da discussão quanto ao aborto deixa de ser a determinação do momento inicial da vida e passa a ser uma análise quanto à aquisição da personalidade e sua relação com a tutela constitucional do direito à vida do nascituro. Pois bem.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que se estende a todos os homens e mulheres, consagrando-se na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos

embrião); (iii) visão neurológica, que adota o entendimento de que a vida surgiria com a atividade cerebral do feto; (iv) visão ecológica, que afirma que a vida teria início com o nascimento; e (v) visão metabólica, que defende a inexistência de um momento único no qual a vida teria início.

² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

³ DIAS, Maria Berenice. "Entrevista". In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006, p. 108.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 29.



os direitos e deveres. Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁵, a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica desta para adquirir direitos e contrair deveres. Dessa forma, a personalidade é um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro a todo ser humano, independentemente de manifestação de vontade ou do preenchimento de qualquer requisito psíquico.

Ocorre que aqui também há intensa polêmica, sendo possível apontar três teorias clássicas quanto ao momento de surgimento da personalidade civil: (i) a teoria natalista, que defende que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida; (ii) a teoria concepcionista, que afirma que se adquire a personalidade desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, que ficam condicionados ao nascimento com vida; e (iii) a teoria da personalidade condicional, que sustenta que o nascituro é pessoa condicional, ficando a personalidade sob a dependência da condição suspensiva do nascimento com vida⁶.

Vê-se, portanto, que a doutrina da personalidade jurídica do nascituro também não é exata. Assim como ocorre com a determinação do início da vida, a definição acerca do começo da personalidade passa a ser uma escolha política; a afirmação quanto ao início da personalidade é uma afirmação moral que não encontra consenso na filosofia, na ciência, nem no Direito. As concepções supracitadas não se encontram em um nível de razão crítica, mas, sim, de razão intuitiva. São percepções históricas ou culturais que condicionam a forma de observar os fenômenos. Por isso, segundo Dworkin, uma vez mais seria interessante deixar de lado essa discussão, passando-se a analisar se o feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida⁷.

Nesse aspecto, tem-se que a vida preservada pelo constituinte e pela legislação brasileira é toda a vida humana. O direito à vida cola-se ao ser humano desde que este surge até o momento de sua morte. Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

No entendimento de Paulo Gustavo Gonet⁸, não há que se condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do embrião, ou subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. Havendo vida humana, qualquer que seja a

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 181.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, V.1*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

⁷ DWORKIN. op. cit., p. 30-31.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 258.



etapa de desenvolvimento e o que quer que seja que o legislador infraconstitucional disponha sobre personalidade jurídica, há o direito à vida.

Como vida humana, pois, merece o nascituro a proteção do ordenamento jurídico. Não, porém, o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa já nascida. Em sendo o direito à vida o valor mais elevado do ordenamento, não é possível negar proteção ao feto e à sua vida em formação. Contudo, não há como igualar essa proteção à da vida do homem nascido, uma vez que o embrião se encontra a caminho de se tornar homem e a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações⁹.

Não se pode admitir que a proteção ao nascituro fira, de forma desproporcional, os direitos fundamentais das mulheres, principalmente o direito à dignidade. A proteção conferida à vida do nascituro não deve ser, portanto, uniforme durante toda a gestação. Pelo contrário, essa tutela deve aumentar progressivamente, na medida em que o embrião se desenvolve, sendo o tempo de gestação um fator de relevância para que se mensure o nível de proteção da vida do feto. A tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sendo possível, dessa forma, a ponderação de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante.

Nesse ponto, entra em cena o art. 128, IV, do PLS n.º 236/12¹⁰, que traz justamente uma limitação da tutela conferida ao feto, privilegiando a dignidade da mulher gestante, em adequada ponderação de direitos. É o que se passa a analisar.

2. OS TERMOS DO ABORTO LEGAL DO ART. 128, IV, DO PLS N.º 236/12 E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A CRFB/88

O art. 128, V, do Projeto do Novo Código Penal¹¹ traz uma causa de exclusão do crime de aborto (causa de exclusão da ilicitude)¹², quando este for praticado por impossibilidade psicológica da gestante.

⁹ ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁰ SENADO FEDERAL, *Anteprojeto de Novo Código Penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

¹¹ “Art. 128. Não há crime de aborto: IV - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. SENADO FEDERAL, op. cit.

¹² Sobre o art. 128 do Código Penal atualmente em vigor, Cezar Roberto Bitencourt defende que a expressão “não se pune o aborto” indica, em verdade, uma causa de exclusão da ilicitude, e não uma causa de exclusão da



O primeiro questionamento que se coloca nesse aspecto é quanto ao que se entende por “impossibilidade psicológica da gestante”. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que, por estar intimamente relacionado à tipificação de uma conduta, necessita de uma definição clara e precisa, até mesmo em atenção ao princípio da segurança jurídica.

O PLS n.º 236/12¹³ não traz dispositivo legal determinando a real abrangência da expressão “impossibilidade psicológica da gestante”. Mas a resposta pode ser extraída das razões constantes do relatório final da comissão de elaboração do projeto de lei. De acordo com esse relatório, o objetivo do projeto de lei é atualizar o Código Penal atual, fazendo uma releitura do sistema penal à luz da Constituição Federal de 1988 e da nova realidade social¹⁴.

Nesse ponto, importa notar que houve sensível ampliação das hipóteses de exclusão da antijuridicidade do delito de aborto no PLS n.º 236/12¹⁵. No Código Penal atualmente vigente, há apenas duas hipóteses, previstas no art. 128, quais sejam o aborto necessário ou terapêutico – praticado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante – e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, também chamado de aborto humanitário¹⁶. O PLS n.º 236/12, por sua vez, prevê também a exclusão da ilicitude nas hipóteses de gravidez resultante de emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, de comprovada anencefalia ou graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, bem como no caso de impossibilidade psicológica da gestante.

Essa ampliação, por si só, é suficiente para comprovar que o legislador deve estar – e está – atento à realidade social, adaptando o Direito positivo às novas estruturas sociais¹⁷. E, nesse ponto, volta-se ao histórico inicialmente mencionado acerca da evolução das mulheres em busca de sua total independência. Certo é que, nos últimos anos, movimentos feministas têm ganhado espaço no Brasil, levantando debates acerca de igualdade de oportunidades, empoderamento, liberdade sexual, etc. O PLS n.º 236/12, no tocante ao aborto, pode ser

punibilidade (BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.172). O PLS 236/12 corrige esse equívoco do legislador, ao trazer, no *caput* do art. 128, a expressão “não há crime de aborto”, o que comprova que se trata de causa de exclusão da ilicitude.

¹³ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 10.

¹⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

¹⁷ “O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram-se mais de sessenta anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso”. BITENCOURT, op. cit., p. 162.



apontado como um dos reflexos dessa movimentação feminina, uma vez que, evidentemente, se mostra mais atento à dignidade humana, especialmente à dignidade da mulher.

Como visto, o relatório final da comissão de elaboração deixa claro que a intenção do projeto foi a realização de uma filtragem constitucional dos dispositivos do Código Penal atual, analisando-se a necessidade de manutenção da criminalização das condutas, a existência de figuras assemelhadas em outra sede normativa e a adequação das penas à gravidade relativa do delito. Segundo o relatório, essa tarefa resultou em forte descriminalização de condutas, em regra por serem consideradas desnecessárias para a sociedade brasileira atual, ou incompatíveis com a Constituição Federal. Foi concebido um Direito Penal mais voltado para sua funcionalidade social, principalmente no tocante à dignidade da pessoa humana¹⁸.

É essa diretriz do projeto de lei que deve ser norteadora da interpretação da expressão “impossibilidade psicológica da gestante”. O alargamento das hipóteses de exclusão da ilicitude no crime de aborto – e mais especificamente a previsão do aborto por impossibilidade psicológica da mulher – segue a lógica de implementação prática do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, da CRFB/88¹⁹. Desse modo, a interpretação da expressão deve ser a mais ampliativa possível, abrangendo não apenas casos de vício em entorpecentes (exemplo citado pela comissão de elaboração em suas justificativas²⁰), mas também casos de ausência de condições financeiras, falta de maturidade pela pouca idade da gestante, inexistência de estrutura familiar adequada, etc. Somente a partir dessa interpretação é que se atinge, de forma mais efetiva, a proteção da dignidade das mulheres, conforme pretende a Constituição Federal.

Veja-se que a CRFB/88²¹, adotada após vinte anos de ditadura militar, criou uma nova ordem constitucional, que representou um indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira, entre eles as mulheres. Nesse contexto, a dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade, que define claramente a prioridade de tutela dos interesses existenciais em face dos patrimoniais.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da isonomia como princípios fundamentais conduzem o intérprete à garantia da autodeterminação e da autonomia corporal

¹⁸ SENADO FEDERAL, op. cit., p. 5-6.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁰ SENADO FEDERAL, op. cit., p. 238.

²¹ BRASIL, op. cit., nota n.º 19.



de homens e mulheres. A dignidade, na acepção de autonomia, envolve a capacidade de autodeterminação, ou seja, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade, sem interferências do Estado ou de terceiros²². A matriz dessa ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade.

Nessa esteira, o princípio da dignidade humana, combinado com os direitos fundamentais à igualdade, liberdade e privacidade (art. 5º, *caput* e incisos, CRFB/88²³), fundamenta a ideia de autonomia reprodutiva, hoje já entendida como parte integrante dos direitos humanos. Aprofundando este entendimento, a Constituição Federal, ao tratar da família, além de considerá-la como base da sociedade em seu art. 226, dispôs, ainda, que o planejamento familiar deve ser de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos educativos e científicos para o exercício desse direito. Reafirmou-se, então, a garantia da autonomia reprodutiva de homens e mulheres.

No momento em que é admitido o planejamento familiar e se assegura ao casal a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, é imperioso reconhecer que está consagrada constitucionalmente a autonomia reprodutiva, não sendo possível excluir qualquer método contraceptivo, incluindo-se, aqui, a interrupção voluntária da gravidez²⁴. Portanto, além de não poder proibir a interrupção da gravidez, o Estado tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura.

Com isso, é possível solucionar também um segundo questionamento, no sentido da compatibilização do PLS n.º 236/12 com a CRFB/88.

Conforme afirmado, a Constituição assegura a dignidade humana, o planejamento familiar, a autonomia reprodutiva, a igualdade, a liberdade e a privacidade. E a partir disso assegura também a possibilidade de a mulher escolher se quer, ou não, prosseguir com a gravidez. Para tanto, deve o Estado viabilizar o amparo da mulher por equipe profissional e médica, de modo a qualificar a tomada de decisão. E o PLS n.º 236 vai nessa linha, ao exigir laudo médico ou psicológico para a realização do aborto na hipótese do art. 128, IV²⁵.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49-51.

²³ BRASIL, op. cit., nota n.º 19.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Aborto e o direito ao lar*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁵ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 20.



Ademais, lembre-se que a Constituição Federal assegura também o direito à vida, em seu aspecto mais amplo, abrangendo inclusive a vida intrauterina. Mas certo é que essa tutela da vida do nascituro não é maior do que a tutela da vida humana já formada, razão pela qual, numa ponderação de princípios e direitos, a dignidade da mulher gestante deve prevalecer. Essa é a correta aplicação dos valores constitucionais. E aqui também há plena consonância do PLS n.º 236 com a CRFB/88, uma vez que o art. 128, IV, traz uma limitação temporal para a realização do abortamento – até a 12ª semana de gestação –, de modo a tutelar os direitos do feto, mas sem afastar a mais ampla tutela dada à mulher²⁶.

Não há que se falar, pois, em inconstitucionalidade da inovação legislativa proposta. Pelo contrário, a ideia apresentada visa justamente à efetivação de princípios constitucionais.

Frise-se que não há qualquer impedimento constitucional à descriminalização do aborto no Brasil. Ao elevar a dignidade humana a fundamento da República, a Constituição protegeu a autodeterminação do ser humano em diferentes esferas: ao declarar que ninguém pode ser submetido a tortura ou tratamento desumano degradante, o constituinte não assegurou apenas a inviolabilidade da integridade física dos cidadãos perante o Estado, mas se comprometeu também com a sua proteção em face da sociedade e dos costumes religiosos, na esteira de uma longa evolução histórica no tratamento jurídico do corpo humano²⁷.

Assim, no plano estritamente jurídico, não há qualquer dúvida de que a tipificação penal do aborto afigura-se flagrantemente contrária às normas fundamentais do ordenamento, devendo ser considerada não recepcionada pelo atual texto constitucional. E não há qualquer obstáculo de ordem jurídica à aprovação da reforma legal para descriminalizar o aborto no Brasil. Ao contrário, trata-se de alteração legislativa necessária para que seja assegurada a proteção integral dos direitos humanos das mulheres, compromisso assumido pelo Estado brasileiro nas Conferências da ONU realizadas em Cairo, em 1994, e em Pequim, em 1995, e até mesmo na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, de 2006.

3. O ABORTO E A REALIDADE BRASILEIRA, UM IMPERATIVO DE LEGALIZAÇÃO

Viu-se que a ampliação trazida pelo PLS n.º 236/12²⁸ quanto às hipóteses de exclusão da ilicitude no delito de aborto é totalmente compatível com a ordem constitucional

²⁶ Ibid.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. “Aborto do feto anencéfalo e tutela dos direitos da mulher”. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207.

²⁸ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 20.



vigente, representando uma efetivação do princípio da dignidade humana. A possibilidade de interrupção da gravidez por impossibilidade psicológica da mulher, por ser bastante ampliativa, consagra ainda mais esse princípio. Em última análise, trata-se de aplicação prática da autonomia reprodutiva das mulheres, do planejamento familiar, bem como da igualdade, liberdade e privacidade, todos esses direitos garantidos pela CRFB/88²⁹.

Concluiu-se, pois, pela ausência de qualquer óbice à reforma legal ora analisada. E mais do que isso, verificou-se que a atual tipificação do aborto ofende diretamente a Constituição Federal, não passando pela chamada filtragem constitucional. Por isso, conforme justificativa constante do relatório final da comissão de elaboração, foi apresentada a proposta de descriminalização do aborto por impossibilidade psicológica da gestante.

Ocorre que, ainda segundo o relatório da comissão de elaboração do PLS n.º 236/12³⁰, a previsão dessa exclusão de ilicitude mais ampliada também decorreu da análise da necessidade de manutenção da criminalização da conduta na atualidade (foram revogadas condutas típicas tidas como desnecessárias para a sociedade brasileira atual)³¹. Cabe, agora, então, analisar a real necessidade da legalização do aborto no Brasil, de modo a responder, definitivamente, o questionamento quanto a se a aprovação do PLS n.º 236/12 se mostra, ou não, um inegável imperativo constitucional.

Ora, é inevitável reconhecer que o aborto é um fato social existente. Segundo informações divulgadas pelo jornal O Globo³², entre 7,5 milhões e 9,3 milhões de mulheres interromperam a gestação no Brasil nos anos de 2004 a 2013. E, nesses números, apenas 1.523 casos foram de abortos legais (por estupro, ameaças à saúde materna e anencefalia fetal). Além disso, estima-se que ocorrem cerca de 250 mil internações no SUS (Sistema Único de Saúde) por ano, sendo gastos cerca de 142 milhões de reais em razão de complicações pós-aborto³³.

É alarmante, portanto, o número de abortos clandestinos feitos no país. E a quase totalidade deles é feita em condições de extremo risco à vida da gestante. Mulheres continuam sendo internadas, tendo sequelas e morrendo por complicações em decorrência de abortos inseguros e clandestinos, o que ainda gera um imenso gasto público no âmbito do SUS.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota n.º 19.

³⁰ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 10.

³¹ Ibid., p. 5.

³² Jornal o Globo Online. *Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

³³ AUN, HELOÍSA. *8 dados chocantes sobre o aborto no Brasil que você precisa saber*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/8-dados-chocantes-sobre-o-aborto-no-brasil-que-voce-precisa-saber/>>. Acesso em 14 mar. 2018.



Desse modo, a questão do aborto, hoje, é uma questão de política e saúde pública. Trata-se de um exemplo típico de criminalização que não funciona, uma vez que, além de não impedir a sua prática, carrega milhares de mulheres a procedimentos amadores, realizados sem as necessárias condições de higiene e salubridade, colocando em risco a saúde e a vida das gestantes. Além disso, a criminalização acaba por discriminar a parcela mais pobre da população, que não têm condições financeiras para realizar abortos clandestinos em clínicas de boa qualidade. Há, aqui, inegavelmente, uma questão de saúde pública que não deve ser resolvida pelo Direito Penal. Está em jogo o direito à vida de inúmeras mulheres, o que não pode ser ignorado pelo Estado.

Nesse sentido, é bastante elucidativo o entendimento de Maria Berenice Dias³⁴:

Atualmente, só a elite, que tem condições de atender aos exorbitantes valores cobrados pelas clínicas particulares, pode exercer o direito de escolha. Aquela que não tem como pagar precisa submeter-se a procedimentos clandestinos, cujos riscos, por demais conhecidos, a sujeitam a sequelas que todos sabemos quais são. Por isso, o próprio Estado, que autoriza sua prática, não pode se omitir, deixando de fornecer os meios para sua realização de forma segura. Resta, assim, inúmeras vezes, à mulher, ao exercitar um direito que a lei lhe confere, pagar com a própria vida. A quem tenta impedir o Estado de cumprir com sua função de dar efetividade aos direitos e garantias é que cabe questionar: onde está o direito à vida assegurado em nossa Constituição?

Tais fatos, por si só, já representam a efetiva demanda social no sentido da mudança da realidade fática brasileira, o que exige a reavaliação da autoritária legislação penal brasileira, de modo que seja possível adequá-la à atual situação social.

Ressalte-se que, apesar dos avanços observados na tutela da mulher, o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres ainda se revela necessário, em decorrência dos muitos anos de desigualdade sociais, culturais e até mesmo jurídicas, que serviram para fomentar a discriminação. O simples fato de pertencer ao gênero feminino, com todos os estereótipos culturalmente a ele associados, é, por vezes, determinante do alcance ao exercício da cidadania, na medida em que os valores culturais influenciam a produção legislativa, o que pode restringir direitos fundamentais da pessoa humana. Logo, há uma obrigação do Estado de tomada de ações no sentido de reconhecer as diferenças históricas cultural e socialmente construídas, para implementar medidas que busquem reduzir este descompasso.

A maternidade é – e deve ser – uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Aborto um direito legal*. Debate realizado no Plenário da Câmara dos Deputados, perante a Comissão Geral da Câmara Federal, no dia 25 de novembro de 1997. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_481\)2_aborto__um_direito_legal.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_481)2_aborto__um_direito_legal.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2018.



Constituição como valor fundamental da República. Agride, ainda, o art. 226 da Carta Maior, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar. Além disso, atentando-se para a realidade social, em que o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se que a vedação criminal tem como único efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à sua saúde e à sua vida.

É evidente que a mulher que aborta encontra-se diante de um conflito de valores ou deveres: de um lado, há a preservação da vida de uma possível pessoa em gestação e, de outro, há os valores que uma gravidez indesejada levada a termo destruiria. Porém, nesse caso, deve ser delegada à gestante – e somente a ela – a opção pela alternativa que cause a ela o menor mal, devendo a opção pela própria felicidade ser considerada viável. Para tanto, cabe ao Estado assegurar a sua liberdade de escolha, proporcionando os meios adequados para que essa decisão seja a mais prudente possível. E, para que se assegure a liberdade e autonomia individual, faz-se necessária não só a descriminalização, mas também a regulamentação da prática do aborto, de modo a banir a mais terrível consequência que a clandestinidade encerra: a morte da gestante.

Mais uma vez, a previsão constante do art. 128, IV, do PLS n.º 236/12³⁵ segue essa linha de raciocínio, limitando a realização do aborto à 12ª semana de gestação e exigindo laudo médico ou psicológico atestando a impossibilidade psicológica da gestante. A partir dessas balizas, há a adequada ponderação dos direitos do feto com os direitos da mulher, dando-se à dignidade da mulher uma prevalência necessária, bem como se reconhece o problema de saúde pública existente, que exige cuidado e acompanhamento individual. É o que se extrai da justificativa apresentada no relatório final do projeto. Confira-se:

A Comissão rejeitou propostas no sentido de considerar o aborto apenas como questão de saúde pública, descriminalizando-o. Considerou, ao revés, que o crime de abortamento colabora para a solução do confronto entre posições jurídico-fundamentais, a saber, o direito do feto ao nascimento, de um lado, e de outro, o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo. Sem o crime, a prática poderia ser adotada de modo fútil ou caprichoso, como forma de controle de natalidade incompatível com a ordem constitucional defensora da vida. Sem embargo, a inexistência de hipóteses de afastamento da tipicidade daria, agora ao feto, direito absoluto, igualmente estranho ao ambiente constitucional. Optou-se, destarte, pela atualização do rol existente desde 1940, no atual Código Penal, que não considerava punível o aborto em caso de concepção advinda de violência, nem o realizado para proteção da vida materna. Incluíram-se no rol das causas impeditivas da tipicidade do crime de aborto a proteção em face da concepção advinda de fraude em métodos de reprodução assistida, a proteção da saúde da gestante, a anencefalia ou situação análoga impeditiva da vida extrauterina³⁶.

³⁵ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 10.

³⁶ Ibid., p. 238-239.



Revela-se imprescindível, pois, a aprovação do PLS n.º 236/12³⁷, de modo que seja solucionado o problema de saúde pública no Brasil e, mais que isso, que seja garantido às mulheres o real respeito à sua dignidade e autonomia, inclusive na gestação.

CONCLUSÃO

A Constituição Brasileira não determinou o que se entende por vida, como também não determinou o seu início ou o início de sua proteção jurídica. Assim, coube à doutrina a tentativa dessa conceituação. No entanto, nem mesmo a ciência conseguiu determinar o que seria vida, ou mesmo o momento de seu início, havendo diversas teorias científicas sobre esse assunto, de forma que esse questionamento quanto à conceituação do direito à vida dá lugar a um questionamento mais importante, qual seja: o feto tem interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida?

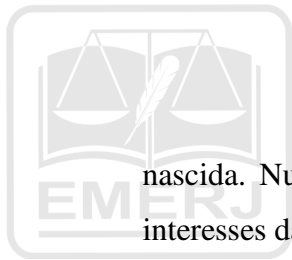
Para responder a essa pergunta, recorreu-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa humana e determina o respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, assegurando-se condições mínimas para uma existência digna, sem qualquer tipo de limitação à liberdade e à autonomia. A dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana que, portanto, está presente em qualquer ser humano, inclusive no feto em formação, que, por óbvio, é considerado um ser humano.

Assim, por ter dignidade, o feto está sujeito à proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, incidindo sobre ele alguns direitos fundamentais. Ocorre que a dignidade não incide apenas sobre o feto, possuindo aplicação ainda maior em relação à pessoa humana já formada, sujeita a situações cotidianas que ensejam cada vez mais a aplicação desse princípio.

Além disso, da dignidade decorre o princípio da autonomia, que, na dimensão mais estrita do direito à autonomia reprodutiva, garante à mulher o direito de decidir quanto e se irá engravidar e, portanto, garante o direito ao acesso a produtos de controle de natalidade. A autonomia reprodutiva é um direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade, em que se clama pela não interferência do Estado.

Logo, considerando que a dignidade da pessoa humana incide tanto no feto quanto na mulher, tendo, porém, uma dimensão mais ampla no que tange à mulher, inclusive protegendo o direito à autonomia reprodutiva, chega-se à conclusão de que o nascituro merece a proteção do ordenamento jurídico, porém não o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa já

³⁷ SENADO FEDERAL, op. cit., nota n.º 10.



nascida. Num juízo de ponderação, que é evidentemente necessário no caso do aborto, os interesses da mulher devem prevalecer.

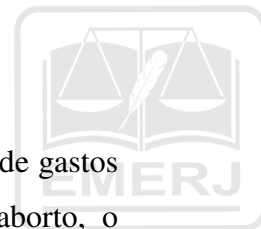
Essa prevalência da autonomia da mulher tem amparo não só na Constituição Brasileira, como também em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Na Constituição, tem-se a garantia da igualdade material, da liberdade e da privacidade, além do direito ao planejamento familiar e à saúde. No âmbito internacional, é possível citar, resumidamente, as Conferências de Cairo e de Pequim, que asseguram os direitos reprodutivos da mulher como direitos humanos e impõem ao Estado Brasileiro a obrigação de reformular o tratamento dado ao aborto para tratá-lo como um problema de saúde pública.

Assim, é possível afirmar que a Constituição Brasileira não exclui o direito da mulher ao aborto. Ao contrário, em razão da tutela dos direitos fundamentais à vida, saúde, intimidade, privacidade, igualdade, é que não se pode atribuir proteção absoluta ao feto, sob pena de violação da ordem jurídica, devendo haver uma ponderação de interesses em que a dignidade e a autonomia da gestante prevalecem em detrimento do direito à vida do feto.

Contudo, é preciso ter em mente que a descriminalização do aborto não deve ser adotada como medida isolada, devendo ser feito, conjuntamente, um trabalho social de educação sexual, métodos contraceptivos, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, etc. Essa parece ser a solução mais adequada para o problema de saúde pública atualmente enfrentado pelo Brasil na questão do aborto, sendo certo que uma solução como essa não conflita com a Constituição, mas, ao contrário, promove, de forma mais adequada e racional, os princípios e valores constitucionais.

Nesse aspecto, a aprovação do PLS n.º 236/12 – e, mais especificamente, do aborto por impossibilidade psicológica da gestante – se mostra como verdadeiro imperativo constitucional. Com efeito, o reconhecimento do direito da mulher à livre escolha pela interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação pondera, de forma mais justa e razoável do que a lei atual, seus direitos em relação aos do nascituro. Essa medida certamente minimizará bastante os agravos de saúde e mortes de mulheres, além de permitir a implementação de políticas públicas de saúde visando à orientação e assistências dessas mulheres e uma maior liberdade reprodutiva.

Mas, por fim, cabe uma ressalva. Não basta, para solucionar o problema, a descriminalização e a regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, como proposto pelo art. 128, IV, do PLS n.º 236/12. Isso pouco adiantará se os procedimentos médicos não puderem ser realizados gratuitamente no âmbito do SUS, pois, do contrário, as mulheres pobres continuarão expostas aos mesmos riscos de vida.



E nem se objete que a realização de abortos no SUS implicaria a assunção de gastos desmesurados pelo Poder Público. Na verdade, apesar da atual ilegalidade do aborto, o Governo já gasta vultosos recursos para tratar das consequências dos abortos clandestinos sobre a saúde das mulheres, sem falar no dinheiro gasto no combate às quadrilhas de aborto.

Destarte, o que se propõe no presente estudo é a aprovação do PLS n.º 236/12, com a descriminalização do aborto na hipótese de impossibilidade psicológica da gestante, mas desde a isso se somem políticas públicas de atendimento às mulheres gestantes, com a implementação da infraestrutura necessária para a realização dos abortos no âmbito do SUS.

REFERÊNCIAS

AUN, HELOÍSA. *8 dados chocantes sobre o aborto no Brasil que você precisa saber*. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/geral/cidadania/indicacao/8-dados-chocantes-sobre-o-aborto-no-brasil-que-voce-precisa-saber/>>. Acesso em 14 mar. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BUGLIONE, Samantha. “O aborto voluntário e seu eterno desconforto: um debate sobre o alcance das democracias laicas”. In: FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. “Entrevista”. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

_____. *Aborto e o direito ao lar*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. *Aborto um direito legal*. Debate realizado no Plenário da Câmara dos Deputados, perante a Comissão Geral da Câmara Federal, no dia 25 de novembro de 1997. Disponível em



<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_481\)2_aborto__um_direito_legal.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_481)2_aborto__um_direito_legal.pdf)>
. Acesso em: 14 mar. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Jornal o Globo Online. *Tabu nas campanhas eleitorais, aborto é feito por 850 mil mulheres a cada ano*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. “Legalização do aborto e Constituição”. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SCHREIBER, Anderson. “Aborto do feto anencéfalo e tutela dos direitos da mulher”. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto de Novo Código Penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (orgs.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA EFETIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Filipe Judson Rigues Gonçalves Azevedo

Graduado pela Universidade Salgado de Oliveira. Advogado.

Resumo – Este trabalho discute a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, especificamente nas audiências de custódia, tendo como plano de fundo os reflexos nas políticas de segurança pública do estado, fazendo uma análise do instituto como uma política eficaz de desencarceramento. Para tanto busca suporte em estatísticas, notícias e informações a respeito da atuação diária da instituição responsável pela promoção dos direitos fundamentais. Ademais, uma vez que o Brasil internalizou o Pacto da São José da Costa Rica, passou a ser obrigatória a implementação do instituto, que ainda é pouco estruturado e não se encontra interiorizado nas comarcas distantes da capital. O presente trabalho defende que o referido instituto é capaz de impactar positivamente nas políticas estatais, na medida em que reduz prisões desnecessárias, que não contribuem para a redução dos índices de violência.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Defensoria Pública. Audiência de custódia.

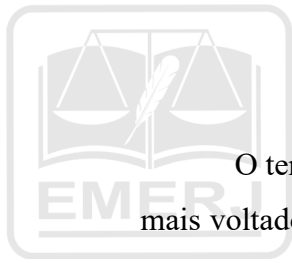
Sumário – Introdução. 1. Audiências de custódia e a concretização de direitos fundamentais internalizados por tratados internacionais. 2. Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nas audiências de custódia levando em consideração a estrutura do poder judiciário e do sistema carcerário. 3. Audiências de custódia como política de desencarceramento e seus reflexos na segurança pública do estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o instituto das audiências de custódia, especificamente no que tange a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Procura-se demonstrar a relação do instituto com as políticas de desencarceramento e seus reflexos positivos na segurança pública do estado.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias, legislativas, jurisprudenciais e análises científicas a respeito do tema de modo a conseguir discutir a importância da efetivação de direitos fundamentais que são internalizados por intermédio de tratados internacionais, que é o caso da audiência de custódia.

Tanto a legislação constitucional, quanto a infraconstitucional estabelecem diversas garantias e direitos de ordem processual penal, entretanto ainda carecem de efetivação. As audiências de custódia surgiram como uma ferramenta para se evitar arbitrariedades e ilegalidades praticadas pela autoridade policial.



O tema é controvertido, uma vez que parte dos operadores do direito, principalmente os mais voltados para uma cultura punitivista, criticam o instituto por entenderem que se trata de um enfraquecimento das medidas de coerção.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os fundamentos legais e sociais que justificam a necessidade de apresentação imediata do preso, para que a autoridade judicial analise se realmente é necessária a manutenção da prisão. Pretende-se ainda trazer análises qualitativas e quantitativas que sejam suficientes para afastar alegações contrárias ao instituto.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a relevância do instituto da audiência de custódia para a concretização de direitos fundamentais internalizados por tratados internacionais.

Segue-se destacando, no segundo capítulo, como é a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em busca da efetivação e aplicação do instituto, levando em consideração a estrutura do Poder Judiciário e do sistema carcerário.

O terceiro capítulo da pesquisa é voltado para análise da relação das audiências de custódia com a política de desencarceramento dos Estado do Rio de Janeiro, buscando compreender os reflexos na segurança pública estadual.

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.

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. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INTERNALIZADOS POR TRATADOS INTERNACIONAIS

Em que pese o Brasil seja signatário de pactos internacionais que garantam a efetivação de diversas garantias de ordem penal e processual penal, a inaplicabilidade de alguns institutos, como por exemplo a audiência de custódia, a duração razoável do processo, a humanização das penas, as condições mínimas para cumprimento de penas privativas de liberdade e etc, decorre de falta de regulamentação específica, ou simplesmente falta de vontade política para implantação.



É evidente que o respeito mínimo aos direitos do apenado não constitui prioridade de atuação das autoridades brasileiras, no que concerne especificamente na elaboração de ações positivas que busquem o respeito dos direitos positivados tanto na Carta Constitucional, quanto em Normas Internacionais recepcionadas pelo ordenamento jurídico.

Já em 1764, Cesare Baccaria¹, em sua obra *Dos delitos e das penas*, advertia em relação ao tratamento dado ao acusado, dizendo que: “a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.” O referido autor já destacava de maneira embrionária a efetivação do princípio da presunção de inocência, princípio esse que está devidamente alinhado ao instituto das audiências de custódia.

Desde muito, o Brasil tem aprovado diversos tratados internacionais em matérias distintas, dentre os quais se destaca o Pacto de São Jose da Costa Rica. O referido tratado trouxe algumas garantias de ordem processual penal, como por exemplo a proibição de prisão do depositário infiel. Dentre as garantias que foram internalizadas a que gerou maior controvérsia foi a chamada audiência de custódia, ou audiência de apresentação.

O artigo 7º, item 5 da Convenção Interamericana² sobre Direitos Humanos traz a seguinte redação:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Trata-se de uma garantia de que todo preso em flagrante tem de ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo máximo de 24 horas, para que seja avaliada a legalidade bem como a necessidade de manutenção ou não da prisão. No Brasil, segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça³, existe um déficit de quase 244 mil vagas no sistema penitenciário, contrapondo-se com os mais de 600.000 mil presos. Destes, quase 40% são presos provisórios.

¹BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69

²BRASIL, *Convenção Interamericana de Direito Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

³IDEM. *Conselho Nacional de Justiça: CNJ, CNJ, TJSP e Ministério da Justiça lançam Projeto Audiência de Custódia (2015)*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30506-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia> Acesso em: 04 set. 2017.



Como se não bastassem os comandos em tratados internacionais e a necessidade de reforço do compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos, os dados apresentados pelo CNJ ratificam a importância da realização das audiências de custódia. Trata-se de um mecanismo de combate à superlotação carcerária, uma vez que possibilita à autoridade judiciária a apreciação de pronto da ocorrência ou não de ilegalidade na condução da prisão por parte da autoridade policial.

Nas lições do professor Gustavo Badaró⁴, “a Constituição de 1988 assegura uma série de garantias em relação à prisão cautelar, visando conter abusos e estabelecer um conjunto de meios protetivos para evitar que tal prisão possa implicar qualquer outra restrição além daquelas estritamente previstas na lei”. A CRFB/88⁵, em seu artigo 5º, prevê diversas garantias de ordem processual penal, especificamente no que tange ao momento e procedimentos da prisão, vejamos:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem estrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Observa-se que o texto constitucional, não prevê expressamente, que o preso terá que ser apresentado a uma autoridade judiciária, contudo, há previsão no referido tratado internacional, devidamente promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 678/92⁶. Apesar de sua promulgação ter sido no ano de 1992, o instituto só foi regulamentado recentemente, sendo que em alguns estados, o procedimento ainda funciona de maneira embrionária ou não funciona, Tal situação ocorre por força de algumas vertentes do direito que sustentam a

⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany, *Parecer ao Instituto de Defesa do direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*, 2014, p.02

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁶Idem. *Decreto nº 678*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

inconstitucionalidade e ilegalidade do instituto, ventilando uma incompatibilidade com o ordenamento jurídico nacional.

No Brasil adota-se a teoria dualista, para tal teoria o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas independentes, sendo assim, a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com norma internacional. Ademais, o artigo 5º, §2º da CRFB/88⁷ adotou o sistema da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, para que isso ocorra tais tratados terão que ser aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional:

Art. 5º 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: § 2º 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.

Portanto, para a ratificação, no sistema brasileiro, é necessário submeter o tratado à apreciação do Poder Legislativo, esse ato dá a conotação de soberania popular, fortificando a legitimidade do instituto que tem se mostrado importante tanto para efetivação de direitos fundamentais, quanto para melhoria das políticas de desencarceramento, refletindo de maneira positiva no sistema prisional brasileiro.

2. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E DO SISTEMA CARCERÁRIO.

Conforme determina a Lei Complementar nº 80/94⁸, a Defensoria Pública é uma instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, cuja função principal é oferecer de forma integral e gratuita assistência e orientação jurídica, especialmente aos cidadãos que são caracterizados pela hipossuficiência financeira. Nesse contexto a

⁷IDEM. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017

⁸IDEM. *Lei Complementar nº 80/1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp80.html>. Acesso em: 02 mar. 2018.



instituição buscou, desde a internalização do instituto das audiências, lutar pela sua máxima efetividade.

Assistência jurídica gratuita aos vulneráveis é um direito e garantia fundamental, com previsão no artigo 5º, LXXIV da CRFB/88⁹, que traz a seguinte redação: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

Ensinam os Professores e Defensores Públicos Diogo Esteves e Franklyn Roger¹⁰ que “para garantir que esse direito fosse efetivamente concretizado na prática, a Constituição Federal formalizou expressamente a previsão da Defensoria Pública como instituição permanente e a incumbiu, fundamentalmente, de prestar a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.”

A Defensoria Pública possui natureza jurídica de Instituição Constitucional ou Instituição Primária do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Destaca-se, entre outros, a busca pela inclusão jurídica das parcelas culturalmente marginalizadas pela sociedade, sendo uma de suas funções institucionais, conforme determina o artigo 4º, III da LC nº 80/1994: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.”

Na prática, é possível destacar diversas atuações da Instituição de Defesa, como em recentes casos divulgados pela própria instituição. Já em novembro de 2016, a Defensoria Pública havia assinado um documento redigido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e pela Rede de Justiça Criminal que manifestava apoio a aprovação do projeto de lei 554/2011 que buscava a regulamentação das audiências de custódia em todo o país¹¹, no referido texto buscava-se alertar a respeito das falhas nas políticas de encarceramento vigentes, que penalizavam de maneira desproporcional certas camadas sociais, como por exemplo negros, pessoas com baixa renda e sem formação escolar, ainda se alertava sobre a necessidade de cumprir a determinação da Convenção Americana de Direitos Humanos, já internalizada desde 1992.

⁹IDEM. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>> Acesso em: 05 mar. 2018.

¹⁰ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro. Forense, 2017, p.271.

¹¹DPERJ. *Defensoria assina documento a ser entregue no Senado*. Disponível em: <<http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3402-Defensoria-assina-documento-a-ser-entregue-no-Senado.html>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

O Supremo Tribunal Federal em recente julgamento histórico¹², cujo Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, acolheu o pedido no Habeas Corpus Coletivo impetrado em favor de todas as presas provisórias do país que sejam gestantes ou mães de crianças e deficientes sob a sua guarda. Na referida decisão, a corte garantiu a conversão de prisão provisória em domiciliar.

Não satisfeita em patrocinar diretamente o Habeas Corpus perante o STF, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro buscou medidas para efetivar a decisão. Nesse contexto, atuou em prol de uma assistida, mãe de três filhos, que foi levada ao Núcleo de audiências de Custódia de Benfica, e teve sua prisão em flagrante convertida imediatamente em prisão domiciliar¹³.

O sistema carcerário não possui condições mínimas para garantir uma gestação segura às mulheres que estão privadas de liberdade, tão pouco possui infraestrutura para garantir os cuidados que são necessários no período posterior a realização do parto. Assim a atuação institucional, também tem garantido a aplicação dos direitos e garantias fundamentais das mulheres.

No Estado do Rio de Janeiro, as audiências de custódia começaram a ser realizadas a partir do dia 18 de setembro de 2015. Segundo dados estatísticos apresentados em 2016 no site da DPERJ¹⁴, em um ano de atuação 5.302 presos foram representados nas audiências de custódia. Esse número representa 93,6% de todos os detidos que foram submetidos a medida, o que ratifica a importância da atuação da Defensoria Pública, tendo em vista seu percentual de participação nas audiências.

Importante destacar que antes das audiências serem efetivamente implantadas, um preso em flagrante demorava de 3 a 4 meses, privado de liberdade, antes de ter contato com um juiz em audiência, contrariando expressamente a previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com o advento das audiências, iniciou-se uma série de questionamentos a respeito dos reflexos que poderiam surgir em questões como aumento da criminalidade e reincidência daqueles que foram liberados após a apresentação imediata a autoridade judiciária, entretanto

¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

¹³DPERJ. *Audiência de Custódia garante prisão domiciliar para mãe de bebê*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5613-Audiencia-de-custodia-garante-prisao-domiciliar-para-mae-de-bebe.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018

¹⁴IDEM. *Audiência de custódia evitou a prisão de duas pessoas por dia*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3281-Audiencia-de-custodia-evitou-a-prisao-de-duas-pessoas-por-dia.html>> Acesso em: 05 mar. 2018.



segundo dados apresentados pela própria Defensoria Pública,¹⁵ apenas 2,8% voltaram a ser apreendidos após o cometimento de novos delitos, o que reforça e fundamenta a efetividade das audiências como mecanismo de aprimoramento das políticas de segurança pública.

A concretização da audiência de custódia no Brasil representa um grande avanço em relação a defesa de direitos humanos, no entanto o país ainda apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, cenário que pode piorar, tendo em vista o clamor por medidas de encarceramento que têm sido atendidas pelos poderes constituídos, como por exemplo a posição do STF em relação dispensa do trânsito em julgado para início de execução da pena restritiva de liberdade. É importante garantir a aplicação dos direitos que já foram conquistados, combatendo de maneira efetiva o retrocesso na aplicação de medidas restritivas de direitos e liberdade.

3. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA COMO POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO E SEUS REFLEXOS NA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO.

O atual cenário na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro traz consigo grandes reflexos que influenciam diretamente na tomada de decisões a respeito da implementação ou não de políticas de desencarceramento. Muito se questiona a respeito das consequências práticas da liberação de presos em flagrante, após a audiência de apresentação. Parte da academia jurídica, baseada em conceitos mais tradicionais, defende um discurso no sentido de que a efetivação do instituto fomenta a impunidade do agente que está em conflito com o ordenamento jurídico, justificando o endurecimento das medidas penalmente mais severas, especialmente no que tange ao encarceramento em massa. Por outro lado, como já demonstrado no presente estudo, entende-se que os reflexos são positivos, na medida em que os índices de reincidência são baixos, evitando prisões desnecessárias, que não contribuem em nada para a redução das estatísticas de violência.

Importante destacar que um dos desdobramentos do Princípio da Ampla Defesa é o direito de audiência. O Professor Renato Brasileiro¹⁶ afirma de modo geral que é “o direito que o acusado tem de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente. Esse direito se materializa através do interrogatório, já que este é o momento processual adequado”.

¹⁵IDEM. *Audiência de custódia evitou prisões sem aumentar a reincidência*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3279-Audiencia-de-custodia-evitou-prisoos-sem-aumentar-a-reincidencia.html> > Acesso em: 05 mar. 2018.

¹⁶BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. Salvador, Juspodvm.2017, p. 60.



Partindo dessa concepção verifica-se que, antes de ser uma política pública, a audiência de custódia é um direito fundamental da pessoa.

Em maio de 2017, durante uma reunião das Nações Unidas, a República Federativa do Brasil se comprometeu a reduzir em 10% a população carcerária do país até o ano de 2019.¹⁷ No documento apresentado pelo então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, surgiram algumas medidas que deveriam auxiliar no cumprimento da meta estabelecida, tais como penas alternativas, implementação de estudo e trabalho de maneira mais efetiva, informatização de sistemas e principalmente propagação e investimento em estrutura para realização das audiências de custódia.

Também é possível destacar que a lei 12.106 de 2 de dezembro de 2009¹⁸ criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, que é órgão do Conselho Nacional de Justiça que tem, entre outras atribuições, a de acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas, também deve propor ao CNJ a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre o sistema carcerário e de execução de medidas socioeducativas. Segundo dados apresentados pelo órgão¹⁹, o sistema carcerário brasileiro é o quarto maior do mundo, possuindo 607.731 presos, sendo que 250.213 são presos provisórios, sendo certo que as audiências de custódia devidamente aparelhadas poderiam reduzir significativamente esses números.

Outro dado alarmante, também apresentado no referido relatório, demonstra em que pese o Brasil possuir mais de 600 mil presos, o sistema penitenciário apresenta somente 376.669 vagas. A taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais é de 161%. Verifica-se que o encarceramento em massa é uma realidade, devidamente comprovada através de documentos apresentados pelo próprio Poder Judiciário.

No Brasil, o principal diploma legal, que regulamenta o cumprimento das penas é Lei de Execuções Penais, que em seu artigo 88²⁰ determina a seguinte regra: “ O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.”

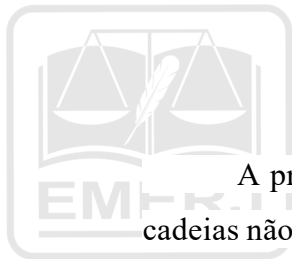
¹⁷JUSTIFICANDO. *As audiências de custódia e o encarceramento o em massa*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/19/as-audiencias-de-custodia-e-o-encarceramento-em-massa.html>>

Acesso em: 17 mar. 2018

¹⁸BRASIL. *Lei nº 12.106 de 2009*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12106.html > Acesso em: 18 mar. 2018.

¹⁹CNJ. *Relatório de Gestão*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcb8d4c3864c82e2.pdf> > Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁰BRASIL. *Lei nº 7.210 de 1984*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.html > Acesso em: 18 mar. 2018.



A previsão legal está drasticamente longe da realidade apresentada, uma vez que as cadeias não apresentam sequer condições mínimas de salubridade e dignidade. Vale ressaltar que de acordo com a LEP, os alojamentos coletivos deveriam se destinar apenas aos presos em regime semiaberto.

As regras de Mandela²¹, que estabelecem as condições mínimas de tratamento destinado aos presos de acordo com os padrões da ONU, também traz algumas diretrizes. No item 1 da Regra 12 existem recomendações no sentido de que as celas destinadas ao repouso noturno não devem ser ocupadas por mais de um preso, sendo aceitado de maneira excepcional a colocação de 2 presos em caso de extrema necessidade.

Resta evidenciado que as unidades prisionais possuem distribuição espacial inadequada, colocando em risco diário, não apenas os presos, mas também todos os agentes que trabalham diretamente e indiretamente nos presídios. Sendo assim, podemos perceber a importância de aplicação de medidas efetivas de desencarceramento, dentre as quais destacamos as audiências de custódia.

É necessário reconhecer que a atual realidade dos presídios não apresenta elementos mínimos capazes de contribuir com a ressocialização do preso, que é uma das vertentes da pena. Podemos observar que o cenário é de simples retribuição e punição pelo cometimento de crimes. Partindo desse raciocínio, é essencial que se evitem encarceramentos desnecessários, principalmente aqueles relacionados a delitos de menor potencial ofensivo, pelo simples fato de que em um certo momento, inevitavelmente o agente será reinserido no convívio social; o preso por crimes menores, após o período de cumprimento da pena retorna devidamente “ensinado” e condicionado a cometer crimes mais graves, repercutindo diretamente na segurança pública do Estado.

A situação do sistema penitenciário chegou a nível tão alarmante que foi necessária intervenção por parte do poder judiciário nas políticas administrativas, na recente ADPF 347²², onde se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional. Não defendemos no presente trabalho a violação do Princípio da Separação dos Poderes, tão pouco o crescente ativismo judicial, porém os dados alarmantes não deixaram outra alternativa.

²¹REGRAS DE MANDELA. *Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento dos Presos*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/9ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018

²²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 18 mar. 2018.



Nas lições do Professor e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Duque Estrada Roig²³, “verificam-se notórias condições de encarceramento no Brasil, não há alternativa senão a de reconhecer que o quadro de superlotação em nosso país também possui natureza estrutural e sistêmica.” Tais condições, refletem diretamente na segurança pública do Estado, que segue investindo de maneira equivocada em políticas que não acrescentam segurança à população de modo geral.

CONCLUSÃO

Após a pesquisa realizada, podemos concluir que os Tratados Internacionais internalizados pelo Brasil carecem de efetivação. O instituto das audiências de custódia precisa de incentivo por parte dos poderes constituídos, através de políticas públicas que sejam aliadas as normas internacionais e nacionais.

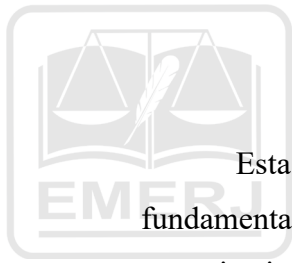
A Defensoria Pública, mais especificamente a do Estado do Rio de Janeiro, objeto do presente estudo, tem trabalhado na vanguarda das audiências de apresentação. Primeiramente buscou o respeito ao Pacto de São José da Costa Rica, que por mais de uma década foi negligenciado no tocante a implementação do instituto. Agora o que se busca é a propagação das audiências, em especial no que se refere a interiorização.

Pode-se verificar também que Defensoria Pública tem buscado difundir o acesso à informação, que também faz partes de suas funções institucionais, visando a desconstrução de conceitos jurídicos tradicionais e punitivistas, apresentando dados estatísticos que reforçam os reflexos positivos do referido direito, buscando que a sociedade de modo geral tenha acesso a informações concretas e fundamentadas.

É importante salientar que a realidade atual do sistema carcerário brasileiro não se compatibiliza com o caráter humanitário da pena, que é fundamental para a pacificação social, uma vez que a violação de direitos humanos se tornou sistemática. O crescente ativismo judicial vem mitigando o Princípio da Separação do Poderes.

A adoção de medidas alternativas a pena privativa de liberdade é urgente. Ademais tratam-se de direitos fundamentais, baseado na Constituição Federal, que podem ser instrumentalizados de maneira mais célere por intermédio das audiências de custódia, sendo certo que tal instrumentalização é necessária e compatível com o estado democrático de direito.

²³DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 582.



Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação da Defensoria Pública é fundamental para que o acesso à justiça seja garantido a todos, devendo sempre ser assegurado que a instituição esteja bem aparelhada e independente em sua atuação institucional. Devendo ser combatida toda a qualquer interferência externa por parte dos Poderes do Estado, em especial o poder executivo, que ainda, por muitas vezes, não respeita a autonomia da instituição de defesa.

A Defensoria Pública é fundamental para a construção de uma sociedade mais igualitária. Sua atuação é direcionada principalmente para os hipossuficientes, financeiros e jurídicos, que constituem a maioria das pessoas que são submetidas ao sistema prisional, tais pessoas, muitas das vezes são submetidas a tratamentos discriminatórios.

Por efeito conclusivo, faz-se necessário romper com paradigmas ultrapassados, desatualizados e sem fundamento científico, que defendem que o encarceramento em massa é a medida mais efetiva para reduzir os índices de violência urbana. É preciso ter em mente que a pena vai muito além do caráter retributivo, o mais aclamado pela população em geral. É necessário assegurar que a pena apresente seu viés ressocializador, devendo além disso, ser aplicada somente quando necessária, motivo pelo qual a audiência de custódia é importante para evitar prisões arbitrárias e desnecessárias.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Parecer ao Instituto de Defesa do direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*, Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17509&revista_caderno=22 > Acesso em: 04 set. 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Conselho Nacional de Justiça: CNJ, TJSP e Ministério da Justiça lançam Projeto Audiência de Custódia* (2015). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30506-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam-projeto-audiencia-de-custodia>> Acesso em: 04 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Decreto nº 678*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Lei Complementar nº 80/1994*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.html. > Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. *Lei nº 7.210 de 1984*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.html. > Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.106 de 2009*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12106.html > Acesso em: 18 mar. 2018.

DPERJ. *Defensoria assina documento a ser entregue no Senado*. Disponível em: <<http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3402-Defensoria-assina-documento-a-ser-entregue-no-Senado.html>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. *Audiência de Custódia garante prisão domiciliar para mãe de bebê*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5613-Audiencia-de-custodia-garante-prisao-domiciliar-para-mae-de-bebe.html>>. Acesso em: 03 mar. 2018

_____. *Audiência de custódia evitou a prisão de duas pessoas por dia*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3281-Audiencia-de-custodia-evitou-a-prisao-de-duas-pessoas-por-dia.html>> Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. *Audiência de custódia evitou prisões sem aumentar a reincidência*. Disponível em: < <http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3279-Audiencia-de-custodia-evitou-prisoes-sem-aumentar-a-reincidencia.html>> Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. Salvador. Juspodvm, 2017, p. 60.

CNJ. *Relatório de Gestão*. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Execução Penal Teoria Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro. Forense, 2017.



JUSTIFICANDO. *As audiências de custódia e o encarceramento o em massa*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/19/as-audiencias-de-custodia-e-o-encarceramento-em-massa.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018

REGRAS DE MANDELA. *Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento dos Presos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/9ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018

A NECESSIDADE DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO DECORRENTE DO DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Flavio Arthur Souza da Costa

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado. Empregado Público Federal vinculado à Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

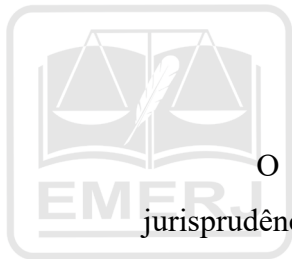
Resumo – embora não seja tão recente no direito brasileiro, o instituto do dano moral vem apresentando uma série de transformações ao longo das últimas três décadas, principalmente em decorrência da promulgação da CRFB/1988. A adaptação dessa espécie de dano às normas e princípios já existentes, no direito brasileiro, para responsabilidade civil por danos materiais, notadamente o princípio da reparação integral dos danos, não é tarefa simples, face aos diversos pontos de confronto entre eles. Assim, a adaptação não precisa ter causado uma série de efeitos nocivos à atividade jurisdicional brasileira, cuja denominada indústria do dano moral é exemplo. O cerne do trabalho é abordar a possibilidade de arbitramento de indenização não pecuniária para os casos de dano moral, visando melhor adaptar o instituto aos princípios e regras existentes para a responsabilidade civil. Em consequência, contribuir para a diminuição dos efeitos nocivos à atividade jurisdicional brasileira.

Palavras-chave – Direito Civil. Dano Moral. Reparação Integral dos Danos.

Sumário – Introdução. 1. A caracterização do dano moral como lesão a direito da personalidade. 2. O instituto da responsabilidade civil decorrente de dano extrapatrimonial e a inaplicabilidade unicamente do arbitramento monetário. 3. Críticas ao sistema de arbitramento extrapatrimonial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a necessidade de despatrimonialização do ressarcimento decorrente de dano moral à luz do princípio da reparação integral dos danos, dentro do contexto da sua extrapatrimonialidade. Visa-se demonstrar que a reparação, por arbitramento de valores pecuniários, para os danos decorrentes de lesão à moral não atende, em parte dos casos levados ao judiciário, ao princípio da reparação integral dos danos, bem como, contribui, juntamente com outros fatores, para a denominada indústria do dano moral.



O tema é controverso e muito pouco abordado especificamente, pela doutrina e jurisprudência brasileira tendo em vista o aumento substancial das demandas judiciais decorrente, principalmente, das ondas renovatórias de acesso à justiça.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar como a doutrina contemporânea conceitua o dano moral, bem como quando há sua caracterização nos casos concretos. Pretende-se, além disso, demonstrar como o arbitramento de valores pecuniários para o ressarcimento dos danos decorrentes de lesão à moral não atende, em todos os casos, ao princípio da reparação integral dos danos, face o caráter extrapatrimonial do direito à moral. Ademais, visa-se demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro já possui mecanismos que se aplicados por analogia podem atender adequadamente o princípio da reparação integral dos danos.

Inicia-se o primeiro capítulo visando conceituar e caracterizar o dano moral, segundo a doutrina contemporânea. Além disso, comparar tal conceito com o aplicado ordinariamente pela jurisprudência brasileira.

Em seguida, no segundo capítulo, busca-se adequar as conclusões extraídas do primeiro capítulo ao instituto da responsabilidade civil, que possui princípios e conceitos próprios, com maior foco na reparação integral dos danos, com o fito de demonstrar a inaplicabilidade do critério de arbitramento pecuniário para todos os casos de ressarcimento por lesão à moral, porque assim é como ordinariamente a jurisprudência brasileira julga demandas nesses casos.

O terceiro e último capítulo visa a apontar e a afastar as três críticas mais comuns ao sistema de arbitramento extrapatrimonial proposto.

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 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 CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COMO LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE

O primeiro ponto a ser enfrentado é como a lei, doutrina e jurisprudência caracterizam o dano moral, em face da falta de critérios objetivos.

A CRFB/88 limitou-se a prever no seu artigo 5º, incisos V e X, o direito a indenização por danos morais sem conceituar o dano moral. O Código Civil de 2002, na mesma linha da previsão constitucional, prevê nos seus artigos 186 e 927, a possibilidade de reparação em decorrência de dano moral sem também entrar na seara de qual seria sua definição.

Desde antes da vigência da CRFB/88, conceitos para todos os lados não faltaram. Contudo, o adotado pelos tribunais superiores foi a caracterização do dano moral como dor, vexame, sofrimento, humilhação, desconforto. Em suma, dano moral vinculado a sentimentos que mais tem relação com as consequências do que com as causas do dano.

Essa definição, substancialmente subjetiva, gerava muita grande insegurança jurídica, pois, o que para uns poderia ser considerado humilhação, para outros era uma situação indiferente.

Um grande exemplo pode ser observado na paradigmática decisão proferida pelo TJ-RJ, em 29/09/1999, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, que indeferiu o pedido de danos morais feito por famosa atriz, em face de determinada revista, que utilizara indevidamente sua imagem, nos seguintes termos ¹:

o dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame humilhação, sofrimento.

Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsciente da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação.

Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsciente da sua imagem.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator desembargador Wilson Marques, julgado em 29.09.1999 e publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 41, p. 184-187. O relator aduz: “Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia da feiúra. [...] O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (rectius: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza. À conta desses fundamentos, o Grupo dá parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração pelo uso da imagem da embargada a R\$ 50.000,00 e para excluir do universo das parcelas indenizatórias a relativa à indenização de dano moral.”



Só mulher feia que pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas.

As bonitas, não.

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido.

Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.

Após a promulgação da CRFB/1988, a dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, foi deslocada para fundamento da República Federativa do Brasil. Isso, somado ao fenômeno do neoconstitucionalismo, tornou a CRFB/1988 o filtro axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A consequência foi a reinterpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro tendo como base na dignidade da pessoa humana. Esse fenômeno, evidentemente, refletiu no Direito Civil, dando origem ao que se chama de Constitucionalização do Direito Civil.

Assim, houve uma ampliação dos interesses mercedores de tutela jurídica, interesses esses vinculados ao princípio da dignidade humana, imateriais, existenciais e inatos.

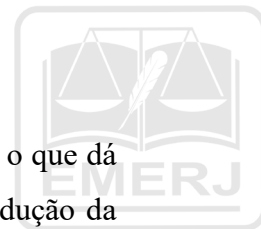
Nas palavras do professor Anderson Schreiber ²:

o fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses mercedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada sua ressarcibilidade.

Logo, o conceito contemporâneo de dano moral passou a ser lesão a direito existencial, imaterial ou inato do ser humano, em substituição ao conceito subjetivo.

Parte desses direitos foram tipificados no Código Civil de 2002, recebendo a nomenclatura de direitos da personalidade, como a honra, o corpo, a imagem, o nome. Vale ressaltar que isso não excluiu, diante do dinamismo da vida moderna, a possibilidade de reconhecimento de novas espécies de danos, derivados diretamente do princípio da dignidade humana. Essa distinção, entre direitos tipificados e não tipificados, criou uma classificação em dano moral em sentido amplo e dano moral em sentido estrito.

² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.



O dano moral em sentido amplo é a violação aos direitos da personalidade, o que dá azo ao reconhecimento de novos danos existenciais como dano sexual, dano por redução da capacidade laboral genética, dano por férias frustradas, dentre outros.

Por sua vez, em sentido estrito, o dano moral é violação à própria dignidade.

O importante nesta definição de dano moral é observar que ele está desvinculado de qualquer sentimento da vítima, sendo este, consequência.

Nas palavras do professor Sergio Cavalieri Filho ³.

nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa a dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.

Não são diferentes as considerações do professor Anderson Schreiber ⁴: “[...] por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”.

Atualmente, mesmo com a definição do conceito de dano moral como lesão a direito da personalidade, em face dos diversos aspectos de realização da dignidade da pessoa humana, que gera o reconhecimento de novas espécies de direitos da personalidade, e do dinamismo das relações sociais, o poder judiciário se depara com uma imensa dificuldade em determinar quando este está, ou não, configurado o dano ressarcível.

Não raro, encontra-se na jurisprudência, a menção a lesão a novos direitos existenciais somente com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, puro e simples, sem qualquer comprovação da efetiva tutela jurídica desse dano, tampouco prova do efetivo dano sofrido.

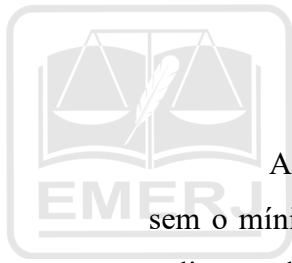
Visando a solucionar tal problema, o professor Anderson Schreiber defende a investigação do objeto lesado e o interesse efetivamente violado para a caracterização do dano moral ressarcível ⁵.

[...] a definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor -, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 109.

⁵ Ibidem.



A ideia do professor Schreiber é desestimular a criação de novos danos ressarcíveis sem o mínimo de base jurídica, resultando em uma verdadeira indústria do dano moral, por aplicação do instituto de maneira não técnica.

O professor faz uma construção, tendo como base a ponderação de direitos, para a definição de um método de caracterização do dano moral, dividindo o método em etapas. Somente após a verificação de todas as etapas e, constatada primazia pelo interesse lesado, estará caracterizado o dano moral.

Na primeira etapa, observa-se se há norma, em exame abstrato, que tutele o interesse lesado. Na segunda etapa, o intérprete deve perquirir se há norma jurídica em abstrato que tutele o interesse lesivo. Na terceira etapa, observa-se no ordenamento jurídico se há regra expressa de prevalência entre os interesses conflitantes. E, na quarta etapa, o intérprete, por meio da ponderação, deve aferir se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado.

Concluindo, atualmente a caracterização do dano moral é com a lesão a direito da personalidade, direito corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que está no centro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fundamento o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito civil.

Entretanto, isso não é suficiente, para que se possa avaliar o dever de indenizar, deve o intérprete fazer uma análise dos interesses, ou direitos envolvidos, à luz do ordenamento jurídico e do princípio da ponderação, por meio de etapas, para buscar o direito merecedor de tutela no caso concreto.

2. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A INAPLICABILIDADE UNICAMENTE DO ARBITRAMENTO MONETÁRIO

Definido o conceito contemporâneo de dano moral e visto os casos em que há ressarcibilidade, cumpre harmonizá-los ao instituto da responsabilidade civil previsto no direito brasileiro.

Hoje não restam dúvidas que o dano moral deve ser ressarcido, conforme leitura dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002 ⁶.

⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 mar. 2018.



Art. 186 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O cerne da questão não é a possibilidade de ressarcimento do dano moral e sim a forma como esse ressarcimento é feito.

O Código Civil de 2002 deixou clara a adoção do princípio da restituição integral dos danos, nos casos de indenização, observe o artigo 944: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Restituir integralmente o dano, por meio da indenização, é devolver ao objeto da lesão o estado que ele estava antes de configurado o dano, ou seja, seu status quo ante bellum.

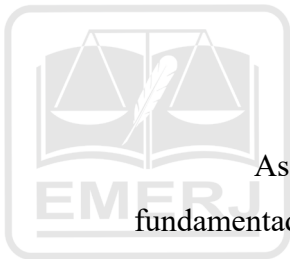
Para se chegar a exata valoração do que seria o status quo ante bellum, existem diversos critérios que variam de acordo com o tipo de dano configurado.

Nos casos de danos materiais, aplica-se a teoria da diferença. Nesta, observa-se o valor do patrimônio do lesado antes e após o advento do dano. A indenização deve corresponder a exata diferença do patrimônio, observado os dois momentos. Este é um critério eminentemente matemático e atende perfeitamente o desiderato de restituir integralmente o dano, pois dano material é lesão a patrimônio aferível monetariamente.

Para os danos morais, a teoria da diferença não consegue atender satisfatoriamente, pois, como já conceituado no capítulo anterior, dano moral, no conceito contemporâneo, é lesão a direito da personalidade, direitos inatos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, logo insuscetíveis de apuração monetária. Não há um preço para dignidade, para honra, para dignidade sexual, para privacidade.

Vale ressaltar que o aspecto patrimonial dos direitos da personalidade não se confunde com seu aspecto substancial. Muitos direitos da personalidade apresentam um aspecto patrimonial que pode ser aferido monetariamente. Por exemplo, a imagem de uma pessoa notória, evidentemente, tem um aspecto monetário que pode ser aferido pela teoria da diferença, tanto o é, que existem, por exemplo, os contratos desportivos de direitos de imagem. Nesses casos, havendo lesão, configura-se dano material e não moral.

Situação completamente diferente ocorre quando há uma lesão à privacidade de uma pessoa, mesmo que notória. Nesses casos, não há aspecto monetário que possa subsidiar a aplicação da teoria da diferença.



Assim, para esses casos, há a teoria do arbitramento. Nesta, atualmente, o judiciário, fundamentadamente, arbitra um valor monetário que entenda razoável e proporcional para restituir integralmente o dano.

Contudo, observe a incoerência desta prática. O judiciário, visando a restituir integralmente o dano a um direito inato, personalíssimo, extrapatrimonial, arbitra um valor monetário como indenização. Em outras palavras, os direitos da personalidade, como consectários do princípio da dignidade humana, foram reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro dentro de uma perspectiva de extrapatrimonialidade do direito civil, mas quando ocorre um dano a esse direito extrapatrimonial sua restituição integral é arbitrada em pecúnia.

Conclui-se que o arbitramento de valores monetários não leva a restituição integral alguma, pois o próprio aspecto do direito lesado é desvinculado de qualquer avaliação monetária.

Os efeitos dessa prática no dia a dia forense são diversos. Em primeiro lugar, subverte-se o instituto da responsabilidade civil, pois não há restituição integral alguma, não há retorno ao status quo ante bellum, em face da incompatibilidade entre o aspecto substancial dos direitos da personalidade e o arbitramento de valores monetários. Em segundo lugar, na ocorrência de dano moral, a responsabilidade civil torna-se para o jurisdicionado uma ferramenta de punição para o causador do dano, ou ferramenta para enriquecimento ilícito, e não de restituição do direito lesado. Em terceiro lugar, contribui para a enxurrada de demandas frívolas que assolam o judiciário brasileiro, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, cujo o único objetivo do jurisdicionado é buscar valores monetários sem dano que lhe dê substrato.

Logo, há a necessidade de despatrimonialização do ressarcimento do dano moral à luz do princípio da reparação integral dos danos, por meio do arbitramento de obrigações de fazer, por exemplo, que mais se coadunam com a estrutura do aspecto substancial dos direitos da personalidade do que a restituição por valores monetários.

A análise minuciosa do instituto da responsabilidade civil por danos morais confirmam essa tese.

Os direitos da personalidade, como já mencionado, não são aferíveis em pecúnia, monetariamente, são direitos inatos, vinculados a dignidade da pessoa humana. A forma de ressarcimento de danos causados a esse tipo de direito também deve ser desvinculado, diretamente, de valores monetários, para que possamos visualizar a restituição integral dos danos.



Por exemplo, para uma lesão à honra subjetiva de uma pessoa, ou seja, lesão ao juízo de valor que essa determinada pessoa tem de si na sociedade, pelos critérios tradicionais aplicados hodiernamente pelo judiciário, seria indenizada por arbitramento de uma quantia monetária. Essa indenização não tem aptidão para restituir integralmente a honra subjetiva lesada, pois juízo de valor subjetivo não tem relação alguma com valores monetários. Entretanto, o arbitramento de uma obrigação de fazer, consubstanciada em publicação em jornal de grande circulação, de pedido de retratação, tem maior aptidão de restituir integralmente o lesado do que qualquer valor monetário. Isso, sem perder de vista que se o ato lesivo gerou dano ao aspecto patrimonial da honra subjetiva, este deve ser indenizado a título de danos materiais, não morais.

Nesse sentido, nas palavras do professor Anderson Schreiber ⁷: “as formas não patrimoniais de compensação, longe de atenderem uma preocupação exclusivamente econômica vinculada ao custo das reparações, satisfazem na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima”

As vantagens desse arbitramento são inúmeras. Primeiro, haveria a aplicação técnica do instituto da responsabilidade civil por danos morais, nos exatos termos previstos no Código Civil de 2002, gerando segurança jurídica para os jurisdicionados. Em segundo lugar, haveria o desestímulo ao ajuizamento de demandas aventureiras, onde a principal intenção não é reparação de danos e sim enriquecimento ilícito derivado do arbitramento de valores monetários. Em terceiro lugar, como consequência do anterior, haveria a diminuição de demandas no judiciário, impactando diretamente na qualidade da análise jurisdicional.

Não obstante as vantagens do sistema aqui proposto, ele não está alheio a críticas. Assim, passaremos a análise de possíveis críticas a serem feitas ao sistema com o intuito de afastá-las.

3. CRÍTICAS AO SISTEMA DE ARBITRAMENTO EXTRAPATRIMONIAL

Durante as pesquisas para a elaboração deste artigo surgiram algumas críticas a viabilidade do uso do sistema de arbitramento extrapatrimonial de forma hodierna na prática forense.

A primeira delas é a falta de previsão legal para que o juiz arbitre obrigações de fazer nas ações de indenização para reparação por danos morais. Contudo, essa crítica não é

⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 197.



procedente, pois em nenhum momento a lei determina que a indenização deve ser arbitrado em pecúnia. A única exigência é que haja a reparação do dano. Observe o que diz os artigos 927 e 944 do Código Civil de 2002.⁸

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

...

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

A lei em nenhum momento menciona que a indenização deve ser arbitrada em pecúnia. Ao contrário, se o artigo 944 prevê que a indenização mede-se pela extensão do dano, e a tutela específica adequada para tornar o direito lesado novamente indene é a obrigação de fazer, esta deve ser arbitrada. Caso contrário o magistrado estaria agindo contra a lei, pois estaria arbitrando a indenização em extensão inferior ao dano.

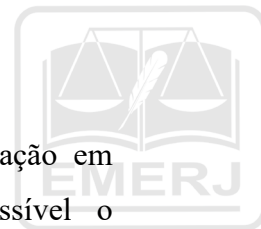
Inclusive, tal solução já foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em aresto cujo transcrevo passagem.⁹

a retratação pública, como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação, que, no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente aos anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação do pedido de desculpas pela falha no serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição da lide judicial. Consequentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer à parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado.

Assim, se devidamente pedido pelo lesado, não há impossibilidade legal para o arbitramento de solução extrapatrimonial para a indenização por dano moral.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2009.001.22993*, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-ampla.pdf> >. Acesso em: 06 mar. 2018.



Ademais, quando não há pedido específico de arbitramento de indenização em caráter extrapatrimonial, a moderna doutrina processualista, entende ser possível o arbitramento de pedido diverso, face ao princípio da tutela específica. Observe as palavras dos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, citados por Anderson Schreiber em sua obra ¹⁰:

no caso do dano não patrimonial, o ressarcimento na forma na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetarizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação. Na realidade, o direito à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário a regra de que, quando possível, a tutela deve ser prestada na forma específica. Isso porque o direito do credor à obtenção de uma utilidade específica sempre prevalece sobre a eventualidade da conversão do direito em um equivalente.

Outra crítica ao sistema é a impossibilidade de cumulação da indenização não patrimonial com o denominado preço do desestímulo. O preço do desestímulo, no direito brasileiro, deriva da doutrina americana do punitive damages. Sem aprofundar demais o tema e em palavras simples, consiste em arbitrar um valor adicional ao valor da indenização como forma de punir do ofensor.

Nas palavras do mestre Sérgio Cavalieri Filho, sobre este instituto no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive citando Caio Mário¹¹.

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). A lição do mestre Caio Mário, extraída de sua obra *Responsabilidade Civil*, p. 315-316, pode nos servir de norte nessa penosa tarefa de arbitrar o dano moral. Diz o preclaro Mestre: “Como tenho sustentado em minhas *Instituições de Direito Civil* (v. II, nº 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – punição do infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança” Recomenda, todavia, o Mestre, fazendo referência ao seu anteprojeto de obrigações, que esse arbitramento deve ser moderado e equitativo, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (o lucro capiando).

Não obstante as palavras do mestre e a ampla aceitação jurisprudencial desta teoria, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro deriva da tradição romano-germânica, ela é incompatível com o artigo 944 do Código Civil de 2002. Porque, no direito brasileiro, a

¹⁰ SCHREIBER apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 434.

¹¹ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 137.



indenização se mede pela extensão do dano. Ademais, a parte final das palavras do mestre demonstra o grande da aplicação do dano punitivo (punives damages) no ordenamento jurídico brasileiro, a falta de moderação e equidade. Fato é que na prática, o arbitramento do dano punitivo gera captação indevida de lucro.

Além disso, diante dessa clara previsão legal do artigo 944 do Código Civil, a teoria do punitive damages não encontra substrato legal no ordenamento jurídico brasileiro. O arbitramento de valores monetários como indenização em descompasso com a extensão do dano causado gera enriquecimento sem causa do lesado, o que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil de 2002.

Concluindo, essa crítica também não é procedente, pois o arbitramento do preço do desestímulo não encontra substrato no ordenamento jurídico brasileiro.

O professor Anderson Schreiber, ao abordar o tema, faz uma análise da possibilidade de compatibilização da teoria do punitive damages e o ordenamento jurídico brasileiro, sugerindo o deslocamento do preço do desestímulo para a esfera da sanção administrativa, veja as palavras do mestre ¹².

existem, claro, situações de “microlesões” provocadas por conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias “não justifica”, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor. Em tais hipóteses, seria mais difícil imaginar um aumento significativo dos montantes das indenizações compensatórias, mas ainda assim outros instrumentos mostram-se disponíveis sem a necessidade de reformas tão drásticas quanto aquelas que se fariam necessárias para o agasalhamento dos punitives damages no ordenamento brasileiro. Pode-se, por exemplo, estabelecer sanções administrativas, tais como multas e suspensões aplicadas por órgãos reguladores da atividade do ofensor (Banco Central, CVM etc.). O sistema de sanções administrativas possui, a um só tempo, a dupla vantagem de superar o problema do enriquecimento sem causa da vítima - já que o eventual ganho econômico é destinado ao poder público - , e desestimular, de forma muitas vezes mais eficiente, a conduta antijurídica, pelo próprio relacionamento jurídico-político existente entre os agentes lesivos e o órgão regulador de sua atividade.

Sem a pretensão de encerrar o tema, a última crítica a ser abordada é alegação de que o sistema de despatrimonialização contribuiria para o afastamento do lesado da tutela jurisdicional, na medida em que a diminuição natural do arbitramento da indenização pecuniária desestimularia o ajuizamento de ações.

Com todas as vênias aos entendimentos em contrário, a crítica levantada, na realidade, trata-se de virtude. Pois, a realidade hodierna do Poder Judiciário brasileiro, no que concerne às demandas de massa relacionadas a indenização por danos morais, demonstra que

¹² SCHREIBER, op.cit., p. 215.



há uma infinidade de ajuizamento de ações em que o único propósito é a captação de lucro, sem, em muitos casos, a devida ocorrência de dano moral indenizável.

Ademais, a prática jurisdicional de arbitramento de indenizações por danos morais em pecúnia, somada a outros fatores como não observância de efetiva ocorrência de dano moral indenizável, aplicação da teoria do punitive damages, a abordagem quase que mecânica dos tribunais na análise da ocorrência de dano moral indenizável, criaram a denominada indústria do dano moral, prática nociva ao sistema jurisdicional brasileiro.

Embora a aplicação do sistema de despatrimonialização contribua para o desestímulo de ajuizamento de ações, este se dará somente para das demandas consideradas frívolas, ou seja, onde o único fito é auferir lucro, não haverá impacto para demandas onde efetivamente haja dano moral indenizável.

Logo, também, não é procedente essa última crítica.

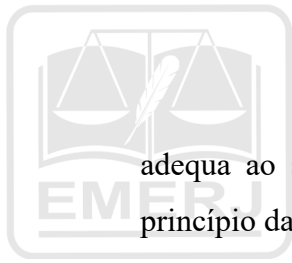
CONCLUSÃO

Pode-se concluir que diante da adaptação não técnica do dano moral ao instituto da responsabilidade civil, como previsto no ordenamento brasileiro, bem como a importação de institutos aplicados no direito estrangeiro, sem a devida exigência de conformação com as normas brasileiras, faz surgir a necessidade do arbitramento de indenizações não pecuniárias para os casos de ocorrência de dano moral indenizável, como uma das medidas a serem adotadas visando diminuir os efeitos nocivos criados na atividade jurisdicional brasileira, notadamente a denominada indústria do dano moral.

Observou-se que diante do conceito contemporâneo de dano moral como lesão a direito da personalidade, o arbitramento de indenização em pecúnia é incompatível com a própria substancia do direito envolvido, pois não há possibilidade de fixação de valor para um direito extrapatrimonial. Ademais, a técnica de arbitramento pecuniário contribui para o ajuizamento das denominadas demandas frívolas, onde o único objetivo do jurisdicionado é auferir lucro com a demanda e não restituir integralmente o dano sofrido.

Verificou-se, também, que o direito brasileiro abarca a possibilidade de arbitramento de indenizações não pecuniárias para os casos de dano moral, inclusive já existindo decisões jurisdicionais proferidas nesse sentido.

Por fim, analisou-se que as críticas três críticas mais comuns proferidas contra a viabilidade do uso de tal sistema não são procedentes, pois, ao contrário, este melhor se



adequa ao sistema de responsabilidade civil previsto no direito brasileiro, notadamente o princípio da restituição integral dos danos.

Por todos esses motivos, é necessária a despatrimonialização do ressarcimento decorrente do dano moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

O ABORTO AOS TRÊS MESES DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL MUDANÇA DE PERSPECTIVA QUANTO AO CRIME DE ABORTO APÓS O JULGAMENTO, PELO STF, DO HC n°124.306/RJ

Gabriela Farias Lacerda

Graduada pela Faculdade de Direito PUC-RIO. Advogada.

Resumo – O presente estudo se propõe a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, buscando identificar, a partir da análise jurisprudencial, os parâmetros da decisão e o que esse julgamento revela sobre o exercício da jurisdição constitucional pela Corte. Para tanto, empregar-se-á uma metodologia de abordagem indutiva, um método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa por documentação indireta. A pesquisa se desenvolve em três momentos partindo de (1) um exame detalhado do Habeas Corpus 124.306/RJ, nas perspectivas formal e (2) material da decisão, para (3) um estudo crítico sobre o exercício da jurisdição constitucional e sobre o que as decisões analisadas revelam em termos de comportamento dos ministros enquanto membros de uma Corte Constitucional. Dentre as principais conclusões da pesquisa, destaca-se o ativismo judicial no relacionado ao tema, o que implica em uma colisão com as demais competências constitucionais destinadas ao Poderes Legislativos e Executivo nesta matéria.

Palavras-chave – Aborto. Descriminalização. Crime Desproporcional. Direitos Fundamentais da Mulher.

Sumário – Introdução. 1. O aborto no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Aspectos do *Habeas Corpus* n°124.306/RJ: uma análise dos principais argumentos sustentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso. 3. Possíveis consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a temática do aborto e sua flexibilização pelo ordenamento jurídico, em especial pelo Superior Tribunal Federal nos últimos anos, voltando maior atenção para o recente julgamento do HC n°124306/RJ. Procura-se demonstrar que, apesar de penalmente prevista, a conduta em questão vem sendo gradativamente alterada sob uma nova perspectiva constitucional e humanitária.

A interrupção da gravidez constitui delito previsto no Código Penal desde a entrada em vigor deste diploma legal, tendo o Estado voltado sua tutela penal para tal crime sob o argumento da violação de um dos maiores bens jurídicos do ser humano: a vida. Ocorre que com o passar dos tempos e a consequente alteração da composição do STF, a interpretação quanto o alcance da punição estatal foi modificada, passando-se a flexibilizar cada vez mais a



necessidade de intervenção do Estado no tocante a conduta abortiva.

É certo que o aborto constitui prática corriqueira na sociedade brasileira, não sendo reduzida nem afastada perante a existência da previsão como crime. Em verdade, tal previsão penal leva muitas mulheres a procurarem clínicas abortivas clandestinas, colocando em risco sua própria vida. Diante dos efeitos danosos que a tipificação desta conduta traz à saúde, dignidade e vida de muitas mulheres o ordenamento jurídico, em especial o Poder Judiciário, como integrante do Estado, tem voltado maior atenção para a presente questão.

Nesse sentido, o capítulo inaugural do artigo apresenta uma pequena viagem histórica pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua postura diante do aborto, sendo apontados os argumentos e teses sustentadas como base para suas decisões.

No segundo capítulo, uma vez analisada a evolução histórica, busca-se estudar a pioneira decisão do STF no HC nº124.306/RJ, de modo a aferir a perspectiva dada, tanto ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, como também ao delito em si.

O terceiro e último capítulo da pesquisa, em consonância com os precedentes e julgamentos analisados nos capítulos anteriores, aponta para um possível prognóstico do delito de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se explicitar se a decisão proferida pelo STF no HC nº 124.306/RJ representa ou não um possível paradigma na jurisprudência pátria, bem como, quais serão os possíveis reflexos desta postura perante o Poder Judiciário Brasileiro.

O artigo é desenvolvido pela metodologia de análise de decisões. Para tanto, são utilizados como auxiliares do estudo a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Abortamento, de acordo com a doutrina clássica de Júlio Fabrini Mirabete¹ “é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”, em suma, consiste na interrupção dolosa da gravidez, com a morte efetiva do feto. Ao lado desta interpretação, entende-se que é com a fecundação que se inicia a gravidez, passando a partir de então a se desenvolver uma nova vida, merecedora de tutela de várias áreas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a tutela do Direito Penal².

¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.93

² MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte Especial-v.2*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89



Na realidade, o marco inicial da vida humana em uma gravidez não é exato e nem sempre foi o mesmo durante a evolução social da humanidade. Apesar do ponto inicial utilizado como parâmetro jurídico penal ser a fecundação, deve-se ressaltar que tal matéria é objeto de muitas controvérsias por envolver aspectos religiosos, filosóficos, biológicos, políticos e outros.

No Brasil, o aborto constitui conduta ilícita desde o Código Criminal do Império de 1830³. Posteriormente, em 1890, o Código Penal da República⁴ manteve a prática como crime, passando também a criminalizar igualmente a gestante que realizasse a conduta. Finalmente, em 1940, o atual Código Penal manteve a tradição de penalizar aquele que retira a vida do feto, no entanto, ao contrário dos diplomas precedentes, inovou ao prever causas exclusivas de ilicitude no artigo 128, incisos I e II, mais conhecidos como hipótese de “aborto legal”.

A legislação penal brasileira apresenta o mencionado histórico pois, sempre obedeceu a tutela do direito à vida, um dos maiores direitos fundamentais do ser humano, presente em todas as Constituições Federais, cuja posição sempre foi de ápice da pirâmide do Ordenamento Jurídico. É certo que todos os direitos da pessoa são invioláveis, não existindo, desta forma, qualquer tipo de direito que seja passível de desrespeito (mas sim flexibilização). Entretanto, no que respeita ao direito a vida, este é considerado como “*cláusulas pétreas*”, não podendo ser abolido da Lei Maior.

O Código Civil Brasileiro⁵, em conformidade com a CRFB/1988 e com o disposto em Tratado Internacionais⁶ de direitos humanos, visando a proteger a vida antes do nascimento, em seu artigo 2º dispõe que a pessoa adquire a personalidade no momento de seu nascimento, com vida, entretanto protege desde a ocorrência da concepção do nascituro, resguardando o seu direito de vir a ter vida extrauterina.

Em consonância com as previsões legais acima mencionadas, em especial à posição do direito à vida como direito fundamental, é possível concluir que, a tutela à vida intrauterina constitui forte direito no ordenamento, devendo os demais diplomas legais obedecer aos parâmetros de tutela estabelecidos, admitindo-se excepcionalmente, e desde que justificadamente, pequenas exceções, como o caso da criação do “aborto legal”.

³ BRASIL, *Código Penal do Império*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 01 ago. 2018

⁴Idem, *Código Penal da República*, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 ago. 2018

⁵Idem, *Código Civil*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2018

⁶*Convenção Americana de Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 01 ago. 2018



Apesar de tal constatação a respeito da matéria legal e constitucional, com as mudanças advindas no decorrer dos anos, tendo por base o fato de que a sociedade está sempre em movimento, criando novas formas de pensar e agir, a jurisprudência atual inova ao criar diferentes posicionamentos a respeito do mesmo tema.

Frise-se que o legislador não pode se abster diante dos avanços científicos, sob o risco das lacunas geradas por esta inatividade provocarem uma instabilidade jurídica e social. No entanto, enquanto a alteração legislativa, principalmente constitucional, não avança, os Tribunais Superiores vem modernizando seus entendimentos, atendendo assim aos novos anseios e necessidades sociais.

Nesse sentido, até início de 2012 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminhava junto com a interpretação literal dos diplomas legais e entendimento doutrinário. Ou seja, fora os casos concretos que incidiam nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código Penal, qualquer aborto, independente do estado de saúde do feto ou tempo de gestação incidiria na prática do delito ora estudado, sendo tal conduta merecedora da persecução e punição Estatal.

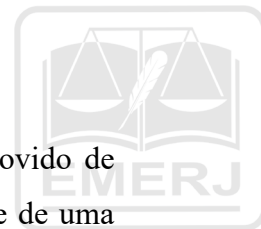
Ocorre que no dia 12 de abril de 2012, em decisão inédita, o plenário do STF⁷ entendeu que não pratica crime de aborto a mulher que optar pela “antecipação do parto” nos casos de gravidez de feto anencefálico. Esta mudança de entendimento se deu em sede de ADPF, nº54⁸, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil, cujo pedido requeria à Corte Constitucional uma interpretação conforme a Constituição do Código Penal e, conseqüentemente, declarasse que o aborto de fetos anencefálicos não é crime.

Os argumentos contrários a procedência da ADPF, mais conservadores, se pautavam na premissa de que o feto já pode ser considerado um ser humano, devendo ter seu direito à vida assegurado, mesmo quando pequenas as chances de sobrevivência extrauterina. Frisou-se também a ideia de que a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria um primeiro passo para legalização no Brasil, o que abriria chance para abortos eugênicos.

No sentido contrário, os principais argumentos levados a favor da mudança de paradigma se pautavam no fato de que como o feto em tais casos não desenvolve o cérebro, não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina, de tal maneira que obrigar uma gestação que apenas resultaria em morte apenas prolongaria o sofrimento da gestante. Ademais,

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADPF n°54*, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018

⁸ Idem.



rigorosamente não haveria nem mesmo aborto porque o feto anencefálico é desprovido de cérebro e, segundo a Lei n.º 9.434/1997⁹, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Pautados em tais argumentos, em decisão por 8 votos a 2, os Ministros entenderam que não é crime interromper a gravidez de fetos anencefálicos. Assim, repercutiu-se uma inovadora realidade, na qual tanto os médicos que realizam a cirurgia, quanto as gestantes que decidem interromper a gravidez, nestes casos específicos, não cometem crime de aborto.

A posição inédita manifestada pelo STF atenta para a impossibilidade de proteger-se deficientemente a mulher. Vale dizer, não pode o Estado deixar de tutelar determinado titular de direito fundamental, sob pena de violar o princípio da vedação de proteção insuficiente. Deste modo, de nada adiantaria a tutela do direito à vida se, para seu êxito, fosse preciso a inobservância de outro direito igualmente fundamental: a dignidade da gestante.

Na esteira desta mudança de entendimento jurisprudencial, consistente em um verdadeiro ativismo judicial, extremamente necessário diga-se de passagem, o Supremo Tribunal Federal ousou novamente, dessa vez a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC n.º124.306/RJ, mencionou a possibilidade de se admitir uma nova exceção: a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento também não seria crime¹⁰.

Depreende-se que, apesar de um longo período sem grandes mudanças, a atual formação do Supremo Tribunal Federal apresenta fortes indícios que pretende alterar na forma como se interpreta o delito previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal.

A vida em sociedade apresenta como um dos maiores problemas a determinação do bem comum que deve prevalecer e quais normas devem regular as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. A tensão entre a legislação, o instrumento por excelência da vontade da maioria, e a função das Supremas Cortes como órgãos de controle de constitucionalidade se manifesta especialmente quando questões de vida e morte, as quais neste artigo, encontram-se presentes na temática do aborto.

Uma vez analisado o histórico legal e jurisprudencial do aborto no Brasil, importante estudar o recente julgamento do HC n.º 124.306/RJ.

⁹ BRASIL, *Lei n.º 9.434/1997*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 01 ago. 2018.

¹⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 124.306/RJ*. Relator originário Ministro Marco Aurélio, redirecionado para o Ministro Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Disponível em: Info 849.



2. ASPECTOS DO *HABEAS CORPUS* Nº124.306/RJ: UMA ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS SUSTENTADOS PELO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Objeto de análise do presente artigo, o *HC* nº124.306¹¹ tem como caso concreto a denúncia de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, presos em flagrante, em 2013, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, arts.126 e 288 do Código Penal¹², respectivamente.

Segundo o histórico processual anterior a impetração do *HC* nº 124.306¹³, o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória aos acusados por considerar que as infrações seriam de menor potencial ofensivo e com penas brandas. Tal decisão foi objeto de recurso pelo MPRJ, tendo o TJRJ decretado a prisão preventiva, a qual foi mantida pelo STJ.

A manutenção da prisão preventiva pelo STJ foi questionada através do *HC* nº124.306 impetrado no STF, em 2014¹⁴. Com a relatoria distribuída ao Ministro Marco Aurélio, da 1ª Turma, foi deferida a liminar do sentido de revogar a prisão dos acusados, acolhendo-se, assim, os argumentos de que estariam ausentes os requisitos necessários para decretação da prisão preventiva, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.

No tocante ao mérito da causa, o Ministro Marco Aurélio votou pelo afastamento da prisão provisória¹⁵, sendo, logo após, requerida vista pelo Ministro Luís Roberto Barroso. No início de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso debruçou sua análise a respeito da natureza substitutiva de Recurso Ordinário do Habeas Corpus, o qual, segundo jurisprudência pacífica da Corte Suprema não é admissível.

Nesse sentido, a ordem foi deferida de ofício, por entender não haver razão para manter os réus detidos. Em suma, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁶ levou em consideração o fato de todos terem endereço fixo, serem primários e não apresentarem riscos à ordem pública ou à instrução criminal, bem como, o fato dos acusados terem comparecido aos todos os atos de instrução¹⁷.

¹¹ Ibidem

¹² Idem. *Código Penal*. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

¹³ *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769. Acesso em:08 abr.2018.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷Ibidem.



Os argumentos sustentados pelo ilustre Ministro, até este ponto, não apresentaram nenhuma inovação ou mudança de entendimento da Corte Suprema, passando a analisar a questão do aborto na segunda parte da decisão, a qual, ao contrário da primeira, inova ao sustentar a possibilidade do aborto ser considerado uma conduta atípica até a o primeiro trimestre de gestação.

Na segunda fase de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁸ ressalta que, em um Estado Democrático de Direito, exige-se para a criminalização de determinada conduta que algum bem jurídico relevante seja atingido, sem que, logicamente, configure um exercício regular de direito, e configure ainda uma reação proporcional por parte do ente estatal diante da ofensa produzida.

Tratando-se o caso concreto do delito de aborto com consentimento da gestante, o bem jurídico envolvido é o feto enquanto vida em potencial, o que, segundo o Ministro¹⁹, é evidentemente relevante. Ocorre que, passando a análise deste delito a pessoa que até então seria um dos sujeitos ativos, ou seja, a mulher grávida, a criminalização antes de concluído o primeiro trimestre de gestação enseja a violação de diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

A indicação de um período específico para ser o marco diferencial entre uma conduta típica e atípica, não ignora, para o Ministro²⁰, a controvérsia que paira sob o status jurídico do embrião. No entanto, o fato do embrião depender integralmente do corpo da mãe até o fim do primeiro trimestre da gestação é fundamental para ponderar os seguintes direitos da mulher que são violados pela criminalização.

Em primeiro lugar, a autonomia da mulher, núcleo essencial da liberdade individual, é ofendida a partir do momento que o Estado intervém no poder do indivíduo tomar decisões relacionadas a ele, o que inclui cessar ou não uma gravidez²¹. Em segundo, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher que é atingida, por toda sua vida, com as transformações decorrentes de uma gravidez. Com base em excelente análise, o Ministro sustenta que não é papel do direito penal impor a uma mulher ter um filho²².

Outro direito violado por conta da criminalização é o direito sexual e reprodutivo da mulher, a qual com muito custo, o adquiriu com o passar dos anos, sendo ainda objeto de tabus,

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.



discriminações e preconceitos. Neste sentido, a igualdade de gênero ainda é objeto de destaque no voto do ilustre Ministro, na medida que a igualdade plena somente haverá se às mulheres for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não da gravidez.

Ainda segundo os argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso²³, a tipificação penal desarrazoada produz uma discriminação social, na medida que prejudica de maneira desproporcional as mulheres mais humildes, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares. Em suma, “a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher.”

Prossegue o Ministro²⁴ fazendo a ressalva de que este posicionamento não pretende disseminar irrestritamente a prática do aborto, mas tão somente busca que ela seja rara e segura, bem como seja evitada sempre que possível com os devidos investimentos nas áreas de educação sexual e saúde pública (métodos contraceptivos).

Outro ponto bem aprofundado no voto em análise diz respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), no tocante a ideia de criminalização do aborto.

Nesse sentido, a adequação da criminalização só teria vez se fosse possível concluir que a vida do feto fosse efetivamente protegida, o que, notoriamente não ocorre visto as taxas de aborto. Segundo dados estatísticos retirados do site da ONU²⁵, o Ministro sustenta que a criminalização afeta apenas na quantidade de abortos seguros, posto que a maioria deste ocorro de maneira escusa, o que impede conferir à efetividade da proibição.

Em relação ao subprincípio necessidade, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁶ sustenta ser preciso que se verifique outro meio alternativo à criminalização que proteja igualmente a vida do nascituro, mas não viole tantos direitos das mulheres. Tais meios em suma, concentram-se em políticas e medidas públicas voltadas para a conscientização e auxílio/ atendimento de mulheres grávidas

Por fim, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, para o Ministro deve-se verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização seria compensado pela proteção da vida do feto. Ao contrário do que defende correntes de viés mais religiosos, o Ministro apresenta argumentos científicos que demonstram a ausência de

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.



potencialidade de vida do feto fora do útero materno, o que implicaria em uma criminalização que tutela bem jurídico inferior aos do suposto agressor²⁷.

3. AS CONSEQUÊNCIAS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DECORRENTES DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ

Tendo como precedente o julgamento da ADPF nº 54²⁸, em que se autorizou a antecipação terapêutica do parto para interromper a gestação de feto diagnosticado com anencefalia, é certo que o HC nº 124.306 espelha uma nova vertente mais liberal de discussão da matéria, a qual se aproxima cada vez mais da declaração de inconstitucionalidade do tipo material previsto no art. 124 e seguintes do Código Penal.

Como primeiro reflexo das decisões supramencionadas, em 2016 a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº5.581²⁹, com pretensão de assegurar, dentre outros direitos, a possibilidade de mulheres comprovadamente infectadas pelo Zika Vírus interromperem a gestação.

Logo em seguida, no ano de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº442, na qual pede que a Corte declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República³⁰. Por meio de argumentos similares aos presentes no voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso³¹ no HC nº124.306, o partido sustenta que tais dispositivos violam princípios e direitos fundamentais garantidos na CRFB/88.

²⁷Ibidem.

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 23 abr.2018.

²⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833 >. Acesso em: 23 abr 2018.

³⁰Idem. *Supremo Tribunal Federal Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860 > . Acesso em 23 abr. 2018.

³¹ Ibidem.



A mera leitura da ADPF nº442³² deixa claro que todos os fundamentos e teses sustentados tem como base e inspiração o entendimento firmado no emblemático HC nº124.306. Destaque-se que este mesmo *writ*, assim como a ADI nº3.510 e ADPF nº54 são mencionados como precedentes que estabelecem premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto.

A interposição de tais ações demonstram o grande anseio por parte de classes representantes da sociedade em pacificar o tratamento dado a prática do aborto. É importante refletir que o este tema consiste em um dos temas mais sensíveis à sociedade brasileira, já que envolve questões de ética, moral, religião, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais, o que sinaliza a necessidade e urgência de um diálogo e debate sobre o assunto.

Neste sentido, ainda sobre a ADPF nº442, o Supremo Tribunal Federal convocou, em março do corrente ano, audiência pública a ser realizada no início do mês de junho de 2018, o que demonstra uma posição favorável da ministra relatora, Rosa Weber, em participar das preocupações sociais sobre o tema.

É de se ressaltar que a convocação desta audiência pública pode representar até mesmo uma certa tendência por parte da Ministra em seguir a mesma linha do precedente fixado pelo HC nº124.306, visto que, ao rejeitar o posicionamento do Poder Legislativo e Poder Executivo que, em resposta ao pedido de informações³³, sustentaram que a matéria deveria ser debatida no Poder Legislativo, demonstra o entendimento da Ministra no sentido da competência do Poder Judiciário para julgar e tratar do mérito em análise.

A manifestação do Poder Legislativo na ADPF nº 442³⁴, por sua vez, deixa clara a rixa entre os Poderes do Estado quanto ao interesse em tratar do tema “aborto”. Obviamente o conflito entre tais Poderes, no caso, vai além do interesse de regular a matéria, versando mais sobre questões atinentes a legitimidade para tratar da Constituição Federal como última palavra, ativismo judiciário e ativismo legislativo.

Sobre os impactos da matéria “aborto” no Poder Legislativo, uma busca simples nos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados que contemplem, direta ou

³²Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº442*. Petição Inicial. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 23 abr.2018.

³³Idem. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Convocada audiência pública em ação que discute descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação*. Disponível em:www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569. Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁴ Ibidem.



indiretamente, o termo “aborto”, revela 222 registros³⁵, os quais levam a concluir no sentido de uma tendência contrária à legalização.

Alguns projetos relevantes são: proibição de método de anticoncepção de emergência (pílula do dia seguinte) (PL 1413/2007); tipificação como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo (PL 5069/2013); previsão de aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto (PL 4396/2016); inclusão do aborto provocado pela gestante, ou por terceiros, com o seu consentimento, como crime hediondo (PL 4703/1998; PL 3207/2008; PL 7443/2006); instituição do Dia Nacional de Conscientização Antiaborto (PL 5617/2016).

De igual modo, a pesquisa por projetos de lei em tramitação no Senado Federal com a mesma chave de busca aponta 34 resultados³⁶, sendo a maioria na mesma tendência apresentada pela Câmara dos Deputados.

É importante registrar que tramita, no Senado, um projeto de reforma do Código Penal³⁷, no qual também são debatidas alterações quanto ao crime de aborto, inclusive, em prol do que equivaleria à legalização da prática no país, o que, embora não seja possível concluir quanto a influência do HC nº124.306 sob a ótica legislativa, tal fato demonstra que o Legislativo não está alheio à discussão.

Quanto as consequências do HC nº 124.306 no campo social, as notícias recorrentes³⁸ tratam do tema como uma “autorização do aborto pelo STF”. Obviamente, embora não se possa concluir com certeza absoluta a respeito desta afirmação, o fato é que a tendência, até o momento, vem sendo no sentido da Corte Suprema considerar a não recepção dos dispositivos que versam sobre o crime de aborto, ou quem sabe, atribuir-lhes interpretação conforme a constituição de modo a descriminalizar a matéria para a gestações até a 12ª semana.

A partir do HC nº124.306, eventual decisão do plenário no sentido de desautorizar o aborto soaria como uma contradição e retrocesso, pois, a decisão mencionada consiste em precedente relevante que não pode ser ignorado, principalmente quando do julgamento da recente ADPF nº 442

³⁵Idem. Congresso Nacional. Senado Federal. *Consultoria Legislativa*. Disponível em: www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=aborto&em tramitacao=Todas&tiposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=23/04/2018&page=false. Acesso em: 23 abril 2018.

³⁶ Idem. *Senado Federal*. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Matérias++Proposições&q=aborto>. Acesso em: 23 abril 2018.

³⁷Idem. *Senado Federal* Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 23 abril 2018.

³⁸Aborto nos três primeiros meses de gestação não é crime decide STF. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/11/aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gestacao-nao-e-crime-decide-stf.html>. Acesso em: 23 abril 2018.

O presente trabalho propôs-se a investigar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº124.306/RJ, buscando a compreensão não apenas dos parâmetros dessa decisão, especificamente, mas também do que, a partir daí, poderia ser apreendido em termos de exercício da jurisdição constitucional.

De uma averiguação minuciosa acerca dos aspectos da decisão central da pesquisa, fez-se um comparativo com outros posicionamentos da Corte em situações semelhantes, objetivando diagnosticar o *modus operandi* do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo e as implicações democráticas dessa atuação.

As buscas e estudo dos julgados relacionados ao HC nº124.306/RJ apontam que, ainda que não seja possível declarar com veemência um novo padrão decisório, os casos pontuais já vislumbrados pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2012, indicam uma quebra na interpretação estrita da lei aos casos de aborto. É possível afirmar que, embora tímida, a jurisprudência da Corte Constitucional traça uma trajetória rumo a interpretação conforme a Constituição do aborto, sendo provável, em um futuro próximo, entendimento quanto a não recepção deste delito no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaque-se que, não obstante tal prognóstico, o *Habeas Corpus* ora estudado não aprofundou o debate de eventual inconstitucionalidade do tipo penal do aborto, tendo em vista, dentre outros fatores, que tal remédio constitucional não serviria a tal finalidade e sequer contemplava qualquer pedido nesse sentido. Espera-se assim que, quando do julgamento das recentes ações de controle concentrado (ADPF nº 5.581 e 442), a constitucionalidade do aborto seja finalmente abordada de modo a ser firmar ou não a tendência exposta pela Corte nos últimos julgados.

Tal tendência de protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo no que concerne à interpretação e aplicação do texto constitucional, é parte de um contexto muito mais amplo, formado por um conjunto de determinações institucionais, em vista, principalmente, a inobservância por parte dos demais Poderes a direitos fundamentais. Neste cenário, o aborto continua a ser um dilema social, contrapondo vida e dignidade humana de diferentes perspectivas, as quais, como até então mencionado, apresentam uma possível mudança a integrar cena dos próximos capítulos.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Código Penal*. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. *Consultoria Legislativa*. Disponível em: www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=aborto&emtramitacao=Todas&tiproposicao=%5BPL++Projeto+de+Lei%5D&data=23/04/2018&page=false. Acesso em: 23 abril 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°442*. Petição Inicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 23 abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 23 abr.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Defensores públicos questionam lei sobre combate a doenças transmitidas pelo Aedes aegypti*. Notícias STF. Disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833. Acesso em: 23 abr 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n°124.306/RJ*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 nov 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC n°124.306/RJ*, Voto Vista, Min. Roberto Barroso Proferido em 29/11/16, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Convocada audiência pública em ação que discute descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação*. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Notícias STF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860 . Acesso em 23 abr. 2018.



MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial-v.2*. 7.ed. Rio de Janeiro:Forense,2015

MIRABETE, Júlio Fabrini.*Manual de Direito Penal*.23ed.São Paulo: Atlas, 2005

O DIREITO À VISITAÇÃO APLICADO À FAMÍLIA EXTENSA COLATERAL

Gabriela Palet de Brito

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas IBMEC. Advogada. Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, tratando todos os familiares como sujeitos de direitos e reconhecendo as diversas relações que podem ser formadas e consideradas dentro do núcleo familiar. Assim, passou a valorizar os laços de afeto e a família para além do vínculo consanguíneo e dos vieses matrimonial, econômico, político ou religioso. A essência do trabalho é defender o direito à visitação da família extensa colateral, com o objetivo de estreitar relacionamentos saudáveis, ancorados na solidariedade familiar e nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o da proteção integral.

Palavras-chave – Direito de família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito à visitação. Convivência familiar. Família extensa. Afetividade. Melhor interesse da criança e do adolescente. Proteção Integral.

Sumário – Introdução. 1. A nova concepção de entidade familiar à luz do advento do afeto nas relações familiares. 2. A convivência familiar ampla como garantia da tutela da dignidade e do melhor interesse da criança e do adolescente: a questão da família extensa. 3. A visitação como direito de toda a família extensa e não apenas dos pais e avós. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o direito à convivência familiar ser aplicado à família extensa colateral da criança e adolescente, e não apenas aqueles que compõem a família natural. Procura-se demonstrar a importância da manutenção do vínculo com todos os entes familiares para a formação e desenvolvimento da criança e do adolescente.

Com a Constituição Federal de 1988, ampliou-se o conceito de família, abarcando as mais diversas relações familiares, fundadas no princípio da afetividade. A Lei nº 12.010/09 entrou em vigor alargando a conceituação estatutária da expressão família natural, reconhecendo e abrangendo a importância do parentesco para as entidades familiares, na denominada família extensa ou ampliada.

A Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, trouxe as responsabilidades, direitos e deveres dos membros da família ampliada para proporcionar a instrução e orientação adequada à criança e o adolescente. Os laços de afeto formados por outros



entes, como tios, avós, primos, etc., contribuem para a formação dos princípios basilares que compõem a personalidade e solidificam os valores.

Para melhor compreensão, são apresentados conceitos trazidos pela doutrina e jurisprudência a respeito do tema, a fim de possibilitar o direito à convivência com os parentes colaterais, com fulcro nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral. O que se nota é que o aspecto consanguíneo do vínculo familiar restringe as mais variadas relações que podem ser formadas dentro do seio familiar, sem dar o devido valor ao afeto e à afinidade.

Sob a perspectiva de que o direito à convivência familiar é um direito fundamental disperso, integralmente inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 4º e 16, V, deve ser assegurado a todos de forma ampla, de modo a incluir os familiares que integram o conceito de família extensa. Dessa forma, o Estado deve zelar para que seja assegurado esse direito, especialmente quando aqueles que detiverem a guarda da criança negarem o convívio com outro parente sem que haja razões fundadas.

A relevância do tema abordado se dá pelo fato de que o Código Civil ampliou expressamente aos avós o direito à convivência, nos ditames do artigo 1.589, parágrafo único. No entanto, deveria ter sido estendido a outros parentes, já que o objetivo das visitas é a manutenção dos vínculos com aqueles que não detém a guarda, a fim de incentivar a consolidação dos laços afetivos.

Enquanto tramita o Projeto de Lei nº 699/2011 para ampliar o direito à visitação a outros parentes, alguns doutrinadores sustentam que cabe interpretação ampliativa diante da atual omissão legislativa. Com efeito, enfatizando a preservação dos vínculos familiares, sobrelevando sua importância como direito fundamental de toda pessoa humana, seria razoável que os parentes maternos e paternos pleiteassem a regulamentação de visitas.

É evidente que a negativa de convivência por motivos sérios e fundados é justificável, já que prevalece aquilo que for melhor para a criança e não a vontade dos guardiões. Todavia, se revelado odiosa ou injusta qualquer oposição, restaria configurado abuso da responsabilidade parental, na forma do artigo 100, inciso X do ECA.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a transformação da sociedade brasileira e a necessidade de proteção estatal às mais variadas formas de família, pautadas no afeto e não no viés econômico ou patrimonial. Demonstra-se como a afetividade deixou de ser um indiferente jurídico, e a importância da família como núcleo de desenvolvimento da pessoa humana.



Segue-se, no segundo capítulo, abordando o direito à convivência familiar estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo o conceito de família extensa ou ampliada, bem como sua importância na transmissão dos valores e vivência de outra época na formação dos princípios formadores do caráter da pessoa em peculiar situação de desenvolvimento.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação do direito à visitação à toda família extensa e não apenas aos pais e avós. Procura-se explicitar a importância de estender esse direito para a perfeita integração no âmbito familiar, ancorados nos princípios da solidariedade familiar, dignidade da pessoa humana e, de forma imprescindível, o do melhor interesse da criança e do adolescente.

1. A NOVA CONCEPÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A sociedade brasileira é formada de regras culturais, jurídicas e sociais, e a família é a base da sociedade, haja vista ser ancorada em laços de afeto por meio dos quais é possível manter a estabilidade dos seus membros. Com sua evolução e a mudança de paradigmas, passaram a ser valorizadas as relações que cultivam esses laços e não mais os alicerces econômicos os quais baseavam as uniões.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ampliação da conceituação de família, todos os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, adquirindo proteção especial dos seus direitos fundamentais, conforme previsão do artigo 226. Também amparada na Declaração dos Direitos do Homem, artigo 16.3, e no Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 17, a proteção à família como núcleo natural e fundamental da sociedade, que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Diante da ampliação do conceito de família, deixou de haver um modelo único, passou a prever o casamento, a união estável e a família monoparental explicitamente, entretanto, não são apenas essas formas de família, mas também a família homoafetiva, socioafetiva, entre outras entidades familiares ancoradas em laços de afeto¹. O *caput* do artigo 226 da Constituição

¹ PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011>. Acesso em: 25 mar. 2018



trouxe que qualquer família merece a proteção do Estado ao consagrar que a entidade familiar é caracterizada pela comunhão plena de vida entre as pessoas, não mais sendo caracterizada apenas pelo instituto do casamento, mas fundadas em laços de afeto.

A pluralidade desse conceito demonstra que a afetividade não é um indiferente jurídico, de modo que todas as famílias merecem a tutela e a proteção estatal. O intuito é unir as pessoas que possuem os mesmos projetos de vida, passando a interpretação desse direito como um princípio implícito na Constituição Federal, decorrente de outros princípios basilares explícitos, tais quais o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da união estável, da convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independente da origem biológica, dentre outros.

A família deixou de ser vista apenas pelos vieses matrimonial, econômico, político ou religioso, passando a ser valorizados, com primazia, o que há de mais importante entre seus membros, que são os laços de firmados entre eles. Tornou-se, assim, o local de desenvolvimento da personalidade, seja da criança ou do adulto, com fundamento nos princípios fundamentais.

Como núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa, a entidade familiar passou a ser vista como natural e fundamental de toda a sociedade, sujeita à proteção para sua manutenção e estruturação. Passou a ser norteadada por princípios sem os quais essas relações seriam vazias e fadadas a desaparecer, como os da parentalidade responsável, da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, do superior interesse da criança e do adolescente e, por derradeiro, do reconhecimento do afeto e cuidado².

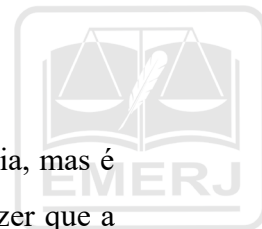
Veja o que diz Dimas Messias de Carvalho³:

O moderno direito de família agasalha, ainda, as diversas formas de família constituídas pela convivência e afeto entre seus membros, se importar o vínculo biológico e o sexo. A afetividade é atualmente o elemento agregador da entidade familiar, na busca sempre de uma família eudemonista que se realiza na felicidade e na proteção de cada um dos membros que a integra.

Atualmente, os elementos constituidores da família são o afeto e o amor, responsáveis pelo amálgama familiar, como princípios implícitos constitucionais atrelados ao direito de família e desvelados da própria essência da dignidade da pessoa humana. Isso porque, o homem não se move apenas pela razão, mas também pela emoção e afetividade, pelo carinho, cuidado e solidariedade.

² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 142-143.

³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.



O afeto não é somente um laço que envolve as pessoas dentro de uma família, mas é responsável pela garantia da felicidade de todos aqueles que a integram. Ousa-se dizer que a família hoje não se justifica mais sem a existência do afeto, é um pressuposto para sua manutenção, aliado à comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Hoje, os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, pelo contrário, pode-se afirmar que esses prevalecem sobre aqueles. O que propicia a afetividade das relações é a convivência familiar, e não o sangue, pois com ela se permite o alcance da felicidade, por mais complexas que sejam as relações dentro de uma família, pautada no amor.

Pode-se perceber que os princípios decorrentes da convivência familiar visam garantir a felicidade, fincados no respeito, consideração, amor e, principalmente, na afetividade. O afeto ganhou *status* de valor jurídico com a mudança da sociedade, que deixou de aplicar a formação da família apenas pelo instituto do casamento, valorizando cada membro da entidade familiar, o amor e a realização.

Como bem salienta Maria Berenice Dias⁴, o Código Civil não fala expressamente em afeto, mas invoca e valoriza essa relação em alguns dispositivos, como nos artigos 1.593, 1.596, dentre outros. Oportuno mencionar, inclusive, trecho do acórdão do REsp 1.574.859/SP⁵ acerca da relação jurídica familiar, que destaca a importância e pertinência desse tema:

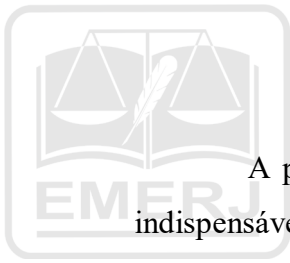
A Constituição da República de 1988 inseriu acentuadas transformações no conceito de família, influenciadoras sobre o Código Civil de 2002, que redimensiona as relações familiares no contexto do Estado Democrático de Direito. Dentre os princípios constitucionais do Direito Civil no âmbito familiar, merece relevância e destaque o princípio da afetividade, pelo qual o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social para a realização das condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regendo o núcleo familiar pelo afeto.

Com a nova ordem constitucional, o afeto serve de norte nas mais diversas questões que envolvem as relações familiares, nas suas mais variadas formas. Mesmo porque, no relacionamento intrafamiliar os componentes fincam seus valores, edificam sua personalidade e dignidade, transformando-se constantemente⁶.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.574.859/SP*. Relator: Min. Lauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1549454&num_registro=201503187353&data=20161114&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Teixeira-e-Rettore-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018, p. 6.



A proteção da família é mediata, no interesse da realização existencial e afetiva, é indispensável à realização e desenvolvimento da pessoa humana. Deve-se considerar a família como um sistema de interações entre quaisquer membros, sejam do núcleo ou extensos, que influenciarão na formação dos princípios éticos e morais do ser humano.

Deve-se observar, sobretudo, as medidas consubstanciadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, com fulcro no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e no da proteção integral, para assegurar o liame de parentesco com toda a família da criança e do adolescente. Diz-se isso em prol da melhor formação possível e integração da criança na entidade familiar a qual pertence, por se tratarem de seres humanos em peculiar situação de desenvolvimento.

O direito tem um papel social a cumprir, o juiz deve interpretar as leis além das palavras, mas consoante as necessidades sociais, as transformações do mundo moderno. É imprescindível que os advogados, defensores públicos, promotores e magistrados sejam sensíveis quanto aos sentimentos que abarcam o direito de família, em especial no que envolve crianças e adolescentes, que possuem primazia em todas as esferas de interesse.

2. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR AMPLA COMO GARANTIA DE TUTELA DA DIGNIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A QUESTÃO DA FAMÍLIA EXTENSA

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos os familiares foram reconhecidos como sujeitos de direitos, a partir do respeito aos direitos fundamentais e de suas individualidades. Dessa forma, todos os institutos relacionados aos direitos dos membros da entidade familiar tiveram que se amoldar à previsão de família, considerando o conceito de afeto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece no artigo 4º, parte final, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, os direitos referentes à convivência familiar e comunitária. O artigo 19 do Estatuto assegura, ainda, a convivência familiar e comunitária em local que garanta seu desenvolvimento. Tal dispositivo encontra amparo constitucional, no artigo 227, que prevê a convivência familiar como direito de toda criança e adolescente.



Para tratar desse tema, é preciso trazer o conceito de família extensa, previsto no artigo 25, parágrafo único do ECA, que traz que família extensa ou ampliada é aquela que se estende para além da unidade pais, abrange também os parentes próximos, cujo fundamentos são vínculos de afinidade e afetividade.

A relevância das vinculações afetivas é mútua, não apenas dos parentes colaterais, mas também – e especialmente – da criança e do adolescente. Dessa forma, o que se depreende da inovação constitucional é que o legislador valorizou variadas relações jurídicas que a criança pode formar, com diferentes membros de uma família. Com isso, criam-se direitos recíprocos entre os componentes, especialmente no que se refere à convivência familiar, em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

Os seres humanos têm a necessidade de trocar experiências e aprendizados a partir do convívio e interação social e familiar. Mesmo porque, a família é o primeiro contato que a criança tem com outras pessoas e os erros compartilhados propiciam o desenvolvimento. Dessa feita, o direito à convivência familiar é a jurisdicização dessa necessidade humana.

O conteúdo jurídico desse direito e da proteção dada diz respeito à contribuição para o processo educacional da criança e do adolescente, ao passo que, o conteúdo metajurídico é a transmissão das vivências, que contribuem para a formação do caráter da criança, cujos aspectos são éticos e morais⁷.

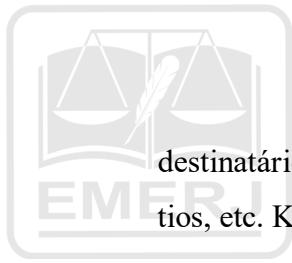
A proteção que se dá se perfaz por meio de dois princípios básicos, quais sejam, o da proteção integral e do interesse superior da criança e do adolescente. É certo que a primeira unidade social que a criança tem contato ao nascer é a família, a qual possui grande importância e proteção estatal, conforme já exposto neste artigo.

Nesse contexto, imperioso tratar do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consubstanciado no art. 100, inciso IV do ECA. Embora um dia tenha sido aplicado apenas a crianças em situação irregular, hoje esse princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infante-juvenil, inclusive nos litígios de natureza familiar.

Esse princípio traz uma orientação não só para o legislador, mas também para o aplicador do direito, para que dê primazia às necessidades da criança e do adolescente, acima de todo e qualquer fato, com o objetivo de atender a dignidade da pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, aos seus direitos no maior grau possível⁸. É essencial entender que o

⁷ TEIXEIRA, op cit., p. 9.

⁸ Ibid.



destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente, e não o pai, a mãe, os avós, tios, etc. Kátia Regina Maciel⁹ traz ser:

[...] indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.

A Min. Nancy Andrichi utilizou este princípio como fundamento no REsp 1.032.875/DF¹⁰:

A prevalência do melhor interesse da criança impõe o dever aos pais de pensar de forma conjugada no bem estar dos filhos, para que possam os menores usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, sob a premissa de que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, conforme linhas mestras vertidas pelo art. 19 do ECA.

Ademais, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, consubstanciado no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz a absoluta prioridade de tratamento que as crianças e adolescentes devem receber. A criança é elevada a um patamar acima dos adultos, não se busca a isonomia para a criança, o que se quer é que ela seja ainda mais protegida, em todos os aspectos da sua formação.

Nucci diz que as crianças e os adolescentes dispõem de um *plus*, e que o princípio da proteção integral é o extremo do princípio da dignidade da pessoa humana quando houver qualquer cenário conflituoso, objetiva-se essa garantia no seu mais amplo aspecto. Aduz que “possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regradar ou limitar o gozo de bens e direitos”¹¹.

Na mesma linha, Kátia Maciel¹² traz que:

A prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos enumerados no art. 227, *caput* da Constituição da República e enumerados no *caput* do art. 4º do ECA.

Mais. Leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.

⁹ MACIEL, op cit., p. 76.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.032.875/DF. Relator: Min. Nancy Andrichi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=convivenciafamiliar+e+prevalencia+e+harmonicamente&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 6.

¹² MACIEL, op cit., p. 67.



Este princípio possui caráter absoluto, a fim de que seja assegurado o respeito a todos os direitos da criança, que é pessoa em situação peculiar de desenvolvimento. O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, o qual está intrinsecamente ligado à convivência familiar, deve ser assegurado com absoluta primazia as crianças e adolescentes.

O princípio que funda o Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana, consolidado já no primeiro artigo da Constituição Federal, é valor nuclear da ordem constitucional. De acordo com Maria Berenice Dias, “talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções (...) é macroprincípio do qual se irradiam todos os demais [...]”¹³.

Indispensável ressaltar que a proteção que o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Constituição Federal trazem, transcendem ao vínculo consanguíneo, alcançando toda a família extensa no direito de convivência entre os membros da entidade familiar. Isso porque, como já dito neste artigo, tratam-se de direitos recíprocos, pois é justamente no relacionamento intrafamiliar que os valores são estabelecidos, moldando e transformando a personalidade.

Importante frisar que o direito à convivência familiar não está ligado ao vínculo biológico, mas ao afeto, que não está derivado dos laços de sangue, mas intrinsecamente ligado ao direito à felicidade, que promove o desenvolvimento de seus membros. Ora, às crianças e aos adolescentes, na situação frágil e peculiar que se encontram, deve ser garantida a melhor formação possível do seu caráter e personalidade, sendo certo que a família é peça indispensável para alcançar, por se tratar de necessidade vital da criança.

A família é ambiente de desenvolvimento, que propicia a formação democrática da convivência social, fundada em valores de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação das necessidades dos seus integrantes. Aprender a lidar com as diferenças dentro de casa, respeitando-as, é de fundamental importância no crescimento, formação do caráter e cultivo de sentimentos básicos de um crescimento sadio¹⁴.

Desse modo, a convivência é tão essencial para o fortalecimento da personalidade da criança e do adolescente, que a falta de convívio pode gerar danos afetivos ao ponto de comprometer o desenvolvimento saudável e pleno de uma criança. O abandono moral viola a integridade psíquica e o princípio da solidariedade familiar, podendo gerar o direito de indenizar em razão das sequelas psicológicas.

¹³ DIAS, op cit., p. 44.

¹⁴ MACIEL, op cit., p. 150.



3. A VISITAÇÃO COMO DIREITO DE TODA A FAMÍLIA EXTENSA E NÃO APENAS DOS PAIS/ AVÓS

O direito à convivência familiar é conhecido como o direito à visitação, entendido por Maria Berenice Dias¹⁵ como um termo erroneamente empregado para se referir à convivência dentro do seio familiar. Os fundamentos da crítica à expressão comumente utilizada se fundam no fato de indicar uma relação mecânica, de índole protocolar, sob horário rígido e de tenaz fiscalização, quando, em verdade, deve-se utilizar um termo voltado à proteção integral da criança e do adolescente, reforçando os vínculos de parentesco e afeto.

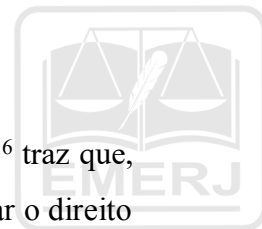
Dentro do conceito de família extensa e das noções de afeto trazidos nos capítulos anteriores, a afinidade que a criança pode formar vai muito além dos vínculos consanguíneos, que abarcam os pais, avós, tios, irmãos. Pode surgir pelas relações afins, entre enteados, padrastos e madrastas, mas não só por essas, como também das relações oriundas das semelhanças inerentes ao convívio.

Sobrelevando a importância do convívio familiar, não é apenas um direito, mas uma necessidade vital da criança, é direito fundamental de toda pessoa humana viver junto à família, em ambiente de afeto e cuidado mútuos. O objetivo é o bom e saudável desenvolvimento, para que a família seja um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e adolescente no seu processo de crescimento e descoberta.

A Lei nº 12.398/11 conferiu nova regulamentação, acrescentando o parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil, estendendo o direito de visita também aos avós. A titularidade desse direito é, em verdade, da criança e do adolescente, em prol da manutenção do vínculo familiar. Dessa forma, a referida lei não deve ser interpretada de forma restritiva, assegurando apenas aos ascendentes de 2º grau, mas também aos parentes dos graus subsequentes, tanto em linha reta, como colateral.

O direito de visita deve ser aplicado a todos os parentes, desde que atendido o interesse da criança e do adolescente, já que o objetivo é a perfeita integração no âmbito familiar. Nesse sentido, a família extensa não só pode, como deve postular a regulamentação da convivência quando lhe for negada, a fim de que os laços sejam estreitados, evidentemente sem prejudicar o período de convivência com os genitores.

¹⁵ DIAS, op cit., p. 532.



Com efeito, enfatizando a importância dos vínculos, Kátia Regina Maciel¹⁶ traz que, “parentes próximos ao infante, ancorados na solidariedade familiar, poderão postular o direito de participar diretamente de sua vida por meio de visitas (...)”, em perfeita valorização aos laços de afeto e preservação das necessidades emocionais entre os membros de uma família.

O direito à visitação objetiva propiciar a convivência da criança com pontos de referência de outra geração, com vivências e valores de outra época¹⁷, o que se aplica aos parentes de uma forma geral, que compõem a família extensa. Isso porque, o escopo principal é a perfeita integração dentro da comunidade familiar, conforme preveem os artigos 227 da Constituição Federal, 1.589 do Código Civil e 19 do ECA, cujo fundamento está atrelado ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, os pais devem cumprir com sua responsabilidade parental dando prevalência a família sempre, conforme mencionam os incisos IX e X do parágrafo único do art. 100 do ECA, pois a família não é formada apenas pelos pais e filhos, o conceito amplo de família abrange outros entes. A convivência familiar é direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família, em ambiente de afeto, considerando os cuidados com o ser em formação.

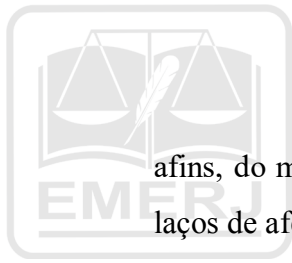
À guisa de exemplo, seria uma violação ao direito fundamental de conviver com a família a hipótese de um dos genitores ou detentores do poder familiar, impedirem essa convivência com algum membro da família extensa, como um tio a conviver com seu sobrinho, sem que haja razões fundadas que corroborem com essa negativa. Tratar-se-ia de um desrespeito aos princípios do interesse superior da criança e do adolescente e da proteção integral.

Não é razoável que o direito ao laço de parentesco com a família, a construção dos laços afetivos, que são essenciais à formação do ser humano, na formação dos princípios que norteiam o próprio ser humano e seu caráter sejam obstruídos pelos genitores. O que se busca garantir são as necessidades emocionais das partes, em especial da criança e do adolescente, ao qual deve-se aplicar o princípio da supremacia do seu interesse.

Oportuno mencionar que tramita o Projeto de Lei nº 699/11 que objetiva alterar o art. 1.589, §1º do Código Civil, para ter a seguinte redação: “aos avós e outros parentes, inclusive

¹⁶ MACIEL, op cit., p. 221.

¹⁷ TEIXEIRA, op cit., p. 12.



afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade”. A justificação da proposta pela Câmara¹⁸ traz que:

[...] carece o novo Código Civil de regra que assegure a visitação de outros parentes do menor, como os avós, irmãos, padrastos, levando-se em consideração especialmente os laços de afeição que os unem e o proveito que esses contatos trazem ao menor. Não são incomuns situações em que, com a separação judicial, o guardião procure afastar os filhos de parentes do outro genitor, o que traz prejuízos aos menores. A visitação de outros parentes tem reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (v. Yussef Said Cahali, Divórcio e separação, cit., p. 951/957 e Fabio Bauab Boschi, Direito de visita, cit., p. 123 e ss, que apontam vários julgados sobre o tema). Muito embora exista esse reconhecimento, embasado em direito natural dos envolvidos nessas relações, é relevante estabelecer norma legal a respeito, para sanar a lacuna existente.

Há, inclusive, decisão do TJ/PA reconhecendo a possibilidade de visitação dos parentes colaterais, sob pena de caracterizar alienação parental por parte da genitora, vejamos um trecho do acórdão de nº 0018902-41.2011.8.14.0301¹⁹ que deferiu a visita aos avós, tios e familiares:

Evidencio no presente caso o grau de interesse das partes, tios, avó e mãe, na disputa pela criança, chegando a influenciar diretamente na situação familiar, dificultando a comunicação, o diálogo e convivência. Nesse cenário, num momento inicial, cabe observar que o direito de família define a relação do direito do respeito recíproco no âmbito familiar, capaz de proteger os componentes do grupo no que concerne aos seus direitos e deveres, com a finalidade de não haver negligência que leve os sujeitos a perdas e danos principalmente morais e sociais. Saliento que o direito de família foi legitimado na Constituição Federal de 1988. Tal medida tem por finalidade assegurar a continuidade fundamental das relações de afeto, respeito, dependência, reciprocidade e responsabilidade que possam existir entre parentes pais e filhos, avós, tios família como um todo, preservando assim a questão afetiva e emocional da criança ou do adolescente. De forma, que impedi-los de vê-los e levá-los em sua companhia ira prejudicar o relacionamento familiar assegurado na Carta Magna. Portanto, afigura-se justo garantir o Direito de Visita, e proporcionar a continuidade da relação de convivência entre familiares e a criança, na preocupação maior, com as prioridades fundamentais de relacionamentos, amparados no respeito aos direitos preservando assim os laços familiares. O impedimento a essa convivência, é prejudicial à criança. Quando o bom-senso não está presente nas discussões e decisões familiares, acaba por colocar sob ameaça o bem-estar dos infantes, sujeitos a sofrerem danos que refletirão em seu desenvolvimento.

O que se depreende do julgado, é a importância de se assegurar e priorizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente no que diz respeito aos relacionamentos

¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 699/2011*. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=315C9C96A8BE679D0AD6D742B92285DE.proposicoesWebExterno1?co_dteor=848554&filename=PL+699/2011>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. *Processo nº 0018902-41.2011.8.14.0301*. Disponível em: <<https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessportal/consulta/principal?detalhada=true#>>. Acesso em: 15 abr. 2018.



intrafamiliares. A simples negativa da convivência com qualquer parente não prevalece em face do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, isso porque, na família que se desenvolve o respeito, o afeto e a personalidade.

Outro ponto a fim de afastar a negativa da convivência é que os parentes de linha ascendente e colateral podem assumir a guarda ou a tutela dos netos, sobrinhos ou irmãos menores de idade, consoante dicção do §3º da art. 28 do ECA, não havendo óbices legais para que detenham o direito a visitas, o que é de menor amplitude.

O objetivo das visitas é a manutenção da natural comunicação de criança ou adolescente com quem não convive diariamente, incentivando e consolidando o vínculo de parentesco. A postulação de visitas aos parentes paternos e maternos deve sempre ser pautada no fortalecimento dos vínculos de afeto que a criança estabelece com os mais variados entes. Dessa forma, os parentes podem e devem postular regulamentação de convivência, com o objetivo de estreitar relacionamentos saudáveis, ancorados na solidariedade familiar.

CONCLUSÃO

As mudanças legislativas operadas pela Constituição Federal de 1988 passaram a reconhecer a família como além do vínculo consanguíneo, mas pelos laços de afeto nas mais variadas formas. Com isso, a família singular cedeu lugar à família extensa, em função da necessidade dos membros de estreitarem os laços, valorizando a convivência entre eles.

O suporte emocional que se alcança a partir dessas relações, da construção e manutenção dos vínculos intrafamiliares são essenciais na formação da personalidade da criança e do adolescente. Permitir e propiciar os encontros das crianças com os tios, avós, primos, é garantir o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, respeitando os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral.

Esta pesquisa constata a importância de ampliar a previsão do Código Civil que trata ser direito dos avós de se avistarem com os netos, abarcando também os demais parentes colaterais incluídos no conceito de família extensa. Isso porque, a solidez dos valores que se constituem dentro do seio familiar se justifica pela solidariedade, além dos benefícios que trazem à formação da personalidade da criança e do adolescente.

O direito à visitação é tanto do visitante quanto do visitado, sendo certo que esse direito somente poderá ser exercido quando não houver risco à saúde ou segurança, física ou mental,



do visitado, considerando que estamos diante de criança ou adolescente. Nesse contexto, concluiu-se que o direito de visita somente poderá ser exercido se estiver em consonância com as garantias de proteção integral da criança.

A ausência da norma que garante o direito de visita a todos os parentes que se enquadram no conceito de família extensa, é entendida por alguns doutrinadores como um silêncio eloquente do legislador. Por conta disso, admite-se a interpretação ampliativa a fim de que sejam abarcados no artigo 1.589 do Código Civil.

Os motivos que levaram a essa conclusão no presente trabalho é o de propiciar a convivência da criança com pontos de referência de outra geração, com vivências e valores de outra época, o que se aplica aos parentes de uma forma geral que compõem a família extensa. O escopo principal é a perfeita integração dentro da comunidade familiar.

Tudo isso para o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. A família é núcleo estruturador do sujeito, e à criança, como ser em desenvolvimento, com toda sua fragilidade, deve ser assegurado esse direito fundamental, pois é neste relacionamento intrafamiliar que seus componentes fincam seus valores, moldam-se, transformam-se e edificam sua personalidade e sua dignidade em bases novas e mutantes.

Para esse desenvolvimento ocorrer de forma plena, nem sempre as decisões tomadas pelos genitores são as mais acertadas, razão pela qual há hipóteses em que o Judiciário tem o dever de trazer uma solução que afaste os sentimentos e rixas das partes para priorizar de forma absoluta o que seria melhor para a criança ou o adolescente.

Desse modo, concluiu-se que cabe aos Tribunais a sensibilidade de perceber as sutilezas de cada caso concreto, para que seja possível aplicar o direito à visitação aos parentes colaterais que se incluem no conceito de família extensa, protegidos pela Constituição. Objetiva-se fomentar reflexões acerca dos direitos recíprocos que os entes possuem e das razões que negam a convivência entre eles não ter qualquer fundamento razoável, sempre em respeito aos princípios constitucionais e norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 699/2011*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=315C9C96A8BE679D0AD6D742B92285DE.proposicoesWebExterno1?codteor=848554&filename=PL+699/2011>. Acesso em 15 abr. 2018.



_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.032.875/DF*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=convivencia+familiar+e+prevalencia+e+harmonicamente&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.574.859/SP*. Relator: Min. Lauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1549454&num_registro=201503187353&data=20161114&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Pará. *Processo nº 0018902-41.2011.8.14.0301*. Disponível em: <<https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PESSANHA, Jackelline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011>. Acesso em: 25 mar. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Teixeira-e-Rettore-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.



REFLEXÕES ACERCA DO COMBATE AO TERROR NO ÂMBITO DA LEI 13260/16

Gabriela Tavares Cezar de Araújo

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

Resumo - O terrorismo nos moldes atuais se apresenta como um crime novo que carece de normas para uma maior prevenção e combate. Por tal razão, os Estados estão elaborando suas leis para tentar se adaptar a esta realidade. O Brasil, apesar de não ser um país em que esse tipo de criminalidade seja comum, sediou grandes eventos internacionais e se viu pressionado a atualizar o seu ordenamento jurídico. Contudo, a forma com que a Lei nº 13260/16 foi redigida fez com que fosse alvo de críticas por juristas. A essência do trabalho é justamente apresentar os pontos mais polêmicos da Lei, ou seja, aqueles em que há ausência de clareza dos conceitos, demonstrando assim que a referida norma padece, em diversos pontos, de inconstitucionalidade, representando um claro retrocesso em matéria de combate à criminalidade.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei Antiterrorismo. Inimigo. Atos Preparatórios. Retrocesso. Nova tendência.

Sumário – Introdução. 1. A relação entre os objetivos da lei e o direito penal do inimigo. 2 A atecnia da punibilidade dos atos preparatórios. 3. A falta de taxatividade da conduta como um retrocesso em matéria penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os aspectos da lei antiterrorismo que se diferenciam da legislação penal brasileira em geral. A finalidade é investigar se tal lei deverá servir como inspiração para as demais normas penais brasileiras no que diz respeito a mitigação dos direitos de quem comete crimes considerados mais graves, ou se esta lei fere princípios basilares e, portanto, não poderá ser interpretada de forma literal.

Tal temática vem à tona com a intensificação dos atentados terroristas que acabaram dizimando centenas de pessoas em diversos países ao redor do mundo, em especial o episódio ocorrido em 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, de onde surge uma nova questão a ser enfrentada pelo direito penal: uma conduta criminosa sobre a qual faltava a devida tipificação legal capaz de inibir e de punir os atos cometidos desta maneira, o terrorismo.

Devido a motivações de cunho religioso, muitas pessoas, em especial jovens, estão se unindo a grupos extremistas que pregam a propagação de sua ideologia e a matança de quem



não obedece às por eles denominadas “leis sagradas”.

O tipo de crime cometido por quem é terrorista é diferente dos demais crimes até então presentes na sociedade, posto que neste novo tipo o agente não teme pela sua própria integridade, ao contrário, se dispõe a abdicar de sua vida ao mesmo tempo em que promove mortes generalizadas, o que torna muito mais difícil contê-lo.

Ademais, casos como estes passaram a se tornar frequentes em pontos turísticos, ou em locais com grandes aglomerações, culminando em uma enorme sensação de insegurança para a população em geral.

Por tais razões, a resposta do direito penal brasileiro no que concerne ao combate ao terror se mostra um tema delicado e atual, pois ao mesmo tempo em que se pode defender que um maior endurecimento penal é o caminho para o enfretamento da questão, é possível entender que a tentativa de punir em excesso representa uma volta ao tempo em que os direitos humanos e individuais eram mínimos, sendo este o enfoque do trabalho.

Para tanto, o primeiro capítulo analisa a possibilidade de mitigação da proteção penal destinada ao terrorista considerando a gravidade do seu crime, verificando se a Lei Antiterrorismo se adequa à ideia do direito penal do inimigo de Günther Jackobs.

Em seguida, o segundo capítulo demonstra que a tipificação dos atos preparatórios na lei antiterrorismo viola o art. 31 do código penal e os princípios da legalidade e taxatividade.

O terceiro capítulo averigua se o maior rigor punitivo é uma forma de solucionar a questão do terrorismo e, portanto, uma tendência que deverá ser seguida pelo legislador quando se tratar das demais questões na seara penal.

A pesquisa utilizará como base o método hipotético-dedutivo, posto que a partir das problematizações referidas no trabalho, serão elencadas determinadas soluções para que sejam comprovadas ou rejeitadas ao longo do escrito.

Assim, a solução para as problematizações apresentadas terá como norte um conjunto de orientações contidas em outros artigos e legislações como forma de embasar a tese sustentada, sendo, portanto, qualitativa.



1. A RELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DA LEI E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Às vésperas de sediar as Olimpíadas, grande evento que reuniria considerável número de pessoas das mais diversas nacionalidades, o Brasil, pressionado pelos Organismos Internacionais, publicou a denominada lei antiterrorismo ¹.

Historicamente dois atentados haviam marcado a realização dos Jogos Olímpicos, os quais ocorreram nas Olimpíadas de Munique, em 1972, e nos Jogos de Atlanta, em 1996. Tais fatos, acrescidos ao temor de que ocorresse algo parecido com o famoso ataque aos Estados Unidos da América ocorrido em 11 de setembro de 2001 e com o atentado de Nice, na França, pouco antes do início dos Jogos Olímpicos no Brasil², contribuiu para pressionar o legislativo a editar tal norma.

Estudiosos do ramo da segurança pública se manifestaram no sentido de haver grande risco de atentado no Brasil. O doutor em segurança internacional e professor na University of Central Florida, nos Estados Unidos, Marcos Degaut³, asseverou que tudo indicava para um possível atentado no Brasil. Também, o especialista em segurança Jorge Dantas, asseverou que a segurança contra o terrorismo deveria envolver prevenção e resposta aos ataques⁴.

Ademais, cumpre mencionar que as leis penais até então existentes, não se mostravam capazes de inibir os ataques desta natureza, pois diferente dos criminosos de outras espécies, o autor dos atos terroristas é um sujeito peculiar, que se dispõe a abdicar de sua vida, sem qualquer tipo de temor com a sua integridade física, o que torna muito mais difícil criar meios de reprimi-lo.

Nesta esteira, foi editada com urgência a Lei nº 13.260, em 16 de março de 2016, cujo objetivo principal era ter um mecanismo de defesa com a finalidade de evitar os ataques de radicais religiosos e de puni-los de forma mais severa, face o temor da população em geral.

Todavia, a forma eleita pelo legislador para disciplinar tal matéria suscitou uma série

¹ BRASIL. *Lei 13.260*, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

² G1. *Ataque com caminhão deixa dezenas de mortos em Nice, no sul da França*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/veiculo-atinge-multidao-em-queima-de-fogos-do-14-de-julho-em-nice.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³ EL MUNDO. *Brasil está vulnerável a atentados em 2016, alertam especialistas*. Disponível em: <www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/07/17/interna_nacional,784528/terrorismo-brasil-atentados-2016-rio-olimpiadas.shtml>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁴ Ibid.



de críticas da comunidade jurídica, como por exemplo, o fato de ao tentar abarcar o mais vasto número de condutas, valeu-se de conceitos abertos, deixando margem às mais diversas interpretações pelo julgador. Isso pode ser observado com a redação do artigo 2º:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.⁵

Nesse sentido, o advogado Lucas Sampaio⁶ sustenta que apesar da lei apresentar conteúdo defensável, fere direitos fundamentais, nos moldes do conceito de direito penal do inimigo, o que se mostra incompatível com a Constituição.

O professor Ruchester Barbosa⁷ aduz que a imprecisão terminológica contida na lei culmina em ofensa ao princípio da legalidade e se aproxima do conceito de direito penal do inimigo.

O direito penal do inimigo é uma proposta penal de tratamento para determinados criminosos, desenvolvida por Günther Jackobs⁸, para ser imposta aos sujeitos que ele denomina como inimigos da sociedade.

Tal autor sustenta⁹ que os terroristas são exemplo de pessoas que resolveram se afastar do Direito e das regras do convívio em sociedade, e, portanto, não podem participar dos benefícios trazidos por esta.

Para isso, aduz que para esse tipo de criminosos, ao contrário do tratamento penal dispensado aos cidadãos comuns, deve haver a punibilidade de condutas antecipatórias; a previsão de penas elevadas, bem como a mitigação e até supressão de garantias processuais.

Tudo isto é passível de ser vislumbrado na norma brasileira em questão, já que traz em seu bojo a punibilidade dos atos preparatórios; previsão de penas mais severas do que dos

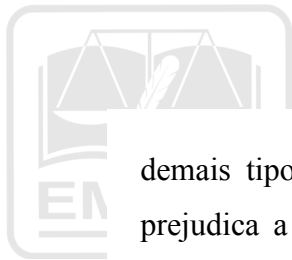
⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ SAMPAIO, Lucas Bento. *A lei antiterrorismo e o retrocesso do direito penal*. Disponível em: <<https://lucasbentosampaio.jusbrasil.com.br/artigos/346287668/a-lei-antiterrorismo-e-o-retrocesso-do-direito-penal>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁷ BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Lei antiterrorismo e direito penal do inimigo*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁸ Günther Jakobs, de nacionalidade alemã, é advogado, autor de livros de Direito, filósofo e professor Emérito de direito penal e Filosofia do Direito. Se tornou famoso pela criação do conceito de Direito Penal do Inimigo nos anos 1990.

⁹ JACKOBS apud GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 17 out. 2017.



demais tipos penais; bem como a mitigação de garantias processuais na medida em que prejudica a ampla defesa do acusado ao trazer conceito aberto para conceituar a conduta terrorista.

Apesar de toda a preocupação que deve haver com o enfretamento da questão, é preciso observar com cautela as consequências que este tipo de punitivismo pode trazer para a coletividade.

Nesse aspecto, quando a lei traz um especial fim de agir para caracterizar o tipo penal - finalidade de provocar terror social ou generalizado - deixa de definir de forma clara e precisa o que seria o terror social ou generalizado, permitindo que a caracterização da conduta esteja submetida ao arbítrio do julgador.

Rogério Greco¹⁰ aponta que o direito penal do inimigo, por ser voltado ao autor e não ao fato cometido em si, legitimou movimentos como o Nazismo, em que o inimigo era o judeu, o homossexual, as prostitutas, entre outros que eram considerados como antissociais, e deveriam até mesmo ser dizimados para o bem da coletividade, tudo isso em afronta ao princípio constitucional da dignidade humana.

O referido autor¹¹ salienta ainda que tratar alguém desta forma, ainda que seja ele considerado criminoso, ou perigoso, é uma forma insensata de tratar o Direito Penal, devendo ser repudiado pela sociedade, pois do contrário, os próprios indivíduos que o apoiam, poderão, de uma hora para outra, dependendo de quem esteja no poder, também ser considerados inimigos, tendo em vista a vastidão de interpretação que o conceito permite.

Por todo o exposto, entender que a Lei Antiterrorismo se coaduna com o conceito de Direito Penal do Inimigo e que a definição da conduta criminosa foi imprecisa, implica em reconhecer ofensa aos princípios constitucionais da dignidade humana e da estrita legalidade, o que culminaria em inconstitucionalidade da norma analisada.

Desta forma, o debate acerca da possibilidade de mitigação dos direitos e garantias dos terroristas mostra-se longe do fim, cabendo aos operadores do Direito, por meio do exercício de um juízo crítico com relação a norma, direcionar maior atenção quando da aplicação dos conceitos e punições trazidos em seu bojo, de forma a adequá-los aos princípios constitucionais vigentes.

¹⁰GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹¹ Id.



2. A ATECNIA DA PREVISÃO DE PUNIBILIDADE DOS ATOS PREPARATÓRIOS

A Lei Antiterrorismo tem sofrido críticas ao prever a possibilidade de punição dos atos preparatórios. Assim, para melhor compreensão da temática, faz-se necessário analisar e explicitar o que são os atos preparatórios de uma conduta criminosa.

Tais atos compreendem uma das fases do *iter criminis*, isto é, o caminho percorrido pelo agente ao pretender consumir alguma infração penal, razão pela qual só existe nos crimes dolosos.

A análise do *iter criminis* parte da fase interna, ou seja, do momento em que a infração penal está apenas na mente do indivíduo e vai até a fase externa do delito, com o advento da consumação do crime.

A primeira etapa para o cometimento do delito percorrida pelo indivíduo reside na cogitação, que é de ordem interna e repousa apenas no campo das ideias. Nada mais é do que o pensamento do agente direcionado a praticar a infração penal. A cogitação também é compreendida como um direito à perversão¹², isto é, a liberdade que as pessoas têm de serem más, perversas em seus pensamentos, sem que a elas seja cominada qualquer sanção penal.

É necessário ressaltar que o Direito Penal só deve se ocupar das condutas mais relevantes socialmente e que sejam aptas a causar algum tipo de lesão à um indivíduo ou a coletividade, e mais, precisa ser factível. Assim, como o pensamento se mostra meio inidôneo para tanto, ele deve ser um indiferente penal.

Após a cogitação, para o cometimento da empreitada criminosa, o agente adentrará na fase de preparação. É nesta etapa que reside a discussão sobre a possibilidade de punição destes atos tal qual está disposto na Lei nº 13260/16.

Cléber Masson¹³ aduz que “ato preparatório é, em verdade, a forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização de um delito planejado [...]”. Por tal razão sustenta que somente de maneira excepcional, ou seja, quando o legislador optar por incriminá-los de forma autônoma é que poderá haver punição, sendo exemplo de conduta preparatória

¹² MASSON, Cleber. *Direito penal parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. São Paulo: Método, 2016, p. 361-362.

¹³ *Ibid.*, p. 362.



passível de sanção a associação criminosa, constante do art. 288, do Código Penal¹⁴

Nesta mesma linha de raciocínio, Rogério Greco¹⁵ aponta que as condutas preparatórias só serão sancionadas quando o legislador decidir puni-las de forma autônoma, isto é, independentemente da consumação do delito principal.

João Paulo Martinelli¹⁶ enfatiza que a permissão de punição dos atos preparatórios nos moldes da lei antiterrorismo representa clara violação ao princípio da taxatividade que é derivado do princípio da legalidade, já que para tanto deveriam ser criados tipos penais autônomos, o que não deixaria margem para o intérprete inserir condutas indeterminadas a serem penalizadas, pois assim, “até mesmo uma mera reunião de pessoas pode ser considerada ato preparatório”, sustenta o autor.

É dessa maneira que tais juristas interpretam o comando do artigo 31, do Código Penal¹⁷, o qual somente admite excepcionalmente, quando houver disposição expressa com a criação de um tipo penal autônomo, a punibilidade dos atos preparatórios.

Nota-se que em tais casos o legislador cria um tipo penal incriminador transformando a conduta que seria preparatória, em conduta típica.

No exemplo da citada associação criminosa, o legislador descreve exatamente a conduta vedada e comina a sanção penal correspondente, fazendo com que, independente de cometer qualquer outro delito, a associação de três ou mais pessoas com o propósito de cometer crimes já seja um ilícito em si.

A problemática reside no fato de que a Lei Antiterrorismo inovou neste sentido, pois, em vez de criar um tipo penal novo incriminador das condutas preparatórias descrevendo-as minuciosamente, limitou-se a trazer a seguinte definição:

Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ lo Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

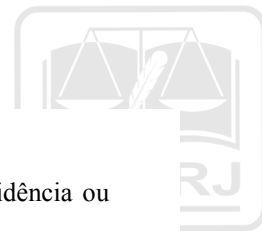
I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto

¹⁴BRASIL. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 247-248.

¹⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A nova lei “antiterrorismo” e a violação ao princípio da legalidade*. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/317671705/a-nova-lei-antiterrorismo-e-a-violacao-ao-principio-da-legalidade>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

¹⁷ BRASIL, op cit., nota 15.



daquele de sua residência ou nacionalidade; ou
II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.¹⁸

A segurança jurídica ficou demasiadamente comprometida, pois ao intérprete caberá solucionar a lacuna e responder quais são os atos preparatórios de terrorismo constantes do caput do referido artigo, o que maculará até mesmo os princípios da tipicidade e taxatividade.

Para Gabriel Habib¹⁹ em virtude dessa imprecisão legal da conduta, o tipo é inconstitucional. Para ele, quando o legislador confere autonomia delitiva a uma conduta que seria considerada preparatória, ela passa a ser um ato executório em si mesma, isolada e destacada do crime-fim, o que não ocorre na lei antiterrorismo.

Mas não é só: ao cominar à prática de atos preparatórios de terrorismo a pena correspondente ao delito, diminuída de ¼ até a metade, os delegados de polícia Henrique de Castro e Adriano Costa²⁰ sustentam que a norma pune por tentativa antes mesmo do início da execução do crime, o que não existe em nenhuma outra norma penal no ordenamento jurídico pátrio.

A ressalva que tais autores²¹ fazem diz respeito a quais condutas antecedentes poderão ser passíveis de punição, hipótese em que salientam que apenas as antecedentes mais próximas à prática do crime de terrorismo podem ser punidas, sob pena de se gerar uma responsabilização penal antecedente infinita, quando o direito penal deve se ocupar apenas das condutas mais relevantes e aptas a causar lesão a algum bem jurídico.

Como ficou demonstrado, o legislador não foi feliz ao prever uma possibilidade genérica de sanção a atos preparatórios do terrorismo, até mesmo porque grande parte destes atos já são criminalizados, como por exemplo o fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante, constante do artigo 253, do código penal e o atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo, conforme artigo 261,

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.260*, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

¹⁹HABIB apud GONÇALVES, Eduardo. *Lei antiterrorismo*. Disponível em: <<http://www.eduardorgoncalves.com.br/2016/03/lei-antiterrorismo.html>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²⁰ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei antiterrorismo inova com a tentativa antecipada do crime*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-20/lei-antiterrorismo-inova-tentativa-antecipada-crime>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²¹ Ibid.



também do código penal, dentre outros.

Ao que parece a Lei nº 13260/16 teve que ser editada de forma rápida para atender a pressão internacional em virtude dos eventos mundiais que seriam sediados no Brasil, razão pela qual o legislador quis punir mais severamente os atos de terror. Todavia, deixou de lado a boa técnica e os princípios que norteiam o direito penal.

Posto isso, em virtude da presunção de constitucionalidade das leis é necessário esperar para verificar como a jurisprudência se pronunciará quando questionada sobre a punibilidade dos atos preparatórios nos moldes desta legislação. Por ora, como restou demonstrado, a voz majoritária entre a doutrina é de que este artigo é inconstitucional por violar os princípios da legalidade, taxatividade e lesividade.

3. A FALTA DE TAXATIVIDADE DAS CONDUTAS COMO UM RETROCESSO EM MATÉRIA PENAL

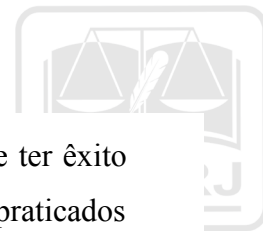
A Lei Antiterrorismo no Brasil trouxe conceitos indeterminados com relação às condutas a serem incriminadas, o que demonstra o interesse do legislador em uma maior repressão penal por intermédio da sanção como forma de combater o crime de terror.

É certo que a comunidade internacional discute a melhor forma de repressão e prevenção ao terrorismo e será que o endurecimento penal nos moldes da lei brasileira é a solução?

Em uma reportagem jornalística, Gary LaFree²², professor de criminologia e justiça criminal da Universidade de Maryland, mencionou seis razões pelas quais é tão difícil o combate ao terrorismo no mundo.

De acordo com o autor, uma das dificuldades apontadas é a falta de estratégia, visto que os estudos sobre o combate ao terror ainda estão no início, além disso, aponta também que apesar de devastadores, os ataques terroristas são raros, praticados por diversos grupos, sendo difícil apontar o causador de cada ataque para que assim possa ser apurada a responsabilidade dos seus integrantes.

²² LAFREE, Gary. *6 razões pelas quais combater o terrorismo mundial é tão desafiador*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/06/13/6-razoes-pelas-quais-combater-o-terrorismo-mundial-e-tao-desafia_a_22140670/> . Acesso em: 09 jan. 2018.



O Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan²³, sustenta que para se ter êxito nessa seara é importante haver uma estratégia global dotada de princípios a serem praticados pelos mais diversos países.

Para tanto, salienta a importância de dificultar o acesso dos terroristas às armas, viagens e obtenção de apoio financeiro, devendo haver punição dos Organismos Internacionais também aos Estados que auxiliarem de qualquer forma esta prática.

Ademais, ressalta que o risco do uso de armas químicas deve ser neutralizado com o reforço nos sistemas de saúde, que deve se preparar para enfrentar surtos de vírus mortais que venham a ser disseminados.

Aduz que os direitos humanos não devem ser ignorados no combate ao terror, já que ignorá-los seria a vitória dos terroristas, os quais violam frontalmente os direitos fundamentais.

É notório que dentre os pontos elencados, não houve menção a uma maior tipificação das condutas, estratégia adotada pela lei brasileira.

Luiz Flávio Gomes²⁴, dita que os países com mais sucesso no combate ao crime de homicídio, por exemplo, são aqueles nos quais há no sistema repressivo a certeza do castigo, indicando que o combate à impunidade mostra-se muito mais eficaz do que o volume das penas. Isso sem falar na prevenção que conta com educação de qualidade e acesso da população aos demais direitos básicos.

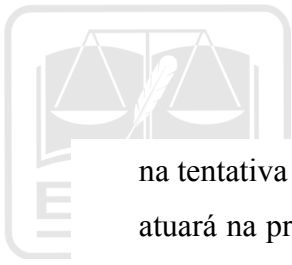
Portanto, de acordo com esse raciocínio, a mera previsão legal de um maior número de condutas incriminadas ou a mera criação de leis mais severas não se mostra suficiente, por si só, para combater ou inibir a criminalidade, caso o índice de impunidade esteja alto. Dito de outro modo, a criação de lei não implica necessariamente na certeza do castigo.

Neste aspecto percebe-se que a Lei Antiterrorismo vai de encontro ao que se pensa modernamente em relação ao direito penal, ou seja, atualmente não mais se entende como uma estratégia eficaz de combate a mera publicação de leis mais rígidas e que incluem em seu bojo até mesmo a mitigação de direitos fundamentais do indivíduo, supostamente, em prol da segurança pública.

O que efetivamente se entende como o correto hoje em dia, em termos de combate ao terror, é o necessário fortalecimento de diversos setores sociais, como a área da saúde pública,

²³ ANNAN, Kofi. *Uma estratégia mundial de combate ao terrorismo*. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/opiniaao/5918>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *O castigo penal severo diminui a criminalidade?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>>. Acesso em: 09 jan. 2018.



na tentativa de mitigar os efeitos danosos da conduta criminosa, e na área de segurança, a qual atuará na proteção das fronteiras, no controle das pessoas em trânsito no país, bem como nas investigações criminais, de forma a reduzir o grau de impunidade.

Contudo, na prática, os países têm utilizado diferentes estratégias na tentativa de coibir o terrorismo.

A França, em virtude dos sucessivos ataques terroristas que enfrentou, sancionou, em outubro de 2017, uma nova lei para tentar coibir tal criminalidade. No entanto, a referida norma é questionável do ponto de vista do respeito aos direitos fundamentais.

A estratégia adotada pelo país foi de restringir liberdades, possibilitando às autoridades locais vistoriar residências, fechar locais de culto ligados em que se dissemine o terrorismo e até mesmo limitar o trânsito de pessoas consideradas suspeitas²⁵, tudo em prol de uma maior proteção da sociedade.

Por outro lado, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal declarou uma série de aspectos de sua lei antiterrorismo inconstitucional porque atingiam os direitos fundamentais dos cidadãos ao possibilitar, por exemplo, que fossem instaladas câmeras e microfones em residências de suspeitos²⁶.

Importante destacar que o Tribunal entendeu que a falta de clareza e objetividade afetava a segurança jurídica. Tal problemática também parece existir na legislação brasileira, como exposto no capítulo anterior.

Na Argentina também foi editada uma lei antiterrorismo criticada por juristas pelos mesmos motivos: falta de clareza na definição do que se pretende incriminar²⁷.

Pelos motivos expostos verifica-se que apesar dos autores citados não vislumbrarem como uma estratégia eficaz de combate à criminalidade a mera criação de leis tipificando mais condutas, ou ainda, suprimindo liberdades, infere-se que, na prática, isto tem sido usado por diversos ordenamentos jurídicos, que parecem andar na contramão do direito penal moderno.

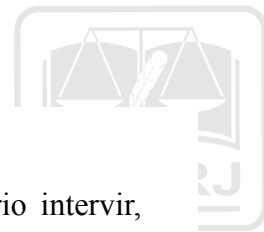
Tal supressão de direitos é encontrada na Lei Antiterrorismo brasileira, a qual reflete

²⁵ EXAME. *França substitui estado de emergência por nova lei antiterrorismo*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/franca-substitui-estado-de-emergencia-por-nova-lei-antiterrorismo/>>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶ TERRA. *Corte alemã declara parte de lei antiterrorismo inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/corte-alema-declara-parte-de-lei-antiterrorismo-inconstitucional,04acb6792a00ecb46e153b55c140552e9ti3y2eu.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁷ REUTERS. *Argentina promulga lei polêmica contra o terrorismo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/12/argentina-promulga-lei-polemica-contra-o-terrorismo.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.



um pensamento retrógrado em matéria penal.

Por tal razão, assim como ocorreu nos países citados, cabe ao judiciário intervir, identificando os pontos inconstitucionais, de forma a ratificar a ideia de que mesmo no combate aos crimes considerados mais gravosos, os direitos fundamentais dos envolvidos deve sempre ser respeitado.

CONCLUSÃO

Os ataques terroristas nos moldes atuais pertencem a um fenômeno relativamente moderno, razão pela qual as formas de prevenção e combate a esta espécie de criminalidade ainda estão sendo estudadas por especialistas em criminologia.

Por outro lado, não se pode permitir que os criminosos aproveitam a falta de normas para se organizar e reunir cada vez mais adeptos.

Assim, ainda que não haja uma conclusão sobre o melhor método, os Estados não podem deixar de elaborar suas normas afim de tipificar as condutas e prever punições aptas a reprimi-las.

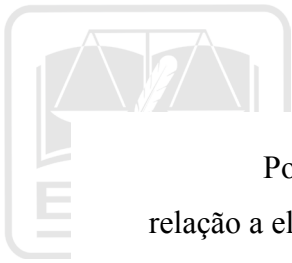
Ademais, cada Estado deve contribuir na tarefa de elaborar leis de combate ao terrorismo, porque por se tratar de fenômeno mundial, torna-se necessária uma maior união e cooperação destes para que se possa efetivamente reprimir este tipo de crime.

Porém, o ponto nodal da discussão é que por mais repressivo que o legislador queira ser, não poderá ignorar os preceitos ditados pela Constituição, pois é dela que devem partir todas as demais normas do ordenamento jurídico.

É evidente que a Lei nº 13260/16, na tentativa de “endurecer” o tratamento da criminalidade em relação ao terrorismo, acabou por utilizar ferramentas que ferem frontalmente diversos princípios constitucionais.

A todo cidadão deve ser dado ciência de quais condutas são proibidas pelo ordenamento jurídico, o que não permitirá que o intérprete cometa arbitrariedades.

Mas a Lei Antiterrorismo ao mencionar conceitos abertos e indeterminados para definir o que é o terrorismo e quais são os seus atos preparatórios deixou de ser taxativa e clara, violando, por conseguinte a segurança jurídica da população.



Por tal razão, a referida norma não deve servir como inspiração ao legislador com relação a elaboração de novas leis, pois, por mais severo e cruel que o crime seja, e, ainda, por mais que se queira evitar que ele ocorra, não é possível que os preceitos disciplinados na Constituição sejam simplesmente ignorados.

É preciso ressaltar mais uma vez o que fora mencionado com relação ao combate à impunidade, pois esse parece ser o melhor caminho para o triunfo do direito penal. Afinal, mais do que criar leis, é necessário inculcar na sociedade a certeza da punição quando houver desrespeito à norma.

Além disso, como o terrorismo é incomum no Brasil atual, além da edição da lei, é preciso preparo das instituições para caso ocorra um atentado, com reforço nos hospitais, e treinamento das policiais para agir de maneira rápida e eficaz e assim minimizar os efeitos danosos da conduta.

Assim, apesar de ter sido importante na ocasião em que foi editada uma lei antiterrorismo no Brasil, é necessário rever essa tendência brasileira de tentar combater a criminalidade com a mera edição de normas penais, em especial quando desconectadas de todo contexto constitucional.

Por esses motivos, a Lei nº 13260/16 representa um claro retrocesso penal e não deverá ser interpretada literalmente pelos operadores do direito sob pena de macular a segurança jurídica dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ANNAN, Kofi. *Uma estratégia mundial de combate ao terrorismo*. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/opiniao/5918>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Lei antiterrorismo e direito penal do inimigo*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. *Lei 13.260*, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.



CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei antiterrorismo inova com a tentativa antecipada do crime*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-20/lei-antiterrorismo-inova-tentativa-antecipada-crime>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

EL MUNDO. *Brasil está vulnerável a atentados em 2016, alertam especialistas*. Disponível em: <www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/07/17/interna_nacional,784528/terrorismo-brasil-atentados-2016-rio-olimpiadas.shtml>. Acesso em: 17 out. 2017.

EXAME. *França substitui estado de emergência por nova lei antiterrorismo*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/franca-substitui-estado-de-emergencia-por-nova-lei-antiterrorismo/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

G1. “Ataque com caminhão deixa dezenas de mortos em Nice, no sul da França”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/veiculo-atinge-multidao-em-queima-de-fogos-do-14-de-julho-em-nice.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *O castigo penal severo diminui a criminalidade?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

GONÇALVES, Eduardo. *Lei antiterrorismo*. Disponível em: <<http://www.eduardogoncalves.com.br/2016/03/lei-antiterrorismo.html>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 247-248.

_____. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 17 out. 2017.

LAFREE, Gary. *6 razões pelas quais combater o terrorismo mundial é tão desafiador*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/06/13/6-razoes-pelas-quais-combater-o-terrorismo-mundial-e-tao-desafia_a_22140670/>. Acesso em: 09 jan. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A nova lei “antiterrorismo” e a violação ao princípio da legalidade*. Disponível em: <<https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/317671705/a-nova-lei-antiterrorismo-e-a-violacao-ao-principio-da-legalidade>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. São Paulo: Método, 2016, p. 361-362.

REUTERS. *Argentina promulga lei polêmica contra o terrorismo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/12/argentina-promulga-lei-polemica-contra-o-terrorismo.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SAMPAIO, Lucas Bento. *A lei antiterrorismo e o retrocesso do direito penal*. Disponível em: <<https://lucasbentosampaio.jusbrasil.com.br/artigos/346287668/a-lei-antiterrorismo-e-o->



retrocesso-do-direito-penal>. Acesso em: 17 out. 2017.

WIKIPÉDIA. *Lista de ataques terroristas em eventos esportivos*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_ataques_terroristas_em_eventos_esportivos> . Acesso em: 17 out. 2017.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *versus* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: RESPONSABILIDADE PENAL EM CASOS DE LINCHAMENTO VIRTUAL

Gabriella de Miranda Ventura

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá em Petrópolis.

Resumo – com a popularização das redes sociais, era natural de se esperar que cada vez mais pessoas expusessem suas opiniões na internet, ao acesso amplo de todos. Cada vez mais pessoas querem se posicionar acerca dos temas que estão em pauta no país e no mundo. O trabalho, contudo, visa a discutir a maneira como os usuários de redes sociais vêm ultrapassando o limite da liberdade de expressão e ferindo o direito à honra individual.

Palavras-chave – Direito Constitucional e Direito Penal. Responsabilidade penal. Honra. Redes sociais.

Sumário – Introdução. 1. A dignidade do indivíduo e a liberdade de expressão. 2. As redes sociais e a honra do sujeito – responsabilidade penal. 3. A mudança de foco: a crítica focada no sujeito em detrimento do fato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva discutir a responsabilidade penal de indivíduos que, a pretexto de emitirem opiniões sobre determinado tema em redes sociais, acabam por atacar, de forma pessoal, e por não observarem o regramento vigente, a honra e a moral alheia.

A esse respeito, será utilizado como exemplo base a situação do juiz José Eugênio do Amaral Souza Neto, responsável por determinar a soltura de Diego Ferreira de Novais, indivíduo que ejaculou em uma mulher no interior de um coletivo, em São Paulo. Na ocasião, o magistrado foi verdadeiramente execrado pela opinião pública em razão de sua decisão e, com isso, suportou ataques à sua honra pessoal.

Considerando a cada vez maior democratização do acesso à internet, as redes sociais ganharam considerável espaço na vida das pessoas. Se por um lado o livre acesso às redes possibilita a dinamização do compartilhamento de informações, já que a produção desse tipo



de conteúdo muitas vezes se dá em tempo real ou ao menos de forma mais célere do que é possível a outros veículos, por outro lado isso também trouxe problemas.

Essa democratização, aliada à demanda da sociedade por mais informação e a própria polarização acerca de temas de enfoque político e social, que culminam na busca de grupos com pensamento homogêneo nas redes sociais, fizeram com que cada vez mais pessoas busquem se posicionar. Isso não seria problema se as normas sociais e penais vigentes fossem observadas.

Imbuídos pela ânsia de marcar posição sobre o evento e pelo senso de agrupamento, o que se vê é o cometimento de ilícitos penais decorrente do ataque à moral alheia a pretexto da fruição da “liberdade de expressão”, que não é absoluta. A relevância social e jurídica do tema tangencia essa questão. Não é aceitável que a pretexto de se emitir uma opinião se infrinja o regramento jurídico positivado.

Com esse pensamento, considerando se tratar de dois institutos protegidos pelo ordenamento jurídico, no primeiro capítulo analisa-se a forma de se amparar a honra do indivíduo sem que haja cerceamento à liberdade de expressão dos sujeitos que criticam a posição daquele.

Além disso, pretende-se discutir, no segundo capítulo do trabalho, a consequência, no âmbito penal, da não observância das regras protetoras da honra do sujeito ao se comentar uma situação nas redes sociais.

Por fim, a pesquisa cuida, ainda, já no terceiro capítulo, apresentar a necessidade de o foco da crítica ser o fato, o evento e suas problemáticas em si, e não o indivíduo.

A metodologia desenvolvida no trabalho é a bibliográfica e de estudo de caso, e a abordagem do objeto da pesquisa, qualitativa, já que o pesquisador pretende, a partir dos ensinamentos doutrinários, sustentar a sua tese.

1. A DIGNIDADE DO INDIVÍDUO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da resolução nº 217 A III, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto¹, já em seu preâmbulo, faz referência à dignidade como característica intrínseca a todo ser humano.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos², vinte e um anos depois, já em 1969, afirmou a defesa da honra e dignidade do indivíduo ao mencionar que toda pessoa humana terá direito de ser respeitado nesses aspectos.

Por sua vez, já no âmbito do direito interno, em seu artigo 1º, inciso III, a Carta da República³ apresentou, como centro de interpretação constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

A posição topográfica do dispositivo, logo na abertura da Lei Maior evidencia a intenção do legislador de dar singular importância ao preceito. Barroso⁴, a esse respeito, ensinando que os direitos fundamentais deverão ser estudados a partir desse princípio basilar, descreve sua importância elevando-a a categoria de sistema originário, sustentando a necessidade do “desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”.

Ao tratar a dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet⁵ a conceitua como “qualidade intrínseca da pessoa humana”. Não é necessário que o indivíduo cumpra algum requisito ou porte-se de alguma maneira específica, bastando que ostente a condição de ser humano para que seja acolhido pelo princípio.

¹PARIS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

²COSTA RICA. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 08 mar. 2018.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012, p. 75.



Dessa maneira, o autor⁶ aponta a correta atividade legislferante do constituinte ao fazer constar de forma expressa “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

Por outro lado, a liberdade de expressão também encontra amparo tanto em tratados internacionais como na legislação maior pátria.

O decreto presidencial n° 592⁷, de 1992, oriundo da aprovação, por parte do Congresso Nacional, do decreto legislativo n. 226, responsável, aquele, pela internalização do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu artigo 19, 2, assevera a liberdade de expressão como um direito inerente a todos.

Nesse sentido, o dispositivo elenca, embora não de maneira taxativa, as circunstâncias abarcadas pelo direito à liberdade de expressão, “[...] a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”

Já no direito interno, a liberdade de expressão, preceito normativo previsto ao teor do artigo 5º, inciso IX da Constituição⁸ constituiu-se direito fundamental individual. É por força desse princípio que se admite a manifestação livre do pensamento, sem submissão à censura ou autorização para tanto.

Como qualquer direito, no entanto, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando limite, pois, na própria dignidade da pessoa humana, alçada, como já afirmado⁹, na Constituição Federal, a verdadeiro fundamento republicano.

A respeito da limitação aos direitos fundamentais, Ingo Sarlet¹⁰ salienta que a restrição se justifica desde que observados, frente à Constituição, os pontos de vista formal e material:

[...] eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabelam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz

⁶Ibidem.

⁷BRASIL. *Decreto n° 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁸BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹Ibidem.

¹⁰SARLET. op. cit., 2012.

com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.

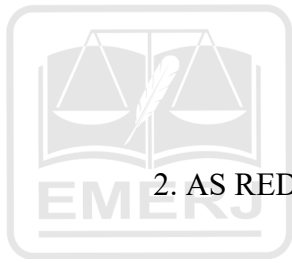
Ainda no tocante ao tema, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal¹¹, julgando o *habeas corpus* n. 82424, do Rio Grande do Sul, fez menção expressa à limitação da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos de semelhante amplitude de garantia e aplicação.

Na ocasião, consignou-se que a liberdade de expressão não é, pois, um direito de natureza absoluta, o que faz com que sofra limitação em face de outros direitos e garantias igualmente tutelados pelo direito.

A honra do indivíduo, entendida como sua reputação, a par de também estar prevista no artigo 5º, inciso X da Constituição como direito inviolável, também foi definida como direito da personalidade no ordenamento jurídico pátrio. Calcado que está na própria dignidade da pessoa humana, a honra merece amparo ao ser confrontada com a liberdade de expressão, que, como já se viu, é passível de relativização.

Isso se dá quando se analisa a dignidade da pessoa humana *versus* a liberdade de expressão, estabelecendo-se uma ponderação de interesses a fim de solucionar o impasse. Em que pese a liberdade de expressão seja sedimentada no próprio Estado Democrático de Direito, que não admite o cerceamento do direito de se manifestar, não é possível que, a pretexto de se emitir determinado pensamento, se afronte direito à honra alheia.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Mauricio Corrêa. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>>. Acesso em: 10 mar. 2018.



2. AS REDES SOCIAIS E A HONRA DO SUJEITO – RESPONSABILIDADE PENAL

Em 29 de Agosto de 2017, Diego Ferreira de Novais foi preso em flagrante delito, no município de São Paulo, pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 213 do Código Penal¹², dispositivo que define, no ordenamento jurídico brasileiro, o delito de estupro.

Na ocasião, Diego, em um ônibus, na capital paulista, se masturbou e ejaculou no pescoço de Cíntia Souza, que viajava sentada no mesmo coletivo que ele.

Encaminhado à audiência de custódia no dia seguinte ao ato flagrancial, Diego teve sua prisão relaxada¹³ pelo magistrado José Eugenio do Amaral Souza Neto, após manifestação favorável do membro do Ministério Público e do defensor que acompanhava o indiciado.

O relaxamento da prisão em flagrante, nos termos do artigo 310, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁴ destina-se a prisões ilegais. O juiz em questão, discordando da capitulação indicada pela autoridade policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, entendeu que a prisão do indiciado era ilegal, porque o delito que Diego cometera não era aquele previsto no artigo 213, do Código Penal, mas sim a contravenção penal disposta no artigo 61, do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais¹⁵).

Enquanto o crime de estupro (artigo 213 do Código Penal) tem pena de reclusão, de 6 a 10 anos e é considerado hediondo, na forma do artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.072, de 1990 (Lei dos crimes hediondos)¹⁶, a importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei das Contravenções) não admite prisão, mas apenas imposição de multa.

Quando a decisão tomou a imprensa, alguns indivíduos que se opunham à decisão do juiz puseram-se a atacá-lo. Na época, a comunidade jurídica foi instada a esclarecer a

¹²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo. Termo de audiência de custódia. Processo nº 0076565-59.2017.8.26.0050. Juiz: José Eugênio do Amaral Souza Neto. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/09/20170901185659616.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁴BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁵BRASIL. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁶BRASIL. *Lei dos crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.



semântica do verbo “constranger”, núcleo do tipo penal do delito de estupro. Discutia-se se o sentido aplicado ao tipo era o de constrangimento coloquial, usual, ou se havia definição especificamente jurídica para o vocábulo.

O que se seguiu a esse relaxamento de flagrante foi um verdadeiro ataque mais ao magistrado que à sua decisão. Alguns que se opunham à decisão prolatada pelo juiz, no lugar de, portanto, atacarem a tecnicidade do *decisum*, puseram-se a atacar o indivíduo em si¹⁷.

Caso que chamou especial atenção foi o de uma charge¹⁸ criada para satirizar o ocorrido. Na imagem foi possível observar um pênis pixelado ereto, ejaculando na lateral do rosto de um homem vestido com trajes que nos faz concluir se tratar de um magistrado. Um balão de diálogo foi direcionado para a boca do juiz com os dizeres “Não é crime!”.

Analisando e conceituando atitudes praticadas a partir de casos como o que ora se analisa, ocorridos no âmbito da internet, especificamente em redes sociais, Karen Tank¹⁹, sustenta seu ponto a respeito da intolerância, conceituando-a como:

[...] o desrespeito à diversidade e um dos principais fomentos do discurso do ódio (SANTOS & CUNHA, 2014), o qual ganhou terreno fértil no contexto da Internet, provavelmente pelos fatores: rapidez, possibilidade de anonimato e alcance global. Não há nenhuma preocupação com o efeito que palavras duras ditas em redes sociais possa magoar, entristecer ou arruinar a vida de alguém; pelo contrário, parece ser esse mesmo o objetivo (BRUM, 2015).

O Código Penal, em seu título I da denominada “Parte Especial”, capítulo V, entre os artigos 138 e 145 apresenta as disposições legislativas acerca dos crimes contra a honra.

Importa ao presente trabalho, em específico, as disposições previstas nos artigos 139 e 140 do Estatuto Repressor, que serão analisadas.

O artigo 139, do Código Penal define difamação como o ato de “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”²⁰. O dispositivo prevê, em seu preceito secundário, a pena de detenção, de três meses a um ano, além de multa.

¹⁷MARZANO, Francielle. *Famosos se revoltam com juiz que liberou homem após ejacular em mulher*. Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/e-mais/2017/09/01/noticia-e-mais,212664/famosos-se-revoltam-com-juiz-que-liberou-homem-apos-ejacular-em-mulher.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁸AUTOR NÃO IDENTIFICADO. Disponível em: <<http://agemt.org/contraponto/wp-content/uploads/2017/09/charge1.jpg>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁹ MACEDO, Karen Tank Mercuri. *Linchamentos virtuais: paradoxos nas relações sociais contemporâneas*. 2016. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) – Universidade Estadual de Campinas, Limeira, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/321038/1/Mercuri_KarenTank_M.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 10.



Cezar Roberto Bitencourt²¹, em seu Código Penal Comentado, ensina que o que o dispositivo em questão busca proteger é a visão que a sociedade tem daquela pessoa. Ou seja, é a reputação diante de determinada sociedade.

Tratando sobre reputação, o autor²² a qualifica como aquilo que o indivíduo representa perante a comunidade em que vive:

[...] é a estima moral, intelectual ou profissional que alguém goza no meio em que vive; reputação é um conceito social. A difamação pode, eventualmente, não atingir essas virtudes ou qualidades que dotam o indivíduo no seu meio social, mas, assim mesmo, violar aquele respeito social mínimo a que todos têm direito. Esse, aliás, é um dos fundamentos pelos quais os desonrados também podem ser sujeito passivo desse crime.

Ainda lecionando sobre a difamação e sobre a adequação do fato à norma positiva, Bitencourt²³ indica que a ação de difamar:

[...] consiste em atribuir fato ofensivo à reputação do imputado – acontecimento concreto –, e não conceito ou opinião, por mais gravosos ou aviltantes que possam ser. No enterro simbólico da vítima, por exemplo, poderá existir injúria, mas nunca difamação, embora, muitas vezes, a difamação absorva a própria injúria, quando ambas resultem de fato único, sendo impossível falar em concurso de crimes, ante o princípio da consunção.

Já nos termos do disposto no artigo 140, constitui crime de injúria o ato de “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”²⁴. Tal crime, ao menos no que toca à pena prevista pelo legislador, é delito menos grave do que o anteriormente citado – a difamação.

A pena prevista para o crime de injúria é de um a seis meses de detenção, assim como na hipótese do delito de difamação. Contudo, o legislador previu que para o primeiro caso, a pena aplicada pode ser exclusivamente de multa, em substituição à pena de detenção.

Como o próprio capítulo evidencia, o bem jurídico tutelado pela norma é a honra do sujeito. Diferenciando os dois delitos, Bitencourt²⁵ ensina que enquanto a difamação tutela a reputação, a injúria, por sua vez, protege a própria estima que o sujeito tem de si. A honra tutelada pelo crime de difamação, de acordo com os ensinamentos já sedimentados da doutrina clássica, é a honra objetiva, enquanto na injúria é a subjetiva.

Analisando o núcleo, ou seja, o verbo do tipo penal, Guilherme de Souza Nucci²⁶ interpreta o ato de injuriar como “ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou

²¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

²²Ibidem.

²³Ibidem.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁵BITENCOURT, op. cit., nota 17, p. 371.

²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 687.



o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma.”

Outra diferença entre os institutos reside no fato de o preceito primário do crime de difamação ter como elementar a imputação de um fato. Não se trata de uma característica ou afim, mas de um fato.

Por sua vez, o crime de injúria é bem mais abrangente, comportando qualquer ofensa à dignidade ou ao decoro, seja por palavra ou gesto, não requerendo que o ato de injuriar tenha sido praticado por meio de um fato concreto. Para Bitencourt²⁷, o atributo intelectual está contido e protegido pelo decoro e pela dignidade, atributos afetados no ato injurioso.

Em hipóteses de situações duvidosas em relação à adequação do fato observado ao crime tipificado, Bitencourt²⁸ leciona ser preferível interpretá-lo como se injúria fosse. Em primeiro lugar, porque é o crime menos gravoso, de menor *quantum* de pena, dos previstos contra a honra. E em segundo lugar porque se trata do delito mais abrangente, que abarca mais situações desonrosas.

Partindo dessas considerações para o caso do magistrado José Eugênio, os indivíduos que a partir de seus comentários críticos fizeram crer que o magistrado, de algum modo, prestigiou a ação de um sujeito que ejaculou em uma mulher no transporte público, feriram a honra objetiva do julgador, ou seja, sua reputação em seu meio social, notadamente o profissional.

De outro lado, a despeito da repulsa que o fato em comento causa, já que se trata de uma situação de absoluta falta de respeito com o outro enquanto indivíduo, aqueles que bradaram palavras raivosas contra o juiz, precipitando-se em uma análise superficial voltada justo para o indivíduo e não para a tecnicidade de sua decisão, também cometeram, ao menos em tese, uma infração penal, mas esta de injúria, já que atingiram a estima própria do magistrado.

²⁷BITENCOURT, op. cit., nota 17.

²⁸Ibidem.



3. MUDANÇA DE FOCO: A CRÍTICA FOCADA NO SUJEITO EM DETRIMENTO DO FATO

A popularização das redes sociais e a ampliação da voz dos indivíduos e dos fatos vivenciados teve como consequência a exacerbação da pressão social. Com a informação agora difundida em massa e de forma muito mais rápida do que por meio de outros veículos, é natural que cada vez mais pessoas se posicionem a respeito dos acontecimentos.

Contudo, a sanha em marcar posição tão logo o fato seja divulgado pode trazer consequências.

A primeira é a multiplicação das *fake news*, situação que tem se propagado e tema sobre o qual o jornalismo brasileiro vem se debruçando nos últimos tempos. A segunda, por sua vez, é a precipitação de centralizar a crítica mais no indivíduo do que no fato em si.

Aqui, dois exemplos devem ser citados para melhor compreensão do tema colocado em debate.

O primeiro caso é o de Justina Sacco²⁹, ocorrido no ano de 2013. Na ocasião, Justine, antes de embarcar em seu voo, postou uma mensagem em uma rede social dizendo que viajaria para a África e que esperava não contraísse AIDS. Ainda no texto, Justine sustentou que seu desejo exposto não passava de brincadeira, afinal, tratava-se de uma mulher branca.

Durante o voo, e sem que a autora da mensagem tivesse noção do que estava acontecendo do lado de fora daquele avião, o nome de Justine já estava nos *trending topics* do site, como o assunto mais comentado daquela rede. Somente quando seu voo foi finalizado é que Justine soube o que acontecera, logo após ter recebido milhares de mensagens³⁰.

Segundo o jornalista Jon Ronson³¹, Justine concedeu entrevista alegando que usou um tom sarcástico – “maluco”, segundo a entrevistada – em seu comentário: a mensagem era tão absurda e de tamanha ignorância, que ela não imaginou que seria levada a sério.

De fato, não é possível aferir, com absoluta convicção, o sarcasmo na mensagem textual proposta. Pelo comentário, Justine foi apontada racista. Observe-se que, sem qualquer aferição de entonação, ou seja, lida na literalidade, a mensagem o era.

²⁹RONSON, Jon. *A vida por um tuíte*: como uma frase infeliz pode destruir uma pessoa. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-vida-por-um-tuite/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.



O segundo caso é o episódio já citado no segundo capítulo deste artigo, que envolveu a decisão do juiz José Eugenio do Amaral Souza Neto.

Não se discute a repugnância que ambos os casos – a mensagem racista de Justine e a masturbação e ejaculação sem consentimento – causam. Entretanto, nas duas situações é de se ver que a crítica transcendeu do fato analisado para atingir, apenas, os indivíduos envolvidos.

Antes que os temas de racismo e de estupro e violência contra a mulher viessem à baila como um mal social estrutural a ser discutido, de primeira os comentários indignados eram em relação às pessoas, direcionados para tachar os indivíduos de racista, no caso de Justine, e de machista e defensor de estuprador, no caso do magistrado.

O debate a respeito de temas sensíveis à sociedade sempre deve ser cobrado, mas não é possível que haja um considerável redirecionamento do tema que se pretende discutir para o indivíduo vinculado ao fato. É necessário que a conduta seja debatida, mas sem que haja ofensa a direitos básicos e inerentes a toda pessoa humana, como a honra.

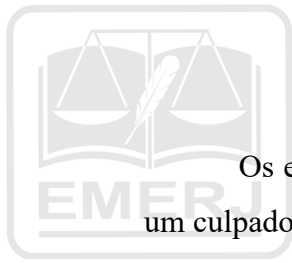
CONCLUSÃO

Esta pesquisa observou que o maior uso, por parte dos usuários, das redes sociais trouxe à baila problemas que tocam a ordem do Direito posto.

Se por um lado é positiva a percepção que as pessoas estão se informando mais, e, assim, exercendo de forma mais aprofundada sua cidadania, de outro é necessário que as normas vigentes sejam observadas por todos os jurisdicionados, não importando se nas relações pessoais físicas ou pelo contato *online*.

Buscou-se, aqui, discutir a dicotomia dignidade *versus* liberdade de expressão, princípios que permearam toda a pesquisa. Ao fim, constatou-se não ser possível se admita que, na condição de usuários de redes sociais, indivíduos se sintam à vontade para, sob o manto da liberdade de expressão, proferir impropérios contra outrem.

No bojo da pesquisa sustentou-se a preferência pela crítica focada no ato ou fato praticado e não no sujeito praticante. Isso buscando um melhor aproveitamento do debate gerado em torno da situação, principalmente sob o ponto de vista didático – para aquele que praticou fato reputado inadequado.



Os exemplos utilizados para tratar do tema demonstram a pouca efetividade de buscar um culpado para o ato trazido à exposição. Do ponto de vista do debate proposto, melhor seria que o enfoque fosse dado ao fato em detrimento do sujeito em si.

É importante que temas sensíveis ao avanço da sociedade sejam colocados em pauta. É possível que aspectos estruturais negativos – como o machismo e o racismo, citados no trabalho – sejam mudados a partir de uma propositura de debates.

É fato que questões atinentes ao racismo e ao machismo foram há muito silenciadas, num período em que, ao menos no que diz respeito ao primeiro, se acreditava não era um problema que assolava a nossa sociedade. Por óbvio, um fato social sobre o qual não se fala não deixa de existir por isso. É o diálogo que tem potência para promover a mudança de comportamentos sociais.

Todavia, é necessário observar a norma vigente, que deve envolver qualquer debate em um estado democrático de direito. Não se pode abrir mão da observância das normas postas, que protegem o indivíduo, a pretexto de trazer um debate à baila.

Por isso, a pesquisa demonstrou haver, no ordenamento jurídico pátrio vigente, mecanismos dados a combater os excessos praticados por esses indivíduos, que confundem ofensa ao sujeito com liberdade de expressão.

É imprescindível que se lance mão de tais mecanismos, que deverão permear todo e qualquer debate social, sob pena de o próprio direito e os elementos que se têm para defendê-lo tornarem-se desmoralizados e desacreditados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Lei dos Crimes Hediondos*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo. Termo de audiência de custódia. Processo nº 0076565-59.2017.8.26.0050. Juiz: José Eugênio do Amaral Souza Neto. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/09/20170901185659616.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

COSTA RICA. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 08 mar. 2018.

MACEDO, Karen Tank Mercuri. *Linchamentos virtuais: paradoxos nas relações sociais contemporâneas*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) – Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: repositorio.unicamp.br/bitstream/REP_OSIP/321038/1/Mercuri_KarenTank_M.pdf.

MARZANO, Francielle. *Famosos se revoltam com juiz que liberou homem após ejacular em mulher*. Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/e-mais/2017/09/01/noticia-e-mais,212664/famosos-se-revoltam-com-juiz-que-liberou-homem-apos-ejacular-em-mulher.shtml>. Acesso em: 13 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARIS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

RONSON, Jon. *A vida por um tuíte: como uma frase infeliz pode destruir uma pessoa*. Disponível em: <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-vida-por-um-tuite/>. Acesso em: 23 mar. 2018.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

ZORZANELLI, M. *Juiz ejacula sobre Código Penal em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.sensacionalista.com.br/2017/09/01/juiz-ejacula-sobre-codigo-penal-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 13 out. 2017.

OS CONTORNOS DELINEADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PATERNA POR ABANDONO AFETIVO E A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Giovanna Cavalcanti Nunes

Graduada pela
Universidade Federal do
Rio de Janeiro – UFRJ.
Advogada.

Resumo – O Direito de Família tem sofrido inúmeras transformações nas últimas décadas, reconhecendo-se cada vez mais a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar. O conceito de família vem sendo analisado sob uma ótica mais moderna que se fortalece no afeto entre os indivíduos dela integrantes. No entanto, na contramão de todo o avanço, pais ainda abandonam seus filhos, faltando no cumprimento dos deveres previstos constitucionalmente de convivência familiar, prestação de auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de não arcar com a assistência material, violando seus direitos fundamentais. Com isso, começou-se a discutir a possibilidade de indenizar os filhos que sofreram com a dor da ausência e tiveram danos comprovados em sua personalidade. Alvo de muitas críticas, o tema ganhou nome e contornos na jurisprudência. A essência desse trabalho é abordar o tema através de uma análise dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais que o envolvem.

Palavras-chave – Direito de Família. Poder Familiar. Responsabilidade Civil. Indenização por abandono afetivo.

Sumário – Introdução. 1. Evolução histórica da entidade familiar e da importância do vínculo afetivo. 2. Estudo sobre o cabimento do dano moral decorrente do abandono afetivo 3. Como os Tribunais têm se posicionado diante do tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca revelar a tendência jurisprudencial dos Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de responsabilização dos pais por abandono afetivo de seus filhos. Pretende com isso esclarecer tema recentíssimo e portanto permeado de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, fato esse que torna extremamente interessante o estudo da questão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do tema, e abordando o conceito de direito de família que certamente vai variar de acordo com o contexto temporal, cultural, político e econômico em que a mesma esteja inserida, sendo certo, no entanto, que, em todos eles, a família é entendida como célula mater da sociedade.

A definição de família nos tempos modernos tem se expandido, inclusive sendo entendido como aquela em que os indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou



da afinidade, sendo conhecido como conceito amplíssimo de família, que coloca o afeto como parâmetro para definir as relações humanas.

É inegável a importância do afeto e do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º III, CRFB) dentro do contexto do direito de família. No entanto, infelizmente está longe de ser essa a realidade brasileira. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, com base no Censo de 2011, há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento, fato este que lesiona o direito à personalidade e identidade de toda criança.

O segundo capítulo destina-se a discorrer sobre o cabimento do dano moral decorrente do abandono afetivo. Dependendo da situação em que ocorre a negativa de afetividade parental, tem-se um contexto familiar com consequências nocivas para o menor relegado que reflete em vários momentos de sua vida. De outro lado, inúmeras críticas surgem acerca do tema no sentido de que não é possível exigir de alguém uma prestação de amor que vá além de uma despesa alimentícia.

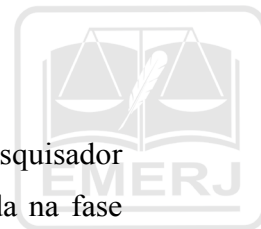
Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, com um foco mais jurídico, por meio de uma profunda análise jurisprudencial, os contornos delineados pelas decisões dos tribunais brasileiros e principalmente do Superior Tribunal de Justiça no que tange à possibilidade de indenização aos filhos por dano moral nos casos em que houve abandono de afeto, cuidado e atenção que toda criança inegavelmente merece de seu pai.

Além disso, é importante estabelecer uma delimitação dos requisitos e condições para que alguém tenha direito à indenização em casos como esses, pois não é possível punir todo e qualquer pai que já faltou com afeto, amor e atenção. É essencial estudar as mais recentes decisões de modo a traçar os parâmetros que os Tribunais tem escolhido para que o abandono seja passível de indenização.

Da mesma forma, é importante indagar se a indenização ao filho que sofreu o abandono e a carência de uma criação sem seu pai é a melhor forma de resolver a questão, ao passo que muitas vezes a distância emocional pode ser ainda maior depois do trânsito em julgado de uma decisão judicial.

A relevância do presente artigo é organizar o entendimento jurisprudencial e comprovar a importância da pacificação do tema, de modo a garantir uma maior segurança jurídica.

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.



A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é 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. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR E A IMPORTÂNCIA DO VÍNCULO AFETIVO

Os manuais de Família¹ conceituam família como a célula mater da sociedade, onde os laços familiares formados constituem fatos naturais, ou seja, a família se constitui de forma espontânea no meio social.

De fato, de acordo com a Constituição Federal², em seu Art. 226, a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado. No entanto, o conceito de família vem sendo analisado a cada dia mais fora de uma visão tradicional e dentro de uma visão mais moderna, inclusive sendo entendida como aquela em que os indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou até mesmo afinidade, formando um conceito amplíssimo de família, que se fortalece no afeto entre os indivíduos dela integrantes.

A jurisprudência³ tem sido protagonista de inúmeras decisões transformadoras da realidade brasileira, rompendo com pensamentos e ideias machistas, inovando e exercendo papel contramajoritário defendendo as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais. Temos como exemplos dessas decisões o reconhecimento da união homoafetiva, o casamento homoafetivo, a adoção de filhos por casais homossexuais, multiparentalidade, parentalidade socioafetiva como forma de parentesco etc. Em todas essas decisões, identifica-se um pilar: a afetividade.

O afeto não se confunde necessariamente com o amor. Segundo Flávio Tartuce⁴, afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132*. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

⁴ TARTUCE, Flavio. *O princípio da afetividade no direito de Família*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 19 set. 2017.



Dessa forma, percebe-se que o conceito de família vai muito além de uma instituição social de pessoas agrupadas em razão de vínculo de casamento, união estável ou descendência. Flávio Tartuce afirma que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar, apesar de não existir ainda uma previsão expressa na legislação⁵. Portanto, o conceito de família ainda está em processo de construção jurídica.

Então, apesar de alguns grupos religiosos tentarem modificar o conceito formal de família, como por exemplo o projeto de lei (Estatuto da Família)⁶ que tramita na Câmara dos Deputados e objetiva restringir a proteção à família aos casados e em união estável, é evidente que, materialmente, a noção de família está se divorciando da noção de enlace religioso, econômico, político ou até mesmo objetiva fins reprodutivos e se aproximando à noção de família moderna, repaginada pelos fenômenos sociais.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁷ conceituam a família como o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes segundo a dignidade humana de cada um. Reconhecem portanto, a importância do tema objeto desse estudo.

Ultrapassada a noção conceitual e imergindo no amparo legal do tema, percebe-se que Constituição Federal⁸ e a Lei nº 8.069/90 (ECA)⁹ consagram a proteção integral da criança e do adolescente, vetor interpretativo da legislação civilista acerca do poder familiar.

O dever de convivência familiar, compreendendo o dever dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é entendido como direito fundamental da criança e do adolescente, consoante se extrai da legislação civil, de matriz constitucional (Constituição Federal, art. 227).

O Código Civil¹⁰ e a Lei 8.069/90¹¹ também traz, em vários artigos a obrigação dos pais de zelar pelo sustento, guarda e educação dos filhos sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção.

⁵ Ibidem.

⁶ FERREIRA, Anderson. *Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761>. Acesso em: 19 set. 2017.

⁷ STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família, vol. VI, São Paulo: Saraiva 2012, p.44.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 01.

⁹ BRASIL. *Lei nº 8069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 05.



No entanto, infelizmente, a realidade brasileira está muito longe do ideal, milhares de crianças e adolescentes não conhecem seus genitores, principalmente seu pai, sofrem rejeição desde a infância e crescem sem a presença da figura masculina, dando-lhe suporte nos momentos de felicidade e tristeza. Outras vezes, esses jovens conhecem seu pai mas este não lhe dá afeto, atenção, cuidado nem mesmo lhe presta alimentos.

Evidente portanto, que essa rejeição causará um enorme impacto na vida desses jovens. Pesquisas científicas como a feita pela Universidade de Connecticut ¹²(EUA) revelam que ser amado ou rejeitado pelos pais afeta a personalidade e o desenvolvimento de personalidade nas crianças até a fase adulta. Isso significa que as relações na infância, especialmente com os pais e outras figuras de responsáveis, moldam a construção da personalidade.

Com isso, fica claro que o abandono afetivo sempre existiu e é muito comum em nosso cotidiano. No entanto, somente há alguns anos atrás ele ganhou nome, definição e vem aos poucos recebendo destaque por uma doutrina ainda muito restrita, de artigos escritos por civilistas sobre o tema e principalmente, pela jurisprudência do STJ, em inéditos julgamentos, sendo um recentíssimo, que serão trabalhados ao longo do artigo.

Para não haver confusão, é essencial diferenciar a pensão alimentícia da indenização por dano moral, tema aqui tratado. A pensão alimentícia, prevista na Lei 5.478/68 ¹³consiste em prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. É um valor estabelecido pelo juiz, que deve ser pago mensalmente pelo pensioneiro para manter os filhos com o essencial para uma vida digna. O nosso ordenamento jurídico prevê inclusive hipótese de prisão no caso de não pagamento de pensão alimentícia.

Já a indenização por abandono afetivo será tratada mais adiante, mas consiste basicamente em um ressarcimento financeiro por um dano grave causado na personalidade de alguém por ausência de apoio de um ou ambos os seus pais. No caso deste trabalho especificamente, haverá uma análise somente da ausência da figura paterna pois caso contrário seria muito difícil delimitar o tema e realizar uma profunda análise jurisprudencial.

Ultrapassado esse ponto, é evidente que muitos pais não cumprem diligentemente com seus deveres, sumindo, constituindo novos vínculos de afeto, casando novamente, tendo outros filhos, se recolhendo em estabelecimentos penitenciários, ou seja, a sociedade não se espanta em saber que um filho está sendo criado sem seu progenitor.

¹² ROHNER, Ronald; ROHNER, Nancy. (*The Ronald and Nancy Rohner Center for the Study of Interpersonal Acceptance and Rejection*). Disponível em: <<http://csiar.uconn.edu/>>. Acesso em: 20 de set. 2017.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 20 de set. 2017.



Portanto, cabe aqui uma reflexão em busca de uma nova noção de obrigação de prestação de cuidados essenciais e de apoio material, muito diferente daquela meramente moral de que os pais devem assistir aos seus filhos, prevista na Constituição¹⁴ como letra morta.

É interessante ter uma visão prática e efetiva da obrigação dos pais e caso haja descumprimento desse dever, aplicar sanções como prisão civil no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia e indenização no caso de abandono afetivo em casos bem delimitados pela jurisprudência.

2. ESTUDO SOBRE O CABIMENTO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Para que se possa falar em responsabilidade civil, o art. 186, do Código Civil¹⁵ dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E quem comete ato ilícito, tem o dever de indenizar, conforme redação do art. 927, do Código Civil¹⁶: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

De acordo com Tartuce¹⁷, existem quatro pressupostos do dever de indenizar: conduta humana, culpa genérica ou lato sensu, nexa de causalidade, dano ou prejuízo. Para que se defenda a responsabilidade civil entre pais e filhos é indispensável a verificação destes elementos no caso concreto, de forma que não é todo caso de abandono que enseja indenização.

Somente em casos extremos, em que o abandono traga consequências reais para a criança e haja comprovação por meio de prova pericial, testemunhal entre outras, que será possível a indenização.

Assim sendo, em decorrência da evolução do direito da família, a questão do abandono afetivo foi sendo gradativamente levada ao judiciário, que se viu, em nome do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, levado a decidir sobre a possibilidade de reparação moral em situações diversas, ainda que sem parâmetros previamente definidos pela lei.

Anna Carolina Dias Teixeira Lima¹⁸ explica que

¹⁴ Ibidem, op. cit., nota 01.

¹⁵ Op.cit., nota 8.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

¹⁸ LIMA, Anna Carolina Dias Teixeira. *Responsabilidade Civil nos Casos de Abandono Afetivo Parental*. Artigo (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Pós-graduado) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

Embora a legislação civil preveja regras de Direito de Família para punir os genitores negligentes com sua prole – como, por exemplo, a perda ou suspensão do poder familiar –, tais instrumentos não são aptos, por si só, para tutelar o afeto como bem jurídico. Por conta disso, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, do afeto como corolário da dignidade da pessoa humana e sob a ótica da paternidade responsável, as vítimas de abandono afetivo “tem ingressado judicialmente com o intuito de serem ressarcidas civilmente por seus genitores pelo dano psíquico causado pela privação do afeto e do convívio na sua formação”.

No entanto, apesar de ser evidentemente possível levar ao Judiciário a questão do abandono afetivo, a doutrina diverge em relação à possibilidade de concessão de indenização ao filho abandonado.

No sentido contrário à tese da compensação patrimonial decorrente de ato ilícito, muitos autores entendem que o afeto e carinho são sentimentos pessoais e, por isso, de natureza essencialmente subjetiva, razão pela qual deveria ser levada em conta a liberdade de autodeterminação do pai que abandona.

Contra a responsabilização patrimonial do pai, tem-se que os danos causados na área de família estariam sujeitos às sanções peculiares a este ramo, como é o caso de perda do poder familiar, prevista no art.1.638, II, do CC e também no art. 24, do ECA168. No entanto, é discutível se essa sanção para um pai negligente é castigo ou presente.

Os defensores de tal posicionamento, dentre os quais se pode citar Leonardo Castro¹⁹, Maria Aracy Menezes da Costa²⁰, Carlos Roberto Gonçalves²¹, entre outros, valem-se especialmente da justificativa da não interferência do Direito na vida privada, conjugada ao princípio da legalidade, condecorado no art. 5º, II da Constituição Federal.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orleans²² acham que o afeto seria um espaço que não pode ser abarcado pelo direito: é próprio da esfera íntima de cada ser humano e, apenas a ele, de forma individual, diz respeito. Explicam que na ausência de afeto, o que vai fundamentar a responsabilidade é o dever previsto constitucionalmente. A exigência jurídica não é pelo afeto, mas sim pela responsabilidade.

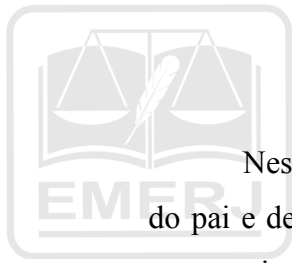
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/AnnaCarolinaDiasTeixeiraLima.pdf> . Acesso em: 08 abr. 2018.

¹⁹CASTRO, Leonardo. *O preço do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://ww.lfg.com.br>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

²⁰MENEZES, Maria Aracy. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: *Seleções jurídicas: XIII Jornada de Direito de Família*. (coord.) Dra. Mônica Santoro Scarpo. Fev. 2005.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 6: São Paulo: Saraiva, 2005.

²²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 401.



Neste sentido, haveria uma ponderação de interesses: de um lado colocam-se os direitos do pai e de outro os do filho. Em uma ponderação de princípios, haveria a livre iniciativa e autonomia da vontade do pai cedendo em benefício dos direitos do filho.

Adotando-se uma posição constitucionalista, haveria que prevalecer os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, posto que indispensáveis à integridade psicofísica dos filhos.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira²³, a conduta de um genitor ausente que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, 1.566, IV e 1.634, I e II, do CC/02.

A problemática se instaura na questão da ausência de lei que trate sobre o assunto, na dificuldade que temos em delimitar quais os casos em que caberia abandono afetivo, quem seriam as pessoas sujeitas a responder civilmente, qual a extensão do dano que seria indenizável etc. A doutrina então nos auxilia a delimitar esses aspectos, para que a jurisprudência possa aplicar a punição ao genitor.

Dessa forma, Aline Karow, em seu livro *Abandono Afetivo*²⁴, nos ensina a delinear os elementos que compõe a responsabilidade civil. Ela afirma que é necessário que haja um fato, qual seja, a conduta omissiva de um dos genitores, a ponto de privar o filho da convivência ou até mesmo a conduta comissiva por meio de atitudes de desprezo, rejeição, humilhação, gerando desamparo moral, psíquico e afetivo.

Essencial também que esse fato possa ser imputado a alguém e que tenham sido produzidos danos na personalidade da criança ou adolescente, danos esses que afetam a liberdade da pessoa e acabam por frustrar o projeto de vida que cada um formula e por meio do qual se realiza como ser humano.

Outro elemento é que esses danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, ou seja, que o nexo causal entre a conduta do genitor e o dano à personalidade da criança tenha uma ligação direta.

Na esfera dos elementos específicos para a configuração do abandono afetivo, é importante verificar que o sujeito passivo da demanda poderá ser o pai, a mãe, biológico ou

²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, INDEFAM. V. 1, n. 1. setembro/jun. 1999.p. 153

²⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: Valorização jurídica nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.



civil ou um terceiro que detenha formalmente a guarda. Os pais adotivos também respondem caso abandonem seus filhos, assim como o pai registral (padrasto por exemplo), que por certo período desenvolve a socioafetividade com a criança, a assume publicamente, cria um vínculo antes inexistente e depois a abandona.

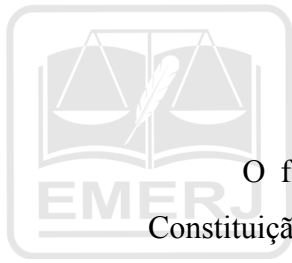
Mais importante ainda é ressaltar que não pode responder por abandono afetivo quem sequer tinha a ciência da existência do filho, ou seja, para que seja responsabilizado, o nome do pai deve constar na certidão de nascimento da criança pois a certidão de nascimento é o reconhecimento formal da paternidade. No entanto, pode responder civilmente aquele sujeito que embora não reconheça na certidão de nascimento a paternidade, reconhece publicamente e apresenta a criança como filho mas depois o abandona.

Ademais, para que haja direito à indenização, é necessário que não haja na vida da criança outra pessoa que assuma a função da figura paterna (no caso se ausência do pai) e que não tenha havido obstáculo imposto por terceiros para que a relação afetiva pudesse se dar de forma plena (alienação parental).

Dentre todo o exposto em relação à polarização que se acha a matéria, será que a concessão de reparação em pecúnia seria a mais correta para tutelar danos extrapatrimoniais? O sofrimento e os danos psicológicos suportados pelos filhos abandonados afetivamente poderiam ser mensurados em dinheiro? O pagamento de indenização poderia criar uma situação de mera patrimonialização do dano moral afetivo?

3. COMO OS TRIBUNAIS TÊM SE POSICIONADO DIANTE DO TEMA E A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

O primeiro caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça foi oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que trata da matéria de reparação civil por abandono afetivo. A questão envolvia um menino que tinha contato com o pai até os seis anos de idade, quando seus pais se divorciaram. O pai se envolveu em outro relacionamento e cortou os laços de afeto, se afastando definitivamente do filho, embora continuasse contribuindo com valor de 20% de seus rendimentos líquidos. O pai passou a ignorar o filho de seu primeiro relacionamento, tratando-o com frieza e rejeição, inclusive em datas comemorativas, tais como aniversário, Natal, formatura.



O filho, diante do sentimento de rejeição e abandono, com fulcro no art. 227 da Constituição Federal de 1988²⁵, propôs ação por danos morais, que em primeira instância foi julgada improcedente. O autor apelou e o Tribunal de Justiça de origem acolheu a apelação do filho, decidindo que “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade humana, no direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico, deve ser indenizável”, fixando a indenização em 200 (duzentos) salários mínimos, entendendo restar configurado nos autos o dano sofrido na sua dignidade.

O Superior Tribunal de Justiça reformou a primeira decisão do Tribunal de Minas Gerais²⁶, afastando o dever de indenizar no caso em questão, diante da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho. O abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária.

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do CC de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório do Min. Fernando Gonçalves, no Recurso Especial 747511 oriundo de Minas Gerais, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça).

No ano de 2003, uma sentença²⁷ foi publicada repercutindo no país inteiro. O juiz da comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, em 15.09.2003, condenou um pai a indenizar sua filha com pagamento de R\$48.000,00 (quarenta e oito mil reais) em face do abandono afetivo de sua filha de 9 (nove) anos.

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado priorizou os deveres decorrentes da paternidade, insculpidos no art. 22 da Lei n.º 8.069/90, dispondo que:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme.

O magistrado delineou as consequências negativas que podem decorrer do abandono na filiação:

A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 abril 2018.

²⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²⁷ REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA, Porto Alegre, v. 6, n. 25, ago/set 2005.

os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Outro marco positivo na jurisprudência foi proferido em 2004, pelo magistrado Luis Fernando Cirillo, na 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP²⁸, no qual se reconheceu que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que independentemente da guarda, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia.

Prosseguiu afirmando que:

Não devem prosperar teses no sentido de que julgar procedente referidas demandas implicaria numa monetarização do afeto, até porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito a obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.

Dessa forma, o tema ia ganhando espaço, contornos e força. Contrariamente a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou em decisão REsp n.º 757.411/MG²⁹ no sentido de que o descumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do poder familiar encontra solução no próprio direito de família, com a perda do poder familiar, prevista pelo art. 1.638, II, CC/02.

Seguindo a linha de argumentação das decisões supramencionadas que foram favoráveis, a decisão³⁰ proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) condenou o pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), independentemente do descumprimento da prestação alimentar, ao argumento de que ficou configurado nos autos o dano à dignidade do menor, provocado pela conduta ilícita do pai que não cumpriu o dever que a lei lhe impõe de manter o convívio familiar com o filho.

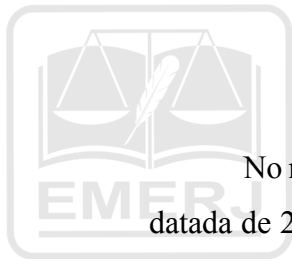
Dessa forma:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL-PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04).

²⁸CONSULTOR JURÍDICO. *Pai é condenado a indenizar filha em R\$ 50 mil por abandono*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-jun-23/justica_paulista_condena_pai_indenizar_filha_abandono>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 757.411 – MG, 4ª Turma*. Relator. Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁰BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *TJAMG, AC n.º 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível*. Relator Unias Silva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



No mesmo sentido, é de ressaltar decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), datada de 2009³¹, que arbitrou a indenização em R\$ 209.160,00, diante de reconhecimento de paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando a autora já tinha 40 anos de idade. O apelante tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. O Tribunal adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade, observando critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

Se alinhando com o entendimento da doutrina e dos Tribunais de Justiça que entendiam pela possibilidade jurídica de indenização por abandono afetivo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, em decisão inédita, modificou o entendimento até então consagrado.

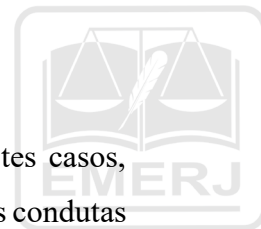
A frase “amar é faculdade, cuidar é dever” foi um marco importantíssimo para que ficasse estabelecida a diferença entre amor e cuidado. Não se pode forçar alguém a amar seu filho, mas certamente se pode forçar alguém a prover financeiramente sua prole, como por exemplo, utilizando a pena de prisão civil que coage o indivíduo. Da mesma forma, não se pode forçar alguém a cuidar de seus filhos, mas se pode desestimular essa conduta omissiva impondo a possibilidade de indenização para o pai ausente.

Segue o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça³² não existem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. O não fazer, que atingir um bem juridicamente tutelado, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Importante mencionar aqui, que muitos doutrinadores e juízes se posicionam contra a indenização por abandono afetivo pois entendem que ninguém é obrigado a amar. No entanto, a questão é responsabilizar civilmente aquele que descumpre um dever jurídico. Não cabe ao juiz averiguar se o pai nutre amor por seu filho, mas independentemente de sentir, deve protegê-lo, prestar assistência, contribuir materialmente e proporcionar à criança uma vida digna, dentro de suas possibilidades.

³¹ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC n.º 0007035-34.2006.8.19.0054*. Relatora Desembargadora Ana Maria Oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0007035-34.2006.8.19.0054>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.159.242-SP*. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2018.



Não se trata de monetarizar o afeto, até mesmo porque a indenização, nestes casos, também assume um papel pedagógico. A indenização assume o escopo de evitar novas condutas omissivas do pai em relação aos seus filhos, considerando que a dor da ausência e o prejuízo no desenvolvimento do filho não podem ser reparados em sua totalidade.

Infelizmente, ainda existem decisões no sentido contrário, como essa do Tribunal de Minas Gerais³³, que coloca o dever de cuidado do pai como opcional:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. (TJMG, AC 0063791-20.2007.8.13.499, 17ª C. Cível, Rel. Des Luciano Pinto, julg. 27.11.2008, pub. 09.01.09).

No início de 2017, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁴ estabeleceu que:

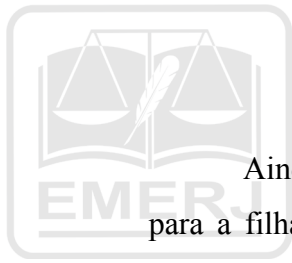
Por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação" (TJMG, Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgado em 10/05/2017, *DJEMG*15/05/2017).

O TJMG entendeu que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais (art. 1.638, II, CC). O dever de cuidado, portanto, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo. Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as obrigações para com seu filho.

O TJMG entendeu que o acordo homologado em audiência quanto à pensão devida e dias de visita e os pagamentos de pensão feitos depois do decreto de prisão civil não autorizam concluir que tenha incorrido em abandono afetivo. Seria necessário evitar eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam indenização por danos supostamente sofridos.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível n.º 0063791-20.2007.8.13.499*. 17ª C. Cível, Relator Desembargador Luciano Pinto, julg. 27.11.2008, pub. 09.01.09. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/7/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%2010499070063791002.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2018.

³⁴ Ibidem. *Apelação Cível n.º 1.0647.15.013215-5/001*. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458604055/apelacao-civil-ac-10647150132155001-mg/inteiro-teor-458604133>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



Ainda no mesmo ano, um trabalhador rural foi condenado³⁵ a pagar R\$ 100 mil reais para a filha mais velha, uma estudante de medicina, por danos morais em decorrência de abandono afetivo, na região central de Goiás. De acordo com a autora do processo, seu pai nunca compareceu em festas de aniversário, datas comemorativas, reuniões e momentos festivos na escola o que ocasionou depressão. Além disso, o pai não pagava pensão alimentícia. O réu alegou nutria afeto pela menina mas a sua genitora dificultou a aproximação deles.

Autor da decisão, o juiz Peter Lemke Schrader³⁶ afirmou que:

O amor é um sentimento que não pode ser exigido nem imposto, é natural do ser humano, mas o dever de cuidar dos filhos gerados, isso não é só um dever, como dito, mas pode ser imposto pela Justiça e ainda, se não exercitado, a Justiça pode penalizar. Afinal, a indenização por danos morais tem também o papel punitivo.

Dessa forma, ficou evidente a evolução jurisprudencial rumo à possibilidade de indenizar filhos que sofreram abandono de seus pais, ainda que com muita insegurança jurídica, diante da manifesta divergência nos tribunais. Com a teoria dos precedentes e a tendência jurisprudencial de buscar embasamento nos Tribunais Superiores, é possível enxergar a decisão do STJ como um divisor de águas.

Por fim, com relação ao prazo de prescrição, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil³⁷.

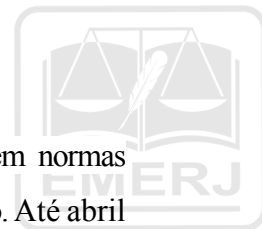
CONCLUSÃO

A família modernizou-se e alterou seus conceitos, buscou funcionalizar-se em favor de seus membros e virou um espaço para realização social. O afeto passou a ser um elemento jurídico. O tema abandono afetivo é recente e permeado de polêmicas, eis que não ingressou no nosso ordenamento jurídico por meio de lei o que gera inconstâncias e insegurança jurídica. A problemática se dá pela vacilação jurisprudencial e pela ausência de critérios para que alguém tenha direito à indenização por danos morais em face de seu genitor ausente.

³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Notícias do Tribunal de Justiça de Goiás. Pai deverá pagar à filha indenização de 100 mil por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/162-destaque2/16701-pai-devera-pagar-a-filha-indenizacao-de-100-mil-por-abandono-afetivo>. Acesso em 23 abril 2018.

³⁶ Ibidem.

³⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018



Apesar de não haver lei específica, a Constituição, o ECA e o Código Civil tem normas suficientes para exigir dos genitores o dever de acompanhar seu filho em seu desenvolvimento. Até abril de 2012, a maior parte das instâncias e, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, se posicionavam contrariamente à possibilidade de indenização por abandono afetivo parental, sob o fundamento de que não se pode obrigar ninguém a amar seu próprio filho, sob pena de se monetarizar o afeto.

Porém, com o julgamento do Recurso Especial 1.159.242-SP, houve uma quebra do paradigma da Corte. Esse emblemático acórdão reconheceu a possibilidade de reparação civil pelos danos decorrentes do abandono afetivo parental, uma vez que não há dispositivo legal que vede a aplicação das regras da responsabilidade civil às situações do Direito de Família.

Não se defende que é possível trocar amor por dinheiro ou que a reparação patrimonial é capaz de apagar as marcas que o abandono afetivo causa no filho. Sabe-se que isso não é possível. No entanto, a indenização, impõe-se como medida compensatória pelas sequelas emocionais sofridas pela criança ou adolescente e pode vir a garantir que este curse uma faculdade particular, faça cursos, intercâmbio, viaje, compre um carro, abra uma loja ou invista em qualquer projeto de vida que queira realizar.

Diante do tema, ninguém melhor para citar do que a Ministra Nancy Andrighi, que diz que o amor não é materializável pelo seu aspecto eminentemente subjetivo. O dever de cuidado traz em si elementos objetivos e pode ter comprovado o seu efetivo cumprimento. É sob essa ótica que se visualiza a possibilidade da ocorrência da ilicitude civil, sob a forma de omissão apta a ensejar a responsabilização do genitor.

Dessa forma, é razoável reconhecer a possibilidade de indenização pelo dano moral proveniente das relações parentais, desde que demonstrado o efetivo e grave descumprimento pelos pais dos deveres inerentes a tais relações.

Não permitir a responsabilização do genitor negligente nessas hipóteses configuraria verdadeira permissão para que os pais abandonem afetivamente seus filhos e se eximam de seu dever de cuidado imposto pela ordem constitucional vigente, ferindo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.159.242-SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-dedivergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em 28 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 757.411-MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *TJAMG, AC n.º 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível*. Relator Unias Silva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC n.º 0007035-34.2006.8.19.0054*. Relatora Desembargadora Ana Maria Oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0007035-34.2006.8.19.0054>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *O valor jurídico do afeto: filiação socioafetiva x patrimonialização das relações de afeto*. Disponível em: Acesso em: 23 abr. 2018.

CASTRO, Leonardo. *O preço do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://ww.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 abril 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Pai, por que me abandonastes?*. Disponível em Acesso em: 14 out. 2015. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: Valorização jurídica nas relações Paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A paternidade socioafetiva*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

TARTUCE, Flavio. *O princípio da afetividade no direito de Família*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

O ATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO:
UMA ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL
À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Glória Virgínia Saturnino Braga Péres

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Psicóloga. Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – As relações entre Direito e Política permeiam toda a discussão envolvendo os limites da jurisdição constitucional. O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88, ampliou a busca à jurisdição para a efetivação de direitos fundamentais, não regulamentados, tendo em vista a ausência da implementação de políticas públicas e a atuação pouco diligente do Poder Legislativo. Dessa forma, o Poder Judiciário no exercício de sua função de garantir e reproduzir o direito, vem ultrapassando suas competências originárias, assumindo papel ativista em protagonismo instrumental à consideração da Lei Maior. A essência desse trabalho é abordar esse protagonismo na tutela dos direitos subjetivos, tendo como argumento que deve ser observado o mandamento do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88 preponderando a força cogente da norma constitucional para garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave –Direito Constitucional. Teoria Geral do Direito e da Política. Direito Processual Civil

Sumário – Introdução .1. O papel do Judiciário no Brasil Pós CRFB/88: do Juiz boca da Lei à jurisdição constitucional.2. A atuação do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas e o consequencialismo jurídico. 3. Hermenêutica Constitucional e a Separação dos Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco a atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos subjetivos, com base na força normativa dos princípios constitucionais. Nesse sentido, além de aspectos inerentes à hermenêutica constitucional, busca-se discutir os efeitos e a abrangência da atividade legiferante suplementar do Poder Judiciário, observada a omissão do Legislativo e falta de efetividade do Executivo, para concretude dos direitos fundamentais dependentes da mediação do legislador ordinário.

No Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1967, o Poder Judiciário atuou com a passividade compatível com o regime autoritário de Governo então vigente. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e a consolidação do Estado Democrático Constitucional de Direito houve a incorporação de inúmeras garantias individuais e sociais ao texto constitucional. Assim, e com a ampliação do



acesso dos cidadãos à Justiça, o Judiciário passou a exercer papel de acentuado protagonismo na solução dos conflitos jurisdicionados.

Emerge um Judiciário legiferante frente a mora legislativa, cujas decisões muitas vezes ensejam impactos que transcendem a esfera dos interesses individuais, reverberando à toda ordem econômica e social. Nesse sentido, como consequência do constitucionalismo democrático, da CRFB/88 emanam os princípios que para serem implementados precisam de interpretação, o que torna inevitável o protagonismo do Poder Judiciário.

No primeiro capítulo inicia-se o trabalho discutindo até que ponto o juiz deverá estar adstrito à letra da lei quando essa se apresentar em contraponto às necessidades sociais contemporâneas ao espectro decisório. Será discutida a relativização do positivismo jurídico como fio condutor das deliberações judiciais, à luz das premissas norteadoras da Jurisdição Constitucional.

No segundo capítulo a abordagem terá como pano de fundo a atuação do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas, a partir do momento que cria a norma para o caso concreto. Analisa-se a repercussão jurídica, social e econômica dessas decisões à luz do consequencialismo decisório, a despeito da interação axiológica fato-norma.

Por fim, no terceiro capítulo discute-se os efeitos das sentenças interpretativas do Supremo Tribunal Federal – STF e se a técnica de interpretação teleológica da CRFB/88 pode caracterizar prática de ativismo judicial a ferir a separação de poderes, a segurança jurídica e a ordem democrática.

Como metodologia, foi adotada abordagem qualitativa que toma por base a bibliografia referenciada e jurisprudência aderente à temática. Ao trabalho aplica-se o método hipotético-dedutivo para análise do objeto da pesquisa com consequente confronto argumentativo.

1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: DO JUIZ BOCA DA LEI À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A abrangência das decisões judiciais no Brasil pós CRFB/88 tem intrínseca relação com a natureza jurídica das normas constitucionais. A Constituição, outrora identificada como documento jurídico por essência, na atualidade, apresenta-se como conjunto de normas jurídicas dotadas de imperatividade e superioridade no ordenamento jurídico, incluindo em seu texto valores e opções políticas, como a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza.

De acordo com o Professor Dirley da Cunha Júnior¹:

Uma constituição é composta por regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa (concretização), articulados de maneira tal que, juntos, formam uma unidade material (unidade de Constituição). Consequentemente, para compreender uma Constituição e as ideias que ela exprime, é imperioso que o intérprete se valha dessa unidade constitucional e entenda como as regras e os princípios constitucionais se encontram articulados.

A eficácia da norma constitucional, entretanto, está sujeita a algumas variantes que podem indicar a sua imediata aplicação ou a dependência de regulamentação para consagração plena de sua existência prática no mundo. É o que ocorre nas normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais, programáticas que são, só se podem efetivar a partir de previsão legal, em sua maioria por leis complementares.

São normas que de acordo com José Afonso da Silva²,

Não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

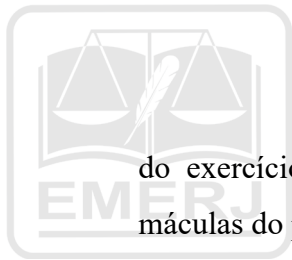
Por essa condição, a despeito da declaração desses direitos firmada pelo Constituinte Originário, haveria ainda um caminho a percorrer até o seu reconhecimento, e sua consequente efetividade. Assim, a despeito de ser cediço que o cidadão ao impulsionar a jurisdição busca tão somente que sua demanda seja decidida juridicamente, vê-se submetido, para ver valerem seus direitos, a efetividade do Poder Executivo na implementação dos programas governamentais e às flutuações motivacionais dos membros do Poder Legislativo e seus Partidos Políticos.

Nesse diapasão se visualiza a política entrando na pauta da ordem jurídica, pois a formulação de leis fica à mercê da vontade política do legislador ordinário. Fragilizada, assim, a força normativa da Constituição Federal, subordinada que está a vontade dos detentores do poder político, de quem depende para que tenha concretude.

De toda sorte, as normas constitucionais programáticas detêm eficácia jurídica, assim como perspectiva de efetividade à medida em que se efetivem seus comandos. É do texto constitucional que se extrai a eficácia social e concretização das normas jurídicas, a garantia

¹ CUNHA, Dirley Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador :JusPODIVM, 2016, p.129 e 130.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82 e 83.



do exercício de liberdade e, ao mesmo tempo, a construção de critérios para limitar as máculas do processo político.

Importantes essas reflexões, pois muito se discute acerca do ativismo judicial sem que se discorra, com profundidade, sobre as mazelas sociais não tratadas pelo Poder Executivo que mantem-se inerte à elaboração dos projetos de lei indicados como necessários na Carta Magna, bem como pelas protelações do Poder Legislativo à realização de seu mais importante dever de casa, qual seja, como voz do povo, legislar em prol da salvaguarda de suas garantias fundamentais, resultado da positivação constitucional de valores básicos.

Os cidadãos - sujeitos de direitos subjetivos calcados em fundamentos constitucionais - desassistidos pela inadequação e ausência de completude normativa dos Poderes Executivo e Legislativo à realidade social, demandam o Estado Juiz. Sob esse viés se propõe olhar para o papel do Poder Judiciário, a quem compete seguir o caminho traçado no texto constitucional que é parâmetro norteador de todos os Poderes da República, ao qual tem o dever de assegurar o cumprimento.

Em suma, para que alcance eficácia a norma constitucional - e os princípios e valores nela insertos - todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica. Essa interpretação deve ser dar à luz dos preceitos constitucionais, que consistem no fundamento de validade de todo o sistema, e dos anseios populares codificados pelo Constituinte Originário.

O Poder Judiciário detém a primazia da interpretação final da aplicação da Constituição, e é através do exercício da Jurisdição constitucional que se garante a plena filtragem das leis e atos normativos garantindo-se a concretização dos direitos. A CRFB/88 conferiu ao Poder Judiciário, para suprir os vazios que escaparam ao legislador na elaboração da lei, princípios gerais e de analogia.

A partir de 1988, dois importantes mecanismos foram disponibilizados para suprir a insuficiência da atividade legislativa: a Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI e o Mandado de Injunção-MI. No primeiro o que se busca é a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial de lei, ou seja, a manifestação do Tribunal Superior sobre sua permanência ou não no ordenamento jurídico; quanto ao segundo, é ferramenta para dar efetividade ao texto constitucional na ausência da lei extraordinária que o positive, e o que se busca é a declaração da ilegitimidade da mora legislativa.



Mesmo na França do século XVIII, quando as relações jurídicas e pessoais eram mais simples, a visão professada por Montesquieu, do juiz puramente racional³, neutro, valorizando a noção de respeito absoluto e literal à letra da lei – *Le juge bouche de la loi* – apresentava-se absolutamente distanciada dos aspectos culturais, históricos e axiológicos. Espelhava uma visão desfocada da realidade por ignorar que o Direito é formado social e historicamente, e assim, conformado pelas aspirações sociais e não pela vontade do legislador.

No Brasil, país que sempre teve na lei positivada fonte importante para a solução dos conflitos, frente as complicadas relações contemporâneas, as inovações tecnológicas, a complexidade de negócios, bem como a velocidade com que se operam as transformações sociais, cada vez se torna mais difícil encontrar na lei posta as soluções para os conflitos.

Passados dois séculos, desde o Código de Napoleão, não há como se restringir a uma interpretação da lei exclusivamente literal e desconsiderar o fato de que a velocidade das transformações sociais, atropela os textos legais e representa um constante desafio.

Observe-se que constatada discrepância entre o valor normativo e a vontade social, é sinal de que a Constituição não é texto dotado de legitimidade, e sendo assim, o Estado não reflete o Poder Constituinte, estando comprometida a democracia como forma de Governo, pois a titularidade do Poder Constituinte é do povo. Aplicar a lei inconstitucional é negar a aplicação à Constituição⁴.

No Estado Constitucional de Direito prepondera a Lei Maior, expressão da vontade do povo, constitutiva do próprio governo, estabelecadora de limites a todos os agentes políticos, inclusive aos parlamentares, que passam a suportar o controle de suas atividades pelas normas constitucionais.

Importante salientar que em sede de controle de constitucionalidade não compete, em regra, ao STF nada além de compatibilizar a interpretação que melhor se adegue aos valores preconizados pela Constituição, o que, por outro lado, não deixa de ser uma opção política extraída de seu contexto, por isso chamada por muitos de judicialização da política⁵.

A supremacia dos direitos fundamentais, que são elementos centrais da ordem jurídica, exige a concretização de seu conteúdo no caso concreto, o que muitas vezes conduz a uma

³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade Judicial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.67.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

⁵ SILVA, Gustavo Passarelli da. O positivismo e a interpretação do Direito Privado no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3439, 30 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23110>>. Acesso em: 22 out. 2017.



colisão entre esses direitos, o que impõe ao Judiciário que pondere e decida, independentemente de legislação infraconstitucional

2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO IMPLEMENTADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

A CRFB/88 elenca o rol de direitos fundamentais, inerentes à condição humana, a serem tutelados. Na inércia ou falta de efetividade dos demais Poderes da República para previsão e implementação das políticas públicas necessárias à proteção desses direitos, compete ao Judiciário, sempre que demandado, atuar compensando os déficits existentes.

Realizando, inclusive, seu papel na defesa dos direitos e garantias fundamentais no exercício de sua função contra majoritária, numa atuação de substituição de outros poderes quando esses ficam inertes à implementação das políticas públicas necessárias para dar efetividade aos mandamentos constitucionais.

Dessa forma, o plano de aplicação para reconhecimento de direitos subjetivos vem sendo substituído na elaboração do direito objetivo, dando densidade normativa aos direitos fundamentais exigíveis, em especial os de segunda geração, posto que de fomento imediato e imprescindível, em verdadeira jurisdição constitucional.

Saliente-se que, ao tempo que as normas de cunho programático viabilizam ao jurisdicionado oposição ao cumprimento dos preceitos que as atinjam, pois que contrários aos ditames constitucionais, também ao Judiciário não caberá interpretar e aplicar o direito contrariando essas normas, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, já se pronunciara José Afonso da Silva:⁶

As normas programáticas são de grande importância [...] porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica [...], tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*.

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na política que se estabelece por meio do controle de constitucionalidade, Lênio Luiz Streck⁷, em sua obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, assevera que:

⁶ SILVA, op cit. p.141

⁷ STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004., p. 110.

Em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo na consecução de políticas públicas (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

O autor advoga que a obtenção de respostas correlatas e adequadas à Constituição é considerado um direito fundamental do cidadão.

Sob esse mesmo prisma, Barroso afirma que “a doutrina da efetividade se consolidou no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição”.⁸

Por outro lado, é também entendimento do autor que a jurisdição constitucional não pode ser exercida sem limites, devendo se limitar às situações em que se busque a tutela de direitos fundamentais ou procedimentos democráticos.

Assim, por razões ligadas a própria legitimidade democrática e em respeito a Separação dos Poderes, nas demais situações:

[...] juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável da discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais.⁹

Assim, não se há de confundir ativismo judicial, expressão entendida na linha de Barroso, como participação mais ampla do Poder Judiciário em espaços de atuação de outros Poderes para concretização de valores e fins constitucionais, ao consequencialismo jurídico.

O consequencialismo jurídico, consiste em uma análise feita pelos juízes e pelos tribunais para antever as consequências de suas decisões no âmbito político, econômico e social, tendo a preocupação de balizar políticas públicas.

O instituto teve origem na Common Law tendo como método a aplicação do direito através do stare decisis¹⁰(precedentes vinculativos); construção doutrinária/jurisprudencial,

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 284.

⁹ BARROSO, 2016, op cit., p. 39.

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.189.



que visa justificar determinada tutela ou supressão de um direito com base em uma fundamentação entendida como regra jurídica válida, onde as decisões são proferidas, à luz das consequências que podem acarretar à sociedade.

Muitas são as críticas à adoção desse método decisório, e dentre elas a de que a “padronização decisória” -decorrente da adoção dos precedentes vinculativos- oportuniza a segurança jurídica, mas pode conduzir a restrição de direitos individuais em tentativa de preservar os bens comuns.

No mesmo sentido, em que pese ao prolatar suas sentenças seja esperado que o magistrado o faça levando em conta as consequências de suas decisões, há de acautelar-se a fim de que não venha a exorbitar os limites de suas funções, na busca de adequar as normas aos fins sociais e exigências do bem comum.

De certo, há os que defendem não ser papel do Judiciário interpretar subjetivamente as consequências extraprocessuais na aplicação da lei, posto que já foram objeto de análise e deliberação pelo Poder Legislativo.

Entretanto, num ordenamento jurídico repleto de conceitos indeterminados e cláusulas abertas, e no bojo de uma sociedade em processo contínuo de mudança e evolução, não há como prescindir do poder dever do magistrado, como agente político a disciplinar as normas criadas pelos parlamentares, assim como a adequação aos ditames constitucionais dos textos legais, na busca da pacificação dos conflitos.

Nesse diapasão, José Renato Nalini¹¹ dispõe:

[...] os juízes se tornam cada vez mais agentes políticos, pois disciplinam os efeitos das normas criadas pelos parlamentares, já que elas por si sós, não são capazes de se auto realizarem, e é por isso que o juiz deve liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social.

O consequencialismo decisório e o ativismo judicial, podem ser posturas adequadas para dar concretude aos direitos fundamentais, integrando a norma à realidade e aos preceitos constitucionais. Não obstante, podem ser mecanismos utilizados como simples rótulos de decisões fundadas em convicções pessoais do órgão julgador, repercutindo jurídica, social e economicamente em sentido contrário à ideia de Estado Constitucional.

¹¹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 282.

3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 60, § 4º, da CRFB/88, é o pano de fundo de toda discussão envolvendo o protagonismo do Poder Judiciário, pois estabelece uma clara divisão de funções e limitação de poderes, sob a fórmula de “freios e contrapesos”¹². Afinal, existem decisões judiciais de caráter iminente político, sendo papel precípuo do magistrado o controle de legalidade. Esse é o ponto de partida.

Entretanto, não se pode olvidar que, quando se encontra em pauta o respeito a direitos ou garantias individuais, além de valores constitucionais, é dever do magistrado vincular a atuação do administrador público.

Nesses casos, o papel do juiz passa a ser de tutor, de promotor, de acautelador da eficácia da Constituição, da concretude dos valores constitucionais, pois as omissões legislativas configuram um comportamento inconstitucional do Poder Legislativo, e o mecanismo constitucional foi organizado de maneira a não compreender a inércia legislativa.

Nesse sentido, Crisafulli¹³ afirma que as normas constitucionais programáticas têm natureza vinculante à medida em que o legislador deve conformar suas decisões às determinações daquelas, eliminando, assim, a discricionariedade absoluta desse.

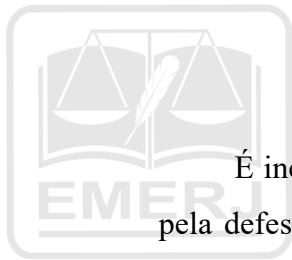
Da mesma forma, é indiscutível que as ideologias estão presentes no momento em que a norma jurídica é criada, e que o principal implementador de políticas públicas é o Poder Executivo, entretanto, na prática, muitas vezes ele não cumpre o seu papel implementador de políticas públicas, pois essa implementação invariavelmente esbarra no contingenciamento de recursos.

A verdade é que, no Brasil contemporâneo, vive-se um momento de grave crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo e isso vem carreando uma grande expectativa na atuação do Poder Judiciário para garantia de direitos preteridos, até mesmo o mínimo existencial, numa afluência exacerbada de ações que objetivam desconstituir ditames legais conflitantes com disposições constitucionais e compelir o Estado ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais.

Assim, sob a égide da CRFB/88, o Judiciário que outrora atuava tão somente no sentido de reconhecer o direito objetivo, previsto na própria norma legal, agora tem o papel de dar efetividade a esses direitos objetivos, o que faz implementando direitos subjetivos.

¹² SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro, 2015, p.27.

¹³ CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p.367-369.



É inegável o papel político do Poder Judiciário, o qual nos sistemas democráticos passa pela defesa dos direitos e garantias fundamentais e pela imposição de limites ao poder dos governos. Isso deriva do exercício de sua função contra majoritária e, muitas vezes, por uma atuação de substituição aos outros poderes quando permanecem inertes seja na atividade legiferante, seja na implementação de políticas públicas que derivam de mandamentos constitucionais.

O magistrado, diante da situação concreta precisa criar por intermédio da argumentação uma atuação política, pois não estará limitado a aplicação de uma norma pré-existente, ele estará criando a norma que regerá aquele caso concreto.

Um bom exemplo disso encontramos na decisão proferida pelo STF em sede do MI nº 712¹⁴, proposto com o objetivo de dar efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis. Ante a persistente inércia do Poder Legislativo, na regulamentação do artigo 37, VII, da CRFB/88, o Judiciário criou a norma para o caso concreto, aplicando o disposto na Lei 7.783/89¹⁵, com efeito *erga omnes*, enquanto não houver norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos.

Tal qual a mora legislativa de quase 30 anos que redundou na decisão quanto a greve dos servidores no MI nº 712, outras situações existem sem soluções pré-prontas, sem que o legislador tenha feito previsões para conduzir à resolução de conflitos. Por essa razão, não há como se esperar que toda decisão judicial possa encontrar escopo em uma decisão política indicada pelo Poder Constituinte ou pelo legislador ordinário.

Os juízes têm muitas vezes de interpretar expressões legais de sentido ambíguo que exigem preleções subjetivas. Precisa, enfim, decidir sobre questões que não foram previstas na Constituição ou na lei, mas que se encontram postas no mundo real.

Os ministros do STF, em sede de ADIn nº 4277¹⁶ e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132¹⁷, por unanimidade, deram procedência às ações e, com efeito vinculante, decidiram no sentido de dar interpretação conforme a CRFB/88 para excluir

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MI nº 712*. Relator Ministro Eros Grau Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2E+NUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds> Acesso em 31mar 2018.

¹⁵ BRASIL, *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 1989, p. 10561.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf> Acesso em 31mar 2018.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 31mar 2018.



qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil¹⁸, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O Judiciário atuou além do seu âmbito de atividade. Essa é uma matéria que teoricamente deveria ser tratada pelo Legislativo. Diante do silêncio normativo da CRFB/88, o STF atuou como legislador positivo, criando a norma para o caso concreto, e dando efeitos *erga omnes*.

Na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o STF, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF¹⁹, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária.

Nessa ação o STF, frente as graves ofensas aos direitos dos presos, determinou à União liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos

Ainda em sede do Recurso Extraordinário nº 592.581²⁰, O STF concluiu que o Poder Judiciário pode sim impor à Administração Pública a obrigação de fazer obras emergenciais em presídios em atenção ao princípio da dignidade da pessoa. O então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, ao fundamentar seu voto salientou não se poderia falar em desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes, citando o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição – artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88- uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando tratar-se de postulado que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O que se depreende do voto do Ministro é o entendimento da independência e equilíbrio como elementos intrínsecos à segmentação dos poderes estatais. Nesse mesmo sentido, aduz Madame de Staël-Holstein²¹:

¹⁸ BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p.1.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 31mar 2018.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator Ricardo Lewandowski Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> Acesso em 31mar 2018.

²¹ STAËL-Holstein, *Lettres sur les ouvrages et le caractère* de Jean-Jacques Rousseau (1788), In: SCMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p.86.



O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

Diante das decisões analisadas, é possível afirmar que o STF tem tomado decisões ativistas, que em última análise são fruto da própria judicialização a colocar matérias à apreciação da Corte que, previstas como garantias constitucionais, dependem da decisão judicial para que os direitos possam ganhar concretude

Verifica-se que cada vez mais o Judiciário busca não apenas reconhecer o direito objetivo, mas também lhe dar concretude, já que aqueles que seriam responsáveis pela implementação do direito e das políticas públicas simplesmente não o fazem.

Os juízes, entretanto, não podem exercer liberdade discricionária ou absoluta, devem ser intérpretes do sentimento social, das circunstâncias e do seu tempo, e devem reportar suas decisões a uma norma jurídica, regra específica, princípio ou valor compartilhado pela sociedade que fornecerá o substrato de legitimidade para sua decisão.

Nesse sentido, sobre sua teoria da decisão Lenio Streck²² aduz:

O que tenho dito em minha teoria da decisão é que devemos, fundamentadamente, evitar que a decisão seja dada pela ideologia, subjetividade ou por interesses pessoais, porque esse é o espaço em que entra o sujeito solipsista mais especificamente – sim, aquele “sujeito-viciado-em-si-mesmo” e que continua infernizando o que resta da humanidade. De todo modo, tranquilizemo-nos: o juiz não é uma figura inerte, neutra. Não, não quero – e jamais pretendi – proibir os juízes de interpretar, como alguns equivocadamente, vivem apregoando. Portanto, não há dúvida de que pulsa um coração no peito dos juízes. Mas não é disso que se trata. Tenha-se claro, mas muito claro mesmo, que discutir teoria da decisão não tem nada haver com o represtamento do juiz boca da lei ou outras coisas rasas como essa. E não percamos mais tempo com essas aleivosias.

Saliente-se que, quando o Poder Legislativo atua fazendo escolhas políticas e editando leis²³, é dever do Poder Judiciário a deferência a essas decisões, pois é do Executivo e do Legislativo a primazia na tomada de decisões políticas, que somente podem ser invalidas se em flagrante contrariedade à Constituição Federal. Por outro lado, quando o processo político

²² STRECK, Lenio, *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.239

²³ HUMENNHUK, Hesterston, *Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.239.



não consegue atender a tempo a hora demandas sociais relevantes e essas são judicializadas, será o Poder Judiciário que deverá intervir para atendê-las.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa objetivou analisar e discutir a atuação não ortodoxa do Poder Judiciário, na aplicação do direito positivado, tendo como base a força normativa dos princípios constitucionais.

Para tanto, teve como principal questão norteadora a antinomia da atuação jurisdicional calcada no positivismo puro em face das necessidades sociais contemporâneas.

Constatou-se, como problemática essencial, a existência de inúmeras garantias constitucionais, que por ausência de regulação pelo legislador ordinário, dão azo a demandas judiciais, onde o Judiciário é chamado a preencher as lacunas legais, tendo como consequência o seu protagonismo.

Foram enfocadas as consequências advindas da atividade legiferante suplementar do Poder Judiciário, em sua participação em campo destinado a outros poderes, frente a omissão do Legislativo e a falta de efetividade do Executivo na elaboração de Políticas Públicas.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram, no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que com a ascensão do Poder Judiciário pela crescente judicialização, uma parcela do poder político foi transferida de outros poderes, uma vez que importantes questões financeiras, econômicas e sociais, de largo alcance, tiveram sua instância decisória final perante o Judiciário.

O entendimento a que se chegou foi que o ativismo judicial difere da judicialização pois é um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição Federal, levando a norma constitucional a disciplinar matéria que não havia sido disciplinada por nenhuma outra.

Na prática, o ativismo traz consigo uma face positiva a medida em que o Poder Judiciário atende a importantes demandas sociais que não foram atendidas, a tempo e a hora, por outros Poderes. A face negativa é a que aponta o déficit do Poder Legislativo, que é a instância política por excelência, que não consegue atender a essas demandas sociais.

Não obstante, concluiu-se que, para garantia da segurança jurídica, é preciso que se imponham limites ao ativismo, em nome da legitimidade democrática e integridade do sistema jurídico, sem o que pode ser gerada instabilidade política.

Concluiu-se ainda que, por implicar o ativismo judicial na criação de normas jurídicas, expressando uma postura expansiva de interpretação da Constituição, as situações



autorizativas desse agir proativo devem limitar-se aquelas em que o Poder Público deveria ter atuado para cumprir os mandamentos constitucionais e não o fez.

O principal argumento usado para esta pesquisa sustentou-se na premissa de que a ordem constitucional vigente consagra os direitos fundamentais e aponta como dever do Estado, por meio das Políticas Públicas, propiciar aos cidadãos sua real efetividade. Entretanto, o mandamento do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Isso faz prevalecer o dever constitucional de exame dos pedidos de tutela jurisdicional de direitos consagrados na Constituição e não regulamentados pelas normas infraconstitucionais.

Dessa forma, configurada a hipótese de inércia estatal ou abusividade governamental, emerge a legitimidade constitucional de controle e intervenção do Poder Judiciário, sob o mantra do princípio maior que se destina a proteção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 1989.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> .Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4277*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 712*. Relator Ministro Eros Grau Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 592.581*. Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/pagina.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em 31 mar 2018.

CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e lê sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.

CUNHA, Dirley Júnior. *Curso de Direito Constitucional*.10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HUMENNHUK, Hesterston, *Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Gustavo Passarelli da. *O positivismo e a interpretação do Direito Privado no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3439, 30 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23110>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro, 2015.

STAËL-Holstein, *Lettres sur les ouvrages et le caractère* de Jean-Jacques Rousseau (1788), In: SCMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.



STRECK, Lenio, *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMITES ECONÔMICOS DA TRIBUTAÇÃO E A DIFICULDADE DE O PEQUENO EMPREENDEDOR CUMPRIR SUAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Guilherme Alves de Lima

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – analisar o direito afastado da realidade social e econômica não é o bastante e, por isso, é necessário abordar o problema, aqui a dificuldade de empreender como micro e pequeno empresário no Brasil, a partir de um viés econômico. É o que se almeja no presente estudo, partindo de uma visão macro, analisando as opções a partir de uma política nacional de tributação, passando pelas opções que advêm dessas decisões fundamentais e chegando ao caso específico daquele micro e pequeno empresário que incorre na prática de crimes tributários. A tese defendida é que o pequeno e microempreendedor sofre com os ônus e deveres que lhe são impostos, e devida a sua posição de essencialidade para o desenvolvimento nacional, deve-se fomentar seu crescimento e mitigar a punibilidade nas hipóteses que esses sujeitos pratiquem crimes tributários.

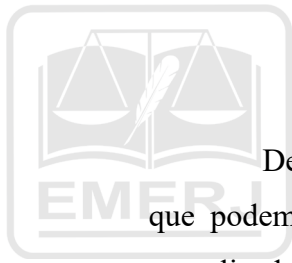
Palavras-chave – Direito de Tributário. Limites da tributação. Impactos econômicos. Crime de sonegação de tributos. Causas de justificação.

Sumário – Introdução. 1. Economicamente qual é o limite ótimo para tributação? Curva de Laffer. 2. É viável empreender cumprindo 100% das obrigações tributárias? Análise das opções do contribuinte. 3. É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, a aplicação das causas de justificação na prática do crime de sonegação fiscal? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O problema é antigo, polêmico e polarizante. Até onde o Estado deve estender sua força arrecadatória e em que direção deve fazê-lo? Como alcançar os objetivos previstos na Constituição Federal sem asfixiar o pequeno empreendedor? Fato é que, no atual momento de crise política e econômica, fica ainda mais evidente a necessidade de questionar a carga tributária brasileira. O pequeno empreendedor, nesse cenário, sofre com a impossibilidade de cumprir todas suas responsabilidades e a sede estatal por aumentar a arrecadação continua a cogitar o aumento dos tributos, já equiparado aos mais elevados do mundo, no patamar de países desenvolvidos com ótima prestação de serviços à população.

O objetivo da arrecadação estatal deve ser proporcionar os direitos que a Constituição da República Federativa do Brasil determina que deverão ser prestados pelo Estado. Arrecadar com o simples intuito de sustentar um Estado inchado e não eficiente viola frontalmente diversos preceitos constitucionais.



Dessa maneira, a alta carga tributária cria ou aumenta um fenômeno social crônico, que podemos chamar de banalização da sonegação, que prejudica ambos os lados dessa complicada equação formada entre contribuinte e Estado.

O trabalho enfoca a temática da alta carga tributária brasileira, sobretudo, seus efeitos no pequeno empreendedor. É notório no Brasil que a burocracia e os encargos tributários causam grandes transtornos para quem se aventura na iniciativa privada. Não é raro escutar de pequenos e microempresários o seguinte: “se eu pagasse todos os impostos, eu estava quebrado”.

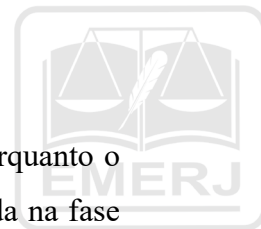
Diante desse quadro, objetiva-se discutir os limites econômicos da tributação, bem como seu impacto no pequeno e microempreendedor. Consta-se uma ineficácia do sistema tributário hoje existente, tendo em vista o elevado índice de sonegação, especificamente sobre esse setor. Ademais, é preciso, por meio de uma visão crítica, analisar se o sistema atual de fato funciona, ou está simplesmente mascarando uma realidade perversa, em que o Estado tributa alto e os contribuinte pagam somente o que entendem ser o necessário para elidir a cobrança estatal, e esse “jogo de faz de conta” se perpetua.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação de uma análise econômica acerca de qual é o ponto ideal para tributação, tendo como base as ideias de Arthur Laffer, em especial a teoria que se convencionou chamar de Curva de Laffer. Para tanto, demonstrar-se as duas posições antagônicas no que tange as escolhas estatais de como e quanto tributar e seus impactos na economia em geral.

Segue-se, no segundo capítulo, com uma ponderação acerca da viabilidade de empreender cumprindo 100% das obrigações tributárias e a suposta alegação da necessidade sonegar tributos, muito comum no universo da iniciativa privada. Com o intuito de alcançar a resposta para esse dilema faz-se uma análise dos tributos que devem ser pagos pelo pequeno e microempreendedor, as opções existentes e o impacto econômico desses.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação, com fundamentos jurídicos sólidos, das causas de justificação na prática do crime de sonegação fiscal. Para alcançar esse objetivo, um tanto quanto polêmico, a partir da posição doutrinária do que são as causas de justificação e quais são seus limites de aplicação, o artigo esclarece a posição defendida acerca da possibilidade de usá-las ou não quando diante da prática do crime de sonegação fiscal.

A pesquisa desenvolve-se 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 qualitativa, porquanto o pesquisador utiliza a bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. ECONOMICAMENTE QUAL É O LIMITE ÓTIMO PARA TRIBUTAÇÃO? CURVA DE LAFFER E OUTRAS PONDERAÇÕES.

É inegável que no modelo proposto pela Constituição Federal é preciso ceder ao Estado parcelas de direitos e liberdades individuais como forma de proporcionar a coletividade o enorme conjunto de direitos fundamentais inafastáveis propostos pela CRFB/88.

Uma das formas mais claras em que isso ocorre é na submissão aos tributos, chegando a doutrina moderna a entender a tributação não mais como uma submissão ao Estado, Paulsen¹ acentua isso ao citar Oliver Wendell Holmes² e explicar,

a tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução dos seus próprios objetivos. Pagar tributo não é mais uma submissão ao Estado, tampouco um mal necessário. Conforme ensinou Oliver Wendell Holmes Jr., “*Taxes are what we pay for civilized society*”.

Diante da opção de destinar ao Estado a função de administrar parcela de todo o produzido no País é que surgem as indagações que esse artigo busca discutir.

É inevitável a conclusão de que não é possível viver em sociedade sem a figura do Estado e por sua vez esse depende da tributação para existir. Assim, é preciso abordar os limites para essa atividade. A ação estatal, segundo a teoria elaborada por Arthur Laffer poderá ser proibitiva ao desenvolvimento econômico, mas esse não é o único fator a ser ponderado. De forma sucinta, serão abordados os pontos considerados mais relevantes ao presente estudo.

A curva de Laffer, recebeu esse nome em um artigo de 1978 escrito por Jude Wanniski³, “*Taxes, Revenues, and the Laffer Curve*”. Conforme conta Wanninski⁴, a ideia surgiu em um jantar em 1974, em que Laffer apresentou a ideia a Donald Rumsfeld (Chief of Staff do Presidente Gerald Ford), e Dick Cheney, ao desenhar um gráfico em parábola em um guardanapo para ilustrar sua ideia. A história é boa para introdução do tema, no entanto até

¹ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. [Edição em e-book] 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 17.

² HOLMES apud PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. [Edição em e-book] 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 17.

³ WANNISKI, Jude. *Taxes, revenues, and the “Laffer curve”*. Disponível em: <<https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e1a4/c54/58e1a4c549207669125935.pdf>> Acesso em: 10 set. 2017.

⁴ Ibidem.



mesmo Laffer já admitiu não se lembrar exatamente como transcorreram os eventos. Fato é que o encontro existiu e a ideia foi apresentada.

Vale ainda destacar que o próprio Laffer salienta não ser ele o inventor da teoria, que ele foi inspirado por Ibn Khaldun⁵,

A curva de Laffer não foi inventada por mim. Por exemplo, Ibn Khaldun, um filósofo muçulmano do século XIV, escreveu em seu trabalho *O Muqaddimah*: “Deve-se saber que no começo de uma dinastia, a tributação gera uma grande receita a partir de poucas fontes. E ao final de uma dinastia, a tributação gera pequenas receitas a partir de muitas fontes.”

A ideia básica da Curva de Laffer⁶ é que existem dois efeitos relacionados a quantidade de tributação e a quantidade de arrecadação. O efeito aritmético, que se evidencia pelo simples fato de ao diminuir as alíquotas, a arrecadação também diminuiria, e a lógica se manteria ao aumentar a alíquota, promovendo um aumento na arrecadação. Sua vertente econômica, que reconhece um efeito benéfico na redução da carga tributário, na geração de empregos e aumento do consumo em geral, com o aumento da atividade econômica, mais empregos e mais dinheiro circulando, haveria um aumento na arrecadação mesmo com a diminuição dos tributos. O professor Arthur Laffer⁷, ainda explica que para ele o efeito aritmético sempre funciona de forma oposta ao econômico, o que torna a análise do fenômeno complicada no mundo real.

A representação gráfica de uma parábola é muito útil para entender a teoria tornada celebre pelo economista. Ao passar de certo ponto, a tributação começa a se tornar proibitiva, termo usado por Laffer.⁸

A grande crítica que se faz a teoria de Laffer é a possibilidade de se criar um déficit orçamentário que causaria um endividamento público. Portanto, ao aplicar a teoria da curva de Laffer é preciso ter em mente que a tributação deve existir, no entanto deve ser contida para não se tornar proibitiva.

Atualmente, a política econômica do Presidente Donald Trump nos Estados Unidos tem como ideia central a teoria elaborada por Laffer. Em artigo publicado por Peter BAKER⁹

⁵ “*The Laffer Curve, by the way, was not invented by me. For example, Ibn Khaldun, a 14th century Muslim philosopher, wrote in his work The Muqaddimah: “It should be known that at the beginning of the dynasty, taxation yields a large revenue from small assessments. At the end of the dynasty, taxation yields a small revenue from large assessments.”* IBN KHALDUN apud LAFFER, Arthur B. *The Laffer Curve: Past, Present, and Future*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/taxes/report/the-laffer-curve-past-present-and-future>> Acesso em: 17 out. 2017.

⁶LAFFER, Arthur B. *The Laffer Curve: Past, Present, and Future*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/taxes/report/the-laffer-curve-past-present-and-future>> Acesso em: 17 de out. de 2017.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹BAKER, Peter. *Arthur Laffer’s Theory on Tax Cuts Comes to Life Once More*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/25/us/politics/white-house-economic-policy-arthur-laffer.html?mcubz=3>> Acesso em: 10 set. 2017.



no New York Times, tem-se interessante opinião de N. Gregory Mankiw¹⁰, economista professor em Havard sobre o tema. Mankiw salienta que os defensores dos cortes na tributação exageram os benefícios que isso proporciona e que os opositores exageram os impactos de aumento da dívida pública. E conclui que em sua opinião um terço dos cortes na tributação encontram rápido retorno em crescimento econômico.

Para finalizar a breve explicação sobre a Curva de Laffer, vale o destaque a uma afirmação de Arthur Laffer citada no artigo de Baker¹¹, “Sou um defensor da ideia de usar o mel em vez do vinagre, e os incentivos são muito melhores.”

Como em muitas coisas, em política econômica a virtude também parece estar no meio, aqui aplica-se o famoso brocardo em latim, “virtus in medium est”.

A simplicidade da teoria é fascinante, no entanto, não possibilita a compreensão total do tema.

Como demonstram os dados divulgados pela Receita Federal e reproduzidos em mídia nacional de ampla circulação, como na reportagem de Martello¹², a carga tributária brasileira flutua em torno de 33% do PIB nos últimos 10 anos.

Esses valores são altos se comparados com outros países em desenvolvimento, sendo semelhante ao de países desenvolvidos. Sobretudo, no tocante aos tributos indiretos que foram responsáveis por 49,7% de toda a carga tributária brasileira em 2015.¹³ Esse modelo de tributação onera de forma mais severa a população mais pobre e aquela que usa a maior parte daquela riqueza que produz em sua subsistência, e nesse ponto se enquadram os pequenos empreendedores.

Diante desses dados, pode-se entender que o problema brasileiro, passa não somente pela alta carga tributária, mas também pela forma como é feita a tributação e pela ineficiência do Estado na utilização do produto da arrecadação.

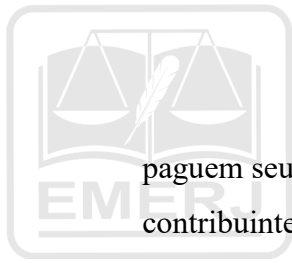
Quando existe uma correlação positiva entre o tributo pago e o retorno em prestações do Estado, a tendência é que a taxa de sonegação diminua. Cria-se um incentivo para que todos

¹⁰ MANKIW, N. Gregory apud BAKER, Peter. *Arthur Laffer's Theory on Tax Cuts Comes to Life Once More*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/25/us/politics/white-house-economic-policy-arthur-laffer.html?mcubz=3>> Acesso em: 17 out. 2017.

¹¹ “I’m a big believer in using honey rather than vinegar, and incentives are much better.” LAFFER apud BAKER, Peter. *Arthur Laffer's Theory on Tax Cuts Comes to Life Once More*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/25/us/politics/white-house-economic-policy-arthur-laffer.html?mcubz=3>> Acesso em: 17 out. 2017.

¹² MARTELLO, Alexandro. Reportagem publicada no site gl. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/carga-tributaria-sobe-para-3266-do-pib-em-2015-diz-receita-federal.html>> Acesso em: 17 out. 2017.

¹³ Idem.



paguem seus impostos. O inverso também é verdadeiro, talvez até em maior medida, quando o contribuinte não vê retorno de seus tributos pagos, a sonegação irá aumentar.

São esses os dois parâmetros considerados mais relevantes para realidade aqui tratada. O pequeno empreendedor irá sonegar sempre que os tributos estiverem altos ao ponto de a perspectiva de lucro ficar de tal forma diminuída que não haverá incentivo econômico para empreender, e sempre que o Estado for ineficiente na utilização do produto arrecadado, sendo incapaz de prover os direitos propostos na CRFB/88.

Nesse ponto, o ônus deve sim recair na figura do Estado de encontrar e adequar a tributação ao que melhor atende a população, não se pode esquecer que o Estado é instrumento para viver em sociedade, deve servir ao povo e não o inverso.

2. É VIÁVEL EMPREENDER CUMPRINDO 100% DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS? ANÁLISE DAS OPÇÕES DO CONTRIBUINTE.

Inicialmente, é preciso fazer um breve apontamento dos tributos que em geral incidem no funcionamento regular de uma sociedade empresária ou na atuação de um empresário individual, seja qual for a forma adotada.

Existem duas vias a serem escolhidas nesse ponto, a opção pelo sistema diferenciado de tributação, o Simples Nacional; ou o pagamento de cada tributo de forma separada. De forma genérica, incidem os seguintes tributos, o IRPJ, a CSLL, o PIS, a COFINS, o IPI, o ICMS, o ISS e as contribuições para o INSS. Ao optar pelo recolhimento individualizado de cada tributo surgem as possibilidades de tributação pelo lucro presumido ou pelo lucro real.

O Simples Nacional, autorizado pelo artigo 146, § único da CRFB/88 e instituído pela lei complementar nº 123/06, é o regime de tratamento por meio do qual as microempresas, as empresas de pequeno porte e o microempresário individual optam pela substituir a apuração individualizada de cada tributo pela recolhimento de um valor único com base em sua receita bruta.¹⁴

O critério para enquadramento como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempresário individual é o seguinte: (i) no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00; (ii) no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais);

¹⁴ PAULSEN, op. cit. p. 478.

e (iii) no caso do microempreendedor individual o empresário individual ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, com receita bruta de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), conforme o artigo 3º e 18-A, §1º da lei complementar 123/06. Vale ainda destacar que como define a lei, receita bruta é o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia.

Importante para a análise abordada nesse estudo são as alíquotas do Simples Nacional. Essas dependem da combinação de dois critérios trazidos em tabelas anexas à Lei Complementar n. 123/06, quais sejam, o tipo de atividade, comércio, indústria, serviços e locação de bens móveis, serviços, e a receita bruta. As alíquotas começam em 4% para atividade de comércio e vão até 22,90% para os serviços de administração e locação de imóveis de terceiros.¹⁵

Por fim, nessa breve visão geral acerca do Simples Nacional destacam-se os tributos incluídos e os excluídos desse regime de tratamento, previstos no art. 13 da Lei Complementar n. 123/06.

Recolhem-se por documento único, não apenas de impostos e contribuições federais - IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/Pasep, contribuição previdenciária da empresa -, como também do ICMS e do ISS.

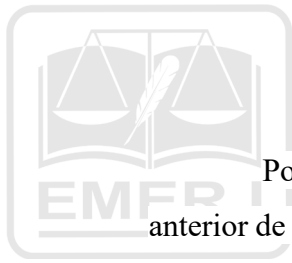
Estão excluídos da sistemática: IOF, II, IE, ITR, imposto de renda de aplicações financeiras, imposto de renda relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente, contribuição previdenciária do trabalhador e ICMS nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, dentre outros.

Quanto à segunda opção destacada, apresentam-se duas possibilidades.

Na opção pelo pagamento individualizado de cada tributo a depender do fato gerador praticado e lucro presumido, o sujeito passivo aplica um percentual legal sobre o valor de sua receita bruta, obtendo como resultado um montante que se presume ser seu lucro.¹⁶ Essa modalidade de tributação faz uso de bases substitutivas, como instrumento simplificador da contabilidade tributária. E recebe esse nome pois o lucro pode ter sido maior ou menor que o percentual da receita bruta calculado por meio da ficção jurídica criada por esse instrumento.

¹⁵ PAULSEN, op. cit, p. 481

¹⁶ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [Edição em e-book], p. 571



Podem optar por essa modalidade empresas com receita total no ano-calendário anterior de até R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais, conforme artigo 13, da Lei nº 9.718/98.

O lucro presumido é calculado aplicando-se a alíquota que incide sobre a receita bruta auferida, conforme estabelece art. 15 da Lei n. 9.249/95. Regra geral o percentual dessa alíquota é de 8%, podendo variar até 32% para as prestadoras de serviços. Ao valor alcançado pela operação matemática acima, é aplicada a alíquota do imposto sobre a renda. Essa modalidade, embora mais complexa que o Simples nacional, abrange pessoas jurídicas excluídas do regime diferenciado do Simples Nacional, e em alguns casos pode inclusive ser mais vantajosa financeiramente.¹⁷

Por fim, a mais complexa forma de tributação, mas não necessariamente a mais dispendiosa. Na opção pelo pagamento individualizado de cada tributo a depender do fato gerador praticado e imposto de renda pelo lucro real, o contribuinte efetivamente calcula seu lucro, por meio de operações matemáticas de soma do faturamento e diminuição das despesas legalmente autorizadas. “Nos termos regulamentares, o lucro real é definido como o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (RIR/99, art. 247).”¹⁸

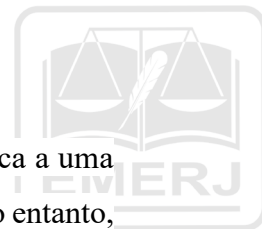
Como já dito, essa modalidade de tributação pelo lucro real pressupõe maiores rigores formais para a apuração efetiva do lucro da pessoa jurídica, por meio de cálculos envolvendo suas receitas e das deduções cabíveis. Após a apuração efetiva do lucro obtido pela pessoa jurídica, aplica-se alíquota do IRPJ e chega-se ao imposto devido. Importante observação técnica é trazida por PAULSEN, que destaca que: “Não há que se confundir o lucro líquido — que é o lucro contábil — com o lucro real. O que difere é que as deduções e compensações admissíveis para a apuração do lucro líquido não correspondem exatamente àquelas admitidas para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ, ou seja, do lucro real.”¹⁹ Importante destacar o detalhar de que o valor devido por conta da CSL — contribuição de seguridade social sobre o lucro — não pode ser deduzido da base de cálculo do IRPJ. Dessa forma, calculado o lucro líquido, realizadas as adições, exclusões e compensações, pode-se apurar com retidão o lucro real.

Regra geral, a alíquota aplicável é de 15% sobre o lucro real. A esse percentual deve ser acrescido um adicional de 10% sobre o montante do lucro real que superar, em um mês, R\$

¹⁷ PAULSEN, op. cit., p.358

¹⁸ ALEXANDRE, op. cit., p. 570

¹⁹ PAULSEN, op. cit., p.358



20.000,00, conforme o art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.430/96. Essa regra leva na prática a uma alíquota de 25% para grande parte das pessoas jurídicas optantes por esse sistema.²⁰ No entanto, a limitação de R\$ 20.000,00 demonstra essencial preocupação do legislador com o microempresário, que encontra uma alíquota menor, como deve ser.

É evidente a maior complexidade nessa última modalidade. No entanto, é importante destacar que somente a análise caso a caso é capaz de determinar qual a melhor opção para o contribuinte.

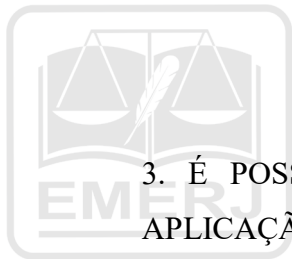
Embora breve, essa explicação é capaz de pintar um quadro do caos que o sistema tributário brasileiro apresenta para o contribuinte. Tendo em vista o exposto, é evidente que o Simples Nacional busca desburocratizar a tributação, no entanto, a prática demonstra que nem sempre ele será o sistema de tributação mais barato para o contribuinte. O cerne do problema que busca-se abordar aqui é o volume total da carga tributária, e o tratamento diferenciado e simplificado criado pelo simples, embora seja um importante passo no incentivo ao empreendedorismo passa longe da solução, que é desonerar os pequenos empreendedores para que eles possam prosperar.

Por fim, parece que empreender é de fato tarefa árdua no Brasil: a carga tributária somada à burocracia e à dificuldade de entender qual melhor caminho a seguir nesse labirinto de tributos, somados criam um ambiente inóspito ao empreendedor que muitas vezes opta pela ilegalidade, sonegando impostos. As variáveis são tantas que, até mesmo, os profissionais do direito tem dificuldade de avaliar o caminho a ser seguido.

É esse panorama que leva ao próximo e último capítulo desse estudo. O que deve acontecer quando esse contribuinte flagrado em situação irregular. A que ponto o rigor da lei deve punir esse contribuinte que luta por sua sobrevivência.

Cumprе ressaltar que o objetivo aqui não é sustentar a leniência com crime do colarinho branco, mas sim analisar a situação das microempresas, das empresas de pequeno porte e do microempresário. Esses são o alvo desse estudo, alargar esse escopo subjetivo desvirtuaria e jogaria ao chão todo o raciocínio aqui empregado.

²⁰ PAULSEN, op. cit, p.358



3. É POSSÍVEL SUSTENTAR, COM FUNDAMENTOS JURÍDICOS SÓLIDOS, A APLICAÇÃO DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO NA PRÁTICA DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL?

O crime aqui abordado é o cometido pelo contribuinte das microempresas, das empresas de pequeno porte e pelo microempresário, não se busca no presente trabalho acadêmico criar arcabouço jurídico para defesa do criminoso do colarinho branco. De início vale trazer reflexão de Fernando Galvão citando Claus Roxin²¹ sobre a temática das causas de justificação no Direito Penal:

Na interação com os casos concretos, as hipóteses de justificação são muito variadas e decorrem de necessidades sociais sempre mutáveis, no tempo e no espaço. No concreto das relações sociais, adverte Roxin, as causas pelas quais resta permitido deter pessoas, penetrar em domicílios ou efetuar intervenções com repercussão sobre a integridade física variam constantemente. A cada modificação do ordenamento penal ou civil, a cada nova concepção sobre direito de correção dos filhos menores, o que seja da esfera privada dos indivíduos, ou os direitos de manifestação da personalidade, causas de justificação são criadas ou suprimidas.

Depreende-se do artigo 23, do Código Penal as causas expressas de exclusão da ilicitude, quais sejam, quando o agente pratica o ato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Essas são as causas gerais excludentes da ilicitude.²²

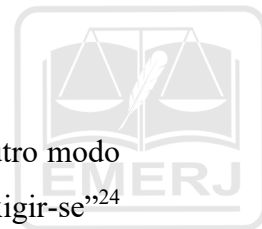
Dito isso, de plano já se afasta aqui qualquer possibilidade de alegação de legítima defesa no que toca aos crimes tributários, a atuação do Estado ao cobrar tributos é lícita não havendo cabimento se falar em reação defensiva legítima por parte do contribuinte. Quanto ao em estrito cumprimento do dever legal, também não faz sentido abordá-lo aqui, visto que não dever legal nenhum na prática do não pagamento do tributo, e sim o descumprimento de uma obrigação. E no que tange o exercício regular de direito, mais uma vez, não é aplicável, já que não há mandamento legal que permita a prática da sonegação, nas palavras de Galvão, “se existe direito que ampare a conduta típica, não pode haver crime.”²³

Restou a análise do estado de necessidade. Nesse ponto é possível discutir eventual aplicabilidade da exclusão da ilicitude quando da prática de crime tributário. Segundo estabelece o art. 24, do Código Penal, “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o

²¹ ROXIN apud GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. [Edição em e-book.] 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 240-241.

²² GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. [Edição em e-book.] 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 241.

²³ Idem, p. 256.



fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”²⁴

Para compreender a essência do estado de necessidade é preciso uma breve explicação acerca de duas teorias a ele inerentes, para “a *teoria do fim*, não se podem considerar ilícitas as intromissões em interesses juridicamente protegidos que suponham um meio adequado para conseguir um fim reconhecido como justo pelo Estado” e a “*teoria da ponderação de bens* encontra suporte no princípio de que não atua ilicitamente aquele que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico de inferior valor, se somente deste modo puder salvar um bem jurídico de valor superior.”^{25 26}

O tipo permissivo apresentado acima, artigo 24, do Código Penal, apresenta elementos objetivos e subjetivos claros que precisam ser atendidos para justificar a conduta tipificada. São eles: existência de um perigo atual; que o perigo dirija-se a um bem juridicamente protegido; involuntariedade do agente na produção do perigo; inevitabilidade do comportamento lesivo; inexistência do dever de enfrentar o perigo; e intenção de agir em conformidade com a permissão legal.

Ao contrapor esses elementos, requisitos ao crime tributário, pode-se dizer que existe o perigo atual de cessação da atividade empresária (falência) por incapacidade de pagamento de tributos; o bem jurídico a ser atingido é o sustento daquele que depende da microempresa, da empresa de pequeno porte e do microempresário; quanto a produção do perigo não tem influência o contribuinte; já no que toca a inevitabilidade do comportamento lesivo, a inexistência do dever de enfrentar o perigo e a intenção de agir em conformidade com a permissão legal, surge certa dificuldade de enquadrar a conduta no tipo permissivo.

É nesse ponto que vale lembrar da aplicação da teoria diferenciadora pela qual “contrapõe -se à ideia de que o estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, que é concebida pela teoria unitária.”²⁷ Evidencia da aplicação dessa teoria é o parágrafo 2º do artigo 24, que traz causa de diminuição de pena de um a dois terços.

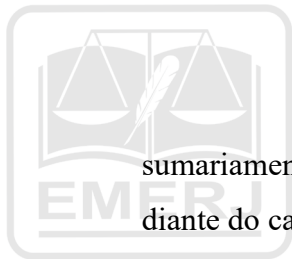
Feita essa breve exposição, pode-se dizer que, embora existam algumas dificuldades a serem superadas para aplicação do estado de necessidade, essa possibilidade não pode ser

²⁴ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

²⁵ ROXIN, op. cit. p. 242.

²⁶ JESCHECK apud GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. [Edição em e-book.] 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 242.

²⁷ GALVÃO, op. cit. p. 242.



sumariamente descartada, devendo ser ponderada a possibilidade com diligência e parcimônia diante do caso concreto.

Feitas essas considerações acerca das causas de justificação, se o aplicador do direito concluir pela inaplicabilidade do estado de necessidade, seria possível sustentar a suavização da punição pelos crimes tributários dos pequenos e microempresários de outra forma.

A noção de co-culpabilidade, conforme nos ensina José Maria Panoeiro,²⁸ pode servir de amparo nesse ponto,

*A noção de co-culpabilidade, largamente difundida por Zaffaroni e Perangeli, tem aceitação em grande parte da doutrina pátria, e parece deitar seu fundamento na ideia de igualdade material. Dentro da perspectiva dos que admitem o princípio, diz-se que não poderia o Estado, através do Sistema Penal, na medida em que não outorga a todos as mesmas possibilidades, punir de maneira igual as pessoas às quais a sociedade ofereceu oportunidades diferentes. Destarte, tal circunstância deveria ser objeto de valoração no momento da aplicação da pena. Desta forma a co-culpabilidade poderia configurar, conforme o caso, até mesmo uma causa de exculpação supralegal (por colisão de deveres) ou, ao menos, uma causa de diminuição de pena, conforme o âmbito da redução da capacidade de autodeterminação, e, com isso, a menor exigibilidade de comportamento conforme o direito. Soa evidente o viés ideológico compatível com a Criminologia crítica, com o Direito Penal socialista e sua busca por igualdade material e, porque não dizer, com a oculta *compensatio* de São Tomás de Aquino, tantas vezes referenciada na jurisprudência.*

Em consonância com as tendências mais modernas do direito penal, a teoria apresentada, serve como uma luva para adequação a realidade daquele pequeno empreendedor que batalha dia-a-dia pelo seu sustento, afastando a possibilidade de aplica-la aquele que busca cometer o crime tributário com mero interesse financeiro, o famoso criminoso do colarinho branco.

Sendo assim, diante do exposto, a possibilidade de aplicação da causa excludente da ilicitude do estado de necessidade parece em tese ser possível e em segunda medida, caso considere-se inaplicável a causa excludente da ilicitude é plausível a adoção da teoria do *co-culpabilidade* com o condão de suavizar a pena daquele que por real incapacidade de pagar seus tributos incorreu na prática dos crimes tributários.

Em que pese o pagamento ser causa de extinção da punibilidade nos crimes tributários, para a situação que se tem aqui em foco o pagamento geralmente não é uma opção. Sustenta-se a aplicação das teses aqui levantadas para aqueles que se encontram impedidos de manter sua atividade empresária devido a elevada carga tributária brasileira, que conforme se demonstrou nos capítulos anteriores parece tentar coibir o empreendedorismo.

²⁸PANOEIRO, José Maria de Castro. Doutorado em andamento em Direito, 2016 – Atual. *A medida da resposta punitiva nos delitos de fraude do Direito Penal Econômico*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro

CONCLUSÃO

Este artigo constatou que a carga tributária brasileira é superior à de países em situação de desenvolvimento econômico similar ao brasileiro e compatível a de países desenvolvidos com serviços públicos muito superiores aos prestados no Brasil.

A partir dessa constatação, a tributação excessiva para o nível de desenvolvimento econômico e qualidade dos serviços prestados em comparação com o restante do mundo, passou-se a análise dos tributos e formas de pagamento dos tributos existentes no Brasil. Nesse ponto, encontra-se mais uma problemática no sistema brasileiro. A tributação é, além de cara, complexa. Existe uma evidente dificuldade em saber como pagar os tributos, quais são as opções que esse pequeno e microempresário tem e qual é a menos gravosa. Esse aspecto tem um efeito muito mais preocupante do que parece denotar. Esse distanciamento entre contribuinte e Estado que a excessiva formalidade gera é fator predominante e determinante na dificuldade de empreender no Brasil. Não se sabe como pagar e quando se paga, paga-se caro.

Diante desse panorama, em alguns casos o pequeno e microempresário incorre em crimes tributários, o que se questionou nesse trabalho é a possibilidade de aplicar causas de justificação a esse crime. O crime do colarinho branco é altamente condenável e merece punição exemplar. No entanto, não é esse o caso aqui tratado, tem-se no estudo uma situação, infelizmente não excepcional, do pequeno e microempresário que não paga os tributos devidos, seja por impossibilidade econômico ou ignorância acerca da legislação.

O entendimento a que se chegou é de que se coloca um ônus demasiadamente pesado em quem deveria ser a mola propulsora da econômica brasileira, seja pelo custo alto, seja pela dificuldade de manter-se formalmente em dia com as obrigações tributárias. É preciso estimular o pequeno e o microempresário e não o prejudicar, taxando-o excessivamente e imputando-lhes crimes que vem a ser cometidos no exercício da atividade empresária. A desburocratização do sistema tributário e a suavização da carga tributário parecem ser o caminho para o estímulo a essa atividade que é considerada pelo presente estudo como essencial ao desenvolvimento nacional.

Deve-se compreender que o pequeno empreendedor é capaz de gerar progresso, é esse o caminho, na visão do autor desse artigo que pode levar o Brasil a um crescimento sustentável e duradouro, afastado das vicissitudes dos grandes empreendimentos, que como é visto dia-a-dia no noticiário coaduna e perpetua a corrupção na República Brasileira. A estratégia de grandes empresas levarem o Brasil ao progresso falhou, ruiu por ter como base a corrupção



tanto do Estado como dos grandes empresários. A operação Lava-jato é prova viva dessas mazelas.

Daí advém a preocupação, aqui exposta, com relação ao pequeno e microempresário, aqueles que na visão deste autor deve ser o responsável pelo crescimento, econômico e social, sustentável do Brasil. Não cabe mais depositar as esperanças no Estado ineficiente e corrupto, promover condições e liberdades para que o verdadeiro protagonista do Brasil possa atuar e levar esse País a frente é o plano de fundo que se buscou nesse pequeno recorte da problemática aqui trazida. O Estado deve propiciar um ambiente para a prosperidade e não ser o fator preponderante, a mola propulsora, para que se alcance esse objetivo. Essa fórmula falhou, deve-se buscar outro caminho.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. [Edição em e-book.] 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BAKER, Peter. *Arthur Laffer's Theory on Tax Cuts Comes to Life Once More*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/25/us/politics/white-house-economic-policy-arthur-laffer.html?mcubz=3>> Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Lei complementar 123 de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 23 fev. 2018.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. [Edição em e-book.] 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTELLO, Alexandro. *Reportagem publicada no site g: Carga tributária sobe para 32,66% do PIB em 2015, diz Receita Federal*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/carga-tributaria-sobe-para-3266-do-pib-em-2015-diz-receita-federal.html>> Acesso em: 17 out. 2017.

LAFFER, Arthur B. *The Laffer Curve: Past, Present, and Future*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/taxes/report/the-laffer-curve-past-present-and-future>> Acesso em: 10 set. 2017.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Doutorado em andamento em Direito, 2016 – Atual. A medida da resposta punitiva nos delitos de fraude do Direito Penal Econômico*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.



PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. [Edição em e-book.] 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WANNISKI, Jude. *Taxes, revenues, and the "Laffer curve"*. Disponível em: <<https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e/1a4/c54/58e1a4c549207669125935.pdf>> Acesso em: 10 set. 2017.



A INAPLICABILIDADE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ÀS
TAXAS: UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
177.835/PE

Guilhermo de Paula Machado Catramby

Graduado pela Universidade Católica de
Petrópolis. Advogado.

Resumo – as nuances estabelecidas pelo Direito Tributário estão presentes diuturnamente no âmbito das relações humanas postas à sociedade. Somada a esse panorama, a alta carga tributária, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, opõe o indivíduo, sobretudo aquele de poucos recursos, a mitigações de direitos fundamentais previstos na Constituição da República, a fim de que se mantenha o robusto aparato estatal, sem que haja a retribuição, com qualidade, dos serviços públicos estatais. Diante disso, o objetivo do presente estudo é defender a inaplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas e analisar a tergiversação dessa espécie de tributo, sob a ótica do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, ao criar interpretações que inovam no ordenamento jurídico pátrio, de modo a endurecer a carga tributária do país, o que acarreta a insegurança jurídica e econômica do Brasil e engessa o progresso de micro e pequenos empreendedores.

Palavras-chave - Direito Tributário. Capacidade Contributiva. Taxas. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução. 1. A falha interpretativa do Supremo Tribunal Federal ao aplicar o princípio da capacidade contributiva às taxas. 2. A oposição entre o direito público subjetivo de ação e a aplicação do princípio da capacidade contributiva à taxa judiciária. 3. A inadequada mitigação do princípio da livre iniciativa ante o empoderamento dos movimentos anticapitalistas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 177.835/PE, realizado no dia 02 de setembro de 1997, entendimento, que reverbera até os dias atuais, de que se aplica o princípio da capacidade contributiva às taxas. Entretanto, pretende-se demonstrar a incompatibilidade do princípio com a referida espécie tributária, pela análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme o artigo 77, do CTN, as taxas têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Nesse sentido, há a desvirtuação da natureza jurídica das taxas, uma vez que o valor cobrado por estas serve para ressarcir os cofres públicos pelo desempenho da atividade estatal.



Se houver a aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas, estas se transformam, de maneira indireta, em impostos.

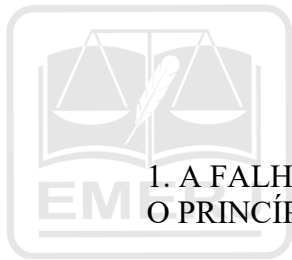
O argumento lançado pelo STF no bojo do acórdão paradigma é que a própria lei isenta o economicamente carente do pagamento das taxas, como ocorria no caso da Taxa Rodoviária Única. Todavia, não pode o STF, como guardião maior da Constituição, ir de encontro ao seu texto, de modo a tergiversar a razão de existir das taxas, a fim de homenagear uma exceção decorrente de um tributo que não mais integra o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, no primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, partindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que os fundamentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do acórdão do Recurso Extraordinário nº 177.835/PE, partiram de premissas equivocadas acerca dos institutos jurídicos envolvidos.

O segundo capítulo traz a ponderação entre o direito público subjetivo de ação, previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, e a aplicação do princípio da capacidade contributiva à taxa judiciária, a fim de que seja aferido o equívoco na delimitação da base de cálculo do tributo, bem como a mitigação do acesso à justiça.

Em seguida, no último capítulo, será novamente realizado o mecanismo de ponderação de princípios de índole constitucional, uma vez que o princípio da capacidade contributiva será oposto ao princípio da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo que tal análise será realizada sob uma ótica econômica, ante o empoderamento dos movimentos anticapitalistas na sociedade brasileira.

Esta pesquisa se pautará pela abordagem qualitativa, pelos objetivos descritivo e explicativo e pela metodologia do tipo bibliográfica, porquanto respaldada na legislação, na doutrina e na jurisprudência.



1. A FALHA INTERPRETATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO APLICAR O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ÀS TAXAS

O Supremo Tribunal Federal fixou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 177.835/PE¹, que versava sobre a taxa de fiscalização da Companhia de Valores Mobiliários, entendimento que reverbera até os dias atuais, de que se aplica o princípio da capacidade contributiva às taxas, de modo a ilidir frontalmente o disposto no artigo 145, §1º, da CRFB/88², uma vez que este se refere somente aos impostos, espécie distinta de tributo.

De acordo com o dispositivo constitucional citado, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Nas palavras de Baleeiro³, “a capacidade contributiva do indivíduo significa sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos”.

Sob esse prisma, o princípio da capacidade contributiva é uma das vertentes constitucionais tributárias referentes à justiça social, de modo a tentar estreitar o abismo existente na distribuição de renda no Brasil, sob a premissa de que cada indivíduo deve contribuir na proporção de suas rendas e seus haveres.

Sendo assim, sua aplicação deve se ater aos impostos, espécie do gênero “tributo”, pois esses são, de acordo com Ricardo Alexandre⁴:

tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo. Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia de solidariedade social. As pessoas que manifestam riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado fornecendo-lhe os recursos de que este precisa para buscar a consecução do bem comum.

Ou seja, os impostos dizem respeito ao caráter pessoal do indivíduo, na medida em que este manifesta sua riqueza, seja ao adquirir bens e serviços, seja ao auferir renda etc.. Deste modo, verificamos a coerência constitucional ao definir a progressividade fiscal dos impostos, com o fim de adequá-los à realidade patrimonial do contribuinte, uma vez que quanto maior for

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 177.835/PE*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=223337>>. Acesso em: 18 out. 2017.

²Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

³BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 259.

⁴ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 59.



a base de cálculo do imposto, maior será a sua alíquota, como por exemplo no caso do Imposto de Renda, conforme o artigo 153, §2º, da CRFB/88⁵.

Todavia, não podemos transmitir o raciocínio engendrado em relação aos impostos às taxas, visto que nesta espécie tributária as hipóteses de incidência não são afetas à manifestação de riqueza do contribuinte.

Conforme o artigo 77, do Código Tributário Nacional⁶, as taxas têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Deprendemos, portanto, que o intuito das taxas é promover uma contraprestação à Administração Pública em função do exercício regular, por esta, do poder de polícia, ou pela utilização pelo contribuinte de algum determinado serviço público divisível.

Destarte, somente pode ser levada em consideração na base de cálculo das taxas a exata proporção da atividade exercida pelo Estado, sem que este abra os olhos ao patrimônio, ou desempenho de qualquer atividade lucrativa desempenhada pelo contribuinte. Pontes de Miranda⁷ resume essa afirmação indicando que “as taxas têm de ser conforme o que importa como valor do que se presta”.

Nesse sentido, segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho⁸:

sendo a taxa um tributo cujas hipóteses de incidência (fatos geradores) configuram atuações do Estado relativamente à pessoa do obrigado, a sua base de cálculo somente pode mensurar tais atuações, Entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaerente et ossa*), uma relação de pertinência, de harmonia. Do contrário, estaria instalada a confusão e o arbítrio com a prevalência do *nomen iuris*, isto é, da simples denominação formal sobre a ontologia jurídica e conceitual dos tributos, base científica do direito tributário.

Diante desse panorama, no bojo do julgamento do RE nº 177.835/PE⁹, o Ministro Marco Aurélio foi o único membro da Corte que divergiu dos demais e encampou a tese aqui desenvolvida, cujo voto traz o seguinte trecho:

conforme consta do preceito, no imposto considera-se o caráter pessoal, o que não ocorre relativamente à taxa. A capacidade econômica do contribuinte mostra-se como balizamento inadequado à espécie de tributo que é a taxa, porquanto o valor respectivo há de ter íntima vinculação com o citado exercício do poder de polícia ou o serviço prestado ou colocado à disposição do contribuinte [...].”

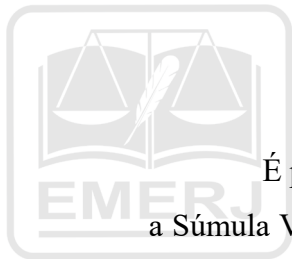
⁵BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶Idem. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁷MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

⁸COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.



É por essa distinção clara entre a natureza dos tributos em comento, que o STF editou a Súmula Vinculante nº 29¹⁰, cujo enunciado dispõe que não pode haver a identidade integral entre as bases de cálculo dos impostos e das taxas, sob pena de tergiversação da natureza destas.

À luz deste cenário, o STF estendeu o campo de atuação da norma contida no artigo 145, §1º, da CRFB/88¹¹, a fim de permitir a aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas, em detrimento da interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, estendeu oferecendo como exemplo a Taxa Rodoviária Única, tributo instituído pelo Decreto-Lei nº 999/69¹², cuja essência não é de taxa, mas sim de imposto, sendo certo que esta se aprimorou e tornou-se o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, previsto no artigo 155, III, da CRFB/88¹³.

Ademais, o Ministro Carlos Velloso¹⁴, relator nos autos do Recurso Extraordinário em exame, partiu de outra premissa equivocada ao lançar seu voto, que fora seguido pelos demais ministros, *in verbis*:

pagam aqueles que se beneficiam diretamente da atividade estatal respectiva. Seria injusto que a sociedade tivesse que remunerar, pela via dos impostos, a atividade da CVM, que pertine diretamente a um segmento da sociedade perfeitamente identificado, composto pelas pessoas que participam do mercado de valores mobiliários. Por sinal, um dos segmentos da sociedade brasileira dotado de maior capacidade contributiva, relativamente à maioria da população”.

A controvérsia da questão não recai sobre quem deve remunerar o Poder Público pela via das taxas, mas sim quanto que o usuário deverá pagar. No exemplo em análise, as sociedades empresárias que negociam seus valores mobiliários no mercado de capitais são os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária das taxas de fiscalização da CVM. Entretanto, o montante a ser pago independe do seu patrimônio líquido, uma vez que a diligência encetada pelos fiscais da autarquia será a mesma, seja na sociedade “X”, seja na sociedade “Y”.

Com base na inconsistência da posição adotada pelo STF¹⁵, a interpretação sistemática é a melhor solução para a presente controvérsia, vez que decorre do trabalho hermenêutico constitucional e varia de acordo com a constituição, seja ela sintética ou analítica. Como a

¹⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 29*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=29.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹¹Idem. op. cit., nota 2.

¹²Idem. *Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0999.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

¹³Idem. op. cit., nota 2.

¹⁴Idem. op. cit., nota 1.

¹⁵Ibid.



Constituição da República é uma constituição analítica, além da interpretação se dar por meio da adequação aos princípios, esta deve ter contato com a realidade, mesmo com os avanços sociais e tecnológicos, conforme a Força Normativa da Constituição introduzida por Konrad Hesse¹⁶.

Ou seja, segundo Hesse¹⁷, a constituição possui força normativa capaz de conformar a realidade, para isso basta que exista vontade de constituição e não apenas vontade de poder. Com isso, estender a eficácia da norma constitucional às taxas é ir de encontro à realidade constitucional que se pretende praticar no Brasil, de modo que o Estado, em detrimento à sociedade, lança mão de artifícios não previstos na Constituição da República de modo a afrontá-la, como veremos adiante.

Com base nestas premissas, mister se faz a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, de modo a mesclarmos as normas contidas na Constituição da República, no Código Tributário Nacional e nos entendimentos reiterados do STF no que tange às taxas, como por exemplo o enunciado da Súmula Vinculante nº 29¹⁸. O entendimento consolidado no RE nº 177.835/PE¹⁹ se mostra isolado quando é oposto ao sistema tributário nacional.

2. A OPOSIÇÃO ENTRE O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE AÇÃO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA À TAXA JUDICIÁRIA

Para a ponderação entre direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição da República, pilares do Estado Democrático de Direito, é necessária a análise da Teoria da Ponderação, elaborada por Robert Alexy²⁰, sob a ótica dos postulados normativos.

De acordo com Alexy²¹, a ponderação deve ser analisada sob o prisma do postulado da proporcionalidade, uma vez que a harmonia entre os direitos fundamentais deve observar os subprincípios ligados à proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁶HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

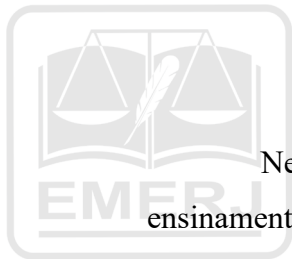
¹⁷Ibid.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁹Idem. op. cit., nota 1.

²⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

²¹Ibid.



Neste sentido, André Canuto de Lima²² define tais subprincípios, observando os ensinamentos de Alexy, da seguinte forma:

a adequação exige aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Adequado é o meio que fomenta, promove o fim e não aquele que o realiza. A necessidade faz um juízo comparativo, exige que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam este outro direito fundamental. Já a proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde ao modelo de ponderação, exige que se analise se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto.

Destarte, para que haja a mitigação de um princípio ou direito fundamental, é necessária a adoção de um método que seja, além de adequado, necessário e proporcional, seja racional, a fim de que se torne justificável o fomento de um direito fundamental em detrimento de outro.

Por fim, os princípios objetos da ponderação devem ser opostos ao postulado normativo da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/88²³, uma vez que se torna inconcebível que o resultado da restrição de princípios macule de maneira frontal a dignidade da pessoa humana do lesado que teve seu direito restrito.

Com base nesses elementos de ponderação de direitos fundamentais e princípios, mister se faz a oposição entre o direito público subjetivo de ação e a aplicação capacidade contributiva à taxa judiciária.

O Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro - Decreto-Lei nº 05, de 15 de março de 1975²⁴ -, em seu artigo 133, dispõe acerca dos limites da taxa judiciária, de modo que esta não pode ser inferior a 0,55 (cinquenta e cinco centésimos) da Uferj, nem superior a 250 (duzentos e cinquenta) Uferj's. A Uferj é a atual Unidade Fiscal de Referência – Ufir.

Todavia, os valores referenciais dos limites da taxa judiciária são divulgados, anualmente, por meio de portaria da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sendo assim, de acordo com a Portaria CGJ nº 3.210/2017²⁵, em seu artigo 1º, §1º, o valor

²²LIMA, André Canuto de Figueirêdo. *O modelo de ponderação de Robert Alexy*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/31437>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²³BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁴Idem. Estado do Rio de Janeiro. *Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²⁵Idem. Estado do Rio de Janeiro. Corregedoria Geral de Justiça. *Portaria CGJ nº 3.210/2017*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/Portal-Extrajudicial/documentos/PORTARIA-CGJ-3210-2017.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.



máximo da taxa judiciária é de R\$ 36.451,53 (trinta e seis mil quatrocentos e cinquenta reais e cinquenta e três centavos), para o ano de 2018.

Dessa forma, ante a vultosidade do valor máximo da taxa judiciária, uma parcela da população brasileira tem o seu direito público subjetivo de ação represado, uma vez que sua pretensão deve obedecer a sistemática processual civil no que tange ao valor da causa, o que reflete no aumento proporcional do valor da taxa judiciária.

Com base nesse raciocínio, excluem-se aqueles que fazem jus ao direito à gratuidade de justiça, na forma do artigo 98, do CPC/2015²⁶, bem como aqueles que possuem disponibilidade econômica abastada, de modo que não encontram dificuldades em adimplir o valor máximo da taxa judiciária.

Entretanto, entre esses dois grupos, está um grande número de jurisdicionados que não fazem jus à gratuidade de justiça, tampouco possuem recursos suficientes ao adimplemento da referida taxa. Assim, o princípio da capacidade contributiva, além de ser aplicado de forma equivocada às taxas, é aplicado sobre a base de cálculo do valor da pretensão do contribuinte, e não sobre a sua manifestação de riqueza.

Para fins de exemplificação, é possível que um indivíduo de classe média não ajuíze uma determinada ação para a reparação de danos morais decorrentes do falecimento de seu genitor, por ato ilícito perpetrado por *outrem*, uma vez que o valor a ser antecipado a título de taxa judiciária é deveras elevado, ante a sua proporcionalidade ao valor da causa, disposta no artigo 118, do CTERJ²⁷.

Para elucidar tal tese, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco²⁸ a ação é:

um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional. A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina devido processo legal. Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos o configuram.

Com base nos dizeres dos referidos autores, é possível aferir que o núcleo básico do direito de ação é a resposta do Estado, por meio da prestação da tutela jurisdicional estatal. Neste diapasão, é dever do magistrado, dentre outros, à luz do artigo 35, I, da Lei Complementar

²⁶Idem. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²⁷Idem. op. cit., nota 24.

²⁸CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.



nº 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura²⁹, cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício.

Dessa forma, não cabe ao magistrado, em razão da vultosidade do valor da causa de determinada demanda, julgá-la com maior apreço do que julgaria uma demanda de valor irrisório. Sendo assim, inexistente motivo apto a justificar a disparidade da taxa judiciária, uma vez que o serviço prestado pelo Estado será rigorosamente o mesmo, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional, independente do valor A ou B, ou do sujeito C ou D.

Destarte, a aplicação do princípio da capacidade contributiva à taxa judiciária expõe uma perversa mitigação do direito subjetivo público de ação, sem que haja qualquer benefício que pudesse ensejar o seu fomento diante de tal direito, uma vez que o serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte, exigido no artigo 77, do CTN³⁰, será imutável, independentemente da capacidade econômica das partes.

3. A INADEQUADA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA ANTE O EMPODERAMENTO DOS MOVIMENTOS ANTICAPITALISTAS

Ainda diante de um trabalho de ponderação de princípios, desta vez entre o princípio da capacidade contributiva e o da livre iniciativa, este, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, IV, da CRFB/88³¹, ratificado pela previsão da norma exposta no artigo 170, da CRFB/88³², “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Nesse sentido, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho³³:

o princípio da livre iniciativa se desdobra em quatro condições fundamentais para o funcionamento eficiente do modo de produção capitalista: (i) imprescindibilidade da empresa privada para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços que necessita para sobreviver; (ii) busca do lucro como principal motivação dos empresários; (iii) necessidade jurídica de proteção do investimento privado; (iv) reconhecimento da empresa privada como polo gerador de empregos e de riquezas para a sociedade.

²⁹BRASIL. *Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm?TSPD_101_R0=d8cb24f23cb0ca70e31513034f5f273cnk1000000000000000c01311c9ffff0000000000000000000000005a95ccb7009e928b0e>. Acesso em: 27 fev. 2018.

³⁰Idem, op. cit., nota 6.

³¹Idem, op. cit., nota 2.

³²Ibid.

³³COELHO apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



Assim, para que o Brasil se desenvolva economicamente e, como corolário, eleve seu Produto Interno Bruto – PIB; diminua seu índice de desemprego, cuja taxa média em 2017 foi de 12,7%, segundo o IBGE³⁴; e amplie o espectro de bens e serviços disponíveis à população, é necessário que as amarras impostas ao princípio da livre iniciativa sejam sutis, ou ao menos, previstas na Constituição da República.

Contudo, de forma reiterada, o resultado da equação da ponderação de qualquer princípio de natureza social com o princípio da livre iniciativa é sempre o mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, de modo que aqueles com a matriz social preponderam em larga escala, o que revela as mazelas marxistas arraigadas nas entranhas do Estado brasileiro.

Esse anticapitalismo, que imputa ares de ilicitude ao lucro e à atividade empresária realizada em território nacional, não se atém ao fato de que para o livre alcance dos direitos sociais previstos na Constituição da República, os indivíduos e o Estado necessitam da produção de riqueza oriunda da iniciativa privada, sem a qual não haverá a produção de emprego e renda.

Desse modo, em uma sociedade em que o Estado é altamente regulador e impõe uma elevada tributação, a atividade empresarial será restrita, uma vez que os empresários não terão lucro e, como consequência, não produzirão receitas que retornarão ao Estado.

Assim, nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos³⁵:

a ideia de que a livre iniciativa é algo antagônico a outros princípios “sociais” é deveras equivocada. A história é pródiga em exemplos que demonstram que as sociedades mais livres e que defendem com mais veemência o princípio da livre-iniciativa são mais desenvolvidas, social e economicamente, e ostentam menos desigualdades e mais qualidade de vida.

A fim de ilustrar essa ideia, de acordo com o Índice de Liberdade Econômica – ILE, de 2018, publicado pela Heritage Foundation³⁶, o Brasil é o número 153 no *ranking* composto por 180 países. A título de curiosidade, o Brasil fica atrás de países como Serra Leoa, Haiti e Etiópia.

Assim, é de fácil compreensão que o índice de liberdade econômica é diretamente proporcional ao Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, uma vez que quanto maior a liberdade econômica, maior será a probabilidade de que os indivíduos tenham seus direitos

³⁴IBGE. *PNAD Contínua*: taxa de desocupação é de 11,8%no trimestre encerrado em dezembro e a média de 2017 fecha em 12,7%. Disponível em: <<http://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/19756-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-8-no-trimestre-encerrado-em-dezembro-e-a-media-de-2017-fecha-em-12-7.html>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

³⁵RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³⁶FOUNDATION, Heritage. *2018 Index of economic freedom*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>>. Acesso em: 22 fev. 2018.



sociais resguardados, de modo que seja atendido o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, postulado normativo e princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, III, da CRFB/88³⁷.

Dessa forma, ante a lastimosa posição no *ranking* do ILE, a posição do Brasil no *ranking* do IDH merece o mesmo adjetivo, uma vez que, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano Global de 2016, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud³⁸, ele ocupa 79ª posição, atrás de países como Sri Lanka, Irã e Trinidad e Tobago.

Nessa esteira, mister se faz o estudo da curva de Laffer, batizada em homenagem ao seu criador, o economista PhD americano Arthur Laffer, que é uma equação econômica traduzida em um gráfico cujas variáveis são a quantidade de tributação e a quantidade de arrecadação.

Segundo Alexandre Borges³⁹:

para entender a Curva de Laffer, pense que ela calcula a relação entre a carga tributária e o total arrecadado pelo governo. Com uma taxa zero, o governo arrecada zero. Com uma taxa de 100%, também, já que ninguém terá incentivo para empreender. O que a curva mostra é que há um ponto que a arrecadação atinge seu limite e, a partir daquele ponto, ela começa a cair, já que fica mais atrativo sonegar ou parar de produzir.

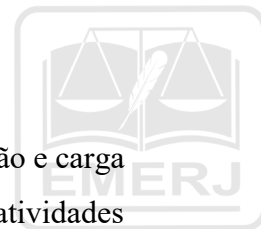
No Brasil, essa situação se agrava em razão do ínfimo retorno aos contribuintes na forma de serviços públicos básicos, tais como saúde, educação, saneamento básico etc.. Ademais, o regime cleptocrata instaurado na sociedade brasileira atual, decorrente do quadro de corrupção sistêmica atrelado ao mais alto escalão da República, provoca a sensação de que os valores compulsoriamente retirados do bolso do cidadão percorrem um caminho direto aos bolsos dos envolvidos em corrupção, o que enseja o afloramento da vontade do contribuinte em sonegar.

Aqui, é importante destacar que a tributação deve existir, sobretudo para que o Estado possa ter capital para desempenhar os serviços básicos e indelegáveis que lhe são impostos, assim como para não se deparar com um déficit orçamentário que acarretaria no rebaixamento de sua nota de crédito, com o conseqüente afastamento dos investimentos estrangeiros.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁸PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano Global de 2016*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

³⁹BORGES, Alexandre. *A equação econômica mais conhecida no mundo ainda não chegou ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/blog/a-equacao-economica-mais-conhecida-no-mundo-ainda-nao-chegou-ao-brasil/>>. Acesso em: 22 fev. 2018.



Destarte, com base nessas informações, em especial a robusta regulamentação e carga tributária brasileira, o país já não é um local atrativo para o desempenho de atividades empresariais. Nesse sentido, a fim de alimentar tal cenário, visto que a ausência de segurança jurídica é um dos elementos analisados no *ranking* do ILE, a Heritage Foundation⁴⁰ qualifica o Judiciário brasileiro como: “apesar de largamente independente, é sobrecarregado, ineficiente e é frequentemente sujeito a intimidações e outras influências externas”.

Diante desse panorama, o STF, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 177.835/PE⁴¹, incrementou a já abastada carga tributária pátria, ao aplicar o princípio da capacidade contributiva às taxas, de modo a ilidir todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Com a finalidade de trazer um exemplo prático desse panorama, há que se evidenciar a Lei Municipal nº 3.763, de 02 de junho de 2004⁴², do Município do Rio de Janeiro, que em seu artigo 59, institui a Taxa de Inspeção Sanitária, que tem como fato gerador o exercício regular, pelo órgão de Vigilância Sanitária Municipal, com o poder de polícia de autorização, vigilância e fiscalização das instalações e atividades de pessoa física e jurídica, no âmbito territorial da capital fluminense.

De acordo com a tabela XVIII-A⁴³, anexa à referida lei, o valor da taxa para a realização de tal serviço vai de R\$ 146,01 para estabelecimentos até 50 metros quadrados e fração, até R\$ 1.753,19 para estabelecimentos de mil quinhentos e um metros quadrados em diante. Ou seja, com base no princípio da capacidade contributiva, a sociedade empresária cujo estabelecimento seja maior, suporta uma despesa doze vezes maior do que outra com o porte inferior.

Ademais, a diligência a ser encetada pelos servidores que compõem os quadros da Vigilância Sanitária Municipal será rigorosamente a mesma, em qualquer um dos estabelecimentos a serem vistoriados.

Dessa forma, a imposição de tais taxas inibe a criação ou o crescimento de algumas sociedades empresárias, que poderiam expandir seu estabelecimento ou abrir seu capital (no caso da Taxa de Fiscalização da CVM, debatida pelo STF), mas que não o fazem em razão do

⁴⁰FOUNDATION, Heritage. *2018 Index of economic freedom - Brazil*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/country/brazil#rule-of-law>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴²Idem. Município do Rio de Janeiro. *Lei nº 3.763/2004*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5115499/4183512/Tabela_Taxa_de_Inspecao_Sanitaria_2017.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

⁴³Ibid.



incremento das despesas oriundas da aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas, o que freia o desenvolvimento econômico do país, como visto em linhas recuadas.

CONCLUSÃO

De acordo com a percuente análise do presente artigo se constatou que além da alta carga tributária prevista no ordenamento jurídico brasileiro, oriunda das competências tributárias previstas no bojo da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretações equivocadas do texto constitucional, aumenta o espectro de incidência do princípio da capacidade contributiva, de modo a inflar o valor das taxas, espécie de tributo distinta dos impostos.

Diante dessa constatação, passou-se à aferição de quão nefasta se torna tal posição da Suprema Corte, quando oposta aos direitos fundamentais previstos, assim como a capacidade contributiva, no texto constitucional.

À luz do resultado do modelo de ponderação de princípios efetivado por Robert Alexy, foi possível chegar verificação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 177.835/PE, ilidiu frontalmente pelo menos dois pilares do Estado Democrático de Direito: o direito subjetivo público de ação, previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88; e o princípio da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, IV, da CRFB/88.

Em relação à primeira hipótese, apesar de sua gravidade, os efeitos são sentidos na esfera individual dos jurisdicionados, sobretudo àqueles que não fazem jus aos auspícios da gratuidade de justiça em relação à taxa judiciária, tampouco possui capacidade econômica confortável, a ponto de não se incomodar com seus vultosos valores.

Todavia, a segunda hipótese revela um problema macroeconômico vivido pelo Brasil ao longo das últimas décadas. O inchaço do Estado brasileiro é um corolário lógico dos movimentos anticapitalistas que estão arraigados nas mazelas da nossa sociedade. A falsa ideia de quanto maior o Estado, mais eficazes serão as políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, não mais seduz grande parte do nosso povo.

Nesse sentido, ficou sedimentado no presente estudo, sobretudo por dados estatísticos, que quanto maior o aparato estatal, pior é a liberdade econômica de um país, o que afeta, de maneira diretamente proporcional, o desenvolvimento humano.

Destarte, ao aumentar o espectro de incidência do princípio da capacidade contributiva, o aplicando às taxas, o Supremo Tribunal Federal cria mais um empecilho à



prosperidade dos empresários no país, sobretudo aqueles são classificados como micro e pequenos empresários.

Como corolário desse obstáculo, com a ausência de fomento às atividades empresariais, menos empregos são gerados, de modo que mais indivíduos estarão à margem da completude de efetivação de seus direitos fundamentais e sociais. Sendo assim, se verificou que esse panorama é justamente o inverso do que a ideologia anticapitalista previa, uma vez que quanto menor o inchaço do Estado, mais indivíduos são abrangidos pelas suas políticas públicas.

Com esse raciocínio, em parte desatrelado da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, uma vez que resulta do amálgama de diferentes ciências sociais, como o Direito, a Economia e a Sociologia, o Supremo Tribunal Federal não pode tomar o papel de constituinte derivado, e, de encontro à Tripartição de Poderes de Montesquieu, criar diversos empecilhos à sociedade brasileira ao aplicar o princípio da capacidade contributiva às taxas, em detrimento da norma positivada no artigo 145, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

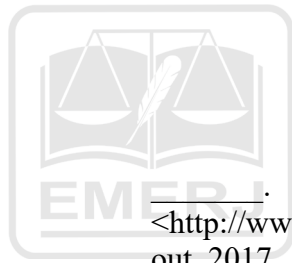
BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BORGES, Alexandre. *A equação econômica mais conhecida no mundo ainda não chegou ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/blog/a-equacao-economica-mais-conhecida-no-mundo-ainda-nao-chegou-ao-brasil/>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.



_____. *Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0999.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Estado do Rio de Janeiro. *Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. Estado do Rio de Janeiro. Corregedoria Geral de Justiça. *Portaria CGJ nº 3.210/2017*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/Portal-Extrajudicial/documentos/PORTARIA-CGJ-3210-2017.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm?TSPD_101_R0=d8cb24f23cb0ca70e31513034f5f273cnk10000000000000000000c01311c9ffff0000000000000000000000000000000005a95ccb7009e928b0e](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm?TSPD_101_R0=d8cb24f23cb0ca70e31513034f5f273cnk1000000000000000000c01311c9ffff000000000000000000000000000005a95ccb7009e928b0e)>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. Município do Rio de Janeiro. *Lei nº 3.763/2004*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/5115499/4183512/Tabela_Taxa_de_Inspecao_Sanitaria_2017.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 177.835/PE*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em :<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=223337>>. Acesso em: 18.out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 29*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=29.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 18 out. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FOUNDATION, Heritage. *2018 Index of economic freedom*. Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/ranking>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris 1991.

IBGE. *PNAD Contínua: taxa de desocupação é de 11,8%no trimestre encerrado em dezembro e a média de 2017 fecha em 12,7%*. Disponível em: <<http://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/19756-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-8-no-trimestre-encerrado-em-dezembro-e-a-media-de-2017-fecha-em-12-7.html>>. Acesso em: 22 fev. 2018.



LIMA, André Canuto de F.. *O modelo de ponderação de Robert Alexy*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/31437>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano Global de 2016*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.



DANO TEMPORAL: UM NOVO PARADIGMA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL

Gustavo Bustillos Monçores Velloso

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o incremento das relações entre os cidadãos implica no aumento do número de obrigações a serem adimplidas. Dessa forma, as pessoas possuem cada vez menos tempo útil ao seu dispor. Observa-se, então, que a proteção ao tempo útil garante uma condição existencial mínima ao cidadão, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. Por essa razão, defende-se, no presente artigo, que o tempo útil tem natureza jurídica de direito fundamental. Posto isso, o presente trabalho demonstrará, por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial, a necessidade da tutela autônoma da perda do tempo útil e os motivos para a criação de uma nova modalidade de dano, o dano temporal.

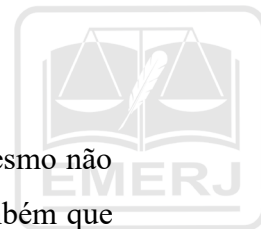
Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Perda do tempo útil. Dano temporal.

Sumário – Introdução. 1. O tempo útil como um elemento da dignidade da pessoa humana e um direito fundamental. 2. A análise feita pelo poder judiciário acerca da violação do tempo útil como causa ensejadora de responsabilidade. 3. Dano temporal: a necessidade de reconhecimento da perda do tempo útil como um fato ensejador de um dano autônomo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a propiciar o reconhecimento do dano temporal como um novo paradigma da perda do tempo útil. Seguindo esse objetivo, será discutida a natureza jurídica do tempo, com especial enfoque na análise dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. Também serão debatidas as posições jurisprudenciais acerca da perda do tempo útil, dando maior enfoque ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ao final, será debatida a possibilidade de reconhecimento a indenização pela perda do tempo útil como um dano autônomo, denominado de dano temporal.

O tempo assumiu um papel muito importante na sociedade moderna. O excesso de obrigações assumidas pelos cidadãos faz com que o tempo seja cada vez mais escasso, de forma que o tempo útil deve ser objeto de proteção jurídica.



Dessa forma, o tempo deve ser entendido como um direito fundamental, mesmo não tendo previsão expressa no rol do Art. 5º da Constituição Federal. Pode-se dizer também que esse instituto compõem a dignidade da pessoa humana, o que demonstra a sua importância.

Por vez, observa-se que os tribunais brasileiros, em especial o do Rio de Janeiro, levam em conta a perda do tempo útil na quantificação do dano moral. Esse fato demonstra que o tempo já recebe uma proteção jurídica, ensejando a responsabilização de quem o inflige.

Ante ao exposto, em razão das suas peculiaridades, o tempo deve ser objeto de uma proteção jurídica autônoma. Por isso, o tempo não deve compor o dano moral, e sim ser objeto de um dano autônomo, ou seja, o dano temporal.

Inicia-se no primeiro capítulo do trabalho discutindo se o tempo pode ser considerado um elemento integrante da dignidade da pessoa humana. Serão também analisadas as características do direito fundamental e se o tempo pode ser considerado como um direito fundamental.

No segundo capítulo a abordagem terá um fundo jurisprudencial, de forma a analisar a posição do tribunal de justiça do rio de janeiro acerca da perda do tempo útil. Far-se-á também uma análise sobre a responsabilidade civil em decorrência do dano ao tempo útil.

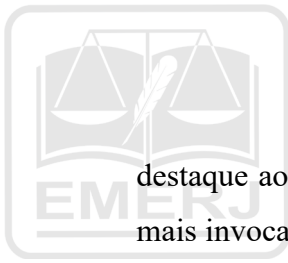
No terceiro capítulo será trazida à baila a necessidade de reconhecimento da perda do tempo útil como um dano autônomo, o dano temporal. Para tanto, serão trazidas questões levantadas nos outros capítulos, desenvolvendo-se uma linha de raciocínio, que leve à tese aqui defendida.

Como metodologia, será adotada abordagem qualitativa que tomará por base a bibliografia referenciada, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema desenvolvido.

1.0 TEMPO ÚTIL COMO UM ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E UM DIREITO FUNDAMENTAL

O dinamismo da sociedade moderna faz com que as pessoas adquiram cada vez mais obrigações. Isso implica em um aumento no número de responsabilidades a serem cumpridas pelos cidadãos, de forma que se torna, progressivamente, mais escasso o tempo útil desses sujeitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, visando garantir uma proteção mínima a esses cidadãos, prevê alguns institutos. Entre esses mecanismos, deve-se dar maior



destaque aos direitos fundamentais e à previsão da dignidade da pessoa humana, pois são os mais invocados pelos sujeitos como forma de garantia dos seus direitos.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é um conceito amplo, de forma que não há uma única definição, que possa ser universalmente aceita. Por essa razão se passa a sua conceituação, de forma a melhor compreender o instituto. Segundo Sarlet¹, tem-se por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida

A partir dessa definição, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco² do ser humano, inerente ao cidadão. Por isso, a dignidade da pessoa humana não pode ser livremente disposta pelo sujeito de direitos, caracterizando-se como irrenunciável.

Conforme exposto por Bulos³, a dignidade da pessoa humana possui as seguintes dimensões:

1ª) dimensão fundamentadora- núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2ª) dimensão orientadora- estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; e 3ª) dimensão crítica- serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas.

Em decorrência da dimensão orientadora e da dimensão crítica da dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica deve visar a sua preservação, garantindo a maior proteção possível a esses direitos intrínsecos. O Estado, tido aqui como o poder executivo, deve planejar as suas políticas públicas de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana, eis que esse é um valor absoluto.

Em relação aos direitos fundamentais, Sarlet⁴ entende que esses podem “ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73

² Ibid.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 513

⁴ SARLET, op. cit, p.1.



remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”. A dignidade da pessoa humana constitui, então, o alicerce dos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva⁵ entende que os direitos fundamentais designam

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Constata-se que o conceito de direito fundamental é amplo, sendo possível mais de uma conceituação. Por vez, observa-se que o instituto da dignidade da pessoa humana pode ser tido como o fundamento dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são absolutos, admitindo-se sua limitação quando vão de encontro a outros direitos fundamentais ou a outros valores constitucionais, conforme preceitua Mendes⁶. Outra característica importante é que eles são indisponíveis, de forma que os sujeitos de direito não podem livremente dispor deles. Apesar da característica da indisponibilidade, é possível a restrição de certos direitos fundamentais, em decorrência da voluntariedade do particular, o que pode ser revogado a qualquer tempo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5^o⁷, prevê um rol de direitos fundamentais. Apesar da sua amplitude, esse rol não é taxativo, segundo o parágrafo 2^o do mesmo dispositivo, segundo o qual “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.”

Dessa forma, é possível que um direito não previsto nesse rol seja também considerado como fundamental. Posto isso, pode-se dizer que a proteção ao tempo útil deve ser tido como um direito fundamental, sendo intrínseco a todos os cidadãos.

O tempo útil é cada vez mais escasso na sociedade moderna, em razão do maior número de obrigações que os cidadãos devem adimplir. Insta salientar que o tempo tem como características principais a irrecuperabilidade além da ininterrompibilidade, o que o faz ser um bem primordial, ou seja, um recurso inviolável da pessoa.

Por essa razão, a proteção ao tempo útil dos sujeitos faz com que seja garantida a condição existencial para uma vida digna, enquadrando-a na categoria de direito fundamental.

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1992. p. 163-164.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016, p.143

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018



Insta salientar que, em razão da cláusula de expansividade constante no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil⁸ é possível a inclusão de instituto nesse rol, mesmo não havendo previsão expressa nesse sentido.

A cláusula de aplicabilidade imediata tem previsão no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁹, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” Dessa forma, a proteção ao tempo útil, tida como direito fundamental em decorrência da cláusula de expansividade, terá aplicação imediata, devendo os tribunais brasileiros garantir a sua observância.

Os direitos fundamentais representam uma limitação ao poder estatal. Em decorrência da sua natureza absoluta¹⁰, o Estado não pode implantar políticas que os restrinjam ou violem completamente.

As relações entre particulares devem ser regidas de forma a observar os direitos fundamentais também. Essa imposição decorre da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais que, segundo Bulos, “é a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares”, ou seja, “os direitos fundamentais valem não só nas relações verticais entre indivíduo e Estado, mas também nas relações travadas somente entre particulares.”

2- A ANÁLISE FEITA PELO PODER JUDICIÁRIO ACERCA DA VIOLAÇÃO DO TEMPO ÚTIL COMO CAUSA ENSEJADORA DE RESPONSABILIDADE

No primeiro capítulo, chegou-se a conclusão de que o tempo útil, por garantir uma condição existencial digna aos cidadãos, enquadra-se na categoria de direito fundamental. Por essa razão impõe-se uma proteção a esse direito.

Segundo o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil¹¹, o rol de direitos fundamentais não é taxativo, de forma que seria possível entender o tempo útil como um direito fundamental mesmo diante da ausência de um inciso que o preveja. Por vez, conforme o parágrafo 1º do mesmo dispositivo¹², as normas definidoras dos direitos e

⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁹ Ibid.

¹⁰ MENDES, op. cit. p.2.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹² Ibid.



garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, deve ser garantida proteção a esse direito fundamental.

Dessa forma, a ausência de uma lei ou de uma súmula, as quais tratem especificamente da proteção ao tempo útil não podem servir de justificativa para a não imposição de sanções em caso de descumprimento desse direito fundamental. Posto isso, passa-se a análise das decisões do poder judiciário acerca da responsabilização dos agentes que violarem o tempo útil dos cidadãos.

Em razão do exposto, a observância do tempo útil dos cidadãos configura um dever jurídico, ou seja, não se podem praticar atos que vão ao encontro desse direito fundamental. Caso eventualmente ocorra essa violação, haverá a configuração de um ilícito, que gerará danos. Por vez, esses danos ensejam o dever jurídico sucessivo, o qual implica na obrigação de indenização do prejuízo por quem os praticou.

O dever de indenizar os prejuízos praticados em razão da prática de atos que importem na não observância do tempo útil configura a responsabilidade civil, segundo Sergio Cavalieri Filho¹³. Segundo ele, a responsabilidade civil é “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Para fins de maior esclarecimento, deve ser feita a distinção entre obrigação e responsabilidade. Segundo Cavalieri¹⁴ “a obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”. Esse entendimento encontra respaldo no art. 389, CC¹⁵, segundo o qual o não cumprimento de uma obrigação originária faz com que o devedor responda por perdas e danos, ou seja, impõe-lhe uma obrigação sucessiva. Importante ressaltar que só haverá responsabilidade se houver uma obrigação. Entretanto, o contrário é possível, como nos casos das dívidas de jogo e do débito prescrito.

A responsabilidade civil possui uma teoria subjetiva e outra teoria objetiva. No presente artigo, far-se-á a análise apenas da teoria subjetiva da responsabilidade civil, por se entender que a teoria objetiva é uma exceção no ordenamento jurídico e não restam caracterizados os requisitos para a sua aplicação.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 16

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.



Para a configuração da responsabilidade civil, faz-se necessária a presença de certos elementos. Cristiano Chaves de Farias¹⁶ adota uma teoria tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil ao dizer que os seus elementos são: ato ilícito; culpa; dano; nexo causal. A análise conjunta dos arts. 186, 187 e 927, CC¹⁷ implica na configuração desses elementos como integrantes da responsabilidade civil, eis que esta norma diz que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Será feita uma breve explicação dos elementos da responsabilidade civil. Segundo Farias¹⁸ “o ato ilícito é um fato jurídico” e este é aquele evento, oriundo da natureza ou da vontade humana, que podem repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes efeitos. Insta salientar que o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal são excludentes de ilicitude civil, afastando o dever de indenizar, caso caracterizados.

Em relação à culpa, Cavalieri¹⁹ diz que a “culpa é a violação do dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível.” Posto isso, a violação do dever objetivo de cuidado não está sempre positivado em lei, de forma que a sua análise eventualmente será feita de forma casuística.

Cavalieri²⁰ diz que, no tocante à violação do dever objetivo de cuidado, “o padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz.” Segundo a doutrina do direito penal, a culpa consiste no juízo de reprovação da conduta do agente, análise essa que deve ser feita casuisticamente, indo ao encontro da definição fornecida por esse jurista.

No tocante ao dano, inegável concluir que sem dano não há responsabilidade civil, de forma que esse elemento compõe o núcleo desse instituto. O dano é um fato jurídico *stricto sensu*, conforme afirma Farias²¹.

Os diplomas legais vigentes não conceituam dano, de forma que deve ocorrer certa valoração desse instituto pelo poder judiciário na análise do caso concreto. Para fins didáticos,

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 152.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁸ FARIAS, op. cit. p. 153.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 50.

²⁰ Ibid, p. 51.

²¹ FARIAS, op. cit., p. 238.



Farias²² conceitua o dano como “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”.

Presentes os elementos previamente citados, deve restar configurado o nexo causal, para que o agente possa ser responsabilizado por suas condutas comissivas ou omissivas, salvo nos casos de responsabilidade civil objetiva. Por meio do nexo causal, há uma conexão direta entre a conduta do agente e o dano por ele praticado.

O nexo causal também é usado para determinar até que ponto o dano imputado ao cidadão decorre da conduta praticada pelo terceiro. Dessa forma, pode-se determinar quais danos serão reparados pelo terceiro.

Feita a análise prévia, pode-se dizer que só haverá responsabilidade civil se os quatro elementos estiverem presentes. Posto isso, o terceiro que violar o direito fundamental consubstanciado no tempo útil só será responsabilizado civilmente se estiverem configurados, no caso concreto, esses quatro elementos.

Passa-se à análise das decisões proferidas pelos tribunais de justiça acerca do dano ao tempo útil e o dever de indenização.

TJ-RJ - RECURSO INOMINADO RI 00018463120118190206 RJ 0001846-31.2011.8.19.0206 (TJ-RJ)²³

ACIDENTE DE TRANSITO. DANO MATERIAL. ORÇAMENTO. INEXISTENCIA DE PROVA CONTRÁRIA. ONUS DA RÉ. PERDA DE TEMPO ÚTIL. DANO MORAL. REFORMA DA SENTENÇA. Trata-se de demanda decorrente de acidente de trânsito. A responsabilidade da ré no tocante ao acidente foi extrajudicialmente admitida. Não se desincumbiu a ré do ônus de desconstituir o orçamento apresentado pelo autor, o qual é compatível com a dinâmica do acidente, tendo em vista a apresentação de peça de defesa sem qualquer prova contrária. A verdadeira via crucis extrajudicial percorrida pela parte autora para obter a restituição das quantias despendidas em razão do acidente, a qual não foi objeto de impugnação específica, autoriza o reconhecimento de dano moral, consequência lógica da perda de tempo útil experimentada, a qual extrapolou a esfera do razoável. Considerando a capacidade econômica das partes e os princípios da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, vejo como razoável a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Pelo exposto, dou provimento ao recurso da parte autora para: i) condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 1.000,00, a título de dano material, acrescida de juros de 1% a.m e de correção monetária a partir do evento danoso; ii) condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 1.000,00, a título de compensação pelos danos morais experimentados, acrescida de juros de 1% a.m a partir do evento danoso e de correção monetária a partir da publicação do acórdão. Sem ônus sucumbenciais.

Observa-se que as decisões levam em conta a perda do tempo útil para a configuração do dano moral. Entretanto, o tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro não entende cabível uma indenização autônoma em razão da perda do tempo útil, ou seja, da não respeito a

²² FARIAS, op. cit., p. 241.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado RI 00018463120118190206 RJ 0001846-31.2011.8.19.0206. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20137000707780>>. Acesso em 05 mar. 2018



esse direito fundamental. Junta-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça, para fins de análise:

STJ- RECLAMAÇÃO Nº 30.462 - ES (2016/0070204-5) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI²⁴

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRODUTO (ESTAÇÃO DE MUSCULAÇÃO) ADQUIRIDO EM INTERNET ENTREGUE INCOMPLETO. REVELIA. PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO ASTREINTES. REJEITADO. PEDIDO PROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS

4- Ressalte-se que resta incontroverso o mau atendimento da recorrente, por mais de dois meses, ante as provas colecionadas pelo recorrido (inúmeras ordens de serviço), devendo ser reconhecida a ocorrência de lesão extrapatrimonial em razão da perda do tempo útil experimentado por este.

O julgado do Superior Tribunal de Justiça menciona expressamente a perda do tempo útil, entendendo que a atitude do agente que implica nessa perda é um fator a ser levado em conta para a quantificação do dano moral. O referido tribunal superior entende que a perda do tempo útil enquadra-se na modalidade de lesão patrimonial, ensejando a reparação civil.

Pode-se dizer, então, que não há jurisprudência de tribunal algum reconhecendo a perda do tempo útil como um fato ensejador de um dano autônomo, ou seja, que não estaria incluso em qualquer outro dano já tutelado pela jurisprudência, como o dano moral, por exemplo. No fundamento das decisões, os tribunais alegam que a perda do tempo útil implicaria em uma lesão extrapatrimonial, o que ensejaria a compensação pelos danos morais sofridos pelo sujeito.

Apesar de já ser um avanço o reconhecimento da perda do tempo útil como um fator a ser levado em conta na quantificação do dano moral, existem características peculiares do tempo útil, cuja natureza é de direito fundamental, que ensejariam uma proteção autônoma, não integrando as outras modalidades de dano já existentes. Por vez, esses aspectos serão abordados no próximo capítulo.

²⁴ BRASIL - RECLAMAÇÃO RCL 30.462 - ES. RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79188428&num_registro=201600702045&data=20171214&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em 05 mar. 2018

3- DANO TEMPORAL: A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA PERDA DO TEMPO ÚTIL COMO UM FATO ENSEJADOR DE UM DANO AUTÔNOMO

Conforme visto no segundo capítulo do presente artigo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim como o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a perda do tempo útil como um fato a ser levado em conta na quantificação do dano moral. Entretanto, ficou comprovado que não há jurisprudência que entenda possível uma indenização autônoma em decorrência da perda do tempo útil, ou seja, que entenda que esse fato ensejaria um dano autônomo.

Segundo Anderson Schreiber²⁵, “o dano moral consiste justamente na lesão a um atributo da personalidade humana.”. Por vez, parte da doutrina não adota essa conceituação, entendendo que o dano moral decorre do sofrimento psicológico sofrido, da humilhação e do constrangimento. Há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶ neste sentido também:

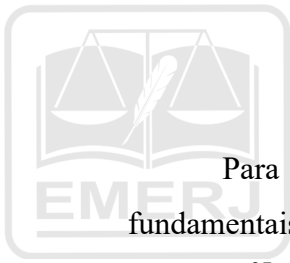
18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Apelação Cível nº 34788/05
Relator: Jorge Luiz Habib
APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA QUITADA.
O dano moral não precisa ser provado através de prova testemunhal, documental, oral ou pericial, pois trata-se de um dano interno, traduzido na dor, sofrimento, e constrangimento sofrido.

O problema de se entender o dano moral como o decorrente de uma humilhação, sofrimento ou constrangimento sofrido é que há uma margem de discricionariedade muito grande. Aqui, a compensação pelos danos morais sofridos só seria possível se ficasse comprovado pelo menos um dos referidos requisitos, o que muitas vezes configura uma prova impossível, prejudicando o direito do particular à reparação integral dos danos que lhe foram infligidos.

Por essa razão, no presente artigo, o dano moral é entendido como o decorrente da lesão a um atributo da personalidade humana, ou seja, o decorrente da violação de um direito da personalidade.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 16.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – *apelação cível ac 2005.001.34788 rj 2005.001.34788*. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003C73E6947D46944432A37D745A2DCEA4BC147C3262B0C&USER=>>. Acesso em 18 mar. 2018.



Para parte da doutrina, a diferenciação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais tratam do mesmo fenômeno, mas de formas diferentes. Segundo Anderson Schreiber²⁷,

Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Dessa forma, se ofensor for um particular, tratar-se-ia de proteção dos direitos da personalidade e se o ofensor for o poder público, a proteção seria dos direitos fundamentais. Apesar de parte de a doutrina entender que ambos os direitos tutelam o mesmo valor, demonstrar-se-á que a perda do tempo útil merece uma proteção especial, o que configuraria o dano temporal.

O dano temporal é o dano decorrente da perda do tempo útil do cidadão, extrapolando o limite do razoável. Pode-se dizer, então, que o dano temporal decorre da violação do tempo útil, devendo este ser entendido como um direito fundamental, conforme foi exposto no primeiro capítulo.

Para fins de elucidação, traz-se um exemplo: caso um particular perca uma hora do seu dia resolvendo um problema por telefone com a fornecedora de um serviço, esse tempo perdido está dentro do razoável, de forma a não restar configurado o dano temporal. Por vez, caso um agente perca dois dias inteiros em sua casa, a espera do técnico de um fornecedor de serviços, para solucionar um problema e o mesmo não compareça de forma justificada, ficou caracterizada a desproporcionalidade do tempo perdido, devendo-se compensar o dano temporal perdido.

Conceituado o dano temporal, deve-se ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro entende possível a condenação do agente à reparação de outras modalidades de dano que tutelam direitos da personalidade, distinguindo-os do dano moral. Um exemplo é o caso do dano estético, o qual não é mais considerado integrando do dano moral.

A súmula 387 do STJ diz que é lícita a cumulação de danos morais com danos estéticos. Insta salientar que o dano estético decorre de uma violação ao direito de imagem, o qual é um direito da personalidade.

²⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 13.

Pode-se dizer, então, que a súmula entendeu ser possível a reparação por danos de modalidades diversas que tutelam direitos da personalidade. Apesar de já ter se entendido que o dano moral, por decorrer de a violação ao direito da personalidade, abrangeria o dano estético, prevalece o entendimento jurisprudencial de que é possível a condenação de um agente em ambos. Nesse sentido, segue jurisprudência do STJ²⁸:

[...] É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Súmula 387/STJ), ainda que derivados de um mesmo fato, mas desde que um e outro possam ser reconhecidos autonomamente, sendo, portanto, passíveis de identificação em separado. – Na hipótese em exame, entende-se configurado também o dano estético da vítima, além do já arbitrado dano moral, na medida em que, em virtude de queda de trem da companhia recorrida, que trafegava de portas abertas, ficou acometida de “tetraparesiaespática”, a qual consiste em lesão medular incompleta, com perda parcial dos movimentos e atrofia dos membros superiores, capaz de ensejar também prejuízo de ordem estética. – Considera-se indenizável o dano estético, autonomamente à aflição de ordem psíquica, devendo a reparação ser fixada de forma proporcional e razoável. [...]

O referido julgado entendeu que, em razão da maior especificidade do dano estético, o mesmo não estaria mais abrangido pelo dano moral, devendo ser reparado autonomamente. Insta salientar que a súmula 96 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já dispunha nesse sentido ao afirmar que as verbas relativas às indenizações por dano moral e dano estético são acumuláveis.

Há também debate na doutrina sobre a possibilidade de cumulação do dano moral com outras modalidades de dano que não o material ou estético. No caso, Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁹ diz que é cabível a cumulação de dano moral com dano psíquico, sendo este “uma doença mental adquirida em razão do comportamento ilícito praticado pelo ofensor”³⁰.

O dano psíquico visa proteger a sanidade mental do particular, ou seja, garante o respeito à dignidade da pessoa humana, de forma a tutelar um direito da personalidade. Por vez, o dano moral também tutela a violação aos direitos da personalidade.

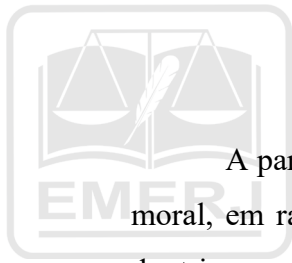
Entretanto, a Flaviana Rampazzo Soares³¹ defende essa diferenciação ao dizer que “a diferenciação entre o dano psíquico e o moral reside no fato de que aquele é um dano não efêmero nem somente subjetivo, mas criado em razão de múltiplas causas e que reduz a capacidade e a potencialidade da vida, pois altera ou compromete a personalidade da pessoa”. No caso, a referida jurista diz, em outras palavras, que o dano moral atuaria mais na esfera dos sentimentos, enquanto que o dano psíquico atuaria no caso do dano praticado com conotação de índole patológica.

²⁸ VILLAR, Alice Saldanha. *Direito Sumular: STJ*. Leme: Jhmizuno editora distribuidora. 2015, p. 33.

²⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil V.4*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

³⁰ Ibid.

³¹ SOARES apud MELO, op. cit., p. 166



A partir da análise da cumulação dessas modalidades de danos, constata-se que o dano moral, em razão da sua maior abrangência, englobaria as outras modalidades. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência entendem que em razão da maior especificidade dessas modalidades diversas de danos, é possível a cumulação destas com o dano moral.

Posto isso, o art. 944, CC³² diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, configurando o princípio da reparação integral do dano. Segundo esse princípio, será analisada os danos perpetrados contra o sujeito e o seu causador será obrigado a repará-los. Dessa forma, todas as modalidades de dano caracterizadas na prática do ato ilícito devem ser reparadas.

Conforme o exposto no primeiro capítulo, o tempo útil configura um direito fundamental, razão pela qual sua proteção deve ser imediata e integral. Em decorrência da sua natureza, a perda do tempo útil caracteriza o dano temporal, o qual implica na compensação dessa violação.

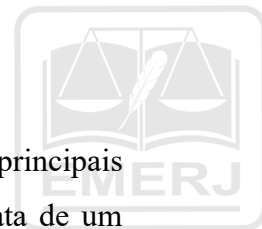
Ante ao exposto, apesar do dano temporal tutelar um direito fundamental e conseqüentemente um direito da personalidade, trata-se de um dano específico, decorrente objetivamente da perda do tempo útil do cidadão, o que é irreversível. Dessa forma, o dano moral, em razão do seu caráter mais abrangente, não seria capaz de reparar integralmente o dano decorrente da violação do tempo útil, de forma, para que essa reparação ocorra, será necessário a sua cumulação com o dano temporal.

Conclui-se, pois, que é possível a cumulação do dano moral com o dano temporal no caso concreto, eis que em razão da sua maior especificidade, faz-se necessária a tutela específica da perda do tempo útil. Insta salientar que, para que o agente seja condenado à compensar o dano temporal, é indispensável a comprovação de que, em decorrência do ato ilícito do agente, houve perda do tempo útil do sujeito

CONCLUSÃO

No presente trabalho, inicialmente analisou-se o tempo útil. Demonstrou-se que, em razão do dinamismo da sociedade moderna, as pessoas possuem mais obrigações a serem adimplidas. Uma consequência disso é que progressivamente as pessoas possuem menos

³²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.



tempo útil para dispor dele como melhor entenderem. Por isso o tempo tem como principais características a irrecuperabilidade e a ininterrompabilidade, razão pela qual se trata de um bem primordial, sendo um recurso inviável da pessoa.

A proteção ao tempo útil, então, garante uma condição existencial para uma vida digna dos cidadãos. Por essa razão, o tempo deve ser entendido como um direito fundamental, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana.

Apesar do tempo útil não estar previsto no rol dos direitos fundamentais constante do art. 5º, o parágrafo 2º, Constituição da República Federativa do Brasil desse dispositivo prevê que o referido rol não é taxativo, ou seja, é meramente exemplificativo. Dessa forma, não há vedação legal ao reconhecimento do tempo útil como um direito fundamental.

Salienta-se que o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê a cláusula de aplicabilidade imediata, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” Dessa forma, o tempo útil merece proteção imediata por ter a natureza de um direito fundamental, mesmo não tendo previsão legal ou sumular.

O tempo útil, por ser objeto de proteção constitucional, deve ser resguardado pelo Estado, ou seja, em razão da sua natureza de direito fundamental, representa uma limitação ao poder estatal. Por vez, os particulares também devem observá-lo, em razão da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

Após concluir pela natureza de direito fundamental do tempo útil, foi analisado como é abordado a violação ao tempo útil nos tribunais brasileiros. Focou-se nas fundamentações acerca da responsabilidade civil nessas decisões.

A responsabilidade civil corresponde a um dever jurídico sucessivo que surge em razão da violação de um dever jurídico originário, do qual as obrigações fazem parte. A partir dessa premissa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhece que a violação ao tempo útil deve ser levada em conta na quantificação do dano moral, que decorre da violação dos direitos da personalidade.

As decisões analisadas no presente artigo demonstram que a jurisprudência entende que a perda do tempo útil é um fator a ser levado em conta na quantificação dos danos morais decorrentes da violação de um dever jurídico originário. Entretanto, não há decisão alguma reconhecendo a perda do tempo útil como um fato ensejador de um dano autônomo, ou seja, a perda do tempo útil não configura, por si só, um ato ilícito ensejador de responsabilidade civil.



Por vez, defende-se, que a violação do tempo útil, resultando na sua perda, configura o dano temporal, ou seja, é um ato ilícito que enseja a responsabilidade civil do agente que o causou, configurando uma modalidade de dano autônoma. Insta salientar que o dano temporal deve ser entendido como o dano decorrente da perda do tempo útil, extrapolando o limite do razoável.

Apesar do dano temporal também tutelar um direito da personalidade, eis que todos os cidadãos o possuem, ele não deve ser englobado pelo dano moral. Conforme demonstrado, outras modalidades de dano também tutelam direitos da personalidade, como é o caso do dano estético, mas, em razão das suas maiores especificidades, caracterizam uma modalidade de dano autônomo, conforme dispõe a própria sumula 387 do STJ, a título de exemplo.

Em razão da tutela específica da perda do tempo útil, o dano temporal possui maior especificidade do que o dano moral, o qual decorre da simples violação dos direitos da personalidade, de forma que aquele constitui uma modalidade de dano autônoma. Dessa forma será concretizado com maior eficiência o princípio da reparação integral dos danos, que norteia a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

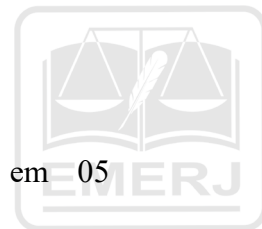
BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça - *Reclamação rcl nº 30.462 - ES*. relatora: ministra maria isabel gallotti. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79188428&num_registro=201600702045&data=20171214&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – *AC nº 2005.001.34788 RJ* 2005.001.34788. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003C73E6947D46944432A37D745A2DCEA4BC147C3262B0C&USER=>>>. Acesso em 18 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *RI nº 00018463120118190206 RJ* 0001846-31.2011.8.19.0206. Disponível em <



<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20137000707780>>. Acesso em 05 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 513.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 16.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil V.4*. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1992.

VILLAR, Alice Saldanha. *Direito Sumular: STJ*. Leme: Jhmizuno editora distribuidora. 2015.



REFLEXÕES QUANTO À LEI MARIA DA PENHA E À ISONOMIA JURÍDICA

Gustavo Mesquita Marinho

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.
Advogado.

Resumo – o Direito usualmente se adapta de maneira superveniente às mudanças sociais. Muitas vezes cabe ao intérprete da lei extrair do texto legal norma não prevista quando de sua elaboração por parte do legislador. No caso da Lei Maria da Penha, diversas são as novas discussões oriundas do debate acerca das questões de gênero e igualdade que surgiram desde sua elaboração. O objetivo do presente trabalho é justamente abordar tais mudanças e trazer interpretações à Lei Maria da Penha que se adequem ao novo contexto fático da sociedade, bem como discorrer sobre determinadas críticas quanto à sua aplicabilidade, sobretudo quanto à equivocada ideia de sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave - Direito constitucional. Isonomia jurídica. Igualdade de gênero. Garantias processuais e materiais.

Sumário - Introdução. 1. A Lei Maria da Penha como instrumento hábil para suprimir a violência doméstica. 2. A Lei Maria da Penha e as questões de gênero. 3. Principais críticas à Lei Maria da Penha: da sua constitucionalidade e o porquê do afastamento da Lei 9.099/95. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os impactos trazidos pela Lei Maria da Penha, bem como a possibilidade de uma interpretação à luz da nova realidade social existente desde sua vigência.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicado o uso da interpretação ampliada no âmbito do Direito Penal.

Para melhor compreensão do tema, busca-se tratar do princípio da isonomia, sobretudo em seu aspecto formal, à luz do texto constitucional. Dessa forma, pretende-se aperfeiçoar o uso da Lei Maria da Penha de modo a concretizar o objetivo buscado pelo legislador quando de sua criação, qual seja o combate à violência doméstica no âmbito familiar.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a repercussão da Lei Maria da Penha em nosso ordenamento jurídico e as mudanças, positivas e negativas, trazidas pela norma desde



sua criação. Intenta-se, assim, analisar o quão eficaz foi a referida lei em relação aos seus objetivos primários e eventuais efeitos colaterais oriundos de sua criação.

No segundo capítulo o objetivo é abordar as questões de gênero e identidade contemporâneas sob o viés penal e se é possível ou recomendável a aplicação da Lei Maria da Penha de forma não literal.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o impacto das normas penais trazidas pela Lei Maria da Penha, sobretudo as que expressamente revogam ou afastam direitos e garantias trazidos ao longo do ordenamento jurídico pátrio.

A presente pesquisa se valerá de método hipotético-dedutivo, o que significa o levantamento de um conjunto de proposições hipotéticas atinentes ao tema e sua posterior comprovação ou rejeição, conforme linha argumentativa trabalhada ao longo de cada capítulo.

Para tanto, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema serão abordadas de forma a conseguir pormenorizar as nuances de direito processual e material referentes à aplicabilidade da lei sob uma perspectiva tanto prática, quanto teórica.

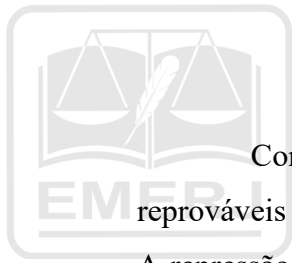
1. A LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO POLÍTICO HÁBIL PARA SUPRIMIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei Maria da Penha¹(LMP) completou, em agosto deste ano, 11 anos desde sua aprovação. Isso significa que faz mais de uma década desde que o Brasil criou seu maior mecanismo de combate a um grande problema social que nunca antes na história da legislação pátria havia recebido tamanho destaque.

Pode-se falar que o caminho natural de um Estado Democrático de Direito seja combater as diversas formas de desigualdade social, sobretudo aquelas oriundas do sexismo, racismo, entre outras formas de preconceito. Dessa forma, tutelar o direito de determinados setores sociais, no caso das mulheres, é apenas uma forma de zelar pela isonomia jurídica e dar um passo rumo à isonomia material².

¹BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

² Isonomia formal diz respeito à igualdade perante a lei, que visa extinguir qualquer tipo de privilégio pessoal ou de classe, enquanto a material consiste no corolário de tratar diferenciadamente os desiguais e homogeneamente os iguais. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 214-215.



Contudo, a simples existência de um instrumento repressor de determinadas condutas reprováveis pela sociedade não é, por si só, suficiente para a efetiva erradicação dessas ações. A repressão por meio de agravamento da lei penal é apenas um dos meios para alcançar esse resultado.

Desde sua vigência, a Lei Maria da Penha³ foi fruto de diversas pesquisas, sobretudo estatísticas, que apontam, por exemplo, uma efetiva redução – cerca de 10% - na taxa de homicídios ocorridos em residências tendo uma mulher como vítima quando em comparação a um homem entre os anos 2000 e 2011⁴. A mesma pesquisa, por outro lado, aponta que tal redução não se concretizou uniformemente ao redor do país. Isso implica dizer que a efetividade da lei não alcança todos os setores sociais, sobretudo porque os órgãos de amparo à mulher se encontram concentrados nas regiões metropolitanas de cada estado.

Dessa forma, entende-se por necessária a complementação da política de combate à violência doméstica de forma a amparar todas suas vítimas. Isso inclui vítimas que residem onde os órgãos de atendimento especializado à mulher não existam e, como veremos em capítulo adiante, vítimas de violência doméstica além das mulheres.

Extirpar a prática da violência doméstica, contudo, é tarefa difícil, pois não se trata tão somente da violência em si. A real origem dessa prática tem raízes mais profundas e remetem à desigualdade social estrutural existente entre homens e mulheres. Além disso, permeia na cultura do país uma política de reparação, mas não de manutenção. Assim, procura-se sempre solucionar um problema quando este surge – e, às vezes, apenas quando se torna insustentável -, mas nunca de evitá-lo.

Dessa forma, observar o aumento significativo de novas ações ajuizadas com base na Lei Maria da Penha⁵ significa um significativo incremento na repressão das condutas combatidas pela, mas também é indicativo de que o problema seja muito maior do que se imagina.

Na cidade de Cascavel no estado do Paraná, o número de processos judiciais e medidas protetivas oriundos de questões amparadas pela lei seguiu constante durante os anos de 2013 a 2015.⁶ Tal fator indica que a violência, apesar de constantemente coibida pela

³ BRASIL, op cit., nota 1.

⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha*. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610> . Acesso em: 16 out. 2017.

⁵BRASIL, op cit., nota 1.

⁶SLOBODA, Joana Aparecida. Lei Maria da Penha: estudo da lei e estatísticas de violência doméstica contra a mulher na cidade Cascavel-Paraná. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18301&revista_caderno=3>. Acesso em: out 2017.



aplicação da lei por parte do Poder Judiciário, ainda persiste naquela determinada localidade de forma contínua.

Outrossim, o Mapa da Violência 2015⁷ apontou dados ainda alarmantes acerca da violência contra a mulher:

[...] com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados[...]

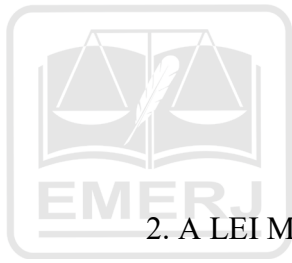
Como se percebe, a mera repressão por meio do endurecimento das normas penais, materiais e processuais, não satisfaz a premente necessidade de reverter o quadro de violência contra a mulher. É preciso ainda inserir no meio social o grau de reprovabilidade da violência doméstica de formas além da punição do agressor.

Nesse sentido, a própria lei prevê, em seu artigo 8^o, nove diversas medidas com intuito de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Como já visto, algumas dessas medidas já são realidade em algumas regiões do país, que dão específico amparo às mulheres vítimas de tais crimes por meio de delegacias, defensorias e varas especializadas nesse tipo de atendimento. Todavia, as demais regiões carecem de tal serviço e sofrem da mesma forma com esse panorama de abuso doméstico, muitas vezes de forma ainda mais grave.

A demanda pelo atendimento especializado é ainda preocupante, de modo que a simples criação de mais órgãos seja ainda insuficiente para nivelar a questão. Assim sendo, é preciso ampliar os recursos de prevenção previstos na própria legislação, como a promoção de campanhas educativas e o destaque nos currículos de todos os níveis de ensino sobre matéria de direitos humanos. Caso contrário, o número de acionamentos à justiça especializada continuará alarmante devido à manutenção do quadro cultural que há muito internalizou a violência doméstica.

⁷ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.com.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em out. 2017.

⁸BRASIL, op cit., nota 1..



2. A LEI MARIA DA PENHA E AS QUESTÕES DE GÊNERO

Tratar da Lei Maria da Penha⁹ envolve necessariamente a discussão de gênero. Em que pese a desigualdade entre homem e mulher ser uma questão amplamente divulgada e combatida, ainda é pouco reconhecido o debate acerca das discussões de gênero.

Jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo nos últimos anos para afastar a simples interpretação literal do artigo 1º da lei no tocante às pessoas tuteladas por ela. O dispositivo normativo, em si, zela apenas pela integridade da mulher, porém o entendimento da corte abrange, na verdade, a identidade de gênero. Em outras palavras, significa que a proteção normativa alcança tanto a mulher, em sua concepção puramente biológica, quanto o transgênero, transexual ou mesmo o homem homossexual¹⁰. É nesse sentido, também, o entendimento da jurista Maria Berenice Dias¹¹, ao afirmar que a lei “assegura a proteção tanto às lésbicas como às travestis, às transexuais e às transgêneros de identidade feminina que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio”.

Dessa forma, o STJ¹² estende a proteção da lei aos indivíduos que se identifiquem com o gênero feminino e sofram, no âmbito doméstico, de violência por parte daqueles que integrem seu círculo social mais íntimo.

O Poder Judiciário, além de alterar seu posicionamento quanto ao sujeito passivo da LMP, também passou a ampliar o reconhecimento do sujeito ativo, qual seja o agressor. A lei surgiu num contexto de violência familiar entre homem e mulher, mas ao passo que o próprio conceito de vítima se alterou, também foi preciso atualizar o rol daqueles que podem ser responsabilizados pelos crimes descritos na lei.

Nesse contexto, o STJ¹³ firmou o entendimento de que a lei em questão visa tutelar a integridade da pessoa de gênero feminino contra qualquer pessoa que integre o núcleo doméstico, seja a relação familiar ou afetiva, independentemente de ser também alguém do

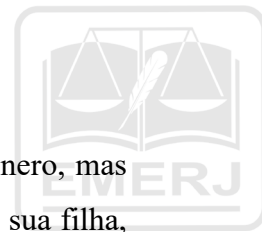
⁹BRASIL, op cit., nota 1.

¹⁰Revista Consultor Jurídico, 10 jun 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha-protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em 07 mar. 2018

¹¹DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, p; 59.

¹² Ibidem.

¹³ Revista Consultor Jurídico, op cit, nota 10.



mesmo gênero. Uma vez que a lei não restringe o autor do crime quanto ao seu gênero, mas apenas a vítima, foi possível, por exemplo, a condenação de uma mãe que agredia a sua filha, uma mulher trans.¹⁴ Tem-se, assim, uma decisão que uniu a questão da relativização do sujeito passivo, bem como a não restrição do sujeito ativo como sendo apenas alguém do gênero masculino.

A verdade é que o entendimento dos tribunais superiores vem se desenvolvendo progressivamente, de forma a reconhecer, a título de exemplo, os direitos dos casais do mesmo sexo a terem sua união estável reconhecida¹⁵. Em última análise, significa maior aplicabilidade do princípio da isonomia material¹⁶ em nosso Estado democrático de Direito, uma vez que extingue diferenciação que sequer deveria existir em nossa sociedade.

Contudo, tal progresso se dá de forma comedida. No mesmo exemplo acima, o direito reconhecido aos casais do mesmo sexo se deu somente quanto à possibilidade de reconhecimento de união estável. O casamento, em si, só foi reconhecido em 2013, com a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça¹⁷, que vedou expressamente às autoridades públicas de recusar a celebração de união estável, bem como de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, apesar de louvável o desenvolvimento jurisprudencial para acolher vítimas de violência doméstica que não sejam tão somente aquelas que tenham nascido mulheres, há ainda questões a serem debatidas e analisadas, seja pelo Poder Judiciário quando da análise jurídica, ou pelo Legislativo, se adequando às mudanças sociais, bem como adotando políticas sociais mais incluídas.

Como visto, com o avanço dos anos, a jurisprudência ganhou nova roupagem ao interpretar a LMP e passou a observar com um olhar mais atento os conceitos de mulher e gênero feminino. Todavia, assim como as mulheres compõem um setor que sofre com as desigualdades sociais, existem ainda outras pessoas que não possuem ainda o devido reconhecimento e amparo na lei.

¹⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador João Ziraldo Maia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201718000144>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

¹⁵ Em 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

¹⁶ BRASIL, op cit., nota 2.

¹⁷ Idem. *Resolução nº 175/CNJ*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acessado em: 8 mar. 2018.



Se, por um lado, a lei trata especificamente de uma questão de gênero do ponto de vista binário¹⁸, ou seja, adota-se um parâmetro dualista em que um indivíduo se identifique unicamente ao gênero feminino ou masculino, por outro se exclui da proteção da lei aqueles que não se enquadrem no modelo estabelecido, quais sejam os não-binários.¹⁹ Apenas a título de esclarecimento e exemplificação, não-binários seriam aqueles que não se enquadram no padrão dual de gênero estabelecido, seja porque não se identificam com nenhum deles, como é o caso do agênero, ou por mesclar características de ambos, como seria o caso do pangênero e do intergênero. Existem, ainda, diversas outras classificações abrangidas pelo termo não-binário as quais, porém, não cabe a este trabalho abordar.

Assim como o gênero feminino sofre ainda com a desigualdade social em relação ao masculino, os casos acima são temas ainda mais controvertidos em nossa sociedade. Se a aceitação de um indivíduo como alguém que não se identifique com seu gênero biológico encontra ainda muita resistência por grande parte da sociedade, a receptividade de alguém que sequer se insira em um dos dois gêneros socialmente estabelecidos é ainda maior.

Peculiar é, portanto, a questão da proteção dos não-binários, uma vez que a sua não identificação exclusiva com o gênero feminino tornaria, em tese, inaplicável uma norma jurídica que tutele justamente esse gênero em detrimento de outro.

É questão de tempo até que esses múltiplos casos não tratados em lei cheguem ao Poder Judiciário e este se veja diante de uma questão inédita na qual um não-binário, vítima de violência doméstica, recorra às medidas protetivas da LMP²⁰. Será então possível a aplicação conforme requerido se a vítima, além de se considerar do gênero feminino, também se considera do gênero masculino? Alguém que não se considere parte de qualquer um dos gêneros ficará desguarnecida da aplicação da lei especial? São algumas das perguntas possíveis que poderão alcançar os tribunais no futuro e que, à luz do nosso atual ordenamento, não encontram uma resposta precisa e pacífica.

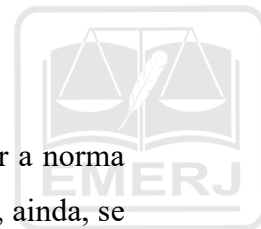
Dessa forma, é preciso ter em mente que existem setores sociais que, assim como as mulheres, sofrem discriminação em razão de gênero e, contudo não possuem especial proteção em lei. Importante ressaltar, também, que, em razão da ausência desse conteúdo normativo especializado, o operador do direito deve ter maior cautela ao tratar de eventual

¹⁸ MOTA CHAVES, Emanuelle; MENDES DOS SANTOS, Matheus. *Não-Binariidade, Teoria Queer e Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero*. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB, Brasil, out. 2016: p.3. Disponível em:

<<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/download/4393/1790>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL, op cit., nota 1.



caso envolvendo indivíduo não-binário em situação de violência doméstica. Aplicar a norma protetiva própria do gênero feminino para alguém que não se identifique com ele ou, ainda, se identifique com ele dentre outros gêneros, pode violar garantia do sistema penal, qual seja a vedação à analogia *in malam partem* em desfavor do acusado. Sobre a expressão latina, leciona o professor Guilherme Nucci²¹:

É a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador. É proibida a sua utilização no campo penal por lesar a legalidade. No setor processual penal, admite-se o emprego da analogia, com o objetivo de suprir lacunas, seguindo-se o disposto pelo art. 3.º do Código de Processo Penal.

É preciso, portanto, atentar ao perigo de extensão indevida da lei. Ainda que uma minoria carente de legislação especial que a proteja e de reconhecimento social não possua a merecida tutela, não se pode desvirtuar o sistema penal para adotar interpretação à lei mais grave que atinja sujeito ativo em situação não prevista na norma. Resta, assim, aguardar o desenvolvimento legislativo, seja criando lei específica ou alterando a atual, para que esse grupo social tenha a devida proteção jurídica.

3. PRINCIPAIS CRÍTICAS À LEI MARIA DA PENHA: DA SUA CONSTITUCIONALIDADE E O PORQUÊ DO AFASTAMENTO DA LEI 9.099/95

Desde a sua criação, a LMP tem sido alvo das mais diversas críticas e elogios. Nesta seção serão abordados os pontos mais comumente criticados por operadores do direito e, quando devido, contraditos por argumentos constitucionais, bem como fáticos.

Um dos pontos mais reprovados por parcela minoritária da doutrina e jurisprudência em relação à especial tutela da mulher contra a violência doméstica é a questão da igualdade perante a lei prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal.²² Muitos trabalhos acadêmicos pautam suas críticas em relação à lei ao afirmar que haveria uma violação

²¹ NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.



constitucional do princípio da isonomia ao conceder tratamento diferenciado às mulheres, como vítimas, no que tange violência doméstica.²³

Contudo, conforme tratado no capítulo 1 do presente trabalho, a especial proteção dada ao gênero feminino se fundamenta justamente sob a ótica da isonomia material. A disparidade histórica e cultural existente entre homens e mulheres é o pilar fundamental que sustenta a existência de uma lei que os trate de forma diferenciada. Nesse sentido, aponta muito acertadamente Maria Berenice Dias:²⁴

É exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. [...] E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso são necessárias equalizações por meio de discriminações positivas: medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Afirmar, portanto, que a LMP violaria a CFRB/88 é, nas palavras do professor Lênio Streck²⁵, afirmar que normas como a Lei dos Crimes Hediondos ou a previsão de cotas raciais também sejam inconstitucionais, uma vez que trazem tratamento desigual a determinados indivíduos.²⁶ Percebe-se, assim, o equívoco no argumento pela inconstitucionalidade da lei, porquanto da premente necessidade em amparar as mulheres no cenário ainda presente de violência doméstica, o que corrobora as finalidades previstas no texto constitucional.

Dessa forma, insustentável a tese pela inconstitucionalidade da LMP, uma vez que a norma, ao contrário do que alguns possam afirmar, busca zela pelo comando constitucional aoproteger um setor social que tem seus direitos e garantias fundamentais constantemente vilipendiados pela sociedade e pelo próprio Estado. Ultrapassado o debate acerca da

²³ Nesse sentido podemos destacar os seguintes trabalhos: PENNA, Paula Dias Moreira; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. *Crítica à alteração da Lei Maria da Penha: tutela e responsabilidade*. 2016. 8f. Artigo- UFMG. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/critica_a_alteracao_da_lei_maria_da_penha_tutela_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018. DELATORRE, Daiton; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Lei Maria da Penha: Uma Análise crítica sob as Óticas Penal e Constitucional*. 33f. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, cap. 14, p.108-109.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desiguando a desigualdade histórica*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011, p. 93-100.



constitucionalidade, passa-se à análise da lei em si, sobretudo no que diz respeito às normas penais mais graves e alterações na lei penal geral.

Quanto às alterações realizadas no Código Penal²⁷, não existe tanta discussão sobre a matéria. A LMP criou a nova agravante genérica prevista na alínea ‘f’ do inciso II do art. 61, CP, que prevê o aumento de pena na segunda fase da dosimetria sempre que o crime for realizado no âmbito doméstico ou com violência contra mulher.

A discussão que mais repercutiu quanto a essa nova agravante foi o fato de estar inserida, no mesmo contexto, a relação de hospitalidade. Isso, pois a norma fugiria do escopo primordial da LMP, qual seja o crime realizado em situação de violência doméstica propriamente dita ou contra mulher em razão de seu gênero.

Para Guilherme Nucci²⁸, estariam abarcadas, nesse ponto, as relações entre anfitrião e visita. Haveria nesse vínculo um caráter afetivo tutelado pelo Direito Penal. Na prática, a jurisprudência vem aplicando a agravante para situações de namoro, quando não há, ainda, a coabitação que caracterize uma relação doméstica, não tendo, até então, aplicado a norma agravante na hipótese de crime praticado contra visita ou anfitrião.

Outra alteração relevante trazida pela LMP foi a inclusão de novas qualificadora e majorante ao crime de lesão corporal (§§ 9º e 11, respectivamente, do art. 129, CP). A primeira, assim como no caso da agravante, diz respeito à lesão corporal praticada em situação de convívio doméstico, familiar, de coabitação ou de hospitalidade. Uma diferença em relação à agravante é que não há menção ao gênero feminino. Dessa forma, realizada a violência no âmbito doméstico estará caracterizada a qualificadora, não importa o gênero da vítima. Nessa hipótese, há alteração quanto à pena máxima: enquanto na lesão corporal simples a pena será fixada entre três meses e um ano, na qualificada por violência doméstica a pena máxima passa a ser de três anos.

A majorante, por sua vez, cuida em tratar dos abusos domésticos praticados contra pessoa portadora de deficiência. Assim, além da proteção dada às pessoas no âmbito domiciliar, há uma especial proteção àqueles ainda mais vulneráveis sob um mesmo contexto. Nesse caso, aumentar-se-á a pena fixada nos moldes da qualificadora em um terço.

Importante ressaltar que, em se tratando da qualificadora do parágrafo nono, não há falar-se em eventual aplicação da agravante anteriormente tratada, uma vez que restaria

²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁸ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/hospitalidade>>. Acesso em: 23 mar. 2018.



configurado flagrante *bis in idem*, isso é, condenação do réu pelo mesmo fato, qual seja praticar violência doméstica, duas vezes.

Houve, também, mudança no Código de Processo Penal²⁹ no que diz respeito à criação de nova modalidade de prisão preventiva, qual seja a do inciso IV do art. 313, CPP, posteriormente alterado pela Lei nº 12.403/2011³⁰ para revogar o inciso IV e concentrar no III hipótese que abrangesse o maior número de setores sociais que apresentam maior vulnerabilidade.

Assim, criou-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva como forma de garantir as medidas protetivas de urgência estabelecida pelo juízo quando se tratar de crime envolvendo violência doméstica, seja contra mulher, idoso, criança, enfermo ou pessoa que apresente alguma deficiência. Observa-se, portanto, que a LMP foi importante no desenvolvimento legislativo no que concerne a proteção àqueles mais vulneráveis em nossa sociedade.

Novamente, não há falar em qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, uma vez que o tratamento diferenciado dado pela lei busca justamente diminuir e compensar hipossuficiência inerente a determinados grupos sociais.

Por fim, cumpre tratar de um dos aspectos mais impactantes trazidos pela LMP em seu art. 41: a total inaplicabilidade das normas trazidas pela Lei dos Juizados (lei nº 9.099/95)³¹.

A lei que instituiu os juizados criminais trouxe diversas benesses ao réu reconhecidas na doutrina e jurisprudência como medidas despenalizadoras. São elas: (i) a possibilidade de composição civil dos danos (art. 74); (ii) a transação penal, a ser realizada entre o membro do Ministério Público e o autor do fato (art. 76); e (iii) a suspensão condicional do processo (art. 89). Todos os três institutos têm o viés de evitar a prisão do réu diante da possibilidade de medidas mais brandas e suficientes para tratar das infrações de menor potencial ofensivo, sendo elas definidas como contravenções penais e crimes cuja pena máxima cominada não supere dois anos (art. 61).

Além disso, a Lei nº 9.099/95³², em seu art. 88, estabeleceu que os crimes de lesão corporal leve e lesões culposas seriam condicionados à representação da vítima, ou seja,

²⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art4>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³¹ BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³² Idem.



fugiriam da regra geral do art. 100 do Código Penal, que estabelece a ação penal pública incondicionada. Como historicamente a maioria dos crimes praticados no âmbito familiar são lesões corporais leves, rapidamente surgiu embate doutrinário indagando se a LMP afastou ou a necessidade de representação.

A polêmica acerca da natureza da ação penal tomou ainda maior destaque do que o afastamento das medidas despenalizadoras, ao passo em as críticas contrárias à LMP afirmavam que, além da já tratada violação à isonomia, a retirada da escolha pelo ajuizamento da ação das mãos da vítima criava indevida ingerência do Estado na esfera familiar, além de ser um retrocesso ao Direito Penal mínimo.

Contudo, tais argumentos não levam em consideração o problema estrutural incrustado em nossa sociedade. Antes da vigência da LMP, recorrente eram os casos de mulheres vítimas de violência doméstica, intimidadas por seus agressores e receosas por represálias futuras, desistiam da ação ajuizada, o que garantia a impunidade do agressor e perpetuação da violência. Ao transferir a legitimidade da ação para o Ministério Público, além de vedar a retratação quando praticada violência física, retira da vítima carga emocional negativa referente à representação contra seu agressor, fosse cônjuge, companheiro ou qualquer pessoa afetivamente a ela relacionada.

Como se observa, a LMP é incompatível com diversas normas jurídicas que amenizam o rigor da lei penal. Em outras palavras, trata-se de evidente lei penal mais grave, tanto no âmbito do direito penal material quanto processual.

Muito se discutiu sobre o tema no campo acadêmico, até que o STF, em decisão de ampla maioria – 10 votos contra 1- acertadamente pôs um fim ao debate em sede da ação declaratória de constitucionalidade nº 19 ao julgar procedente a ação para reconhecer a constitucionalidade do dispositivo da LMP que afasta a incidência da lei 9.099/95.³³

Os debates atuais, portanto, dizem respeito apenas ao meio acadêmico, em que alguns persistem na defesa pela inconstitucionalidade da lei. Apesar de não ser a medida perfeita e definitiva para o combate à violência doméstica contra o gênero feminino, é inegável o avanço nesse sentido desde sua promulgação, sendo, infelizmente, necessário afastar medidas que, em outras situações, beneficiariam o réu.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Percebeu-se, no decorrer deste trabalho, que a Lei Maria da Penha é tema de debate desde sua vigência, seja acerca de sua efetividade, aplicabilidade ou mesmo constitucionalidade. Certo é, que, independente do posicionamento jurídico que se possa tomar, é indiscutível a relevância de seu conteúdo normativo para toda a sociedade.

Iniciado o trabalho, foi demonstrado, em seu primeiro capítulo que a Lei Maria da Penha alterou consideravelmente o quadro de violência doméstica contra a mulher ao redor de todo o país, ainda que não de maneira uniforme pelas diferentes regiões. Nesse sentido, a lei cumpre bem seu propósito, que é o combate à violência em razão do gênero no âmbito familiar.

Ressalta-se que a Lei não visa à erradicação de tais crimes, o que seria uma proposta um tanto quanto megalomaniaca e intangível. Seu objetivo primordial é tão somente diminuir o grave quadro de desigualdade existente. Revertê-lo por inteiro requer um número muito mais amplo de medidas jurídicas e, principalmente, políticas que vão além da mera repressão.

Em um segundo momento, abordou-se o tema de atual relevância que são as questões de gênero à luz da Lei Maria da Penha. Se por um lado a norma busca tutelar gênero que necessita de especial proteção, é importante trazer ao debate a evolução social que culminou no que conhecemos hoje em dia como identidade de gênero.

Nesse aspecto, chegou-se à conclusão de que a Lei Maria da Penha deve ser interpretada por um viés mais abrangente, que vá além da proteção exclusiva da mulher e zela, na verdade, pela tutela ao gênero feminino. Dessa forma, também encontrariam proteção na lei indivíduos que se comportam, vivem e se veem como pertencentes ao gênero feminino, independentemente de terem nascido de tal forma.

Por fim, no terceiro e último capítulo, foram tratadas as principais críticas contrárias à Lei Maria da Penha, sobretudo no que tange sua constitucionalidade. Evidenciou-se, nesse aspecto, que, ao contrário do que parte da comunidade jurídica afirma, a lei encontra respaldo constitucional, pois busca justamente reduzir o vão de desigualdades sociais existentes entre diferentes segmentos sociais, quais sejam homens e mulheres.

Em suma, não há falar em mácula, no que diz respeito à constitucionalidade e à legalidade da Lei, uma vez que o princípio da isonomia é justamente o fundamento de sua elaboração. A Lei pode não ser perfeita ou mesmo a forma mais eficiente de combate à

violência doméstica, mas é indubitavelmente a norma mais avançada e inovadora nesse sentido que nosso ordenamento possui até o presente momento.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art4>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. *Lei Maria da Pena*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 set. de 2017.

_____. *Resolução nº 175/CNJ, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acessado em: 8 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador João Zivaldo Maia. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201718000144>>. Acesso em: 8 mar. 2018.



. DELATORRE, Daiton; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Lei Maria da Penha: Uma Análise crítica sob as Ópticas Penal e Constitucional*. 33f. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha*. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610> . Acesso em: 16 out. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTA CHAVES, Emanuelle; MENDES DOS SANTOS, Matheus. *Não-Binariedade, Teoria Queer e Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero*. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB, Brasil, out. 2016: p.3. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/ixsidh/ixsidh/paper/download/4393/1790>>. Acesso em: 11 mar.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. *Manual de Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/hospitalidade>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PENNA, Paula Dias Moreira; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. *Crítica à Alteração da Lei Maria da Penha: Tutela e Responsabilidade*. 2016. 8f. Artigo- UFMG. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/critica_a_alteracao_da_lei_maria_da_penh_a_tutela_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 10 jun 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha-protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em: 07 mar. de 2018

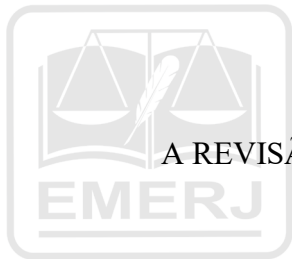
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011.



SLOBODA, Joana Aparecida. *Lei Maria da Penha: estudo da lei e estatísticas de violência doméstica contra a mulher na cidade Cascavel-Paraná*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18301&revista_caderno=3. Acesso em: out. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: www.mapadaviolencia.org.com.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em out. 2017.



A REVISÃO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA POSTERIOR À HOMOLOGAÇÃO E OS SEUS LIMITES

Gustavo Ruiz Fonseca de Freitas

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC-RJ. Advogado.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os vetores legais e jurisprudenciais acerca da revisão judicial no acordo de colaboração premiada posterior à homologação pela autoridade judiciária. Aborda-se o conceito do instituto e sua natureza jurídica, diante da perspectiva utilitarista em assegurar a persecução criminal das organizações criminosas em relação aos “crimes de gabinete”. Em seguida, busca-se compatibilizar a aplicação do acordo de colaboração premiada e a sua excepcional rescisão com o princípio da segurança jurídica. O controle da legalidade pelo Poder Judiciário posterior à homologação do acordo é examinado conforme a atual orientação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o caráter transacional do instituto, expressão da justiça penal negociada. Por fim, a eficácia objetiva da transação, assim como o momento adequado de sua aferição, são explorados para tornar possível a concessão da sanção premial previamente ajustada, haja vista a extensão e a profundidade dos elementos revelados pelo agente colaborador.

Palavras-chave: Direito Penal e Processual Penal. Lei 12.850/2013. Colaboração Premiada. Homologação. Revisão Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Aplicabilidade dos princípios da confiança legítima e da proporcionalidade no instituto da Colaboração Premiada. 2. A revisão ou desconstituição do acordo celebrado. 3. A eficácia objetiva do pacto negocial como parâmetro de invalidação do ajuste. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo aduz a revisão judicial posterior à homologação do acordo de colaboração premiada e os seus limites, tendo em vista que a colaboração se caracteriza por ser um meio de obtenção de prova e que, a ulterior homologação, se pauta em requisitos relativos à regularidade, voluntariedade e a legalidade do acordo, de modo a definir as controvérsias oriundas do ilícito penal mediante a adoção de solução fundada na vontade dos sujeitos da relação processual penal.

É certo que o Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento pela revisão da colaboração premiada, na hipótese de descumprimento do que foi inicialmente ajustado com o Ministério Público, diante da conduta do imputado de omitir fatos de maior relevância para a investigação ou de simplesmente faltar com a verdade, deve-se frisar, que não há, no ato de



homologação do ajuste, exame acerca do teor dos depoimentos prestados, que serão analisados em momento posterior, qual seja, na sentença.

O presente trabalho objetiva, em seu primeiro capítulo, estabelecer um equilíbrio entre os princípios constitucionais e o direito que possui o acusado ou investigado para aceitar realizar a colaboração premiada. Por essa razão, é crucial destacar que a proteção à segurança jurídica é nodal para o Estado Democrático de Direito, haja vista que a antecipação de consequências jurídicas deve permear as atividades dos particulares, doravante, em seu prisma subjetivo, decorrente da segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima exerce papel fundamental na vinculação das atividades da Administração Pública às suas práticas, como no caso da colaboração premiada.

O Poder Judiciário, por conseguinte, limitar-se-á a verificar a legalidade do acordo celebrado, tendo em vista que o juízo de conveniência e oportunidade já foi preestabelecido entre o Ministério Público e o colaborador, dessa forma, o aludido exame dos pressupostos fáticos da celebração do negócio jurídico se atém a realidade dos fatos e a coerência lógica da decisão discricionária.

A revisão ou desconstituição do acordo de colaboração premiada, tema tratado no segundo capítulo, é amparado na constatação de ilegalidade superveniente apta a justificar a nulidade do negócio jurídico personalíssimo, na forma do Art. 4º, §7º e §11º, da Lei nº 12.850/2013, de acordo com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, logo, o juiz competente pode entender que os meios de prova obtidos por meio do acordo celebrado são ilícitos, na hipótese de constatação de vício na regularidade, legalidade ou voluntariedade do ajuste.

Por fim, no terceiro capítulo, examinam-se os vetores indicados na Lei nº 12.850/13, no tocante ao controle sobre a legalidade das cláusulas estipuladas no negócio jurídico personalíssimo de delação premiada, visto que, caso haja vício em algumas destas (no tocante à abusividade ou ilegalidade), deverá ser recusada pela autoridade competente, diante do condicionamento efetivado pelo princípio da legalidade quanto a fiscalização dos acordos pelo Poder Judiciário. Ademais, a eficácia objetiva do pacto negocial aduz a cooperação do colaborador, no sentido de cumprir as obrigações assumidas, e que permite uma execução em que seja possível extrair alguma das hipóteses preconizadas no art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/13.

O método hipotético-dedutivo é utilizado na elaboração da pesquisa, uma vez que o conjunto de proposições lógico-hipotéticas apresentadas por meio de discurso argumentativo comprovam a validade das conjecturas explicitadas no bojo do artigo. A abordagem do objeto



desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, decorrente da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial para fundamentar a tese exposta.

1. A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA PROPORCIONALIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA

O princípio da segurança jurídica parte do pressuposto de conferir segurança aos membros de uma sociedade, projeta-se sobre a integralidade das relações jurídicas e deve ser observado por qualquer dos Poderes do Estado, é definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹, nesses termos:

[...] a segurança jurídica se enraíza no instinto, a partir da necessidade básica de todo ser vivo de preservar as condições de existência, dela se derivando a paz, como situação ideal de convivência civilizada entre indivíduos e grupos de qualquer natureza e dimensão, e, nela, a segurança jurídica, como resultado proporcionado pela existência e pela prática de instituições que garantam a previsibilidade no emprego do poder.

Com efeito, extrai-se dessa definição o caráter essencial decorrente da antecipação dos efeitos de quaisquer atos praticados por particulares, em sua esfera de autonomia volitiva, o que implica não só em seu aspecto objetivo, como o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR/88), mas principalmente, em seu aspecto subjetivo, na forma do princípio da proteção da confiança legítima das pessoas em relação às expectativas oriundas dos atos estatais.

A proteção do administrado no tocante à sua confiança requer a presença de elementos distintos: a existência de uma base objetiva na relação de confiança (acordo de colaboração); que esta esteja incutida subjetivamente no particular (fundada na boa-fé ao cumprir as obrigações assumidas); que haja a prática objetiva de atos com base nessa relação de confiança (efetividade da colaboração); e que esta seja frustrada por ato contraditório do Estado (na hipótese de desconstituição do ajuste).

A aplicação do princípio da proteção da confiança legítima ao instituto da colaboração premiada é irrefutável, por se tratar de relação jurídica em que figura o Estado em um dos polos, caracterizado como negócio jurídico personalíssimo em que o colaborador parte da

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.81.



premissa de que o Estado honrará os compromissos assumidos, desde que ele também honre os seus, doravante, confere aos colaboradores verdadeiro direito subjetivo aos beneplácitos².

Ademais, por meio da teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*), que requer a legalidade do ato anterior vinculante e a prática de atos contraditórios em idêntica relação jurídica, com a mesma identidade subjetiva e objetiva, deflui o princípio da proibição de comportamentos contraditórios que fulminem a confiança depositada por outrem na conservação de um comportamento inicial. Ante tais premissas, é inegável, que o agente colaborador, ao revelar qualquer das hipóteses contidas no art. 4º, da Lei nº 12.850/13³, possui a expectativa legítima de obter um benefício amparado no acordo de colaboração.

É crucial frisar que sanção premial é condicional, pois exsurge da contraprestação legítima por parte do colaborador, que deverá honrar as obrigações assumidas no conteúdo do pacto firmado, hipótese na qual fica o Estado vinculado à concessão das vantagens legais, diante da atividade de delibação exercida na homologação da colaboração pelo juiz competente.

Outro importante vetor principiológico na formatação do instituto da colaboração premiada é o princípio da proporcionalidade, originalmente empregado no controle do exercício do poder de polícia, consubstancia ideais de justiça material e de igualdade, representa a ação administrativa equilibrada, caracteriza um instrumento nodal para a contenção de possíveis excessos cometidos pelo Poder Público.

Trata-se de princípio cuja acepção remete ao próprio Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais (que atua da mesma forma na proibição deficiente por parte do Estado), assim como a cláusula do devido processo legal, nesse sentido, o ato estatal só poderá ser compatibilizado com o princípio da proporcionalidade se atender as suas três subdivisões, na forma dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 19 set. 2017.

³ “Art. 4. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.” Idem. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

⁴ Nas palavras de Rafael Oliveira: o princípio da proporcionalidade possui origem nas remotas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos imanentes ao homem oponíveis ao Estado. Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo,



A idoneidade ou adequação aduz a contribuição efetiva do ato estatal para a realização do resultado pretendido, a exigibilidade ou necessidade do ato atine a medida menos gravosa aos direitos fundamentais para alcançar os fins perseguidos e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito objetiva efetivar um juízo de ponderação referente ao caso concreto, na relação de custo e benefício da medida, razão pela qual a restrição ao direito fundamental deve ser justificada pela importância do direito fundamental ou princípio que será sopesado.

A possibilidade de revisão do ajuste firmado entre o colaborador e a autoridade competente, na forma do art. 4º, §2º, da Lei nº 12.850/13⁵, tende ao comprometimento sistemático da atividade persecutória em setores de vital importância – combate à impunidade nos crimes de colarinho branco *exempli gratia*, tendo em vista que acarretaria na desobrigação da prestação eficaz do investigado, por conseguinte, engendra a fragilização do instituto em si, diante da mera possibilidade de invalidação do acordo, decorrente do incremento do risco para a obtenção dos benelácitos, razão pela qual se mostra pertinente à análise sob a ótica da proporcionalidade.

Nesse espeque, deve-se inferir que a única hipótese capaz de relativizar a eficácia da colaboração premiada, no sentido de dar azo à sua posterior desconstituição ou rescisão, ocorre na decisão fundada em descumprimento do acordo pelo próprio agente colaborador, ao revés, os princípios da proibição do comportamento contraditório e da proteção da confiança legítima possuem aplicação direta ao instituto, no sentido de conferir maior elasticidade a segurança jurídica da relação firmada em acordos homologados no combate à explícita corrupção estrutural existente no país.

notadamente no exercício do poder de polícia, o referido princípio ganha amplitude constitucional após a II Guerra Mundial e se torna ínsito ao próprio Estado de Direito, no tocante ao controle de atos que importem em restrições a direitos fundamentais. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 44.

⁵ “Art. 4. (...) §2º. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).” BRASIL, op. cit., nota 3.

2. A REVISÃO OU DESCONSTITUIÇÃO DO ACORDO CELEBRADO

A possibilidade de revisão dos acordos já homologados decorre da celebração de ajustes excessivamente brandos quanto à punibilidade adstrita aos colaboradores, haja vista que estes – no acordo de colaboração premiada – detêm imunidade processual constante no art. 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13⁶.

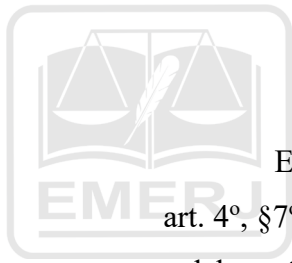
É necessário aludir que a Lei nº 12.850/13, expressamente se refere a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para a sua formalização, a serem realizadas entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a expressa e compulsória manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013), a confirmar que se trata de um negócio jurídico-processual, que pode acarretar em perdão judicial, redução da pena em até dois terços ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A colaboração premiada ocorre entre o Estado (membro do Ministério Público ou delegado de Polícia), consubstancia um negócio jurídico personalíssimo na seara do Direito Público, caracterizado pela observância ao princípio da juridicidade, cujo eventual desrespeito se converte em ato arbitrário e abuso de poder.

A homologação do ajuste por órgão jurisdicional resulta em direito subjetivo, desde que cumprido integralmente pelo colaborador, que lhe garante acesso aos benefícios de ordem legal. Se for realizada posteriormente à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou pode ser concedida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. A retratação do colaborador só é possível caso seja feita anteriormente à homologação judicial do acordo, por divergência de interesses.

Para os que defendem a vinculação do ajuste conforme o ato de homologação, a anulação do acordo celebrado seria uma medida inadequada para o fim almejado de combate à impunidade, diante da ineficácia do instituto (mitigação do dever de colaborar do investigado de forma eficaz) na hipótese de eventual controle superveniente realizado pelo Poder Judiciário, ou seja, os benefícios oriundos do pacto negocial devem superiores aos ônus impostos aos imputados.

⁶ “§4º. Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.” Ibidem.



Em relação aos aspectos normativos, vislumbra-se o ato de homologação judicial no art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13⁷, que aduz a uma condição objetiva de validade do acordo de colaboração premiada, pois, é neste momento em que são verificados os requisitos atinentes à regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, dessa forma, atua como um fator de atribuição de eficácia, caracterizando-se como um provimento de natureza interlocutória⁸.

Nessa toada, o art. 4º, §11º, da Lei nº 12.850/13⁹, preconiza a valoração conferida pelo magistrado ao acordo de colaboração, dessa forma, reforça a condição de validade extraída da homologação judicial do acordo e configura o momento processual em que o juiz competente analisa os resultados obtidos com o negócio jurídico personalíssimo, capaz de suprimir parcialmente ou integralmente o benefício concedido, caso seja comprovada a ineficácia instrumental do acordo de colaboração.

O Supremo Tribunal Federal¹⁰ fixou a tese pela revisão dos benefícios concedidos ao fim do processo, em caso de descumprimento dos deveres fixados no acordo ou por meio da descoberta de vícios intrínsecos a este, por conseguinte, o aludido entendimento prevaleceu em face da orientação acerca da imutabilidade do acordo após o ato homologatório. Logo, a orientação jurisprudencial torna plenamente possível ao plenário (em observância ao princípio da colegialidade) analisar fatos supervenientes a homologação judicial da colaboração prestada.

Do julgamento atinente à atuação do relator na homologação das delações premiadas exsurge a seguinte tese: “Acordo homologado como regular, voluntário e legal, deverá em

⁷ “§7º. Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.” *Ibidem*.

⁸ Nas Palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que a homologa. Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os jurisdicionaliza (Pontes de Miranda), outorgando-lhe a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma referente ao *meritum causae*. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. ‘Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença’ (Chiovenda). Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 272-273.

⁹ “Art. 4. (...) §11º. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.” BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 7.074 QO/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7074VotoAMQO1.pdf>>. Acesso em: 19 de mar. 2018.



regra produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do novo Código de Processo Civil.”¹¹

Portanto, a anulação do acordo decorre da violação aos pressupostos legais que engendram a desconsideração da integralidade dos elementos de prova aludidos pelo imputado, conseqüentemente, a rescisão do ajuste ocorre na hipótese em que o imputado atua com má-fé, afastando, assim, os beneplácitos típicos do acordo de colaboração, porém, não impede a utilização dos elementos de prova no julgamento da causa, ainda que avessos aos interesses do colaborador.

A aferição dessa espécie de controle de legalidade pelo Poder Judiciário emana da própria acepção de Estado de Direito, sob o prisma de combate à criminalidade. Ademais, deve-se frisar que, diante da hipótese de acordo entre o Ministério Público e o imputado, em que exista cláusula obstativa de propositura de denúncia, o Supremo Tribunal Federal não terá o condão o iniciar a ação penal, razão pela qual se ressalta a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no âmbito da colaboração premiada.

Nesse sentido, o membro do Ministério Público, ao analisar a medida conforme o princípio da proporcionalidade, em suas esferas de necessidade e adequação, deixa de promover a ação penal pública em face de um investigado que informa a prática de uma infração penal, com o intuito de obter um resultado mais útil para a sociedade, qual seja, a neutralização da organização criminosa em suas atividades.

3. A EFICÁCIA OBJETIVA DO PACTO NEGOCIAL COMO PARÂMETRO DE INVALIDAÇÃO DO AJUSTE

A colaboração, embora não esteja suficientemente detalhada, quanto ao seu conteúdo e alcance, não é equivalente à prova testemunhal, já que o colaborador possui uma postura muito mais ativa no sentido de prestar informações, razão pela qual deve ser efetiva, com o colaborador disposto a auxiliar na elucidação dos fatos.

¹¹ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) §4º. Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. (...)”. Idem. *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 mai. 2018.



A amplitude da disposição legal é evidente, alcançando procedimentos em que o colaborador possa fornecer dados desconhecidos das autoridades, ou mesmo quando seja necessário a confirmação de dados obtidos em documentação apreendida, fornecimento de senhas de acesso e identificação de sinais em documentos, por exemplo (tudo que as autoridades entenderem como primordiais à formação da prova).

A Lei nº 12.850/2013 prevê, em seu art. 4º, cinco formas por meio das quais o imputado poderá colaborar com a investigação e com o processo. Assim, para ter direito aos benefícios decorrentes da colaboração, o indivíduo deverá fornecer informações efetivas com as quais as autoridades consigam pelo menos um dos objetivos elencados na norma para que o colaborador tenha direito a sanção premial.

Para parcela da doutrina¹², a concessão dos benefícios premiais previstos no acordo de colaboração premiada está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento das obrigações que tenham sido assumidas por referido colaborador e de que advenha um ou mais dos resultados indicados no art. 4º, incisos I a V, da Lei nº 12.850/2013¹³.

No entanto, há quem sustente¹⁴ a existência de uma distinção entre efetividade de cooperação pessoal do agente colaborador com a eficácia dos resultados práticos, no sentido de que havendo uma colaboração objetiva, mas não eficaz, tornar-se-á possível, mesmo assim, conceder-lhe, nos termos pactuados, os beneplácitos legais.

Cumprе ressaltar que a voluntariedade da colaboração prestada decorre da lei, sendo obtida mesmo que a proposta não tenha partido do imputado, ou seja, a iniciativa não decorre necessariamente do colaborador, afastando assim a espontaneidade desta, portanto, se a autoridade policial ou o Ministério Público propõem o acordo e este é aceito livremente pelo colaborador, esta colaboração será válida e voluntária.

Com base nessas informações, não se exige do colaborador qualquer espécie ou demonstração de arrependimento pela prática criminosa. Sendo uma colaboração voluntária e efetiva, a concessão do benefício é devida ainda que o acusado não tenha sentimentos altruístas (consubstancia direito subjetivo). Com efeito, na presença do seu defensor, o colaborador

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 5. ed., Bahia: JusPODIVM, 2017, p. 714.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴ DA SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. 1. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2003, p. 83.

renúncia seu direito ao silêncio nos depoimentos que vier a prestar, assim como assume o compromisso de dizer a verdade, nos termos do artigo 4º, §14º, da Lei 12.850/13¹⁵.

Considerando a relevância da colaboração ajustada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e a autoridade policial, nos autos do inquérito policial, com a obrigatória manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador. Na hipótese de eventual discordância do magistrado, ele poderá se utilizar do procedimento previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁶, remetendo a manifestação do *parquet* ao Procurador Geral de Justiça (no caso de Procurador da República, encaminhando à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal).

Ao magistrado é vedado assumir um papel proativo nas operações relativas ao pacto negocial, sob pena de violação do sistema acusatório (art. 129, I, CRFB/88). Logo, caso entenda que a confissão prestada pelo colaborador não foi eficaz, não servirá esta para a concessão dos benefícios, não indo além da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal¹⁷.

Com os devidos esclarecimentos, impõe-se a análise do momento de aferição do cumprimento efetivo dos termos do negócio jurídico personalíssimo e do alcance da sua eficácia. É crucial destacar que o momento para o exercício da aferição do cumprimento dos termos do acordo e de sua eficácia, possui previsão legal no §11º do artigo 4º da Lei 12.850/2013¹⁸, o julgamento de mérito realizado pelo Poder Judiciário (conforme preconiza a lei), será o marco definidor da extensão da colaboração e do benefício premial a ser auferido pelo imputado.

Em regra, os benefícios do ajuste serão concedidos ao colaborador apenas por ocasião da prolação da sentença condenatória. A homologação do acordo de colaboração irá conferir ao imputado maior grau de segurança jurídica quanto à concessão do benefício pactuado no momento da sentença, desde que as declarações feitas sejam objetivamente eficazes na concretização dos resultados do pacto.

¹⁵ “Art. 4. (...) §14º. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade;” BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.” Idem. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

¹⁷ “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.” Idem. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 9.



A extensão e a profundidade dos elementos revelados pelo agente são os principais elementos balizadores para a aferição dos benefícios premiais, dessa forma, o grau de cooperação do imputado deve ser sempre proporcional ao prêmio. Ademais, fatores como: o comparecimento em juízo confirmando o teor de suas declarações, a submissão ao contraditório devido (questionamentos da defesa) e o amplo auxílio a persecução penal objetivando a localização de fatores extrínsecos de autenticidade das revelações realizadas, devem reverberar na concessão do benefício¹⁹.

O compromisso previamente ajustado entre a acusação e o imputado deverá também ser considerado para a apuração do quantum do benefício a ser concedido, haja vista que, ainda que não haja vinculação do juiz ao teor do compromisso, este atua como referencial nodal da conduta do colaborador, além do fato de que o juiz deve fundamentar o percentual de redução da pena aplicado no caso concreto.

A invalidação do acordo de colaboração premiada poderá ocorrer mesmo após a homologação do pacto em juízo, desde que seja constatado, em momento ulterior, a presença de vício intrínseco nas declarações prestadas quando confrontadas com o termo de compromisso de ajuste lavrado pelo Ministério Público. A eventual desconstituição de acordo de colaboração premiada tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando nem prejudicando terceiros, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal²⁰.

A revisão judicial do acordo de colaboração já homologado, com base na violação das cláusulas do termo de compromisso firmado previamente com a acusação, revela-se como medida cabível na eventual presença de vícios determinantes no bojo do pacto, tendo em vista que a fiscalização de legalidade pelo Poder Judiciário tem o escopo de impedir cláusulas arbitrárias ou irregulares. A concessão dos benefícios da sanção premial estará sempre condicionada à eficácia objetiva da cooperação do agente colaborador, aferida consoante a análise do termo de compromisso prévio ao ajuste (negócio jurídico personalíssimo), cujo descumprimento ou omissão de fato relevante é capaz de engendrar, per se, a desconstituição do acordo firmado entre as partes.

¹⁹ “Art. 4. (...) §9º. Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações; §12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.” Ibid., op. cit., nota 3.

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Inq. nº 3.979/DF*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=12227154&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20Inq%20/%203979>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CONCLUSÃO

As medidas de cooperação com as autoridades competentes trazidas através das Convenções de Palermo (art. 26) e de Mérida (art. 37), representam uma alternativa no combate a corrupção sistêmica nos países periféricos, dessa forma, a preservação do princípio da segurança jurídica e da figura da colaboração premiada produzem instrumentos essenciais para coibir delitos, especialmente aqueles contra o erário.

A antiga certeza da impunidade no contexto da criminalidade empresarial pós-moderna (transnacional) encontra uma barreira legal frente a possibilidade de eventual acordo de não processabilidade – espécie de imunidade material-, em que o órgão acusador abre mão da punição do agente colaborador em decorrência da obtenção de resultados inalcançáveis pela via persecutória tradicional, na forma de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O depoimento eficaz do agente colaborador, per si, consubstancia uma prova legal negativa que não pode sustentar o oferecimento de uma denúncia, diante da falta de fidedignidade que exige ulterior corroboração por outros meios, enquanto que, a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova posterior ao acordo de colaboração, que poderá ser ajustada anteriormente, no curso do processo ou até mesmo depois de transitada em julgado a sentença condenatória do agente.

O protagonismo, seja na celebração do acordo, seja na colaboração per si, é do Ministério Público, haja vista a negativa da legitimidade autônoma da autoridade policial pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que esta não titulariza a pretensão punitiva estatal. Ademais, não há óbice legal para que, verificado o cumprimento dos requisitos legais e o grau de cooperação do colaborador, o juiz aplique a sanção premial a maior.

O acordo de colaboração premiada não pode funcionar como mera expectativa de direito para o colaborador, o dever estatal de honrar o compromisso assumido no pacto negocial, concedendo a sanção premiada diante do atendimento de seus requisitos, legítima uma contraprestação adequada ao adimplemento da obrigação, razão pela qual eventual controle judicial é excepcionalíssimo, diante da vinculação judicial do magistrado ao teor do negócio jurídico processual.

No âmbito dessa discussão, o ato de homologação constitui uma condição objetiva de validade do acordo, fator que lhe atribui eficácia. Contudo, na hipótese de acordos excessivamente brandos ou mediante a descoberta de vícios intrínsecos ao termo de



compromisso, é possível que fatos supervenientes a homologação judicial sejam utilizados pelo magistrado para rescindir o pacto negocial, o que não impede a utilização dos elementos de prova obtidos no julgamento da causa, mesmo que em desfavor do colaborador.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

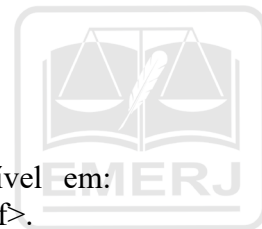
_____. *Decreto nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 mai. de 2018.

_____. *Decreto nº 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 07 mai. de 2018.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 07 mai. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. *Inquérito nº 3.979/DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=12227154&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20Inq%20/%203979>>. Acesso em: 19 abr. 2018.



_____. *Petição nº 7.074 QO/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7074VotoAMQO1.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

DA SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. 1. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 5. ed., Bahia: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

SOUZA, José Alberto de Sartório de. *Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade*. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, fasc. 2. Belo Horizonte, dez./1998.



DIREITO E TECNOLOGIA: UMA ANÁLISE SOBRE A *LAW TECH*

Hanna Rocha Heymann

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós-Graduada em direito privado pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Advogada.

Resumo – O mercado exige que as negociações sejam mais céleres e que o profissional tenha habilidade em captar informações relevantes. Para a consecução dessas exigências, as funções estão sendo cada vez mais automatizadas, permitindo que os profissionais não percam tempo com atividades meramente burocráticas e voltem sua atenção as atividades intelectuais. No âmbito do Judiciário, as *Law Techs* se apresentam como ferramentas promissoras para auxiliar os profissionais do direito. Não obstante, é preciso que se use a tecnologia com parcimônia para que não se fira o ordenamento jurídico.

Palavras-chave – Direito eletrônico. Tecnologia. *Law Tech*. *Startup*. Advocacia.

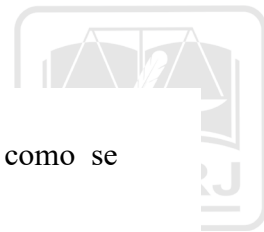
Sumário – Introdução. 1. *Law Tech* como forma de alinhar a tecnologia ao desenvolvimento do direito. 2. Os desafios da *Law Tech* no Brasil: o confronto da tecnologia do direito com o Código de Ética e Disciplina da OAB. 3. O paradoxo da *Law Tech* no Brasil: seria um benefício ou um problema a longo prazo?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A tecnologia abre caminhos para o aprimoramento das atividades humanas, trazendo agilidade e eficiência nos mais diversos setores. Notórios são os seus avanços, que imprimem velocidade à captação de informações e automatização das funções, transformando as relações sociais, profissionais e econômicas.

Nesse contexto, o Judiciário não passou incólume pelo desenvolvimento tecnológico. O peticionamento eletrônico, o acompanhamento das movimentações processuais e das publicações pela internet, o diário oficial eletrônico, a coleta de jurisprudência em aplicativos são exemplos da influência das ferramentas digitais no exercício das atividades judicantes.

No entanto, essas ferramentas foram apenas a introdução da tecnologia no cenário do direito. A junção direito e tecnologia promete alçar voos muito mais altos. Atualmente, o tema *Law Tech* ganha espaço no tocante à robotização de algumas atividades que, outrora, demandavam tempo e a análise por inúmeros profissionais do Judiciário. Nesse viés, no primeiro capítulo, o presente trabalho explica o que é a *Law Tech* e como ela vem se



moldando dentro do Judiciário. Tendo em vista que o tema é recente, não há como se esquivar de explicar no que a *Law Tech* consiste.

Com efeito, a tecnologia não substitui o ser humano, mas otimiza o seu trabalho e lhe fornece ferramentas para desenvolver produtos e serviços com maior qualidade e produtividade. Não obstante, pensar apenas nas maravilhas que a tecnologia traz para a atividade judicial é deixar de enxergar o direito como uma ciência humana, que demanda uma atuação personalíssima dos advogados, dos juízes e demais membros do Poder Judiciário.

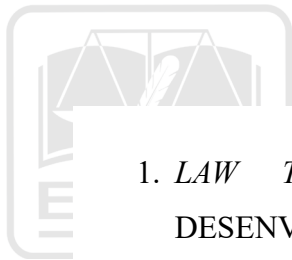
Desse modo, o segundo capítulo enfrenta como a promessa de vantagens e benefícios implementados pela *Law Tech* pode, na verdade, se revelar bastante problemática diante do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo no que tange ao Código de Ética e Disciplina da OAB e ao Estatuto da Advocacia e da OAB.

Após a análise do possível confronto da *Law Tech* com o ordenamento jurídico, no terceiro capítulo é necessário trazer parâmetros de viabilidade dessa tecnologia para o direito no Brasil, sem gerar vícios e incremento da morosidade do Judiciário. De toda sorte, é importante destacar que advogados e juízes, bem como outros membros do Poder Judiciário, continuam imprescindíveis para o bom direito.

Por fim, se conclui que a *Law Tech* ainda traz muita controvérsia. O paradoxo ‘solução x problema’ está longe de ser pacificado, razão pela qual insta fazer uma reflexão sobre essa nova forma de desenvolver a atividade judicial, trazendo luzes sobre o seu implemento e uso com parcimônia e consciência.

Considerando que o tema é recente, não há bibliografia consolidada, sendo possível encontrar apenas artigos em revistas e *sites* na internet, que explicam o que é a *Law Tech*. Ademais, é necessário recorrer ao texto legal, sobretudo ao Código de Ética e Disciplina da OAB e ao Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como consultar algumas doutrinas, a fim de analisar os possíveis conflitos de institutos clássicos do ordenamento jurídico pátrio com a *Law Tech*.

A pesquisa se guiará pelo método hipotético-dedutivo, em que se faz proposições hipotéticas para comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Desse modo, a metodologia da pesquisa será, necessariamente, a qualitativa e a explicativa, uma vez que busca analisar fatos, interpretá-los e identificar suas causas.



1. LAW TECH COMO FORMA DE ALINHAR A TECNOLOGIA AO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Em tradução livre *law tech* significa “tecnologia do direito”. Na verdade, são *startups*¹, que, por meio da tecnologia, desenvolvem plataformas de conteúdo jurídico, a fim de otimizar o tempo e agilizar o trabalho desempenhado pelos advogados, bem como por outros setores do Judiciário.

Erik Nybo² define: “Lawtechs ou Legaltechs, ambos nomes utilizados para as empresas do segmento³, são startups focadas em criar produtos ou serviços para o mercado jurídico.”

A *Law Tech* já é utilizada por diversos escritórios pelo mundo, com destaque para o uso da inteligência artificial *Ross*, intitulado como o primeiro advogado robô, que faz parte da banca do escritório *Baker & Hostetler*, nos EUA.⁴

A *Law Tech* possibilita a coleta de informações úteis, a pesquisa jurisprudencial selecionada com maior eficiência, a conexão de correspondentes com contratantes e a automatizar a confecção de minutas de contratos e peças processuais.

No Brasil, a *Law Tech* tem seu campo de atuação “desde consulta processual até inteligência artificial para a gestão de processos jurídicos”⁵, por meio de plataformas que imprimem contornos mais sólidos à tecnologia associada ao direito. Nesse sentido, destacam-

1 Quanto ao significado de *startups*: “Muitas pessoas dizem que qualquer pequena empresa em seu período inicial pode ser considerada uma startup. Outros defendem que uma startup é uma empresa com custos de manutenção muito baixos, mas que consegue crescer rapidamente e gerar lucros cada vez maiores. Mas há uma definição mais atual, que parece satisfazer a diversos especialistas e investidores: uma startup é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza.” GITAHY, Yuri. O que é uma startup?. *Exame*. 03 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

2 NYBO, Erik. Como as lawtechs estão mudando a advocacia. *E-commercebrasil*. 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/lawtechs-mudando-advocacia/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

3 Há divergência se *Law Tech* e *Legal Tech* são sinônimos. Apesar dos profissionais da área, majoritariamente, entenderem ambos os termos como sinônimos, “Alan Thompson, vice presidente da empresa de tecnologia jurídica Advise Brasil, sugere o uso de lawtech para empresas cujo foco são as leis, a exemplo do que fazem as empresas que exploram a jurimetria, enquanto legaltech se encaixaria melhor para as empresas que lidam com os diversos procedimentos da área legal. Alan destaca que esta abordagem traz, no entanto, vantagens e desvantagens e cita que estas definições auxiliariam no posicionamento destas empresas em uma área específica da tecnologia no direito, mas que isso poderia acarretar possíveis conflitos de comunicação por se tratar de definição sutil.” CARDOSO, Gustavo Vitorino. *Legaltech ou Lawtech?*. Disponível em: <<https://www.juristasdo-brasil.com/single-post/legaltech-ou-lawtech>>. Acesso em: 03 set. 2017.

4 MELO, Guilherme Magalhães. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. *Revista Consultor Jurídico*. mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-eua>>. Acesso em: 03 set. 2017.

5 MENDES, Nadia. LawTech, alternativa para um mercado saturado. *Revista Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLVI, n. 569, p. 18, ago. 2017.



se as plataformas Sem Processo, Kontraktor, Invenis, LINTE, Jus brasil, Dubbio, Jurídico Certo entre outras.⁶

Embora a *Law Tech* se direcione com mais proeminência para o desenvolvimento de atividades desempenhadas pelos advogados, em escritórios de advocacia e departamentos jurídicos, a sua influência não se limita a esses profissionais. Assim, não é apenas os advogados que se valem dos amigos robôs para auxiliá-los, os juízes também já podem ser impactados por esses companheiros de gabinete.

Nesse sentido, a *Softplan*, que fabrica o *software e-SAJ*, usado por diversos tribunais, desenvolveu, como projeto piloto para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um juiz robô para auxiliar os juízes humanos a gerir os processos.⁷ Os robôs exerceriam a função de gestor, restando aos juízes togados apenas a função de julgar. Portanto, a tecnologia se coloca a serviço de todos os setores do Poder Judiciário.

Com efeito, a introdução da tecnologia na área do direito, por meio das plataformas e inteligências artificiais, trazendo automação aos serviços e otimização do tempo dos profissionais, revelam um novo caminho para resolver a morosidade do Judiciário, para contribuir na redução do volume de processos judiciais desnecessários, que geram gastos e demandam tempo e, inclusive, para ofertar aos profissionais caminhos alternativos para driblar o problemático inchaço do mercado da advocacia.

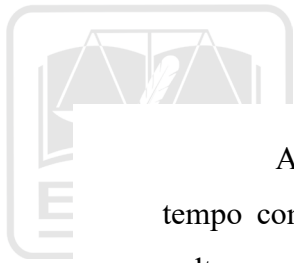
Diante desse cenário exponencial de crescimento e avanços, os profissionais brasileiros se movimentam para empreender na *Law Tech*. Nesse caminho, destaca-se a fundação da Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), formada pelos fundadores de diversas plataformas *Law Tech*, para debater sobre as tecnologias no âmbito jurídico.⁸

Embora a tecnologia seja uma promissora ferramenta para auxiliar os profissionais do direito, é importante observar os limites desse uso, a fim de se evitar afronta aos princípios que regem os institutos jurídicos. O direito é uma ciência social, que se escora em normas, leis, princípios e regras, mas tem como ponto fundamental de análise o caso concreto que se apresenta.

6 Erik Nybo explica a atividade desempenhada por essas e outras plataformas existentes no mercado brasileiro da *Law Tech*. NYBO, op. cit.

7 CANÁRIO, Pedro. Robôs permitem que juízes deixem de lado função de gestor de processos e varas. *Revista Consultor Jurídico*. ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-26/robos-permitem-juizes-deixem-lado-funcao-gestor>>. Acesso em: 03. set. 2017.

8 “Com a criação da Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs* (AB2L), em junho, o movimento das *lawtechs* começou a se organizar no país”. MENDES, op. cit., p. 18.



Antever as maravilhas da tecnologia é entender que não é mais possível “perder” tempo com atividades que prescindem o trabalho humano. Não obstante, é preciso saber voltar os olhos para os pontos negativos que a automatização pode trazer, sobretudo na seara judicante, em que a valoração humana e os sentimentos envolvidos, por vezes, fomentam a melhor resolução dos conflitos.

2. OS DESAFIOS DA *LAW TECH* NO BRASIL: O CONFRONTO DA TECNOLOGIA DO DIREITO COM O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

O artigo 2º, caput, do Estatuto da Advocacia e da OAB⁹ dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça”. No mesmo sentido versa o Código de Ética e Disciplina da OAB¹⁰. Com efeito, o advogado pode ser apontado como o primeiro profissional da justiça a tomar conhecimento e atuar em determinada causa, vertendo esforços para sua composição.

Inicialmente, é o advogado quem informa o cliente, dando-lhe suporte sobre qual o caminho que a causa seguirá e, após, com o ajuizamento da ação e a formação do processo propriamente dito, ele segue no acompanhamento e diligências necessárias até o seu trânsito em julgado. Dentro desse contexto, é esse profissional, ainda, que pode orientar o cliente a realizar um acordo antes mesmo do ingresso em juízo, “desjudicializando”, assim, conflitos simples, que não precisam mover toda a máquina do Judiciário.

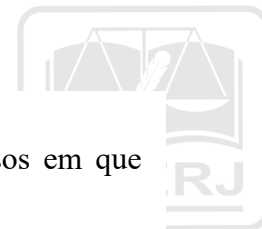
Desse modo, é verdadeira a premissa de que “sem o advogado não há justiça”¹¹. Não obstante, a tecnologia, aparentemente, mitiga o preceito transcrito.

Paulatinamente, se identificam *Law Techs* que fazem a gestão dos escritórios, automatizam os documentos e contratos, propõem soluções dos conflitos pela via extrajudicial, fazem os controles dos prazos e das publicações, facilitam a pesquisa das decisões tomadas pelos tribunais, do teor das jurisprudências e das correntes doutrinárias, sem contar o uso da inteligência artificial para permitir aos profissionais do direito acesso

9 BRASIL. *Lei n° 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

10 Idem. *Resolução n° 2*, de 10 de outubro de 2015, do CFOAB. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Resolucao-OAB-2-2015.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

11 BITTAR, Cássia. *OAB/RJ lança campanha pela valorização da advocacia*. Revista Tribuna do Advogado, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18495-oabRJ-lanca-campanha>>. Acesso em: 16 set. 2017.



mais rápido e eficiente às informações e revisões de documentos e dos processos em que atuam.

Desse modo, boa parte das atividades meramente burocráticas deixaram de ser executadas por advogados, sendo substituídas por *softwares*. Inegavelmente, a tecnologia facilita o trabalho e permite que os profissionais se concentrem mais na atividade intelectual.

Contudo, deve ter cautela para que os benefícios tecnológicos não sirvam para a usurpação da atividade privativa do advogado. Há limites impostos pelo Estatuto da Advocacia e da OAB¹², bem como pelo Código de Ética e Disciplina da OAB que esbarram na plena aplicação dessas novas tecnologias.

À guisa de exemplo, as plataformas que visam a elaboração de petição inicial a partir de um formulário preenchido por um interessado em ingressar em juízo parece usurpar a atividade do advogado. Ao se colocar a prestação do serviço ao sabor da automatização, sem passar por um olhar criterioso do profissional, está invadindo a privatividade conferida à advocacia, além de fornecer um serviço de qualidade duvidosa.

Os litígios judiciais não são resolvidos por fórmulas matemáticas, que ofertam resultados precisos. Casos extremamente parecidos escondem peculiaridades que os fazem ter decisões díspares. Essas peculiaridades não são descobertas pelo sistema, mas sim pela análise minuciosa do profissional da Justiça, seja o advogado, o juiz, ou outro membro do Poder Judiciário. “Cada caso é um caso”, de modo que uma peça pré-fabricada pode não atender de forma eficiente a determinado processo da mesma forma que atende a outro, por mais semelhantes que sejam as situações, o direito pleiteado e, até mesmo, alguma das partes.

A eventual mercantilização da advocacia é outro aspecto que gera preocupação em relação as *Law Techs*, já que o Código de Ética e Disciplina da OAB é imperativo em vetar a captação de clientes¹³. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral da OAB/RJ, nas ações civis públicas 0164131-27.2017.4.02.5101¹⁴ e 0164285-45.2017.4.02.5101¹⁵, conseguiu liminar

12 Art. 1º - “São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8)

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

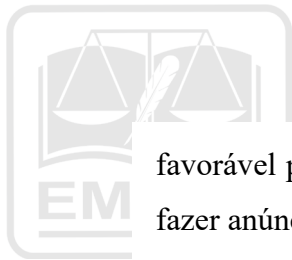
§3º – É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.”;

Art. 3º – “O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e da denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”. BRASIL, op. cit., nota 10.

13 Art.5º-“O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”; Art. 7º-“É vedado o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela”. Idem, op. cit., nota 11.

14 Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0164131-27.2017.4.02.5101*. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/decisao_de_deferimento_de_tutela_-_central_nacional_de_revisoes_mercantilizacao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

15 Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0164285-45.2017.4.02.5101*. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/decisao_de_deferimento_de_tutela_-_ADCON_mercantilizacao.pdf>



favorável para abster as empresas rés de praticar quaisquer atos privativos da advocacia e de fazer anúncios, publicidade ou divulgação de oferta de serviços jurídicos.

Com efeito, o debate acerca dos limites éticos da tecnologia não é perfunctório, sobretudo no âmbito do Poder Judiciário. Em razão disso, quando o processamento judicial eletrônico foi introduzido no Brasil surgiram os primeiros questionamentos se a sociedade estaria pronta para essa novidade. Com o advento da Lei nº 11.419/2006, que trata sobre a informatização do processo judicial, o Conselho Federal da OAB, por meio da ADI 3.880¹⁶, questionou a constitucionalidade de diversos dispositivos, que entendia violadores dos princípios da proporcionalidade e da publicidade, bem como das prerrogativas da OAB.

Na mesma toada do processamento eletrônico, o movimento da *Law Tech* se insere nesse clima de incertezas. É normal que, nesse primeiro momento, haja intensa discussão a respeito, pois é tênue a linha que divide a atuação que viola o Código de Ética da que não viola¹⁷. É importante o debate e a fiscalização da OAB. Entretanto, é preciso incentivar os benefícios da nova realidade que, conseqüentemente, altera a atuação da advocacia¹⁸.

A lei deve observar os novos fenômenos que ocorrem no seio social, a fim de não ser um instrumento anacrônico e sem eficácia. Do mesmo modo, o Código de Ética da OAB não pode se tornar um instrumento de retrocesso ao desenvolvimento do direito.

Analisando esse movimento na área judicial, é notório que não há como ir contra os avanços tecnológicos, sob pena de ficar fadado ao isolamento em todas as esferas, tendo em vista que “o avanço técnico-científico tornou-se o avanço das forças de mercado, o realce dos novos tempos às relações de poder”¹⁹. Assim, à época da introdução do processo eletrônico, já se considerava que “a bem da verdade, por mais que não se possa considerar a

>. Acesso em: 10 dez. 2017.

16 Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.880*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspnumero=3880&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

17 Nas palavras de Thiago Morani, subprocurador geral da Seccional OAB/RJ: “os *softwares* precisam ter o condão de facilitar o acesso ao meio jurídico e o trabalho já existente, sem violar o Estatuto. A procuradoria só pode analisar caso a caso e não consegue ter uma premissa geral em relação a isso, exceto em casos em que se identifique publicidade abusiva, um método de captação de clientela ou de tentar transformar a advocacia em uma profissão de prática mercantil.” MORANI apud. MENDES, Nadia. *LawTech*, alternativa para um mercado saturado. *Revista Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLVI, n. 569, p. 18, ago. 2017.

18 Nesse sentido: “a OAB, como autarquia independente e encarregada de disciplinar o exercício da advocacia, precisa estar atenta aos rumos que uma nova sociedade já tomou e contribuir para abrigar em seus quadros e tutelar com os seus comandos normativos todas as expressões dessa profissão, advindas de uma profunda transformação do mundo, ainda em curso e longe de terminar [...]” NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 659.

19 SAAD-DINIZ, Eduardo. O problema hermenêutico e a questão das inovações tecnológicas: ensaio a partir de Hans Jonas. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). *Estudos Avançados de Direito Digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.52.



informatização do processo judicial como uma evolução natural, fato é que ela decorre de uma necessidade incontestável.”²⁰

Portanto, as *Law Techs* são uma evolução necessária para se manter o desenvolvimento do Judiciário, tanto no âmbito interno quanto externo. O direito segue a evolução social. Desse modo, quem atua no Judiciário tem que estar atento não apenas com as novidades legislativas e jurisprudenciais, mas também com as do mundo exterior. O intercâmbio de informações com outras áreas é inerente para a boa prestação da Justiça e para o profissional manter a sua higidez no mercado²¹.

A Globalização exige que o profissional busque aprimorar os seus conhecimentos e acompanhar as inovações tecnológicas. Consentâneo a essa nova realidade, as universidades também devem se preocupar em preparar os futuros profissionais para essas inovações.²²

A conta de todo o exposto, é imperativo o movimento tecnológico no âmbito do Judiciário. Outrossim, embora o capítulo tenha destacado a *Law Tech* dentro da advocacia, é importante frisar que a inovação afeta a todos os profissionais do Judiciário.

3. O PARADOXO DA *LAW TECH* NO BRASIL: SERIA UM BENEFÍCIO OU UM PROBLEMA A LONGO PRAZO?

A inovação tecnológica causa perplexidade porque introduz um novo *modus operandi*, quebrando obstáculos que, outrora, pareciam intransponíveis e alterando costumes já cristalizados. A tecnologia contrasta com antigas premissas do ordenamento jurídico, delineando um novo olhar sobre institutos já consagrados.

A tutela dos direitos humanos qualifica a inclusão digital como um direito de quarta dimensão²³. Com efeito, “[...] todo ser humano deve estar conectado. A inclusão digital tem um valor que deve ser usado pelas pessoas como um verdadeiro direito fundamental”²⁴.

20 MENDONÇA, Henrique Guelber. A informatização do processo judicial sem traumas. *Revista do Processo*. São Paulo, ano 33, n. 166, p. 118, dezembro 2008.

21 Nesse sentido: “é preciso conscientizar o advogado de que a Era Digital começou também para ele. Não resistir à nova prática, um desafio que pode ser enriquecedor, na medida em que evidencia a capacidade permanente de aprender, de encarar novas estratégias e de se antenar com o mundo.” NALINI, op. cit., p. 659.

22 Nalini destaca: “novas áreas estão a exigir formação muito específica dos bacharéis do presente e do futuro. A Informática, a Eletrônica, as Comunicações, o Comércio Exterior, as questões decorrentes da globalização, com a debilidade das fronteiras e esmaecimento da soberania, tudo reclama nova perspectiva do ensino jurídico.” NALINI, op. cit., p. 659.

23 Vicente Vasconcelos Coni Junior e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a tecnologia seria um direito de quinta dimensão: “Por fim, em apertada síntese, elencam-se como direitos integrantes da quinta dimensão



A participação da sociedade no mundo tecnodigital²⁵ se tornou o grande objetivo da globalização, pois “aqueles que são incluídos digitalmente geralmente são mais rápidos na análise de uma informação e mais tolerantes com a diversidade do que os outros.”²⁶ No Brasil, essa integração está longe de ser perfeita, tendo, ainda, parcela da sociedade excluída da tecnologia²⁷.

Todavia, é inegável que os contornos tecnológicos dentro do Judiciário possibilitam um contato mais amplo e direto entre os jurisdicionados e a Justiça. Outrossim, também facilita as atividades desempenhadas pelos profissionais da área. Conforme exposto no capítulo 2, o processo eletrônico foi precursor dessa nova realidade. As *Law Techs* prosseguem no bojo dos avanços tecnológicos, que a sociedade moderna exige como forma de atender o grande quantitativo de demandas com qualidade e menos custo.

Sobre tecnologia e direito, destaca-se:

a tecnologia é veículo poderoso para introduzir mudanças e as possibilidades são imensas e até previsíveis. Fazendo-se uma analogia com o mundo das organizações, a tecnologia não deve ser utilizado no mundo jurídico apenas para auxiliar na redução de custos, mas principalmente como ferramenta para aumentar a qualidade dos serviços, atraindo novos *clientes* e aumentando a *produção*.²⁸

Em um contexto de massificação das demandas, introduzido pela conformação de uma sociedade de consumo, a tecnologia se revela uma “faca de dois gumes”. O acesso a informação é mais rápido, ao passo que a alteração das relações sociais também, o que

aqueles inerentes às tecnologias da informação e da realidade virtual em geral”. CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 979, ano 106, p. 257, maio 2017.

24 MALHEIRO, Emerson Penha. A defesa dos direitos humanos e a inserção de suas normas no sistema jurídico da sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 975, ano 106, p. 392, janeiro 2017.

25 “[...] A terminologia ‘tecnodigital’ abarca os elementos virtuais e os palpáveis ligados à questão informática. Por tal razão, julga-se o mais propício, embora o termo ‘direito digital’ tenha sido o mais usado pela doutrina, principalmente, nos últimos dez anos.” BRAINT, Cássio Augusto Barros. O microsistema do direito tecnodigital e o princípio da preponderância da segurança digital nos negócios eletrônicos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 978, ano 106, p. 120, abril 2017.

26 MALHEIRO, op. cit., p. 393.

27 “É neste sentido que alguns governos democráticos têm no seu rol de programas, medidas para viabilizar a inclusão digital que não deve ser entendida, apenas, como o acesso da população carente aos meios tecnológicos, mas também de diversas classes sociais que ainda não interagiram com os mecanismos de informática no seu cotidiano. É óbvio que a população de baixa renda sofre mais com a dificuldade de acesso aos meios tecnológicos, pois, além de não estarem familiarizados com os equipamentos, estão também privados economicamente de adquiri-los. Neste sentido, o programa de inclusão digital no Brasil adotou medidas como o financiamento de computadores para a população e a distribuição de alguns equipamentos em comunidades carentes, viabilizando cursos monitorados por profissionais adequados.” BRAINT, op. cit., p. 118.

28 ROVER, Aires José. Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito. In: _____. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 209.



acarreta um número maior de litígios. Esse superlativo generalizado reflete um dos maiores problemas do Poder Judiciário no Brasil: a morosidade²⁹.

Pode-se dizer, portanto, que “a sociedade moderna vive um grande paradoxo: impõe um alto grau de jurisdicização do cotidiano ao mesmo tempo em que exige mais agilidade na solução dos conflitos jurídicos que decorrem daquele processo”³⁰. Nesse sentido, algumas *Law Techs* expressam esse paradoxo.

À guisa de exemplo, Thiago Morani³¹ entende que os *softwares* que se prestam a fazer uma peça automática induzem ao aumento da litigiosidade, “como se resolver as coisas de maneira judicial fosse um procedimento simples e louvável sempre, o que não é verdade”.

A tutela Jurisdicional é princípio a ser preservado, mas é preciso levar ao Judiciário o que realmente é, ou ao menos é potencialmente, lesivo ao direito. Com efeito, a facilidade em iniciar uma ação judicial acarreta demandas que, por vezes, são desnecessárias. Sem o auxílio profissional, o serviço tende a ser mal feito. Tudo isso aliado à burocratização do sistema judicial, ao alto contingente de processos que já tramitam e a outros problemas estruturais, evidentemente, contribui para a crônica morosidade do Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em abril de 2017, fez o levantamento do ano de 2016, acerca da diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano. Concluiu que:

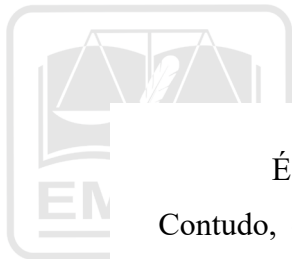
na Justiça Estadual, o estoque equivale a 3,2 vezes a demanda e na Justiça Federal, a 2,6 vezes. Nos demais segmentos, os processos pendentes são mais próximos do volume ingressado, e em 2016, seguiram a razão de 1,3 pendente por caso novo na Justiça do Trabalho e a 1,3 pendente por caso novo nos tribunais superiores. Na Justiça Eleitoral e na Justiça Militar Estadual ocorre o inverso: o acervo é menor que a demanda. Analisando o Poder Judiciário como um todo, tais diferenças significam que, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem o ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque.³²

29 No Brasil, o Conselho Nacional da Justiça (CNJ) tem a celeridade e produtividade na prestação jurisdicional como macrodesafios do Poder Judiciário 2015-2020: “tem por finalidade materializar, na prática judiciária, o comando constitucional da razoável duração do processo. Trata-se de garantir a prestação jurisdicional efetiva e ágil, com segurança jurídica e procedimental na tramitação dos processos judiciais, bem como elevar a produtividade dos servidores e magistrados”. CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Relatório de metas nacionais do Poder Judiciário 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/7694a9118fdabdc1d16782c145bf4785.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

30 ROVER, op. cit., p. 207.

31 MORANI apud MENDES, Nadia, op. cit., p. 18.

32 CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.



É verdade que a *Law Tech* não é a responsável pelo caos do Judiciário brasileiro. Contudo, ela também não representa a salvação da celeridade. Portanto, a *Law Tech*, no escopo do fenômeno tecnológico global, se encontra no limbo, ao menos no Brasil. O que definirá se ela será um benefício ou um problema a longo prazo é a consciência ética da sociedade.

A tecnologia não funciona sem a ação humana, de modo que “para viabilidade futura das sociedades, não são apenas importantes inovações tecnológicas que são significativas, mas também inovações sociais”³³. Os proveitos tecnológicos devem ser direcionados em prol da sociedade.

A *Law Tech* tem premissas positivas, mas que podem ser desvirtuadas. Se por um lado oferta um maior acesso às informações e ao próprio Judiciário, por outro pode facilitar “aventuras judiciais”. Do mesmo modo que as plataformas para a resolução extrajudicial dos conflitos se revelam um poderoso mecanismo para desafogar o Judiciário, podem ensejar a realização de acordos indecorosos, que não tutelem efetivamente o direito da parte lesada.

Outrossim, o uso de inteligência artificial facilita o trabalho ante as ações de massa, mas o olhar atento do profissional é imprescindível para as peculiaridades que toda demanda guarda em si e para que erros não sejam repetidos.

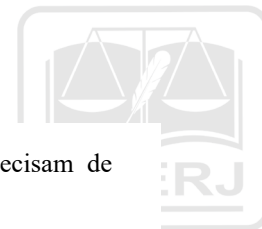
Essa divisa frágil no que tange ao destino da *Law Tech* depende da união de esforços do Estado, dos profissionais e dos jurisdicionados – é a expressão da sociedade como um todo a impulsionar, efetivamente, a evolução do Judiciário. Sem a consciência social, a *Law Tech* se converterá em instrumento de iniquidades, a beneficiar interesses privados de poucos. Nesse sentido:

os calhamaços de papel evaporarão. Assim como terão fim, ou ao menos serão reduzidos, os gastos com transporte dos autos, com locomoção dos oficiais de justiça, com tintas de impressão, com grampos, com fotocópias, com prazos mortos, com o próprio tempo e com tudo o mais que se gaste na manutenção dos autos de papel. No entanto, com eles não desaparecerão o número de ações, o insatisfatório contingente de juízes, a distância do Judiciário que ainda perdura com relação às classes média-baixa, baixa e miserável, nem o advogado malicioso e recalcitrante em arrastar suas causas com a luz do fim do túnel já apagada.³⁴
(...)

A incessante busca pela celeridade, que revela o pano de fundo de mais essa reforma, não terá êxito algum se os operários do processo não estiverem aptos a encontrá-la. Igualmente, será infrutífera se o jurisdicionado e os advogados não

33 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 13.

34 MENDONÇA, op. cit., p.120.



detiverem tempo suficiente para a devida adaptação. Assim como precisam de tempo os servidores públicos [...]»³⁵.

Embora o trecho acima tenha sido retirado de um artigo, escrito em 2008, sobre o processo eletrônico, se revela bastante atual e aplicável a *Law Tech*. A tecnologia, circunscrita no presente trabalho à análise da *Law Tech*, é em si uma inovação, ao molde do que foi e ainda é o processamento eletrônico, mas não é garantia de inovação no Judiciário. Em outros termos, a novidade externa tem o condão de ensejar renovação formal do Judiciário, mas a renovação material depende de forças além das técnicas. Assim:

as inovações tecnológicas estão geralmente disponíveis em todos os lugares. Em contraste, as inovações sociais devem ser adaptadas às culturas específicas da sociedade a menos que elas tomem em conta os problemas decorrentes das características regionais, locais, ou étnicas, devendo-se ter em consideração as tradições sociais, os valores específicos ou as estruturas sociais estabelecidas. [...]»³⁶

Portanto, é louvável o movimento da *Law Tech*, que, se bem empreendido, sem dúvidas, proporcionará, além de mais qualidade ao exercício e à prestação das atividades judicantes, o cumprimento de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como o artigo 5º, XXXV³⁷ – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e do artigo 5º, LXXVIII³⁸ - “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para solidificar as promessas visadas pela tecnologia não se pode perder de vista o conteúdo humano, sobretudo na seara do direito, que é pautado em diversos princípios subjetivos. A tecnologia se volta para o futuro, mas o ser humano não pode esquecer o passado, a fim de não retroceder nas garantias já conquistadas. O que passou serve de registro para buscar a evolução. Essa é a simbiose do direito com a tecnologia:

[...] cada ação humana, já projetada nas diretrizes da era tecnológica, orienta-se para a realização do futuro. Cada uma delas *deve ser* valoradas particularmente e respeitar, orientando-se ao futuro, a mobilização dos valores éticos-sociais assentados categoricamente.³⁹

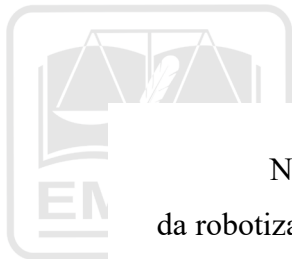
35 Ibid., p.121.

36 HOFFMANN-REM, op. cit., p. 13.

37 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017 .

38 Ibid.

39 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 55.



Na órbita dos temas relevantes dentro da *Law Tech* o uso da inteligência artificial e da robotização tem destaque. O *Ross*⁴⁰ é uma realidade. A implantação dos robôs no TJSP⁴¹ é projeto em andamento. E o uso de inteligência artificial é garantia da manutenção dos grandes escritórios de advocacia. O sucesso desse empreendimento no âmbito judicial se justifica porque retira “dos operadores do Direito o peso cognitivo da tomada de decisão rotineira, libertando-os para as atividades mais nobres”⁴².

De fato, quem “tem maior acesso às informações e em menor tempo podem se preocupar menos em memorizar fatos e se dedicar a preceitos mais relevantes”⁴³. Longe de se concretizar os ideais dos filmes de ficção-científica, os robôs não substituíram os seres humanos, no caso, os advogados, juízes e demais membros do Poder Judiciário, que continuarão a ser indispensáveis para a prestação jurisdicional.

Entrementes, os robôs representam a facilidade da nova era. Incontestemente é a quantidade de informações que são bombardeadas cotidianamente, as quais o cérebro humano não tem a capacidade de armazenar na integralidade. O robô faz essa função e apresenta ao humano o que é mais relevante na pesquisa. Não obstante, em última instância, quem decide o que escrever, a forma de escrever, onde e como atuar, a lei aplicável e os fundamentos jurídicos pertinentes é o ser humano.

A máquina é suporte, e não fim. Pretender confiar a atividade judicante, em qualquer esfera, ao alvedrio da inteligência artificial é retornar à estrutura do Positivismo Jurídico, o qual teve importância, mas a sua metodologia já foi superada há tempos. A complexidade da sociedade reclama soluções que vão além do normatizado e até mesmo do precedente.

Como já dito, no direito “cada caso é um caso”. Peculiaridades são sempre possíveis e, por esta razão, não basta a infinidade de informações que cabe em um robô; terá que ter valoração humana para decidir o conflito do caso concreto.

A ética do direito é a tônica que deve permear o uso harmônico da inteligência artificial, pois “a ciência jurídica é mais que um discurso de jurista para jurista; dessa forma, deve ser encarada como algo mais que seu discurso interno. Faz-se com prática social e deve estar voltada para o alcance de fins sociais”⁴⁴.

Com efeito, as inovações tecnológicas se permeiam em todos os setores da vida social, cotidiana e negocial. Dessa forma, ainda que o direito pretendesse se livrar da

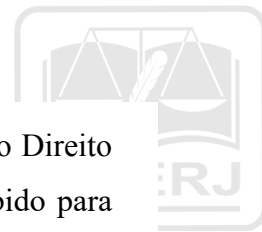
40 MELO, op. cit., nota 05.

41 CANÁRIO, Pedro, op. cit., nota 08.

42 ROVER, op. cit., p. 209.

43 MALHEIRO, op. cit., p. 393.

44 BITTAR, Eduardo C. B.. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional.*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 418-419.



tecnologia, não conseguiria. E, nesse cenário, é preciso aclarar a extensão em que “o Direito exerce influência sobre a produção de inovações e como o Direito deve ser concebido para que conduza as inovações para uma direção socialmente desejável”⁴⁵.

É importante que se tenha como ideal o desenvolvimento sustentável. Nenhuma inovação pode servir de fundamento para desrespeitar a sustentabilidade. Assim:

a rapidez com que são lançados novos produtos, soluções e as chamadas inovações tecnológicas, contudo, não pode implicar a inobservância dos conceitos de sustentabilidade em sua criação e desenvolvimento, especificamente em face do atual contexto mundial.

O impacto de produtos e soluções sustentáveis inclui desde a preocupação com o meio ambiente, a vida social e os direitos fundamentais dos seres humanos (em seus diferentes aspectos), até a continuidade, a evolução e o sucesso dos próprios negócios.⁴⁶

Mais uma vez, o destino salutar ou problemático da *Law Tech* será definido pelo padrão ético da sociedade. “Nesse particular entra a ciência e o direito, a ética e a normatividade veem-se reiteradas vezes às voltas com o desafio das mudanças tecnológicas, em renovado embate entra a razão técnico-científica e a razão ético-normativa.”⁴⁷

Portanto, a *Law Tech* é benefício que enfrenta os desafios da sociedade moderna, que se não forem superadas, pode trazer o revés, se tornando um grande problema. O destino dela só o uso e o passar do tempo poderá revelar.

CONCLUSÃO

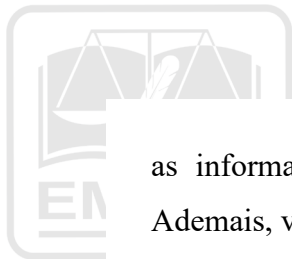
As inovações tecnológicas espraiam seus efeitos nas relações sociais, econômicas e profissionais. Esses avanços, por conseguinte, trazem benefícios e preocupações. A qualidade e a celeridade na prestação dos serviços é a tônica da tecnologia. Por outro lado, tanto dinamismo, na prática, pode revelar o oposto.

No âmbito do Judiciário, a tecnologia é relevante para otimizar o trabalho dos profissionais, que ante a gama de atualizações a que estão submetidos, não tem como separar

45 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. op. cit., p. 12.

46 COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O processo de inovação tecnológico e os elementos da sustentabilidade digital. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

47 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 51.



as informações mais relevantes com eficiência e rapidez sem o auxílio das máquinas. Ademais, visa combater a morosidade, que é o grande mal que assola o Judiciário atualmente.

Nesse cenário, o movimento da *Law Tech* é recebido com entusiasmo, já que permite aos profissionais, sobretudo à advocacia, empreender esforços nas atividades que exigem o intelecto humano e deixar à conta da tecnologia as tarefas meramente procedimentais.

A *Law Tech* não pode ser ignorada, pois, de fato, a tecnologia se tornou peça indispensável para o exercício de diversas funções, das mais simples as mais complexas. A importância da *Law Tech* sobeja as atividades judiciais. O mercado, as negociações e a sociedade exigem o uso dos meios tecnológicos.

Todavia, no âmbito do Judiciário, a tecnologia, de forma geral, enfrenta desafios maiores do que em outras áreas. O ordenamento jurídico pátrio ainda é muito arraigado a determinados conceitos criados em momentos nos quais não se havia avanços tecnológicos. De outro giro, há a preocupação também em não deixar o uso irrestrito da tecnologia escambar para práticas iníquas, que firam a ética profissional e privilegiem interesses estritamente privados.

Desse modo, a *Law Tech* não é mal vista, contudo desperta a preocupação, sobretudo, da OAB, uma vez que o Código de Ética e Disciplina da OAB é bastante rígido sobre o desempenho das atividades privativas da advocacia e sobre a vedação à mercantilização e publicidade abusiva da profissão.

É importante a análise crítica. O direito é uma ciência social, que busca na sociedade a sua força imperativa. Portanto, não é um fim em si mesmo. À medida que a sociedade se desenvolve, o direito segue esse fluxo. Assim, se a tecnologia se tornou essencial para a vida, ganhando *status* de direito fundamental, não há como o Judiciário se voltar contra ela. Contudo, é preciso cautela. O direito lida com casos concretos, nos quais as peculiaridades das relações humanas destacam-se das previsões e da inteligência das máquinas.

Assim, a *Law Tech* é uma incógnita – um benefício ou um problema a longo prazo? Com efeito, não há como adivinhar o futuro, contudo é importante fincar no profissional e na sociedade a consciência ética para que use a tecnologia de forma harmônica e, assim, possa evitar algum problema previsto. Nesse viés, o benefício só será experimentado se todos os entes envolvidos souberem fazer bom proveito dos instrumentos, sem usá-los para interesses escusos e particulares.



REFERÊNCIAS

BITTAR, Cássia. *OAB/RJ lança campanha pela valorização da advocacia*. Revista Tribuna do Advogado. mar. 2015. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18495-oabRJ-lanca-campanha>>. Acesso em: 16 set. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B.. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional.*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAINT, Cássio Augusto Barros. O microsistema do direito tecnodigital e o princípio da preponderância da segurança digital nos negócios eletrônicos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 978, ano 106, abril 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. *Resolução nº 2*, de 10 de outubro de 2015, do CFOAB. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Resolucao-OAB-2-2015.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.880*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspnumero=3880&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0164131-27.2017.4.02.5101*. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/decisao_de_deferimento_de_tutela_central_nacional_de_revisoes.mercantilizacao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0164285-45.2017.4.02.5101*. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/decisao_de_deferimento_de_tutela_-_ADCON.mercantilizacao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Robôs permitem que juízes deixem de lado função de gestor de processos e varas. *Revista Consultor Jurídico*. ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-26/robos-permitem-juizes-deixem-lado-funcao-gestor>>. Acesso em: 03 set. 2017.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. *Legaltech ou Lawtech?*. Disponível em: <<https://www.juristasdobrasil.com/single-post/legaltech-ou-lawtech>>. Acesso em: 03 set. 2017.

COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O processo de inovação tecnológico e os elementos da sustentabilidade digital. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2014.



CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 106, v. 979, maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Relatório de metas nacionais do Poder Judiciário 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/7694a9118fdabdc1d16782c145bf4785.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GITAHY, Yuri. O que é uma startup?. *Exame*. 03 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALHEIRO, Emerson Penha. A defesa dos direitos humanos e a inserção de suas normas no sistema jurídico da sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 106, v. 975, janeiro 2017.

MELO, Guilherme Magalhães. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. *Revista Consultor Jurídico*. mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robo-advogado>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MENDES, Nadia. LawTech, alternativa para um mercado saturado. *Revista Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLVI, n. 569, ago. 2017.

MENDONÇA, Henrique Guelber. A informatização do processo judicial sem traumas. *Revista do Processo*. São Paulo, ano 33, n. 166, dezembro 2008.

MORANI apud. MENDES, Nadia. LawTech, alternativa para um mercado saturado. *Revista Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLVI, n. 569, ago. 2017.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NYBO, Erik. Como as lawtechs estão mudando a advocacia. *E-commercebrasil*. 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/lawtechs-mudando-advocacia/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

ROVER, Aires José. Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito. In: _____. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O problema hermenêutico e a questão das inovações tecnológicas: ensaio a partir de Hans Jonas. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). *Estudos Avançados de Direito Digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

A RAZOABILIDADE ENTRE O TEMPO DE VIDA ÚTIL DO PRODUTO E O PRAZO PARA PLEITEAR REPARAÇÃO PELOS VÍCIOS OCULTOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Isabel Corrêa de Guamá

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a pouca durabilidade dos produtos e a dificuldade em consertá-los define um novo modelo de produção realizado pela indústria: a obsolescência programada. Para evitar excessos cometidos por parte dos fornecedores, foi instituído o Código de Defesa do Consumidor, que inaugurou um microsistema de proteção do vulnerável, criando regras e princípios próprios. Esse marco histórico trazido em 11 de setembro de 1990, pela Lei n.º 8.078, provocou uma verdadeira transformação no que tange à responsabilidade civil do fornecedor. É sob essa égide que a essência do presente trabalho é abordar os princípios que regem as relações consumeristas, analisar se o prazo para pleitear reparação pelos vícios dos produtos e dos serviços é razoável levando-se em conta a vida útil dos produtos e apontar a melhor opção ao consumidor.

Palavras-chave – Consumidor. Vícios. Responsabilidade. Garantia. Vida útil. Prazos.

Sumário – Introdução. 1. A fase pós contratual no direito consumerista: uma discussão pautada pelos princípios da transparência, da informação e da boa-fé objetiva. 2. A extensão do dever de informar do fabricante ao consumidor sobre os prazos para pleitear os vícios dos produtos. 3. A necessidade de aumento do prazo para reclamar dos vícios ocultos tendo em vista o tempo de vida útil do produto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a questão da razoabilidade que deve existir nas relações consumeristas no que tange ao prazo para pleitear reparação pelos vícios de difícil constatação e o tempo médio de vida útil dos bens duráveis.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se há ponderação nos prazos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor – CDC, para pleitear a reparação dos vícios ocultos.

Com os avanços trazidos pela Revolução Industrial, a relação fornecedor-consumidor foi completamente modificada. A produção em massa e o desenvolvimento tecnológico fizeram surgir novos produtos e serviços, trazendo benefícios à sociedade em geral, mas também gerando um aumento de riscos ao consumidor, uma vez que um defeito de concepção pode gerar danos efetivos para um número indeterminado de pessoas.



A marcante desigualdade de forças tornou o consumidor vulnerável em três esferas: técnica, fática e jurídica. O Direito do Consumidor veio justamente para tentar equilibrar as relações entre fornecedor e consumidor trazida por essa massificação do consumo, da produção.

Atualmente, existem muitas reclamações relacionadas aos produtos duráveis, que chegam aos órgãos de defesa do consumidor e ao Poder Judiciário, atribuídas a situações envolvendo vícios.

Quando se trata de defeito de fabricação, a própria lei estabelece um prazo para que o consumidor efetue sua reclamação junto ao fornecedor e exija o reparo do produto defeituoso. Será esse prazo, conhecido por garantia legal, que irá auxiliar o consumidor na hora de reclamar dos vícios, especialmente os ocultos.

O Código de Defesa do Consumidor cuidou de diferenciar defeito aparente e vício oculto, uma vez que não se espera que um produto seminovo ou ainda mesmo que já usado por um determinado tempo apresente defeitos. E, para isso, deve o consumidor levar em consideração o tempo médio de vida útil do produto.

Desse modo, se o problema identificado no produto for característico de um vício oculto, o consumidor tem o direito de reclamar, exigindo ao fornecedor que repare o vício sem custos adicionais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as práticas adotadas pelos fornecedores na fase pós-contratual e a violação dos princípios basilares do direito consumerista.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a extensão do dever de informar do próprio fabricante ao consumidor sobre os prazos para pleitear os vícios dos produtos.

O terceiro capítulo pesquisa a necessidade de um aumento do prazo para reclamar os vícios ocultos tendo em vista o tempo de vida útil dos produtos.

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 a sua tese.



1. A FASE PÓS CONTRATUAL NO DIREITO CONSUMERISTA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA, DA INFORMAÇÃO E DA BOA-FÉ OBJETIVA

As relações de consumo, bem como todas as relações contratuais *lato sensu*, possuem três fases, quais sejam, a pré-contratual, a fase de execução do contrato, e a pós contratual, que é a fase que tem como ponto final o adimplemento da obrigação.

Segundo Lopes¹, a responsabilidade pós-contratual “caracteriza-se pelo dever de responsabilização pelos danos advindos após a extinção do contrato, independentemente do adimplemento da obrigação”. Assim, para a autora, “pode-se dizer que a responsabilidade pós-contratual é uma projeção da responsabilidade pré-contratual, guardando-se as devidas particularidades”.

A responsabilidade pós-contratual advém da aplicação do princípio da boa-fé objetiva da teoria geral dos contratos. Esse princípio está positivado no artigo 422, do Código Civil (CC)², que determina expressamente que a boa-fé deve reger não só a execução do contrato (a fase contratual), mas também a conclusão do contrato (a fase pós-contratual). Nas palavras do referido dispositivo legal: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

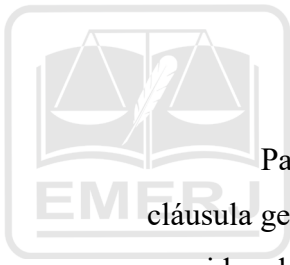
No que concerne à aplicação do princípio da boa-fé antes, durante e após o contrato, é o Enunciado 25, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal³, com o seguinte teor: “O art. 422, do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

É pelo princípio da boa-fé objetiva que os contratantes devem agir com lealdade, sem abuso, observando um dever ético de conduta na formação, na execução e após a conclusão do vínculo contratual.

¹LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6782/pdf#.VfTLn5dSJ2w>>>. Acesso em: 08 set. 2017.

²BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

³Id. *Enunciado nº 25*, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.” Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/671>>. Acesso em: 03 out. 2017.



Para Cavalieri Filho⁴, “o Código de Defesa do Consumidor adotou, implicitamente, a cláusula geral de boa-fé objetiva no seu art. 4º, inciso III, o que importa dizer que deve ser ela considerada inserida em todas as relações jurídicas de consumo”.

Assim, primeiramente, o princípio da boa-fé objetiva tem função integrativa, ou seja, o contrato não envolve apenas a obrigação principal de prestar, mas sim a conduta ética durante e após a sua celebração.

Além disso, o mencionado princípio tem função interpretativa e de controle, aquela envolvendo o critério hermenêutico destinado ao juiz para ser utilizado na relação jurídico-processual, e esta envolvendo uma limitação ao exercício dos direitos subjetivos, “seja reduzindo algumas condutas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e liberando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta”⁵.

Cumprido esclarecer que o princípio da boa-fé objetiva se revela ainda como fonte de novos deveres anexos, tais como o dever de informar, de cuidado, de lealdade. Portanto, em toda relação jurídica obrigacional de consumo, esses deveres deverão estar presentes, mesmo que não incluídos expressamente no contrato.

Em relação ao princípio da transparência, é importante destacar a sua principal consequência, segundo Cavalieri Filho⁶:

[...] é, por um lado, o dever de informar do fornecedor e, por outro, o direito à informação do consumidor. Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca da ocultação de desvantagens para a outra parte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará. Esse dever negativo do fornecedor se faz presente desde a fase pré-contratual, através da proibição da publicidade enganosa, até a fase negocial, em face da proibição de qualquer forma de informação enganadora quantos aos elementos do contrato.

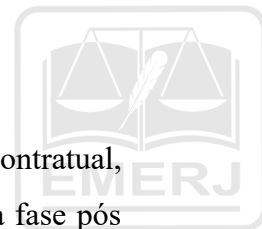
O princípio da transparência é inovador no nosso sistema, em especial no CDC, traduzindo a qualidade na prestação dos serviços e o respeito que deve existir pelo consumidor. A parte deve demonstrar clareza ao negociar, tendo o fornecedor que apresentar idoneidade nos negócios realizados, e na capacitação técnica.

A questão da informação tornou-se vital nas relações de consumo. Ela tem como principal objetivo aproximar o consumidor e o fornecedor de uma relação mais clara e sincera possível, minimizando eventuais danos. Essa lealdade que deve estar presente nas relações consumeristas, hoje é tida como um princípio medular.

⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39-40.

⁵MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 215.

⁶CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 43.



Assim sendo, o fornecedor tem o dever de informar, seja na fase pré-contratual, quando as informações são de relevância para a decisão do consumidor, mas até na fase pós-contratual, como se vê do art. 10, § 1º, do CDC⁷, *in verbis*: “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentam, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.”

Nesse sentido, ao divulgar qualquer tipo de publicidade, o cuidado do fornecedor não deve ser tão somente direcionado para transmitir informações claras, mas, sobretudo, corretas, sob pena de se vincular a uma proposta que não era aquela objetivada.

A publicidade veiculada, inclusive, tem força vinculante, o que é corroborado pelo artigo 35 do CDC⁸, ao permitir que o consumidor exija o cumprimento da obrigação ou, à sua livre escolha, aceitar outro produto ou serviço equivalente, ou, ainda, rescindir o contrato reavendo a quantia eventualmente paga, atualizada monetariamente, acrescida de perdas e danos.

Por todo o exposto neste capítulo, conclui-se que os princípios desempenham diversos papéis no nosso sistema, dentre eles o de estruturação, interpretação e controle. Além disso, influenciam a aplicação de todas as regras no Código de Defesa do Consumidor e se fazem presentes em todos os contratos de consumo, regendo as relações entre fornecedor e consumidor, em todas as fases do contrato.

2. A EXTENSÃO DO DEVER DE INFORMAR DO FABRICANTE AO CONSUMIDOR SOBRE OS PRAZOS PARA PLEITEAR OS VÍCIOS DOS PRODUTOS

O direito à informação tornou-se de extrema relevância nas relações de consumo. Ele vem elencado no artigo 6º, inciso III, do CDC⁹ como direito básico do consumidor: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

⁷BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

⁹BRASIL, op. cit., nota 7.



Esse direito é, na verdade, um corolário do princípio da transparência, uma vez que ele impõe ao fornecedor a transmissão efetiva ao consumidor de todas as informações imprescindíveis à decisão de consumir ou não o produto ou serviço, de maneira clara, correta e precisa, como ensina Cláudia Lima Marques¹⁰:

na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, *caput*, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Ressalta-se, portanto, que o direito à informação deve estar presente em todas as fases da relação de consumo, ou seja, antes, durante e após o seu exaurimento. Na fase pré-contratual, ele se revela como um verdadeiro dever anexo de conduta da boa-fé objetiva, ou seja, a informação é imprescindível para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos que poderiam não perceber por sua própria diligência ordinária, conforme afirma Rosenthal¹¹.

Destarte, o conteúdo das informações prestadas deve possuir clareza e destaque, para que os contratantes possam ter conhecimento antecipado e eficaz de todos os encargos assumidos no vínculo contratual. Dentre essas informações está o prazo para postular sobre os vícios de bens e serviços.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 26, *caput* e incisos¹², os prazos de 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias para reclamar dos vícios aparentes ou de fácil constatação, dependendo da durabilidade do serviço/produto. O parágrafo terceiro do mencionado dispositivo trata do vício oculto, cujo prazo decadencial para reclamar se inicia no momento da descoberta do defeito.

Inicialmente, cabe esclarecer o que são vícios. Mais conhecidos como defeitos e avarias, os vícios são decorrentes de sua fabricação, e não do mau uso ou desgaste natural do produto. Cavalieri Filho¹³ ainda faz distinção entre defeitos e vícios, sustentando que o primeiro afeta a segurança do produto ou serviço, já os vícios seriam defeitos menos graves, restritos ao produto ou serviço.

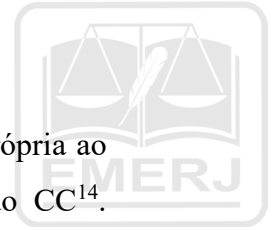
É de suma importância esclarecer que o vício do produto previsto no Código de Defesa do Consumidor não deve se confundir com o vício redibitório do Código Civil. Isso

¹⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 594-595.

¹¹ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109.

¹²BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 288.



porque o vício redibitório diz respeito aos defeitos ocultos da coisa, tornando-a imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor, nos moldes do artigo 441, do CC¹⁴. Entretanto, no CDC os vícios podem ser ocultos ou aparentes.

Vale lembrar que para que se configure o vício redibitório, Cavalieri Filho¹⁵ elucida que ainda é indispensável “que a coisa seja recebida em virtude de relação contratual, que o defeito seja grave e contemporâneo à celebração do contrato; defeito de pequena monta ou superveniente à realização do negócio não afeta o princípio da garantia”.

O CDC, em seu artigo 18, *caput*¹⁶, delinea três espécies de vícios, quais sejam, vício que torne o produto impróprio ou inadequado para o consumo; vício que lhe diminua o valor; e, vício decorrente da disparidade, com a das indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

Esses vícios podem ser aparentes ou de fácil constatação e ocultos. Conquanto grande parte da doutrina queira distinguir “vício aparente” de “vício de fácil constatação”, há, na verdade, que se fazer uma interpretação que considere o objetivo do instituto. Bessa¹⁷ considera que “a qualidade ou não de ‘aparente’ irá depender diretamente da maior ou menor complexidade do produto ou serviço e, ao mesmo tempo, do nível de conhecimento técnico do consumidor.”

Já o vício oculto é aquele não visível ou perceptível desde logo, ou seja, ele se manifesta depois de um determinado tempo de uso do produto, mas dentro do seu período de vida útil, conforme analisa Cavalieri Filho¹⁸.

Bessa¹⁹ assegura que a diferença entre vício aparente e oculto é essencial apenas para determinar o início da contagem dos prazos decadenciais, e não para eximir a proteção do CDC.

Outro aspecto relevante diz respeito à responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que participaram da produção e comercialização do produto, conforme artigo 18, *caput*, do CDC²⁰: “os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor [...]”.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 320.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁷MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 228.

¹⁸CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 336.

¹⁹MARQUES, op. cit., p. 229.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 7.



Essa solidariedade legal advém do artigo 6º, inciso VI, do CDC²¹, ou seja, da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, ao passo que tal reparação acaba sendo, de fato, mais efetiva quando da existência de vários responsáveis.

Portanto, o direito à informação é de extrema relevância, além de ser elencado no Código de Defesa do Consumidor como um direito básico. Saliente-se que a ausência de informação dos fornecedores não obriga os consumidores, caso não lhes for dada a oportunidade de tomarem conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se seus respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Pelo acima apresentado, deve também ser levado ao consumidor pelo fornecedor o conhecimento dos prazos para que este possa reclamar os vícios de seus produtos ou serviços, traduzindo, assim, a essência do princípio em questão.

3. A NECESSIDADE DE AUMENTO DO PRAZO PARA RECLAMAR DOS VÍCIOS OCULTOS TENDO EM VISTA O TEMPO DE VIDA ÚTIL DO PRODUTO

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu prazos para o exercício do direito de reclamar, levando-se em conta a durabilidade do produto. No caso de vícios ocultos, há o critério da vida útil para contagem desses prazos.

Segundo Bessa²², o artigo 26, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor:

[...] possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos após a aquisição. Isso é possível porque há – propositalmente – expressa indicação do prazo máximo para aparecimento do vício oculto, a exemplo da disciplina do Código Civil (§ 1º do art. 445). Desse modo, o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da *vida útil* do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, releva a importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado. Autorizada doutrina sustenta a aplicação do critério da vida útil como limite temporal para o surgimento do vício oculto.

No CDC, não há uma obrigatoriedade de o fornecedor informar o tempo de vida útil do produto. Em seu artigo 32²³, o Código afirma que “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou

²¹BRASIL, op. cit., nota 7.

²²MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 250-251.

²³BRASIL, op. cit., nota 7.



importação do produto”. Saber quanto dura um bem durável ou semidurável é muito subjetivo.

É necessário fazer distinção entre garantia legal, garantia contratual e garantia estendida. A garantia legal é determinada no CDC e independe de previsão em contrato. Já a garantia contratual é a que o fabricante acrescenta a seu produto por vontade própria; ela é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. A garantia estendida é contratada à parte, normalmente, oferecida por outra empresa, sem relação com o fabricante.

Apesar de os fornecedores alegarem que a fluência do prazo de garantia é impedimento para troca ou restituição do valor do produto, a responsabilidade pelo bom funcionamento do bem adquirido não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia.

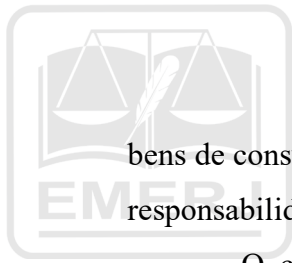
A falta de comprometimento das empresas sob a proteção da falta de cobertura da garantia contratual deve ser rechaçada. Há alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, destacando-se o REsp nº 1.123.004/DF²⁴, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. VÍCIO OCULTO. PRODUTO DURÁVEL. RECLAMAÇÃO. TERMO INICIAL. 1. Na origem, a ora recorrente ajuizou ação anulatória em face do PROCON/DF – Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal, com o fim de anular a penalidade administrativa imposta em razão de reclamação formulada por consumidor por vício de produto durável. 2. O tribunal de origem reformou a sentença, reconheceu a decadência do direito de o consumidor reclamar pelo vício e concluiu que a aplicação de multa por parte do PROCON/DF se mostrava indevida. 3. De fato, conforme premissa de fato fixada pela corte de origem, o vício do produto era oculto. Nesse sentido, o *dies a quo* do prazo decadencial de que trata o art. 26, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor é a data em ficar evidenciado o aludido vício, ainda que haja uma garantia contratual, sem abandonar, contudo, o critério da vida útil do bem durável, a fim de que o fornecedor não fique responsável por solucionar o vício eternamente. A propósito, esta Corte já apontou nesse sentido. 4. Recurso especial conhecido e provido.

É fundamental uma reflexão sobre a extensão da responsabilidade do fornecedor sobre os produtos comercializados, e uma definição de um critério objetivo do prazo médio de duração de um bem de consumo durável, não podendo se regular apenas no critério subjetivo da expectativa de duração do bem, o que ocasiona uma enorme insegurança jurídica.

Existia um Projeto de Lei, de número 5367/2013, já arquivado, cuja ideia era obrigar o fornecedor de produtos a prestar informação ao consumidor sobre o tempo de vida útil de

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.123.004/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1123004+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 mar. 2018.



bens de consumo duráveis. Atualmente, não existe um critério objetivo para pautar o limite de responsabilidade das empresas.

O consumidor deve ficar atento aos prazos para efetuar reclamação, pois não o fazendo, perderá o direito. Salienta-se, ainda, que o fornecedor responde pelos vícios ocultos decorrentes da própria fabricação, mas não se responsabiliza pelo desgaste natural do produto, provocado por sua utilização contínua.

O STJ, em seu Informativo nº 506²⁵, trouxe à baila o seguinte:

o fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não é, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Cumpre ressaltar que, mesmo na hipótese de existência de prazo legal de garantia, causaria estranheza afirmar que o fornecedor estaria sempre isento de responsabilidade em relação aos vícios que se tornaram evidentes depois desse interregno. Basta dizer, por exemplo, que, embora o construtor responda pela solidez e segurança da obra pelo prazo legal de cinco anos nos termos do art. 618 do CC, não seria admissível que o empreendimento pudesse desabar no sexto ano e por nada respondesse o construtor. Com mais razão, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para a hipótese de garantia contratual. Deve ser considerada, para a aferição da responsabilidade do fornecedor, a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, são um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir [...].

Para Bessa²⁶, o critério da vida útil confere “coerência ao ordenamento jurídico e prestigia o projeto constitucional de defesa do consumidor, considerando sua vulnerabilidade no mercado de consumo”.

O STJ não tem entendimento pacífico em sua jurisprudência em relação à adoção ou não do critério da vida útil. Entretanto, proferiu decisão, no REsp nº 984.106²⁷, utilizando o critério da vida útil do bem para reconhecimento de vício oculto no CDC.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 506*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1123004+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁶MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 984.106/SC*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1182088&num_registro=200702079153&data=20121120&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Segundo o Ministro Relator do caso, Luis Felipe Salomão:

a doutrina consumerista tem entendido que o Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 3º do artigo 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.

Segundo Salomão, o Judiciário deve combater práticas abusivas como a obsolescência programada de produtos duráveis. Na visão do ministro, essa prática consiste na redução artificial da durabilidade de produtos e componentes, de modo a forçar sua recompra prematura. Além de contrariar a Política Nacional das Relações de Consumo, avaliou o ministro, a prática gera grande impacto ambiental. Enfatizou que “é com os olhos atentos ao cenário atual — e até com boa dose de malícia, dada a massificação do consumo — que deve o Judiciário analisar a questão do vício ou defeito do produto”, afirmou.

Dessa forma, apesar de ser vantajosa a hipótese da concessão de prazo decadencial para reclamar de vício oculto, há que se ter um prazo maior para o consumidor pleitear tais defeitos, tendo em vista as informações deficitárias que lhe são dadas no decorrer da relação contratual, e diante do cenário em que vivemos de obsolescência programada, como bem abordou o Ministro Luis Felipe Salomão.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a razoabilidade que deve estar presente nas relações consumeristas no que concerne ao prazo para pleitear reparação pelos vícios de difícil constatação, considerando-se o tempo médio de vida útil dos bens duráveis. Para isso, o presente trabalho abordou os princípios que norteiam as relações de consumo, dando enfoque especial ao princípio da informação.

O Código de Defesa do Consumidor, conhecido como um microssistema normativo, determinou um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas no Brasil, em especial na proteção dos mais vulneráveis nas relações de trato econômico.

Nesse sentido, ele prevê, em rol exemplificativo, diversos princípios e direitos básicos ao consumidor para que possam materialmente se igualar ao fornecedor, detentor de maiores conhecimentos de ordem jurídica, técnica, operacional e informacional.



Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que apesar de todo o sistema trazer como um direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, é bem verdade que muitos fornecedores não cumprem tal determinação, fazendo-se chegar ao consumidor informações incompletas e imprecisas a respeito do bem que estão adquirindo.

Nesse aspecto, ressalta-se a importância do conhecimento pelo consumidor dos seus direitos para pleitear a reparação pelos vícios ocultos, uma vez que tal prazo começa a contar da descoberta do defeito, e não da data da efetiva entrega do produto ao consumidor, como é o caso dos produtos que apresentam defeito aparente.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que deveria haver uma extensão do prazo para pleitear essa reparação pelos defeitos escusos, tendo em vista a deficitária informação que é levada ao consumidor.

Além disso, o critério de vida útil do bem como balizador para pleitear reparação pelo defeito oculto deveria ser objetivo, ou seja, deveria haver um prazo médio de duração de um bem de consumo durável estabelecido pelo fornecedor previamente no contrato para ser reclamado o vício.

Convém destacar que não é só a falta de informação que fragiliza o consumidor, mas também o fato de que ela chega para ele manipulada, excessiva, controlada e, muitas das vezes, desnecessária.

Dessa forma, apresentando o produto um vício caracterizado como oculto, o consumidor pode e deve reclamar, exigindo ao fornecedor que sane o defeito sem qualquer custo adicional.

Vale lembrar que o fornecedor responde pelos vícios ocultos decorrentes da própria fabricação, mas não se responsabiliza pelo desgaste natural provocado pela utilização contínua do produto. Portanto, é preciso que o consumidor esteja atento ao prazo para efetuar a reclamação. Caso o consumidor não o faça dentro do prazo, perderá o direito, pela decadência.

REFERÊNCIAS

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: 12 set. 2017.

_____. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n° 506*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1123004+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 984.106/SC*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1182088&num_registro=200702079153&data=20121120&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.123.004/DF*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=REsp+1123004+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1° a 80 e 105 a 108).

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Você sabe o que é vício oculto?* Disponível em: <<https://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/voce-sabe-o-que-e-vicio-oculto>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6782/pdf#.VfTLn5dSJ2w>>>. Acesso em 08 set. 2017.



MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.



O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CENÁRIO DA ACENTUADA VIOLÊNCIA URBANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ismael Augusto Sirieiro Monteiro

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – o presente trabalho tem por fito construir uma tese conciliadora entre as ideias antagônicas e extremadas defendidas pelos leigos e pelas doutrinas abolicionistas. Sustenta-se a viabilidade do uso do Direito Penal como um meio ainda idôneo para a atenuação do problema da violência urbana do estado do Rio de Janeiro. O estudo defende a necessidade de uma reforma do sistema penal mediante o afastamento de ideologias egoístas, fundadas em preconceito e ódio, com o objetivo de construir soluções racionais e éticas para os problemas penais. O texto busca comprovar que a Constituição da República instituiu não somente direitos fundamentais para o indivíduo, mas também alguns deveres, de modo que cabe a cada cidadão se comprometer de forma mais verdadeira com a sua comunidade e com seus semelhantes, com vistas a formar uma sociedade mais fraterna e justa, superando a violência, as vinganças privadas e todo tipo de corrupção. O fundamento do Direito Penal não pode estar no mero do uso da força, mas sim na confiança em seus valores.

Palavras-chave – Direito Penal. Criminologia. Direitos fundamentais. Direito Penal mínimo. Mandamentos constitucionais de criminalização. Vedação à proteção insuficiente.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do Direito Penal sob a ótica do leigo e a importância da imposição de limites à vingança particular. 2. Os mandamentos constitucionais de criminalização: o direito penal como instrumento para a garantia dos direitos fundamentais. 3. O retorno aos valores como meio para uma reforma dialética do sistema penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tortuoso tema relacionado à ampliação do uso do Direito Penal como meio de controle da criminalidade, mormente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. De fato, a partir de meados da segunda década do século XXI, a capital e a região metropolitana fluminense voltaram a apresentar estatísticas alarmantes relacionadas à prática de delitos violentos. Nessa toada, vieram a lume, novamente, as pertinentes discussões a respeito da finalidade e da utilidade da pena privativa de liberdade no contexto da indigitada “escalada de violência” – denominação conferida vulgarmente pela mídia à novel crise da segurança pública estadual.

O tema em apreço é digno de análise detalhada, haja vista que o histórico do direito brasileiro é rico em exemplos de legislações penais alteradas de forma falha em momentos de crise política e social, especialmente em função da atuação e influência da imprensa e, mais modernamente, da interferência das mídias sociais. Ademais, é cediço que a criminalidade



violenta desperta na população sentimentos de revolta e vingança, sendo compreensível o surgimento destes ânimos por parte dos leigos.

É o povo (formado mormente por leigos) quem efetivamente sofre a “violência diária”; entretanto, este mesmo povo – em sua enorme maioria – não compreende os métodos aplicados pelo Estado na prevenção e na punição dos indigitados delitos. Por essa razão, é papel dos operadores do direito – a partir de fundada argumentação e debate – esclarecer as dúvidas da população e garantir que certas conquistas obtidas após anos de evolução do Direito Penal não sejam perdidas em função da adoção de medidas políticas precipitadas e construídas com base no mero senso comum.

Destarte, o presente artigo realiza uma abordagem crítica a respeito do Direito Penal brasileiro e analisa de forma ponderada os apelos dos leigos por um “recrudescimento do Direito Penal” em cotejo com os argumentos – radicais e moderados – da doutrina especializada, a qual mostra-se sempre cética em relação a qualquer ampliação das normas repressivas. Ao final, busca-se construir uma tese conciliadora entre as visões extremadas de um direito penal máximo e de um direito penal mínimo, tese esta que poderá ser útil para o crescimento da confiança da sociedade para com as instituições preventivas e repressivas do Estado do Rio de Janeiro.

O primeiro capítulo do trabalho tem por foco a visão da população leiga, esmiuçando e destrinchando as controvérsias existentes no que tange à dicotomia entre o desejo de vingança – surgido naturalmente no seio do povo – e os direitos do condenado ao cumprimento de uma pena que não viole sua dignidade. Trata-se de uma crítica ao direito penal máximo talional.

O segundo capítulo apresenta uma abordagem crítica à visão minimalista extremada do Direito Penal, com o fito de comprovar que, apesar de se tratar de um “mal”, a pena privativa de liberdade é um “mal necessário” e constitucionalmente previsto, não sendo possível – pelo menos nas próximas décadas – a sua abolição.

O terceiro capítulo apresenta argumentos que comprovam que é viável construir, de forma dialética e impregnada de valores, um sistema que garanta um direito de “ressocialização e tutela”, atendendo, assim, aos anseios da população leiga, sem deixar de respeitar os mais basilares direitos fundamentais dos apenados. Com efeito, o Estado não deve prescindir da pena privativa de liberdade; entretanto, esta deve ser aplicada e executada de forma mais inteligente, humana e útil à sociedade fluminense, de modo que se garanta uma proteção suficiente aos cidadãos – tanto aos livres quanto aos encarcerados.

A pesquisa realizada para a construção deste artigo científico faz uso da análise comparativa de textos e obras de autores das mais diversas vertentes doutrinárias. Analisam-

se obras específicas da área do Direito penal, bem como escritos do âmbito da Criminologia, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito.

1. A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DO LEIGO E A IMPORTÂNCIA DA IMPOSIÇÃO DE LIMITES À VINGANÇA PARTICULAR

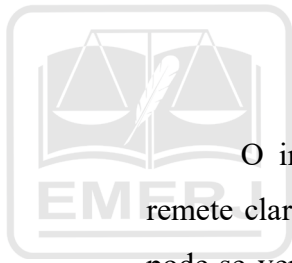
É cediço que grande parcela da população fluminense sustenta ideais penais distantes daqueles consignados na Constituição da República. São diversos os fatores que contribuem para a construção do indigitado imaginário a respeito de uma suposta necessidade da aplicação de uma “vingança oficial” contundente por parte do Estado em detrimento do “agente criminoso”.

O primeiro, e mais claro, dentre os motivos fundantes de tal pensamento surge do próprio cenário de violência urbana presenciado pelo povo em seu cotidiano. As notícias a respeito de crimes violentos são propagadas, hodiernamente, em velocidade cada vez mais impressionante, haja vista o advento das redes sociais e de outros mecanismos de compartilhamento de dados. Com efeito, delitos porventura praticados ao meio-dia já se tornam conhecidos pela parcela da população “conectada” antes mesmo do fim da tarde. As imagens circulam, o medo se espalha e os clássicos debates – hoje, especialmente, os virtuais – logo surgem, sendo proferidas frases clássicas como: “esse ladrão merecia sofrer para aprender”, “precisamos de um esquadrão da morte”, “bandido bom é bandido morto” etc.

Os indigitados verbetes populares apenas externam os pensamentos hostis de uma sociedade que, atualmente, está novamente acostumada com a violência e a crueldade. Nessa toada, argumenta Paulo Queiroz¹ que “a violência não é, pois, algo estranho ou extrínseco ao direito, mas inerente à ideia e à realidade mesma do direito”. Segundo o mesmo autor², citando clássica expressão de Franz von Liszt, o direito penal não seria nada menos do que uma violência atuando a serviço do controle da violência, configurando-se, portanto, como uma espada de “duplo fio”, empreendendo uma “lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos”.

¹ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 31.

² Ibid.



O indigitado controle da criminalidade pela via da excessiva intimidação violenta remete claramente a uma visão totalitária de Estado. Conforme argumenta Roxin³, “de fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras”; entretanto, mesmo nessas sociedades de extremado controle e vigilância sobre os cidadãos, a prevenção e a total neutralização das condutas criminosas são objetivos inalcançáveis, de modo que, segundo o renomado autor⁴, os “regimes autoritários costumam punir com ainda maior severidade os fatos que não conseguem prevenir”. Com efeito, percebe-se que o combate ao crime empreendido com base unicamente na vigilância e no controle extremo do cidadão é medida que termina por tolher o indivíduo de alguns de seus direitos fundamentais.

Nessa toada, a garantia de uma limitação às ingerências estatais indevidas sempre foi o cerne do Direito Penal ao longo dos séculos de sua História, de modo que a violação, pelo Estado, do núcleo da personalidade do indivíduo, segundo Roxin⁵, “seria um preço demasiado caro, mesmo para um combate eficiente ao crime”. O desenvolvimento de um pensamento penal mais humanitário, protagonizado pela burguesia, levou, no século XVIII, a uma restrição ao poder punitivo, baseado nas ideias da legalidade, da segurança jurídica e de um processo penal mais justo e menos inquisitorial. Com estes princípios, vieram, ademais, as modificações relativas à abolição das penas capitais e de algumas outras degradantes, como a tortura, as mutilações etc. Surgia, já àquela altura, a tese de que o Estado deveria punir de forma proporcional o acusado, não empreendendo, jamais, uma vingança aviltante e desarrazoada.

Percebe-se, portanto, que o Direito Penal liberal foi construído com o fito de evitar a expansão das injustiças. Os estudiosos do âmbito penal sempre se dedicaram a construir um sistema jurídico essencialmente garantidor da dignidade dos acusados, de modo que tais conquistas basilares não podem, hoje, ser deixadas de lado em função de anseios populares eventuais e irascíveis. Conforme já assentado em epígrafe, a situação da criminalidade fluminense é extremamente grave e preocupante; entretanto, tornar-se-á ainda mais crítica caso os mecanismos de controle do Estado venham a adotar medidas emergenciais de forma desregrada e desproporcional. Conforme sustenta Jesús-Maria Silva Sanchez⁶, perigo ainda maior do que o da adoção de medidas emergenciais é o da “perenização da emergência” por

³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*: tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.6.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p.7.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.



parte do Estado, mesmo quando estabilizada a crise de criminalidade, de modo que restariam positivados e estabelecidos no ordenamento jurídico alguns critérios desproporcionais, totalmente descabidos para o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Conforme sustenta Alberto Jorge C. de Barros Lima⁷, o que possivelmente reforça o desejo do povo brasileiro pela criminalização e punição é “o fato de as pessoas hoje terem a nítida percepção de que o sistema funciona mal, o que potencializa a crença na impunidade”. De fato, tal pensamento popular possui extrema pertinência e parece ir ao encontro da clássica tese criada por Paul von Feuerbach relativa à pena como “coação psicológica”.

De acordo com a análise de Paulo Queiroz⁸, a teoria de Feuerbach baseia-se na ideia de que o ser humano possui um impulso psicológico à prática de delitos, de modo que a mera existência em abstrato de uma pena privativa de liberdade funcionaria como um contraestímulo, um contraimpulso criminal. Trata-se, portanto, da ideia básica a fundamentar a tese clássica da prevenção geral negativa da pena.

Com efeito, a indigitada “intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”, sustentada por Feuerbach⁹, encontra arrimo nos anseios populares citados nos parágrafos precedentes; entretanto, a fundamentação exclusiva do direito penal na indigitada prevenção geral negativa é tese que afronta diretamente os ditames penais e constitucionais mais clássicos, haja vista que propugna por um direito meramente intimidativo e de máxima intervenção nas liberdades individuais do acusado, sob o mero pretexto de coagir terceiros. Deve-se atentar, conforme sustenta Roxin¹⁰, que a culpabilidade é o limite claro do direito de punir, não podendo jamais o indivíduo condenado – por mais ou menos grave que tenha sido o crime por ele praticado – sofrer com pena desproporcional à sua conduta, ou seja, ao fato por ele praticado.

Destarte, o criminoso porventura condenado não poderá, jamais, funcionar como bode expiatório dos problemas da sociedade. O respeito a tal ditame, no entanto, não se constata na hodierna realidade fluminense. Percebe-se uma semelhança do contexto fático atual com aquele analisado em tese criminológica criada por Paul Reiwald¹¹. Segundo o autor, as mídias de massa atuam como meios de projeção, funcionando como mecanismos de alarde social, motivando no povo sentimentos de vingança e de violência, de modo a acentuar as tendências

⁷ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

⁸ QUEIROZ, op. cit., p. 406.

⁹ FEUERBACH apud QUEIROZ, op. cit., p. 406.

¹⁰ ROXIN apud QUEIROZ, op. cit., p. 406.

¹¹ REIWALD apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 51.



criminosas de toda a sociedade, até mesmo as daqueles chamados cidadãos de bem. Ademais, conforme sustenta a doutrina de Edward Naegeli¹², é sobre o indigitado “bode expiatório” – ou seja, sobre o indivíduo condenado – que seriam projetados a agressividade e o sentimento de culpa da sociedade.

Por essa razão, é imperioso que o Direito Penal atue firmemente como meio de limitação de tais tendências vingativas violentas, funcionando como mecanismo de garantia do respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, por piores que tenham sido os delitos por eles praticados, haja vista que, na esteira do que assenta Alberto Jorge C. de Barros Lima¹³: “se não é tolerável a vingança privada, por que o seria a vingança pública?”.

2. OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estabelecidas as falhas conceituais do pensamento da majoritária população leiga, é imperioso, agora, tecer algumas críticas à parcela da doutrina abalizada que vê o Direito Penal hodierno como um instituto que segue rumo à iminente falência. A fim de que se possa rechaçar tal entendimento, é importante estabelecer uma premissa básica: a de que o Direito Penal foi erigido pela Constituição da República de 1988 à categoria de um instrumento jurídico voltado à melhor proteção de determinados valores essenciais da sociedade brasileira. Nessa toada, o constituinte originário instituiu os chamados “mandados constitucionais de criminalização”, os quais foram positivados na Carta de Outubro na forma de imperativos de tutela, visando a evitar a proteção deficiente ou insuficiente de determinados bens jurídicos fundamentais.

De acordo com Lima¹⁴, os indigitados mandamentos constitucionais criminalizadores são uma imposição constitucional de conteúdo, restringindo os processos de descriminalização, bem como determinando criminalizações e recrudescendo o tratamento penal para certas condutas. Com efeito, em uma breve análise do teor de alguns dos incisos do

¹² NAEGELI apud BARATTA, *Ibid.*, p. 51-53.

¹³ LIMA, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴ *Ibid.*, p. 286.



artigo 5º da Constituição da República¹⁵, por exemplo, pode-se encontrar facilmente alguns desses “mandados”.

A norma do inciso XLI, do artigo 5º, por exemplo, assevera que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Já a norma do inciso XLIII¹⁶ é cogente ao versar que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os definidos em lei como hediondos.

Outro exemplo notório de mandamento constitucional criminalizador positivado na Carta de Outubro de 1988 é aquele constante da norma do artigo 227, §4º, da Constituição da República¹⁷, a qual versa que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Conforme assenta Lima¹⁸, ao instituir tais ditames, a Constituição da República dá maior densidade a determinados bens jurídicos e “impede, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abolitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal”. Em um segundo momento, a Carta de Outubro determina expressamente a “proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes”.

Nessa toada, pode-se perceber que as condutas constitucionalmente criminalizadas são aquelas mais graves e violentas, como o homicídio, o latrocínio, o estupro e o tráfico de drogas, por exemplo. Destarte, o constituinte buscou construir – ao menos em tese – um sistema normativo penal mais conectado com a realidade social do Brasil, especialmente aquele de finais do século XX, positivando ditames que visam a proteger o acusado durante seu processo, mas que permitem, também, a sua devida (e suficiente) punição, quando comprovadas as condutas delituosas porventura praticadas.

A constatação a que se chegou em epígrafe vai ao encontro do pensamento de Paulo Queiroz¹⁹ quando este versa que “não é possível falar de fins do direito penal para além do tempo e do espaço”. O indigitado autor²⁰ sustenta que “os fins e limites do direito penal são, em última análise, os fins e limites do próprio Estado, motivo pelo qual cada modelo de

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

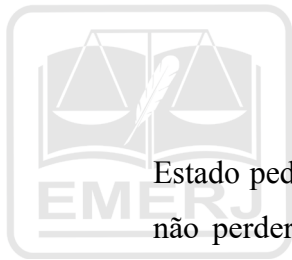
¹⁶ Idem. Ibid.

¹⁷ Idem. Ibid.

¹⁸ LIMA, op. cit., p. 287.

¹⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 400.

²⁰ Ibid.



Estado pede um modelo de direito penal”. Assevera, por fim, Queiroz²¹ que “convém, assim, não perder de vista o contexto econômico, social e político em que a discussão se passa, mesmo porque cada sociedade tem sempre suas próprias razões para castigar ou não castigar”. De fato, as peculiaridades históricas e sociais de cada país e de cada estado da federação, devem ser tomadas em conta quando da aplicação prática de sua legislação. O legislador, e também o magistrado, não podem estar alheios à realidade do local em que estão inseridos.

Na específica hipótese fluminense, o quadro social que se descortina é de profundo caos. Por essa razão, a ideia extremada de se abdicar da força cogente do direito penal e, especialmente, da importância preventiva especial negativa da pena privativa de liberdade – em regime inicial fechado – mostra-se como uma tese descolada da realidade. Ademais, de acordo com Lima²², é inviável acreditar que o cumprimento de qualquer pena privativa de liberdade, quer no sistema do Brasil, quer no sistema da Noruega, “se dê sem dano, sem dor, sem angústia”, o que, segundo ele, seria “utópico”. A busca de melhores condições das prisões deverá ter sempre a primazia do Estado; entretanto, é impossível retirar, totalmente, da execução penal o seu caráter aflitivo, sob o risco de lhe subverter o sentido técnico.

É arguta a conclusão de Roxin²³ quando assevera que as “sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou análogas normas básicas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações”. O autor complementa²⁴, consignando que a força preventiva do direito penal depende, primordialmente, do fato de o Estado reagir, ou não, de modo reprovador à conduta delituosa. A pena privativa de liberdade, desde que proporcional e bem executada, ainda é a reação estatal recomendável para garantir a estabilidade das relações sociais, independentemente das condições de vida de uma determinada população.

A indigitada reflexão trazida por Roxin arrebatada os argumentos demagógicos de uma corrente que sustenta que a criminalidade crescente é sempre – ou mormente – oriunda dos reflexos da má-distribuição de renda e das péssimas condições sociais do Brasil. *In verbis*, argumenta o renomado autor alemão²⁵ no sentido de que:

as circunstâncias sociais determinam mais o ‘como’ do que o ‘se’ da criminalidade; quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre

²¹ Ibid.

²² LIMA, op. cit., p. 241.

²³ ROXIN, op. cit., p. 15.

²⁴ Ibid., p. 19.

²⁵ Ibid., p.4.



umentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade. Isto não implica que não devamos esforçar-nos por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade.

Percebe-se, portanto, que o combate à criminalidade, em qualquer de suas formas, deve se dar sem preconceitos, e sem limitação a determinadas classes sociais, concedendo-se a todos os eventuais investigados, acusados e condenados as mesmas garantias e direitos, mas também os mesmos deveres. É importante assentar que o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República de 1988 veio para garantir a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em seu aspecto “subjetivo”; entretanto, jamais descuidou do viés “objetivo” dos indigitados direitos.

Na esteira da doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes²⁶, constata-se que o Estado não deve ter a sua atuação limitada à mera “não intervenção” na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, devendo, isto sim, assumir uma postura ativa com vistas a garantir o exercício efetivo de tal liberdade. Aduz o autor que a “atual Constituição dispõe no seu texto normativo sobre direitos e deveres individuais e coletivos (ou seja, não só em direitos)”. Nessa toada, segundo Ingo Sarlet²⁷, a ideia de uma chamada “hipertrofia dos direitos” guardaria íntima conexão com a equivocada noção arraigada no Brasil de “um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes”.

Desse modo, a positivação de alguns deveres fundamentais²⁸ foi o meio encontrado pelo constituinte para tentar construir – ainda que de forma cogente – um empenho solidário de todos os cidadãos na transformação das estruturas sociais. Os imperativos constitucionais de tutela penal nada mais são, portanto, do que uma forma de se proteger – preventiva e ativamente – os direitos dos particulares contra as ameaças de agressões provenientes de terceiros.

Com efeito, a intervenção estatal pela via do Direito Penal deverá sempre ser guiada pelo princípio da proporcionalidade. Nessa toada, Gilmar Mendes²⁹ afirma que os mandados constitucionais de criminalização são destinados ao legislador; entretanto, sustenta também ser viável a fiscalização judicial da constitucionalidade da indigitada atividade legislativa criminalizadora. Nesse sentido³⁰, os Tribunais estariam incumbidos de “examinar se o

²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 335

²⁷ SARLET apud FERNANDES. *Ibid.* p. 338.

²⁸ FERNANDES. *Ibid.* p. 339.

²⁹ *Ibid.* p. 494.

³⁰ *Ibid.*



legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”.

De fato, o que se constata é que, mesmo após quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, persiste, por parte de muitos juristas, o pensamento excessivamente reticente para com a figura do Estado, considerando-o, ainda, como um inimigo do cidadão. Ocorre que, conforme assentado em epígrafe, desde o advento da Constituição da República, a figura do Estado passou a ter a função primordial da realização do bem comum. Conforme assevera Andrey Borges de Mendonça³¹, o “pêndulo” que, antes de 1988, estava voltado para a suposta proteção do Estado em prejuízo das garantias individuais, não pode oscilar, agora, totalmente para o outro lado, descurando do interesse comunitário.

Nessa toada, é imperioso garantir aos cidadãos a construção de um sistema equilibrado, afastando do direito nacional as ideologias anárquicas e abolicionistas – em seu viés extremado –, as quais são absolutamente inconciliáveis com a realidade brasileira e, especialmente, com a realidade fluminense. Conforme assenta Roxin³², “liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social”.

Entretanto, é importante também assegurar, impreterivelmente, que jamais seja instituído ao apenado qualquer estigma – como o de “inimigo”, por exemplo – bem como que nunca haja violações de seus direitos constitucionalmente assegurados para o processo penal e a execução da pena. O equilíbrio entre as vertentes doutrinárias conflitantes é medida que se impõe. A sedução dos argumentos radicais não pode ser capaz de atingir os responsáveis pela elaboração e pela aplicação do Direito Penal brasileiro.

³¹ MENDONÇA apud MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 13. n. 52, 2010, p. 202-223, out. nov. dez. 2010.

³² ROXIN, op. cit., p. 5.

3. O RETORNO AOS VALORES COMO MEIO PARA UMA REFORMA DIALÉTICA DO SISTEMA PENAL

Apresentados os pontos negativos das correntes extremadas sustentadas por leigos e doutrinadores, é importante, agora, expor alguns argumentos conciliadores, com vistas à reforma – e melhora – do atual sistema penal. Inicialmente, mostra-se relevante asseverar que a indigitada reconstrução do sistema punitivo nacional deve ter por protagonistas os legisladores e os governantes.

De nada adianta que as construções doutrinárias sejam criadas, mas jamais cheguem aos ouvidos ou à compreensão dos legisladores e dos administradores públicos. Nesse sentido, assevera Fabiano Augusto Martins Silveira³³ que um dos problemas do Brasil está na ausência de um diálogo entre a doutrina e os Poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, o grande interlocutor entre eles, hodiernamente, seria a figura do juiz.

Nessa toada, pode-se afirmar que a reforma meramente “consequencialista” do sistema penal – ou seja a reforma discutida apenas em sede de Poder Judiciário – somente ensejará uma ainda maior insegurança jurídica (mas também social, frise-se). O consequencialismo também é apontado por Paulo Queiroz³⁴ como um dos erros da atualidade do direito brasileiro. De acordo com o enfoque do indigitado autor, “a eficácia preventiva do direito penal, se é que existe, é bastante limitada, uma vez que intervém demasiadamente tarde no conflito social: não quando este se produz, mas quando e onde se manifesta”. E arremata³⁵, versando que o Direito Penal “intervém mal, já que não traduz uma resposta etiológica, adequada às causas do problema, mas meramente sintomatológica”.

Na esteira da virada linguística habermasiana³⁶, é importante que haja uma dialética envolvendo direito e sociedade para a construção de soluções para os problemas jurídicos nacionais. A verdadeira legitimidade dos resultados das deliberações parlamentares e das ações executivas dos governantes somente existirá se a indigitada reforma do ordenamento jurídico for construída de forma racional e ética, com respeito a todos os ditames

³³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada orientação às consequências*. In: MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 580.

³⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 423.

³⁵ Ibid.

³⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 361.



constitucionais da Carta de Outubro de 1988. Conforme deixa assentado Silva Sánchez³⁷, o filtro que o Estado faz, por intermédio do parlamento, para as demandas sociais pode, sim, “dar lugar a um produto que seja, por um lado funcional e, por outro lado, suficientemente garantista”.

Com efeito, para que se construa um sistema verdadeiramente proporcional, é preciso afastar do âmbito do direito penal as intervenções inúteis e garantir a eficácia das intervenções úteis. Ademais, é importante construir na sociedade a ideia de um respeito à ordem jurídica, independentemente da potencial sujeição a uma sanção física. O ordenamento jurídico deve ser elaborado de forma a obter a legitimidade dos seus destinatários em função de seu próprio conteúdo axiológico. Conforme doutrina de Habermas³⁸, o direito não é subordinado à moral, mas deve comunicar-se com ela. De fato, o direito deve ser o espaço reservado para diminuir os atritos e gerar consensos – processual e democraticamente – no seio da sociedade.

Nessa toada, Karl Olivecrona³⁹ assevera que, quando um ordenamento jurídico é bem estabelecido, a força física da sanção é deixada em segundo plano, porque o condicionamento psicológico é suficiente para moldar o padrão de conduta que se quer ver acatado. Trata-se do chamado “imperativo independente”. O uso da força seria, portanto, em última análise, uma mera fonte da obrigatoriedade do direito⁴⁰, mas não o seu fundamento.

Com efeito, a aplicação da pena privativa de liberdade deve ser feita em hipóteses delimitadas legal e constitucionalmente, sendo atendidos, durante a execução penal, os estritos ditames também constantes da lei e da Constituição. O que se vê, hodiernamente, no entanto, é a clara violação da dignidade dos presos, sob o fundamento da suposta “desnecessidade” de garantir a tais indivíduos os mesmos direitos fundamentais dos cidadãos ditos “comuns”.

Destarte, a busca pela evolução do direito penal deve ser incessante, devendo ser superados tais preconceitos infundados. Conforme assevera Francisco Glauber Pessoa Alves⁴¹, sem prejuízo da reforma de conceitos e da modificação da legislação, não existe uma outra solução para o problema penal brasileiro que não passe pela devida incrementação financeira dos recursos destinados ao âmbito penal. É preciso superar a barreira ideológica

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 145.

³⁸ HABERMAS apud MASCARO, op. cit., p. 368.

³⁹ OLIVECRONA apud NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 191.

⁴⁰ NADER, Ibid., p.191.

⁴¹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as verdades inconvenientes. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19. n. 4, 2017, p. 37-60, set. out. nov. dez. 2017.



arraigada no sentimento popular no sentido de que o direcionamento de recursos para o sistema carcerário, por exemplo, seria um gasto ao invés de um investimento⁴².

Ademais, é também preciso que a própria sociedade analise sua parcela de contribuição para a propagação do ódio e da desordem, buscando formas de superar a violência pela via da fraternidade e do amor ao próximo, evitando estigmas, vinganças privadas e corrupções. Conforme escreveu Nélson Hungria⁴³ há mais de quarenta anos, mas com atualidade ainda latente: “é absurdo pretender a efetiva e permanente regeneração de delinquentes antes que seja alcançada a regeneração da própria sociedade”.

Nesse ponto, exsurge a discussão a respeito do princípio da intervenção mínima e sua aplicação no âmbito do direito penal brasileiro. Segundo a doutrina de Claus Roxin⁴⁴, o indigitado princípio da intervenção mínima somente autoriza a criminalização de condutas que ofendam de forma gravosa aos bens jurídicos mais importantes (os constitucionais) e quando as outras respostas jurídicas possíveis (como a civil, a administrativa, a restaurativa etc.) não forem satisfatórias para a solução do conflito.

Defender a tese da “intervenção mínima”, no entanto, não significa falar em deixar de punir todas as condutas, ou em parar de criar novos tipos penais. A referida construção principiológica, relativa à subsidiariedade do direito penal, tem por fundamento os subprincípios da necessidade e da adequação, e decorre de entendimento clássico exarado por Montesquieu⁴⁵, segundo o qual “as leis desnecessárias enfraquecem e desacreditam as necessárias”.

Com efeito, a suposta colisão entre o princípio da intervenção mínima e a chamada expansão racional do direito penal é meramente aparente. Nessa esteira, Lima⁴⁶ versa que:

não há problemas em definir novos delitos a partir de situações concretas novas com a previsão de sanções mais elevadas, ou incrementar as penas e o seu modo de cumprimento para crimes já existentes perante diferentes configurações da realidade, desde que se faça na estrita observação dos princípios penais.

Ademais, o mesmo autor⁴⁷ sustenta que o princípio da intervenção mínima pretende separar a “expansão irracional”, daquela outra feita com parcimônia, ou seja, aquela “baseada nas necessidades criminalizadoras advindas das complexidades da sociedade atual, de novas

⁴² Ibid.

⁴³ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10* por Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 73.

⁴⁴ ROXIN, op. cit., p. 33.

⁴⁵ MONTESQUIEU apud QUEIROZ, op. cit., p. 52.

⁴⁶ LIMA, op. cit., p. 272.

⁴⁷ Ibid. p. 270.



realidades ou mesmo de situações antigas, mas que, em face do contexto moderno, reclamam, racionalmente, a intervenção penal”.

Exemplo de neocriminalização plenamente justificável, por exemplo, é aquela relativa ao delito de condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, constante do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro⁴⁸. O legislador, com o fito de tutelar um macroproblema que gera grandes cifras penais – qual seja o das mortes e lesões corporais culposas praticadas no trânsito em função do consumo de álcool – terminou por criar um tipo específico apto a punir situações que coloquem em perigo a segurança viária. O indigitado delito é classificado pela doutrina⁴⁹ como sendo um crime de perigo abstrato e sua criminalização se dá pela necessidade de proteção aos interesses sociais mais relevantes.

A mesma preocupação foi abordada pelo legislador quando determinou a criminalização do tráfico de drogas. É importante assentar que o tráfico de drogas também é um delito de perigo abstrato, sendo o “perigo” existente na referida conduta analisado sob uma perspectiva *ex-ante*, ou seja, a criminalização do tráfico visa a evitar a ocorrência de condutas futuras ainda mais lesivas a outros bens jurídicos, como a saúde pública, a segurança pública etc. Nessa toada, não há como se falar que os crimes de perigo abstrato sejam inconstitucionais por uma suposta ausência de lesividade, haja vista que a lesividade dos indigitados delitos decorre da acumulação da prática de tais condutas na realidade fática⁵⁰. O perigo abstrato não é um elemento hipotético, mas sim real. Ou seja, a realização, atual ou iminente, por uma múltipla variedade de sujeitos de fatos similares ao apontado é um dado constatável empiricamente, e tal informação foi levada em conta pelo legislador no momento da criminalização das condutas anteriormente apresentadas.

Percebe-se, portanto, que os pensamentos extremados – tanto no sentido da ultracriminalização, quanto no sentido da descriminalização – são refutados por argumentação estritamente jurídica, e essencialmente constitucional, sem qualquer viés ideológico ou político. Nessa esteira, Queiroz⁵¹ refuta as indigitadas discussões ideológicas inúteis de uma forma brilhante, ao versar que mais razoável do que o Direito Penal Máximo ou do que o Abolicionismo Radical seria o Direito Penal conforme a Constituição.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 9.503*, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴⁹ HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais volume único*: atualizado com os informativos e acórdãos do STF e STJ de 2015. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119.

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 121.

⁵¹ QUEIROZ, op. cit., p. 426.



É imperioso observar, portanto, que o estudo do direito penal e de seus ramos correlatos deve ser sempre feito em um cotejo estrito entre a realidade social e o teor da Carta de Outubro de 1988. A busca pela melhora do sistema deve estar aberta a argumentos expostos por todos os lados, mas tais argumentos devem ser, de fato, jurídicos e consistentes, evitando-se conjecturas e utopias. Paulo Queiroz⁵² faz importante observação quando expõe que:

enquanto o direito penal existir, e nada sugere o contrário, e independentemente da comprovação da sua (in)capacidade preventiva, investigar as suas funções latentes e manifestas constituirá questão permanentemente nova e renovável, e sobre a qual o jurista conseqüente jamais poderá descuidar, seja para denunciar as injustiças ligadas ao seu funcionamento, seja para apontar novos caminhos no sentido de um direito penal menos injusto, mais democrático e fraterno.

A evolução da sociedade passa, portanto, pela reforma e humanização dos aparatos de poder. Entretanto, é preciso que não só os operadores do direito, mas também todos os cidadãos, passem a adotar uma postura mais ativa, buscando modificar, em sua etiologia social, o quadro anômico que hodiernamente é visualizado na sofrida sociedade fluminense.

CONCLUSÃO

O estudo em apreço procurou realizar uma crítica aos pensamentos extremados defendidos por leigos e por parcela da doutrina. Resultou expressamente apontada, no corpo do texto em epígrafe, a necessidade de uma reforma do sistema penal nacional com o fito de que este, efetivamente, possa garantir à sociedade o total respeito aos ditames da Constituição da República. De fato, o arcabouço normativo trazido pela Carta de Outubro de 1988 visa à proteção dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, instituindo limitações ao aparato punitivo estatal, mas também impondo a sua atuação e repressão em determinadas e pontuais ocasiões.

Nessa toada, foram devidamente refutados os argumentos dos leigos, relacionados à defesa de um direito penal cruento e talional, tendo ficado assente que as garantias obtidas pelo Direito Penal liberal jamais podem ser esquecidas ou mitigadas. Restou consignado, ademais, que a doutrina abolicionista também não merece prosperar em sede nacional, haja vista que o contexto fático e social brasileiro e, especialmente, o fluminense, deve ser levado

⁵² Ibid. p. 427.



em consideração quando da construção do sistema penal. A abdicação total do poder estatal de controle levaria à insuperável barbárie, destruindo-se a paz social, hoje já tão combatida.

Com efeito, o processo de reforma do sistema jurídico nacional deve priorizar a devida tipificação e punição das condutas mais relevantes, mediante uma expansão racional e constitucionalmente abalizada do Direito Penal, abarcando apenas as ações e omissões que gerem lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos fundamentais. Nessa esteira, a própria Constituição da República de 1988 estabelece mandamentos constitucionais de criminalização, determinando que a lei – e, conseqüentemente, o aplicador do direito – puna com rigor certos delitos, mormente os violadores da liberdade e da incolumidade física dos indivíduos.

Ademais, a presente pesquisa procurou comprovar que, diante do contexto atual, as discussões ideológicas meramente interesseiras e egoístas devem ser deixadas de lado, buscando-se perquirir o melhor para a sociedade fluminense e brasileira. É preciso afastar os preconceitos e o ódio, com o fito de construir soluções racionais e, especialmente, éticas para os problemas penais. Nesse ponto, restou comprovada a imprescindível função do parlamento como local próprio ao diálogo e à construção argumentativa democrática, sendo imperioso que, naquele âmbito, haja efetivos debates a respeito, por exemplo, da incrementação do orçamento destinado ao sistema penitenciário e à estrutura física do Poder Judiciário e das Polícias.

Por fim, o estudo procurou demonstrar que, para além da responsabilização exclusiva do Legislativo, Executivo e Judiciário, a sociedade brasileira como um todo também é responsável pela crise moral que assola o país. O texto comprovou que a Constituição da República instituiu não somente direitos ao cidadão, mas também alguns deveres, os quais têm sido solenemente ignorados ao longo das últimas décadas. Desse modo, cabe a cada indivíduo se comprometer de forma mais verdadeira com a sua comunidade e com seus semelhantes, com vistas a formar uma sociedade mais fraterna e justa, superando a violência, os preconceitos, as vinganças privadas e todo tipo de corrupção. O mero uso da força não pode ser o fundamento do direito. O retorno aos valores é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as verdades inconvenientes. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19. n. 4, 2017, p. 37-60, set. out. nov. dez. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais volume único: atualizado com os informativos e acórdãos do STF e STJ de 2015*. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10* por Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 361.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal: tradução de Luís Greco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 4.ed. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro : parte geral*. 9. Ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E ADEQUAÇÃO DE DATA DE CONCURSO PÚBLICO

João Dajolim Caldas de Sá Junior.

Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Cidade. Advogado.

Resumo – A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, VI, determina que é inviolável a liberdade de consciência e de crença. O presente trabalho busca demonstrar os limites da liberdade religiosa no Brasil, apontando os reflexos provocados pela divergência entre crença religiosa e data de realização de concurso público. Analisar-se-á, de forma crítica, a atuação do Estado laico na defesa da preservação da igualdade entre os concorrentes, quando o direito de liberdade religiosa e de crença é invocado pelo candidato. A essência do trabalho é constatar que o direito de liberdade religiosa e de crença, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Estado laico. Liberdade religiosa. Concurso Público.

Sumário – Introdução. 1. Liberdade religiosa no estado laico: privação x privilégio. 2. Controvérsias jurisprudenciais em relação à realização de concurso público em dia sagrado para determinadas religiões. 3. A (in)constitucionalidade da lei que regulamenta a liberdade religiosa e impõe obrigação a terceiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a discussão acerca da possibilidade de modificação de data de concurso público, em razão da crença religiosa do candidato. Procura-se demonstrar que os adeptos de determinadas religiões são prejudicados durante o processo seletivo, razão pela qual avaliar-se-á o cabimento de invocação do art. 5º, VI, da Constituição Federal como justificativa para preservação da liberdade de crença.

Para isso, são expostas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema a fim de discutir se a liberdade de crença é ampla e absoluta a ponto de justificar sua aplicação em certame público.

A Constituição Federal garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Todavia, alguns candidatos são eliminados do concurso público, tendo em vista a incompatibilidade entre o edital e a crença religiosa. Não há lei regulando esta situação, sendo cabível os seguintes questionamentos: é possível afirmar que a adequação da data do concurso público para certos grupos religiosos afronta a igualdade entre os concorrentes? A regulamentação, por meio de lei, é a solução para a restrição sofrida por aqueles que sentem a sua liberdade religiosa violada no certame público?



Há controvérsia sobre o tema tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois o Brasil é um Estado laico.

Para facilitar a compreensão do tema, busca-se analisar a cultura religiosa no Brasil, sua proteção na Constituição Federal, além de seus desdobramentos nas relações sociais e nas seleções para cargos públicos. Pretende-se, ainda, reconhecer a possibilidade de invocação do art. 5, VI, da Constituição Federal no âmbito do concurso público.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta a repercussão da liberdade de crença religiosa no âmbito do concurso público.

No segundo capítulo são apresentadas as controvérsias jurisprudenciais acerca da possibilidade de mudança de data do concurso público, por motivo religioso.

No terceiro capítulo será analisado se o projeto de Lei do Senado nº 564/2015, soluciona a controvérsia ao dispor sobre a realização de provas de concursos públicos aos candidatos impossibilitados de comparecer ao certame, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa.

A pesquisa é desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador apresenta hipóteses e tenta falseá-las ou comprová-las pela argumentação.

Para isso, o pesquisador faz uma abordagem qualitativa e analisa os dados coletados em bibliografia pertinente, a fim de buscar conceitos, princípios, relações e significados na doutrina, legislação e jurisprudência.

Será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema – doutrina, legislação e jurisprudência - a fim de sustentar os argumentos que confirmam a tese do pesquisador.

1. LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO LAICO: PRIVAÇÃO X PRIVILÉGIO

O Estado laico é aquele que além de defender, promove a separação entre religião e Estado para evitar a confusão entre este e uma instituição religiosa qualquer. Além disso, não permite a influência de uma religião específica, nem privilegia uma religião sobre as demais.

Já o Estado teocrático é aquele que possui um governo submetido às normas de uma religião específica. A conduta estatal é baseada de acordo com a doutrina religiosa, sendo proibida qualquer outra manifestação pública ou cultos que não pertençam ao conceito doutrinário seguido pelo país.



O Estado confessional é aquele que possui uma religião oficial. O art. 5º, da Constituição de 1824¹ estabelecia: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”. Assim, o Brasil manteve a condição de Estado confessional após a independência.

No entanto, desde o advento da República, por meio do Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890, o Brasil é um país laico, pois há separação entre Estado e Igreja. Assim, não existe religião oficial na República Federativa do Brasil.²

O título III, da CRFB/88 trata da organização estatal e afasta a influência do Estado por uma religião específica no art.19, I, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, 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”³.

Embora a CRFB/88 tenha sido promulgada “sob a proteção de Deus”, o STF⁴ declarou, na ADI nº 2.076-AC, a irrelevância jurídica do preâmbulo. Além disso, destacou que a invocação de Deus não é norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais.

Cabe esclarecer, que Estado laico não se confunde com o Estado ateu, pois este nega a existência de Deus e não permite que os cidadãos optem por manifestar crenças religiosas.

O Brasil é um Estado laico, mas não é um Estado ateu, pois confirmando este raciocínio, o art. 5º, VI, da CRFB/88 destaca a inviolabilidade da liberdade de crença religiosa, ao estabelecer o seguinte:

Art. 5º 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:

(...)

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 a suas liturgias;

¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.123

² *Ibid.*, p.1175.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁴Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.076*. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 17 out. 2017.



A ideia de laicidade está presente no dispositivo legal citado, pois trata todos os cidadãos de modo igual, independentemente de sua opção religiosa. Este raciocínio é confirmado nos demais títulos e capítulos da CRFB/88.

No capítulo das forças armadas, admite-se o serviço alternativo, em razão de crença religiosa, ao serviço militar obrigatório, conforme art. 143, § 1º, da CRFB/88, assim como, os eclesiásticos são isentos, em tempos de paz, do serviço militar obrigatório, de acordo com o art. 143, § 2º, da CRFB/88.⁵

A liberdade religiosa também possui aspecto de direito a prestação, pois o art. 5º, VII, da CRFB/88 assegura “nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de interinação coletiva”. Dessa forma, o Estado não pode impor, nessas entidades, aos seus internos, o atendimento a serviços religiosos, porém, deve disponibilizar o conforto religioso aos que o desejam.⁶

Em relação ao sistema tributário nacional, há limitação ao poder de tributar, pois o art. 150, VI, b, da CRFB/88 proíbe instituir impostos sobre templos de qualquer culto a fim de evitar onerosidade excessiva que poderia comprometer a atividade religiosa.

Já o ensino religioso está previsto no capítulo da educação, da cultura e do desporto, mas é facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental e o aluno não pode ser reprovado, pois trata-se de disciplina com matrícula facultativa, conforme art. 210, §1º da CRFB/88.⁷

No capítulo da família, a CRFB/88 admite, no art. 226, § 2º, efeito civil ao casamento religioso, nos termos da lei. Assim, como não existe religião oficial na República Federativa do Brasil, o casamento celebrado por líder de qualquer crença deve ter o mesmo efeito civil do casamento realizado na igreja católica.⁸

Além disso, o art. 5º, VIII, da CRFB/88⁹ afasta a privação de direitos por motivo de crença religiosa ao estabelecer:

Art.5º: Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

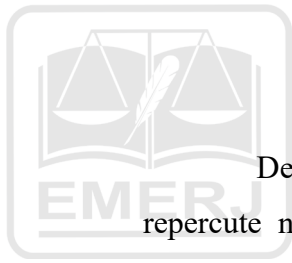
⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. [e-book]. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ LENZA, op. cit., p. 1176.

⁸ Ibid., p. 1177.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



Dessa forma, a crença religiosa não pode ser motivo de privação de direitos e isso repercute no âmbito público ao se admitir, por exemplo, a guarda sabática em certame público.

No que tange à guarda sabática, há polêmica se o Estado deve ser obrigado a designar data alternativa para a realização de concurso público, quando a prova é marcada para dia que deve ser guardado pelo candidato, como no caso dos adventistas do sétimo dia que guardam o sábado para o repouso e o culto, assim como no caso dos judeus que tem o *shabat* com início no pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do sábado¹⁰.

Segundo José Afonso da Silva¹¹, o art. 5º, VI, da CRFB/88 não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública ou dos bons costumes a fim de evitar intervenções arbitrárias, ao contrário da seguinte previsão do art. 150, § 5º da Constituição de 1967: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”.

Já Alexandre de Moraes¹², entende que a CRFB/88 assegura o livre exercício de culto religioso, desde que não contrário à ordem ou sossego públicos, assim como compatível com os bons costumes. Defende que tanto a liberdade religiosa, quanto as demais liberdades públicas, não são absolutas e qualquer ato atentatório à lei pode gerar responsabilidade civil e criminal.

Nesse sentido, o direito à liberdade religiosa não é absoluto, pois diante de colisão com outro direito fundamental, deve-se ponderar os interesses e apenas um deverá prevalecer caso não seja possível harmonizá-los.¹³

Logo, o Brasil é um Estado laico e não ateu, pois assegura a liberdade religiosa como garantia fundamental, deixando o indivíduo livre para escolher se terá ou não determinada crença religiosa, estimulando a tolerância e o respeito à diversidade.

2. CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS EM RELAÇÃO À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO EM DIA SAGRADO PARA DETERMINADAS RELIGIÕES

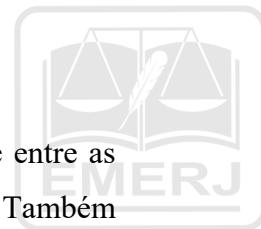
A liberdade de religião é um direito fundamental oponível pelo cidadão em face do Estado e por aquele em face do particular, uma vez que poderá opor-se a qualquer intervenção

¹⁰ LENZA, op. cit., p. 1179.

¹¹ SILVA apud WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 205.

¹² MORAES apud WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 205 e 206.

¹³ LENZA, op. cit., p. 1176.



do Estado em relação à religião, quando houver violação ao princípio da igualdade entre as confissões religiosas por um tratamento diferenciado, sem justificativa, do Estado. Também poderá pleitear tutela estatal em face do particular se este desrespeitar a liberdade religiosa.¹⁴

O Estado, por meio de seus órgãos e poderes, intervém nos direitos fundamentais à liberdade de consciência e de crença, quando: reduz o direito de ação e efetivação religiosa ou moral-ideológica. Essa redução ocorre, quando oferece tratamento desigual de certos cultos em face da religião da maioria, o que pode ser observado com os feriados oficiais de cunho religioso.¹⁵

Existem dias sagrados em determinadas religiões. A religião Adventista do Sétimo Dia, por exemplo, estabelece que é proibido realizar qualquer tipo de trabalho das 18 horas da sexta-feira até as 18 horas do sábado. Diante dessa situação, cria-se um questionamento para a administração pública que agenda concurso público para um dia sagrado.¹⁶

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e deve respeitar a liberdade religiosa. No entanto, como ficaria o princípio da impessoalidade, segundo o qual ninguém pode ser favorecido ou prejudicado pelo Estado? Estariam violadas as garantias previstas no art. 5º, incisos VI e VIII, da CRFB?

É defeso ao Estado laico conferir tratamento discriminado aos cidadãos, com base em crença religiosa, sobretudo em concurso público, pois este está unido aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da igualdade.

Verifica-se a ocorrência do fenômeno da colisão autêntica de direitos fundamentais, tendo em vista que o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular. Já a colisão de direitos em sentido impróprio ocorre quando o exercício do direito fundamental colide com outros bens tutelados pela Constituição.¹⁷

Há manifestação do Superior Tribunal de Justiça¹⁸ no sentido de que a liberdade de crença, por si só, não assegura aos candidatos de concurso público, o direito de realizar exames fora das datas e horários previstos no respectivo edital. A Administração não pode

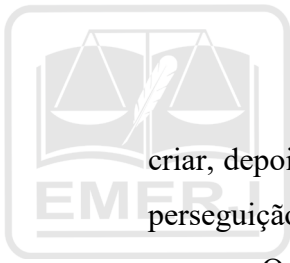
¹⁴ OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 49.

¹⁵ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 359 e 360.

¹⁶ FONSECA, Francisco Tomazoli da. *Religião e direito no século XXI: a liberdade religiosa no estado laico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 128.

¹⁷ CANOTILHO apud OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 70.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 16.107/PA*. Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1739484&num_registro=200300450713&data=20050801&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2018.



criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou perseguição entre os candidatos que não professam da mesma crença religiosa.

O STJ¹⁹ também afirma que a relação existente entre uma pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu, não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não pode haver ônus para a administração pública. O direito individual não pode se sobrepor ao direito coletivo, sob pena de inviabilizar a realização da prova diante da diversidade de religiões existentes.

Em sentido contrário, a fim de preservar a liberdade de crença, prevista no art. 5º, incisos VI e VII, da CRFB, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²⁰ autorizou a alteração de data e horário de prova determinados no calendário, desde que fosse respeitado o cronograma do certame, tendo em vista que o deferimento do pedido atendia à finalidade pública de selecionar os candidatos mais preparados para o cargo.

A União questionou esse deferimento e interpôs o Recurso Extraordinário nº 611.874/DF²¹. Segundo a recorrente, as atividades administrativas não poderiam estar submetidas às crenças dos interessados.

O Plenário do STF admitiu, por meio de votação unânime, que o caso ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tendo em vista que se trata da possibilidade de mudança de data e horário de concurso público para candidato adventista.²²

Segundo Toffoli, a discussão tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, uma vez que há probabilidade de que as etapas dos concursos públicos sejam realizadas em dias considerados sagrados e isso poderia impedir que os seguidores de determinada crença efetuassem a prova na data estabelecida. Assim, no dia 19/04/2011, foi reconhecida a repercussão geral do RE nº 611.874/DF, interposto pela União.²³

Há outro caso análogo, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região²⁴. Tratava-se de mandado de segurança impetrado por candidato adventista, com o objetivo de garantir a realização de todas as provas do VII Concurso Público de juiz substituto do TRT-

¹⁹Id. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 37.070/SP*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34053891&num_registro=201200205650&data=20140310&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2018.

²⁰ Id. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *MS nº 0043694-10.2007.4.01.0000*. Relator Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1#_doc2>. Acesso em: 05 mar. 2018.

²¹Id. Supremo Tribunal Federal. *RE 611.874/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623839>>. Acesso: em 05 mar. 2018.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Id. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. *MS nº 8800-90.2012.5.21*. Desembargador Relator: Carlos Newton Pinto. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/Asp/Jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=123968&TipoFonte=Acordaos&MimeType=>>> Acesso em: 04 mar 2018.



21ª Região, ao domingos. O impetrante requereu, alternativamente, autorização para ficar confinado em sala especial, até o pôr do sol de sábado, a fim de realizar o exame sem ofender os dogmas de sua crença religiosa.

O impetrante alegou que é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, a qual determina ser o sábado um dia destinado ao repouso, adoração e ministério, razão pela qual não poderia realizar o exame na data escolhida no Edital.²⁵

Ocorre que a segurança foi liminarmente denegada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região²⁶. A União alegou, por meio de contestação, que o tratamento diferenciado pleiteado pelo impetrante geraria a quebra do princípio da isonomia e que o Brasil é um estado laico, ou seja, está desvinculado de qualquer religião.

Além disso, a Advocacia da União²⁷ sustentou que a CRFB assegura a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, mas não a adequação da máquina administrativa de qualquer crença religiosa que seja.

O *mandamus* foi extinto sem julgamento do mérito, tendo em vista que a liminar foi indeferida e o certame público já se realizou. Houve a perda do objeto da ação e, por consequência, a perda superveniente do interesse de agir do impetrante.²⁸

Sendo assim, verifica-se a controvérsia do tema e a pendência de decisão final do STF, diante da colisão autêntica de direitos fundamentais. De um lado estão presentes o direito de liberdade de religião e de crença do candidato, e de outro lado, a isonomia e a impessoalidade que devem existir no concurso público.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE REGULAMENTA A LIBERDADE RELIGIOSA E IMPÕE OBRIGAÇÃO A TERCEIRO

Durante muito tempo, acreditou-se que mencionar a religião no mundo contemporâneo seria recordar os tempos passados, culturas passadas, ou seja, teorizou-se o fim da religião. O mundo estaria sendo habitado pelo homem secular, um homem que entenderia a religião como um fenômeno esquecido.²⁹

Um elemento que pode ter provocado essa falsa percepção de fim da religião é o fato de o Cristianismo, em especial sua vertente católica, ter perdido fiéis ao longo do tempo,

²⁵ FONSECA, op. cit., p. 130

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁷ FONSECA, op. cit., p. 130.

²⁸ Ibid.

²⁹ MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *Liberdade religiosa: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37



principalmente no Brasil. Dessa forma, houve a criação de uma falsa ideia no sentido de que ter religião seria sinônimo de ser adepto do catolicismo e que o sujeito sem religião seria ateu.³⁰

Ocorre que a religião não está limitada a práticas, pois é algo pessoal e existe em cada ser humano, podendo se manifestar ou não por meio de rituais, símbolos ou cerimônias.

A fim de defender sua crença religiosa, um membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia impetrou mandado de segurança, a fim de que tivesse a oportunidade de alternativa de frequência às aulas de sexta-feira. O juízo de 1º grau, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³¹, denegou a segurança por entender que a relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeram não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa.

A impetrante interpôs Recurso de Apelação³², alegando que o direito líquido e certo estaria assegurado pelo art. 2º da Lei Estadual nº. 12.142/05³³ que dispõe:

Art. 2º: É assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa previsto no "caput" do artigo 1º.

A Lei Estadual nº 12.142/05³⁴ também estabelece períodos, que deverão respeitar a guarda religiosa, para a realização de concursos ou processos seletivos para provimento de cargos públicos e de exames vestibulares no âmbito do Estado de São Paulo, nos termos do art. 1º:

Art. 1º: As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e as 18h.

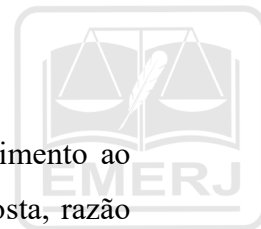
³⁰ Ibid, p.38

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 9102487-80.2009.8.26.0000*. Relator: Marcos Ramos. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=910248780.2009&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=910248780.2009.8.26.0000&dePesquisa=&uuiidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 19 mar 2018.

³² Ibid

³³ SÃO PAULO. *Lei nº 12.142, de 08 de dezembro de 2005*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-12142-08.12.2005.html>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

³⁴ Ibid



Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁵ negou provimento ao recurso, pois a participação em curso superior não é obrigação legal a todos imposta, razão pela qual não há ordem constitucional para prestação alternativa, conforme determina o art. 5º, VIII, da CRFB. Ademais, o art. 19, III, da CRFB estabelece que é vedado à União, aos Estados ao DF e aos Municípios criar distinção entre brasileiros ou preferência entre si.

O Tribunal³⁶ também entendeu que a concessão de tratamento diferenciado para a estudante ofenderia o princípio da autonomia universitária, previsto no art. 207 da CRFB³⁷, que estabelece: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

Diante do indeferimento do pedido, a universitária interpôs Recurso Ordinário em Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça³⁸, alegando o descumprimento da Lei Estadual nº 12.142/05³⁹.

O STJ⁴⁰ reconheceu que o Tribunal de Justiça de São Paulo não fundamentou o motivo de não aplicar o comando normativo apontado pela recorrente, tendo em vista que a lei possui presunção de constitucionalidade.

Assim, a Primeira Turma do STJ⁴¹ deu provimento ao recurso interposto pela universitária, para que a instituição de ensino ofereça datas alternativas para fins de presença ou realização de provas, pois a Lei nº 12.142/05 ainda não foi declarada inconstitucional pelo STF.

Verifica-se que o STJ⁴² não aplicou o entendimento consolidado, no sentido de que a crença religiosa não pode impor obrigação a terceiro, porque existe uma lei estadual com presunção de constitucionalidade em vigor.

Cabe esclarecer, que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou a ADI nº 3714⁴³ a fim de contestar a constitucionalidade da Lei Estadual nº 12.142/05, porém, o STF ainda não julgou o caso.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁶ Id., op. cit., nota 31.

³⁷ Id, op. cit., nota 3.

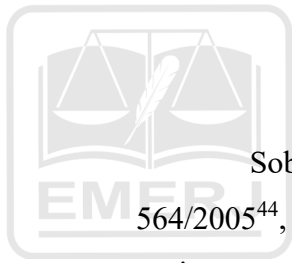
³⁸Id. STJ. RMS nº 37.070/SP. Relator: Ministro Benedito Golçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32994296&num_registro=201200205650&data=20140310&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar 2018.

³⁹ SÃO PAULO., op. cit., nota 33.

⁴⁰ BRASIL., op. cit., nota 38.

⁴¹ Ibid.

⁴² Id., op. cit., nota 18.



Sobre este tema, está em andamento no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 564/2005⁴⁴, que dispõe sobre a realização de provas de concursos públicos e de acesso ao ensino superior aos candidatos impossibilitados de comparecer ao certame, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa.

O art. 1º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 564/2005⁴⁵, prevê a possibilidade de prestação alternativa para o candidato que não pode realizar o concurso público em razão de crença religiosa, nos seguintes termos:

Art. 1º: Aos candidatos que, em razão de credo religioso, não puderem fazer as provas nas datas e horários estabelecidos, será oferecida a realização em outro dia e horário compatível com sua fé, devendo o órgão ou entidade executora do certame garantir o tratamento isonômico dos participantes.

A aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 564/2005⁴⁶ seria a solução para o exercício da liberdade religiosa, no âmbito do concurso público, em todo o território nacional?

Na hipótese de o projeto se tornar lei, é provável que uma ADI seja ajuizada a fim de questionar a constitucionalidade da obrigação imposta a terceiros, em razão da liberdade religiosa de outrem, assim como ocorreu com a Lei Estadual nº 12.142/05⁴⁷. Nesse sentido, o resultado da ADI nº 3714⁴⁸ demonstrará a posição do STF sobre a matéria.

Sendo assim, verifica-se que caso o Projeto de Lei nº 564/2005⁴⁹ se torne lei, a Administração teria maior autonomia para regulamentar aspectos religiosos no edital do concurso público, porém, existe a possibilidade de a lei ser declarada inconstitucional por impor obrigação a terceiro que não integra a mesma religião.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma crise entre a laicidade do Estado e a liberdade de crença do candidato que presta concurso público.

⁴³Id. *ADI nº 3714*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2379246>>. Acesso em: 19 mar 2018.

⁴⁴Id. SENADO FEDERAL. *Projeto de lei nº 564/2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122847>>. Acesso em: 19 mar 2018.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ SÃO PAULO., op. cit., nota 33.

⁴⁸ BRASIL., op. cit., nota 43.

⁴⁹ Id., op. cit., nota 44.



Há confronto aparente entre a liberdade religiosa de certos candidatos e a igualdade que deve existir na realização do certame público.

De um lado, candidatos religiosos desejam ter sua crença respeitada; de outro, o Estado sustenta que não é possível adequar o concurso público de acordo com todas as crenças religiosas existentes.

Constatou-se, no primeiro capítulo, que um Estado laico não significa um Estado ateu, ou seja, que não acredita em religião. A crença religiosa é um instrumento social, que promove mudança do estilo de vida do indivíduo.

Foi possível analisar que a religião é protegida pelo Estado, tendo em vista que a limitação ao poder de tributar prevista no art. 150, VI, b, da CRFB evita a onerosidade excessiva a fim de preservar a atividade religiosa. No entanto, apesar de tal proteção, ratificou-se que a religião não pode impor aos demais cidadãos, o cumprimento de determinadas regras de conduta.

Verificou-se que a laicidade está relacionada com a neutralidade do Estado, ou seja, todas as religiões devem ser tratadas da mesma forma pelo poder público. A Administração não poderia criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou perseguição entre os candidatos que não professam da mesma crença religiosa.

Ao longo da pesquisa, no segundo capítulo, foi possível observar que as decisões judiciais sobre o tema não são uniformes, ou seja, variam conforme o caso concreto. Foi observado entendimento no sentido de que a relação existente entre uma pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu, não cria qualquer obrigação para terceiros. Todavia, observou-se entendimento no sentido de que seria possível, a fim de preservar a liberdade de crença religiosa, a alteração de data e horário de prova determinados no calendário, desde que fosse respeitado o cronograma do certame.

Constatou-se no capítulo 3, a existência do Projeto de Lei nº 564/2005, com objetivo de regulamentar, em âmbito nacional, a adequação de data de concurso público, respeitando a crença religiosa do candidato. Contudo, verificou-se que a tendência do Poder Judiciário é garantir a isonomia do concurso público, afastando o tratamento diferenciado em razão da convicção religiosa do candidato.

Foi possível analisar, que caso o projeto citado seja aprovado, a Administração Pública teria maior autonomia para regulamentar aspectos religiosos no edital do concurso público, porém, existe a possibilidade de a lei ser declarada inconstitucional, por impor obrigação a terceiro que não integra a mesma religião.



Sendo assim, este pesquisador chegou ao entendimento de que aquele que escolhe seguir determinada crença religiosa não pode atribuir esta obrigação a terceiro, nem impor tal ônus à Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº. 564, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122847>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 16.107*. Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1739484&num_registro=200300450713&data=20050801&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2018.

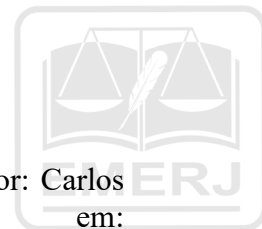
_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 37.070*. Relator: Ministro Benedito Golçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34053891&num_registro=201200205650&data=20140310&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2076*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 611.874*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623839>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 91024878020098260000*. Relator: Marcos Ramos. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=910248780.2009&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=910248780.2009.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal. 1 Região. *MS nº 00436941020074010000*. Relatora: Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1#_doc2>. Acesso em: 05 mar. 2018.



_____. Tribunal Regional do Trabalho. 21 Região. *MS nº 8800902012521*. Relator: Carlos Newton Pinto. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/Asp/Jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=123968&TipoFonte=Acordaos&MimeType=>> Acesso em: 04 mar. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Edição digital.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *Liberdade religiosa: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SÃO PAULO. *Lei nº 12.142, de 08 de dezembro de 2005*. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-12142-08.12.2005.html>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.



ASPECTOS JURÍDICOS DE ALTERAÇÃO LÍCITA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA QUE CONFIGURA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE CONSTITUCIONAL

João Paulo Ramos Oliveira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes de Niterói. Advogado. Pós-graduado em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – Ainda persiste no Brasil o semblante do aperfeiçoamento de novas formas de burlar, sob o manto da licitude, as normas jurídicas protetivas da ordem pública e social de garantia da isonomia, da competitividade e da moralidade administrativa das licitações e contratações públicas. Pautando-se essa premissa no conluio de gestores públicos e particulares, é constante a prejudicialidade do erário público e da própria população quando desprovida dos benefícios resultantes de obras públicas em função da corrupção desenfreada. Diante disso, o presente artigo tem por escopo dissecar esses atos de malferimento da coisa pública e seus contornos jurídicos que vilipendiam os princípios acima elencados e desnaturam a essência do interesse público.

Palavras-chave: Direito público. Licitação de Obras Públicas. Alteração Contratual. Aspectos jurídicos relevantes. Violação de regras e princípios constitucionais e legais.

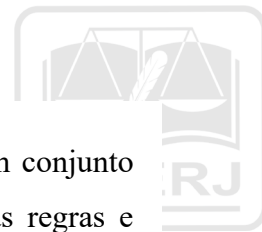
Sumário – Introdução. 1. Aspectos jurídicos controvertidos sobre as alterações dos contratos administrativos de obras públicas de grande porte no direito brasileiro. 2. Normas infraconstitucionais que conferem legitimidade às alterações contratuais burladas pelos licitantes em conluio com gestores públicos. 3. Meios lícitos de modificação substancial do contrato que violam a competitividade, a isonomia e a moralidade administrativa do certame. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discorre sobre a função protetiva do princípio constitucional da moralidade nos casos de alterações lícitas de contratos administrativos de obras públicas de grande porte que configuram restrição à competitividade e a isonomia dos concorrentes.

Um dos temas jurídicos mais tormentosos na doutrina e na jurisprudência administrativa, em especial nas Cortes de Contas do país, é o alcance interpretativo dos limites, elementos e requisitos contemplados nas alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos que podem ocasionar diversos prejuízos aos cofres públicos.

Objetiva-se demonstrar que mesmo diante de diversos mecanismos administrativos e legislativos disponíveis aos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública no



exercício da fiscalização das licitações e contratos administrativos, os gestores em conjunto com o particular buscam inovar, inclusive de forma lícita, os meios de burlar as regras e princípios constitucionais e legais sobre a matéria.

Sob o crivo da improbidade desses atores, a população é cada vez mais afetada pelos efeitos desses desvios de finalidade imbuídos em contratos de obras públicas, a qual se encontra desprovida dos benefícios resultantes dessas intervenções, tais como serviços públicos essenciais (hospitais, escolas, estações de tratamento e fornecimento de água, etc.), desenvolvimento (estradas, rodovias, portos, etc.) e sociais (cultura, saúde, educação, previdência social, moradia, ciência e tecnologia, etc.).

Nesse passo, essas questões sugerem algumas reflexões: a criatividade na violação de normas e princípios que regem as licitações públicas advém do próprio descompasso da lei com a realidade em transformação incessante ou o conluio dos licitantes com gestores públicos facilita a manutenção do viés corruptivo amplamente conhecido no seio popular? Há, de fato, instrumentos jurídicos lícitos de alteração de contratos administrativos que vilipendiam a competitividade, a isonomia e moralidade administrativa do certame?

Essas discussões devem ser dissecadas em razão do ínfimo debate sobre o tema na doutrina e na jurisprudência, ao passo que a assincronia das alterações legislativas com as inovações jurídicas cotidianas permite a malfeitora criação de mecanismos insurgentes das brechas normativas, beneficiando empresários e agentes políticos. Nesse caso, é necessário estudar os instrumentos jurídicos lícitos que legitimam a alteração de contratos, sob o enfoque da lei, mas que vilipendiam a competitividade, a isonomia e moralidade administrativa.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os aspectos jurídicos controvertidos sobre alterações de contratos administrativos de obra pública no direito brasileiro, com ênfase em contornos, jurídicos-normativos, sociais e econômicos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as observações acerca das normas infraconstitucionais que conferem legitimidade às alterações contratuais, embora burladas pelos licitantes em conluio com os gestores públicos, as vezes sob o manto de suposta licitude, as quais traduzem em prejuízos ao erário e por consequência os próprios beneficiários diretos no seio social, ou seja, a coletividade.

O terceiro capítulo pesquisa os instrumentos considerados lícitos de modificação substancial do contrato administrativo que, ainda assim, configuram restrição à competitividade e a isonomia do certame além de violar o princípio da moralidade administrativa de índole constitucional.



A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador analisa os problemas em um movimento lógico descendente, ou seja, a partir de uma premissa maior considerada verdadeira (uma lei ou teoria) submete-se uma segunda premissa (premissa menor) e pela lógica chega-se a uma conclusão que já estava presente nas premissas trabalhadas.

Nesse contexto, a verificação ampla do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que 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 defender a sua tese.

1. ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS SOBRE AS ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS PÚBLICAS DE GRANDE PORTE NO DIREITO BRASILEIRO

A Administração Pública, em regra, está obrigada a realizar licitação prévia para selecionar a proposta mais vantajosa visando a contratação de obras, serviços e compras, por força do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹.

A lei infraconstitucional de regência das contratações do Poder Público a que se refere o dispositivo constitucional é a Lei n° 8.666/93², que disciplina como norma geral as licitações e contratos administrativos da Administração Pública.

Entretanto, um dos temas mais tormentosos que gravitam na doutrina e na jurisprudência administrativa é a possibilidade de alteração dos contratos administrativos, sob o comando do art. 65 do diploma supracitado³, que disciplina os limites de modificações qualitativas e quantitativas do objeto inicialmente pactuado.

Depreende-se da leitura do referido dispositivo que o legislador oportunizou inequívoca prerrogativa para a Fazenda Pública – alteração unilateral dos contratos administrativos – e conferiu ao administrador ampla discricionariedade na execução e fiscalização desses ajustes, mormente as modificações quanto aos aspectos qualitativos e quantitativos do objeto contratual, limitadas a 25% do valor inicial atualizado do contrato, e,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

² Idem. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

³ Ibidem.



no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

A exegese do dispositivo em comento prima pela mutabilidade do termo contratual sob dois vieses: (i) unilateral – art. 58, caput, inciso I c/c art. 65, *caput*, inciso I, alíneas “a e b”, ambos da Lei de Licitações⁴ – que decorre da prerrogativa da Administração imanente aos postulados constitucionais da supremacia do interesse público a qual revela superioridade sobre os interesses privados e a condição de curadora dos interesses públicos primários, também usualmente chamados de interesses coletivos primários e; (ii) bilateral – art. 65, caput, inciso II, alíneas “a, b, c e d”, da Lei de Licitações⁵ – o qual insere aparente margem de negociabilidade entre os contratantes, embora disponha de critérios objetivos, desde que conveniente (vantagem, interesse, proveito) em substituir a garantia da execução ou quando necessária (indispensável, essencial, inevitável) modificação no regime de execução da obra.

O campo de observação deste trabalho se restringe aos aspectos jurídicos mutáveis insertos no art. 65, caput, inciso I e §1º da Lei nº 8.666/93⁶, em especial os contratos de obras públicas de grande porte, que geram maiores controvérsias na jurisprudência, no tocante às alterações qualitativas e quantitativas do objeto contratual e suas limitações.

Os limites estabelecidos no §1º, da lei de regência têm como fundamento precípua impedir o administrador, ou até mesmo o particular em conluio com a Administração, de alterar significativamente o objeto do contrato, vilipendiando a própria razão de ser da licitação, ou realizar “jogo de planilhas”, instrumento de superfaturamento comumente adotado nos certames do país sob a veste da “legalidade”, mas que, caracteriza-se pela configuração de reduzidos preços unitários a serviços que previamente a empresa tem conhecimento de que não serão executados ou que terão os quantitativos diminuídos e de elevados preços a serviços que terão os seus quantitativos acrescidos por meio de modificações contratuais sob o pretexto do atendimento do interesse público.

Segundo Altounian, jogo de planilhas pode ser definido como:

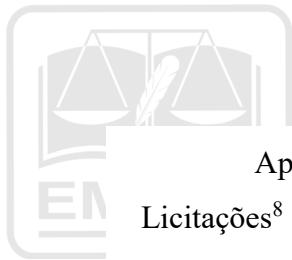
pode ocorrer na contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados mediante aditivos contratuais — é o chamado jogo de planilha. Assim, o custo global da obra fica em desacordo com o de mercado, arcando a União com o prejuízo⁷.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 388.



Apesar da imposição legal dos limites previstos no §1º, do art. 65, da Lei de Licitações⁸ – acréscimos ou supressões de obras até 25% do valor inicial do contrato – como toda norma é fruto da hermenêutica que se extrai do ato normativo, referido dispositivo foi alvo de interpretação pela doutrina na Decisão Plenária nº 215/99⁹ proferida pelo Tribunal de Contas da União, a qual firmou o entendimento de ser facultado à Administração, apenas nas alterações contratuais qualitativas, ultrapassar os limites fixados no dispositivo legal em questão, desde que satisfeita uma série de requisitos cumulativos. Veja-se:

O TCU, apesar de firmar entendimento de que as alterações contratuais quantitativas e qualitativas estão sujeitas aos limites impostos na lei, reconheceu a faculdade da Administração, em casos excepcionalíssimos, de ultrapassar esses limites, nos termos da seguinte decisão:

(...)

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

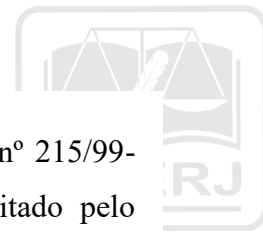
Pela análise estrita do trecho supracitado, seus contornos permitem, inequivocamente, configurar, a título de exemplo, acréscimos de 60% dos itens da planilha orçamentária e supressões de 45% de outros itens, cuja compensação equivale a 15% de modificação quantitativa, superior ao ajuste inicialmente pactuado, adequando-se ao limite de 25% do §1º do art. 65, da Lei de Licitações¹⁰.

A linha que, de um lado, separa a indesejável e significativa alteração do objeto do contrato e de outro a necessidade de se adequar o projeto à realidade em que se demanda

⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹ ALTOUNIAN, op. cit., p. 379.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.



otimização de sua consecução sem violar a lei e o próprio comando da Decisão nº 215/99-TCU¹¹ é tênue, e exige, sem retórica, efetivo grau de confiança a ser depositado pelo administrador e pelo particular no trato da coisa pública, sob pena de se afastar não só a legalidade dos seus atos, como a própria moralidade administrativa – princípio de status constitucional que, nos tempos de hoje, em caso de afronta direta ou indireta, é veementemente repudiado pelo povo brasileiro.

Embora esses limites estabelecidos na Lei de Licitações¹² tenham sido relativizados conforme citado pela doutrina, em relação às alterações contratuais, o que se almeja é manter a finalidade de se evitar a criação de vantagens indevidas, o direcionamento dos certames de obras públicas e o consequente superfaturamento dos futuros contratos administrativos e outros subterfúgios que possam desabonar a moralidade administrativa.

Entretanto, vale dizer que com a prolação do Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário, em 14/4/2010¹³, citado pela doutrina especializada, não mais se admite, para fins de cálculo dos limites de aditamento contratual, previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993¹⁴, a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões de itens do contrato de obras. Os limites de alteração são aplicados a cada um desses conjuntos, individualmente, sem compensação entre eles, justamente para evitar a alteração do objeto inicialmente pactuado, jogo de planilhas ou quaisquer outros meios escusos que possam burlar a finalidade do objeto do contrato administrativo.

Por isso, o acréscimo do valor do contrato acima do limite estabelecido pelo legislador infraconstitucional, por poder acarretar modificação substancial das condições inicialmente ajustadas, e, conseqüentemente prejuízos ao interesse coletivo primário, deve ser analisado com muita cautela, a fim de se evitar o malferimento dos princípios gerais das licitações, dentre os quais os da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da competitividade.

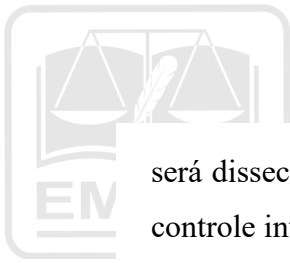
Por conta desses aspectos citados que se deve debruçar com mais afinco nas discussões que reclamam maior controle do administrador público, quer seja nos termos aditivos de acréscimos quantitativos, ou, desenfreadamente, nas compensações qualitativas que desnaturam o objeto central da contratação da obra pública. Entretanto, há outros meios insidiosos de burlar a licitude das contratações de obras públicas praticados por gestores e particulares, tendo como exemplo a supressão de itens que violam a competitividade, o qual

¹¹ ALTOUNIAN, op. cit., p. 379.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ ALTOUNIAN, op. cit., p. 381.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



será dissecado neste trabalho, que passam de forma despercebida pelos órgãos e entidades de controle interno e externo da Administração Pública.

É nesse contexto que gestores públicos em conluio com sociedades empresárias de grande porte inovam incessantemente sob o enfoque de malferir atos de improbidade ou desvio de dinheiro público, no sentido de burlar cada vez mais a licitações públicas em todo país.

Portanto, expõe-se no cenário cotidiano, significativos danos ao erário, sem que a população receba a correspondente contrapartida, ou seja, evidencia-se o desprovimento de benefícios resultantes das intervenções estatais, como serviços públicos essenciais (hospitais, escolas, estações de tratamento e fornecimento de água, etc.), desenvolvimento (estradas, rodovias, portos, etc.) e sociais (cultura, saúde, educação, previdência social, moradia, ciência e tecnologia, etc.).

2. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE CONFEREM LEGITIMIDADE ÀS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS BURLADAS PELOS LICITANTES EM CONLUIO COM GESTORES PÚBLICOS

A norma-regra que fundamenta qualquer alteração do contrato de obra pública de grande porte está situada no art. 65, da Lei nº 8.666/1993¹⁵. Entretanto, há outros dois importantes dispositivos que também disciplinam a mesma matéria que são a prorrogação do contrato e a alteração unilateral pela Administração Pública – artigos 57 e 58, da Lei nº 8.666/1993¹⁶, respectivamente.

É comum a celebração de termos aditivos pelos entes federativos no sentido de alterar cláusulas contratuais por diversos motivos, como a prorrogação de prazo de vigência e execução de obra, formas e condições de pagamento, alteração do cronograma físico-financeiro e, principalmente, a modificação da planilha orçamentária, com acréscimos e reduções (qualitativa e quantitativa) de itens que compõe a obra ou serviço.

O ajuste pode ser feito de forma consensual ou unilateral, restrita, esta última, à Administração Pública no uso de suas atribuições legais inerentes à supremacia do interesse público. No campo do direito público, são denominadas de cláusulas exorbitantes e são exclusivas dos contratos administrativos porque se afastam da órbita da normalidade de qualquer contrato da ordem civil. Além disso, elas têm como escopo a participação da

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

Administração na relação jurídica bilateral como única legitimada a fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, autorizada pela Lei nº 8.666/1993¹⁷, nos termos do art. 58, e 65, inciso I.

Em tese, elas conferem prerrogativas excepcionais à Administração Pública em razão do interesse público envolvido, cujo enfoque é a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a revisão dos preços e das tarifas, a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido e aplicação das penalidades contratuais pela Administração.

Frisem-se as manifestações de Jessé Torres Pereira Júnior, que corroboram tal assertiva:

O primeiro bloco de alterações reúne aquelas que a Administração pode introduzir no contrato sem consultar o contratado, isto é, alterações que a este obrigam porque decorrentes do poder de disposição unilateral que a lei outorga à Administração quanto às cláusulas de serviço ou regulamentares.

Duas são as possibilidades: (a) alteração que, no contrato, corresponda a modificação de projeto ou de especificações; (b) alteração que ajuste valores contratados a reduções ou acréscimos quantitativos do objeto a ser executado¹⁸.

A título de exemplo, as principais cláusulas autorizadas pelo diploma supracitado e seus respectivos dispositivos são: (i) poder de alterar unilateralmente o contrato previsto no artigos 58, I, e 65¹⁹; (ii) poder de rescisão unilateral ou anulação do contrato disposto nos artigos 79, I, e 78²⁰; (iii) fiscalização da execução do contrato, nos termos do art. 67²¹; (iv) aplicação de penalidades em razão da inexecução total ou parcial do ajuste, de acordo com os artigos 87 e 86²²; (v) exigência de garantia para os contratos conforme o art. 56²³; (vi) ocupação provisória prevista nos artigos 58, V, e 80²⁴ e; (vii) restrições à possibilidade de alegar a exceção do contrato não cumprido, disciplinado no art. 78, XIV e XV²⁵.

As demais cláusulas contratuais – em especial aquelas consideradas essenciais dispostas no art. 55, da Lei nº 8.666/93²⁶ – como a cláusula econômico-financeira e monetária dos contratos administrativos, não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado, de acordo com o art. 58, §1º do mesmo diploma legal.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 650.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

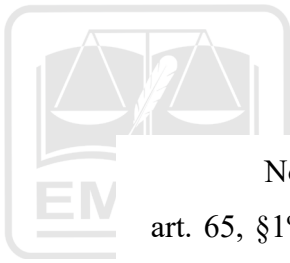
²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.



No entanto, há certa contradição na norma supracitada com o comando previsto no art. 65, §1^o²⁷, uma vez que este dispositivo prevê a alteração unilateral a ser suportada pelo particular limitados a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, o que, conseqüentemente, acarretará alteração na planilha orçamentária e na cláusula econômico-financeira se os itens alterados não se compensarem pelo binômio redução/acrécimo.

De qualquer modo, prevalece o entendimento de que não há conflito entre esses dispositivos, visto que o que não se permite é a modificação unilateral pela Administração Pública dos critérios de reajuste, valor monetário do item da planilha orçamentária, índices de correção, etc., sob pena de causar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, insuportável pelo particular, ao alvedrio dos princípios da vinculação ao edital, legalidade e isonomia.

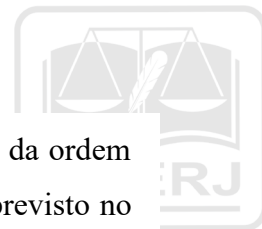
Embora devidamente disciplinados os critérios legais que implicam alterações dos contratos administrativos, obras públicas de grande porte demandam contornos técnicos cuja complexidade e magnitude, por vezes, exigem um esforço interpretativo do administrador que perfectibilize o enquadramento do motivo fático que enseja a alteração contratual com a norma de regência, por revestirem-se de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, quando palavras ou expressões contidas na norma são vagas ou imprecisas, ficando a critério da Administração interpretá-las sob o manto da discricionariedade administrativa.

É nesse contexto que reside um dos grandes males das licitações públicas. As obras públicas de grande porte, por destinarem significativa parcela dos recursos públicos na sua consecução, revelam-se fonte de custeio, manutenção e propagação da corrupção no País, em razão do superfaturamento, sobrepreço, jogo de planilha, fraudes, cartelização, etc.

Por conta disso, são frequentes os meios insidiosos nas licitações públicas, e por consequência são diversos os prejuízos decorrentes da má qualidade dos projetos básicos, bem como falhas na fiscalização das obras por parte da Administração Pública, que derivam da ineficiência ou da corrupção de seus servidores e das autoridades políticas em conluio com empresários.

Em termos mais específicos, é comum as alterações dos contratos de obras públicas eivadas de vícios de conteúdo material decorrentes da colusão dos representantes da Administração e do particular, sob a veste formal da “legalidade”. A exemplo, tem-se a

²⁷ Ibidem.



prorrogação do prazo de vigência do contrato ou a própria postergação da emissão da ordem de início da execução das obras visando assegurar o pagamento do reajuste anual previsto no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993²⁸.

No entanto, o instrumento habitual adotado pelos administradores públicos e empresários na prática de atos ilícitos é a alteração contratual qualitativa/quantitativa prevista no art. 65, da Lei de Licitações²⁹ formalizada por meio de termo aditivo, que permite, unilateral ou consensualmente modificar itens da planilha orçamentária da obra licitada, cuja execução é realizada em conjunto com a elaboração do projeto executivo, em que este, compõe-se do conjunto de elementos necessários à execução completa da própria intervenção.

A norma acima destacada³⁰, em seu parágrafo primeiro, estabelece a possibilidade de acréscimo ou supressão na margem de 25% (vinte e cinco por cento) para execução de obra e 50% (cinquenta por cento) para reforma de edifício ou equipamento, em função de possíveis variações que incidem no curso de qualquer obra, sejam elas supervenientes ou não.

Com base nesse dispositivo, muitos operadores do direito interpretam essa modalidade de alteração de forma isolada, ou seja, compensando-se as reduções e os acréscimos, respeitados os limites legais. É como se uma determinada obra pública, cuja planilha orçamentária inicial contenha, sob o critério de preços unitários, 100 (cem) itens, e no curso do contrato ela tivesse uma redução de 60 (sessenta) itens e um acréscimo de 65 (sessenta e cinco) itens novos, alterando-se o quantitativo/qualitativo em apenas 5% (cinco por cento), totalizando 105 (cento e cinco) itens.

Na verdade, essa compensação teria aparentemente modificado o objeto do contrato, e conseqüentemente violado os princípios da competitividade e isonomia do certame, já que dos 100 (cem) itens originais só restaram 40 (quarenta), certo que o total de 105 (cento e cinco) itens consignados na nova planilha decorreram do acréscimo de 65 (sessenta e cinco) itens novos. Ainda que fossem acrescidos apenas 60 (sessenta) itens novos, igualando-se aos 100 (cem) itens de origem, estaríamos diante de uma alteração de 60% (sessenta por cento) do contrato inicialmente pactuado, o que presume a modificação substancial do objeto.

De fato, o projeto básico – conjunto de elementos necessários e suficientes com nível de precisão adequado para caracterizar a obra – revela apenas uma estimativa da obra, e não um projeto pronto e acabado, devendo ser verificada sua compatibilidade com a concretude da obra, ou seja, as condições reais dos trabalhos.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.



Assim, ainda que fosse inevitável alterar o contrato em função de fatos supervenientes ou retificá-lo em decorrência de eventuais incorreções do projeto básico, o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão 749/2010-TCU-Plenário de 14/4/2010³¹ citado pela doutrina especializada, firmou o entendimento de que não mais se admite para fins de cálculo dos limites de aditamento contratual, previstos no art. 65, da Lei nº 8.666/1993³², a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões de itens do contrato de obras, ou seja, os limites de alteração são aplicados a cada um desses conjuntos, individualmente, sem compensação entre eles.

Além desses instrumentos “supostamente” lícitos, há ainda o sobrepreço, o superfaturamento e o jogo de planilha. Este, configura-se pela contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, em que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter os seus quantitativos aumentados mediante aditivos contratuais, logo, o custo global da obra fica em desacordo com o de mercado, arcando o ente federativo contratante com o prejuízo.

O sobrepreço é a irregularidade que ocorre quando o preço global de um contrato ou os preços unitários constantes de sua composição encontram-se injustificadamente superiores aos preços praticados no respectivo mercado. Por sua vez, em relação ao superfaturamento, existem duas modalidades: a primeira é quando se faturam serviços ou itens de uma obra ou fornecimento com sobrepreço; e a segunda quando se faturam serviços ou itens que não foram executados ou entregues, total ou parcialmente. No primeiro caso, um contrato com sobrepreço, ao ser executado, gerou superfaturamento. No último, mesmo que o contrato tenha sido celebrado com estrita observância dos preços de mercado, o superfaturamento deriva do fato de o produto não ter sido entregue na quantidade ou na qualidade especificadas e, ainda assim, o pagamento ter sido feito na totalidade ou em montante superior ao devido.

Todas as situações fáticas até aqui demonstradas adotam instrumentos típicos de alteração do contrato administrativo – planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro, termos aditivos de prorrogação, aditivos qualitativos e quantitativos, composição de itens e preços unitários – formalmente lícita aos olhos dos órgãos de controle e fiscalização, mas, seu conteúdo material veicula vícios que prejudicam o erário e o interesse público.

Essas irregularidades são gravosas e devem ser elididas pelos órgãos de controle externo das Cortes de Contas do país. Ademais, essas condutas tipificam crimes que devem

³¹ ALTOUNIAN, op. cit., p. 381.

³² Ibidem.

ser apuradas pelas autoridades competentes e apreciadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que superfaturamento, o sobrepreço, o jogo de planilha, o desrespeito aos limites legais de alteração do objeto e as prorrogações sucessivas sem causa ou motivo aparente dos contratos na administração pública provocam prejuízos de ordem econômica, política e social estratosféricos, além de irrigar a corrupção em múltiplos poderes e escalões hierárquicos.

É cediço que esse fato social sempre foi visto por toda a população brasileira, a qual sempre depositou desconfiança na atuação dos agentes que comandam os órgãos públicos espalhados pelo país, cuja reputação duvidosa fomentou a cartelização consubstanciada no conluio dos licitantes com gestores públicos de contratos administrativos de obras públicas e demais segmentos de controle e fiscalização dos poderes executivos e legislativos sob a margem da lei, perpetuando a manutenção do seio corruptivo.

3. MEIOS LÍCITOS DE MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTRATO QUE VIOLAM A COMPETIVIDADE, A ISONOMIA E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA DO CERTAME

Não há dúvidas de que a licitação é regida por princípios gerais que interessam a toda a atividade administrativa, como os mencionados pelo art. 37, caput, da CRFB/88³³: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entretanto, como ressaltado anteriormente, existem alguns princípios específicos que acentuam as peculiaridades próprias do procedimento licitatório, em especial, do formalismo, da competitividade, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório, do sigilo das propostas, da isonomia e da adjudicação compulsória.

É com base nesse arcabouço principiológico que os órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública se instrumentalizam contra o abuso de poder perpetrados por agentes públicos ou políticos em conluio com o particular, em especial as sociedades empresárias no âmbito das licitações e contratações públicas.

Isso decorre pelo simples fato de que há meios considerados lícitos, ou seja, que atendem a norma-regra do ordenamento jurídico pátrio, mas, violam substancialmente princípios de ordem pública. A exemplo, é comum o debate nas Cortes de Contas do país acerca dos limites que permeiam a discricionariedade do administrador ao exigir qualificação técnica do licitante para se habilitar no certame, como previsto no art. 30 da lei nº. 8.666/93³⁴.

³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



O referido dispositivo chancela, em especial no inciso II e nos parágrafos 1º e 2º, certa margem de liberdade para que o ente exija do licitante experiências técnico-profissional ou técnico-operacional, adotando-se critérios restritivos ou abertos para que o particular se habilite no certame. É nesse ponto que muitos administradores inserem exigências excessivas que objetivam o direcionamento da licitação para um determinado competidor, cuja fixação discricionária de requisitos de habilitação técnica serve unicamente de instrumento para frustrar o comando constitucional de assegurar o mais amplo acesso de licitantes.

Há, outrossim, outro exemplo de critério de conveniência e oportunidade adotado usualmente pela Administração Pública no seio corruptivo que é o afastamento da licitação para a execução de obras públicas emergenciais ou de calamidade pública, sob a proteção do art. 24, IV, da Lei de licitações³⁵. Pela leitura do texto legal, percebe-se que a norma não descreve as hipóteses em que se enquadram o conceito de “emergência” e “calamidade pública”, embora seja este o ponto nevrálgico que autoriza a dispensa de licitação.

A título de exemplo, para Antônio Carlos Cintra do Amaral, o conceito de “emergência” é:

a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência³⁶.

Verifica-se que o conceito de “emergência” é juridicamente indeterminado e, por isso, requer uma valoração por parte do aplicador da norma orientado pelos princípios já mencionados, dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade. Sendo essa hipótese excepcional, uma vez que a regra é licitar, a interpretação do conceito legal permite que meios escusos sejam adotados como parâmetro de se contratar diretamente uma determinada sociedade empresária para a execução da obra pública em detrimento da competitividade.

Ocorre que, esses exemplos citados, além de outros (art. 33, caput da Lei nº. 8.666/93³⁷), são comumente alvo de investigações pelas Cortes de Contas e pelo Ministério Público. No entanto, há um caso em que não há cristalina evidência de ilegalidade ou ilegitimidade no ato, a ponto de ser percebido pelos órgãos de controle com tanta facilidade.

³⁵Ibidem.

³⁶AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 6, set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

O art. 31, §3º da Lei nº. 8.666/93³⁸ afirma que o administrador pode exigir do licitante capital mínimo ou patrimônio líquido não excedente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Trata-se de exigência de qualificação econômico-financeira como requisito de habilitação do licitante, na intenção de resguardar o seu regular andamento e da execução do futuro contrato. O dispositivo em questão prevê a exigência de capital mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Tal cláusula especifica a verificação de saúde financeira por parte do licitante, já que o Poder Público, diante do formalismo das licitações, não pode se sujeitar a contratar determinada entidade para executar uma obra pública sem garantias de que o licitante poderá executar integralmente o objeto.

Se uma determinada obra pública for licitada no valor de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), e no instrumento convocatório for exigido capital mínimo ou patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, a licitante terá que comprovar R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), conforme determina a lei. Caso a sociedade empresária acima citada se sagre vencedora do certame, a ela o objeto será adjudicado e homologado, concedendo-lhe exclusividade na execução.

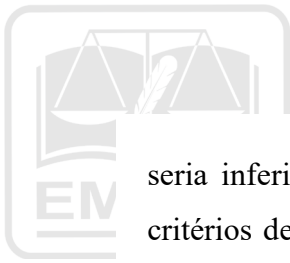
Ocorre que, conforme já analisado, no curso do contrato há possibilidade fática e jurídica de se alterar itens da planilha orçamentária dentro dos limites legais previstos no art. 65, da Lei nº. 8.666/93³⁹. No caso de supressões de itens, o que impacta invariavelmente o valor global do contrato, o §2º, inciso II permite que o limite de 25% seja extrapolado desde celebrado mediante termo aditivo amigável.

Nesse contexto, se o valor do contrato – impactado pela supressão de itens da planilha orçamentária – for reduzido a 50% (cinquenta por cento), no exemplo acima, passará a ser de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais). Aparentemente, não qualquer ilegalidade do aditivo, até porque há determinadas obras ambientais, por exemplo, que têm como objeto a dragagem de rios, o que confere viabilidade de redução significativa de sua extensão, visto que a elaboração do projeto executivo em conjunto com a obra se deparou com a desnecessidade de intervenção em todo o corpo hídrico – redução de 10km de dragagem para 5km em função do desassoreamento natural).

Contudo, em havendo conluio entre o administrador e o contratado ao tempo da licitação, é possível que ambos já tenham conhecimento de que a execução da dragagem já

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.



seria inferior – R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), com base em critérios de aferição técnica ao elaborar o projeto básico – mas, ao invés de reduzir o valor global da licitação, prefere-se a manutenção do valor de aparente R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), já que o rol de competidores seria, também, reduzido.

Explica-se. Se a licitação fosse realizada de acordo com a real necessidade da intervenção - R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais) – os competidores, como condição de comprovar sua saúde financeira, precisariam apenas demonstrar capital social ou patrimônio líquido equivalente a R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) e não R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) mencionados inicialmente no exemplo, em cumprimento à exigência econômico-financeira do certame.

Tal colusão compreende redução significativa do rol de interessados que poderiam participar da licitação, violando manifestamente os princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade administrativa, ainda que o ato contenha aparente veste legal.

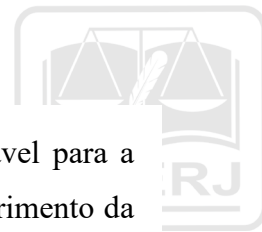
Evidencia-se, portanto, o vilipêndio de preceitos éticos e morais, já que tal violação implicaria na transgressão do próprio Direito, passível de responsabilização cível, criminal e administrativa dos envolvidos, além de invalidar o certame.

Desse modo, percebe-se que o princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da moralidade, pois não basta que o agente administrativo e o particular obedeçam apenas aos ditames da lei, não basta a conformação do ato administrativo com a lei, é preciso que ambos, além da legalidade, procedam suas atividades observando a moralidade administrativa, que seria, em última análise, um controle moral essencial à Administração Pública.

CONCLUSÃO

Apesar das críticas de muitos doutrinadores e juristas que aprofundam o estudo das licitações públicas, especialmente no tocante às contratações de obras de grande porte, nota-se que a Lei de Licitações ainda vigora como importante instrumento de garantia da isonomia de tratamento dos licitantes, da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração e da competitividade do certame.

É nesse contexto que este estudo científico procurou abordar, inicialmente, os contornos divergentes da doutrina administrativa e da jurisprudência brasileira em relação à limitação das alterações qualitativas e quantitativas dos contratos de obra pública de grande



porte, cujo papel, ao longo dos anos, insurgiu-se como fator serviente e indesejável para a elucubração de gestores públicos e empresários malferirem verbas públicas em detrimento da população que carece cada vez mais de serviços públicos e infraestrutura.

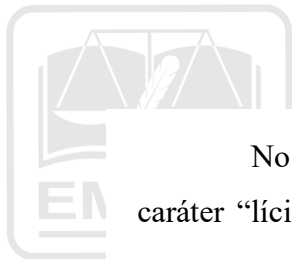
Levou-se a crer que os meios ardilosos adotados a pretexto de se alterar significativamente do objeto do contrato sob os diversos argumentos cuja finalidade era o sobrepreço, o superfaturamento e a má qualidade na execução das obras públicas como forma de baratear o custo, com o aval e o conluio das partes contratantes, serviu de cenário para que as Cortes de Contas pudessem exercer de forma exaustiva o controle externo desses contratos administrativos.

O entendimento a que chegou este pesquisador confirma que as brechas legislativas, as interpretações normativas distorcidas, a corrupção e o uso indiscriminado da máquina administrativa como celeiro de ações cujo destino favorece apenas uma minoria, propiciaram não só a perpetuação da prática de atos ilícitos, como inovou ao criar meios e instrumentos de se malferir atos de improbidade ou desvio de dinheiro público, no sentido de burlar cada vez mais a licitações públicas em todo país, dentro de uma “suposta” legalidade.

Por tal motivo, contemplou-se, em seguida, que a cartelização consubstanciada no conluio dos licitantes com gestores públicos de contratos administrativos de obras públicas, unida aos demais segmentos de controle interno e externo dos poderes executivos e legislativos sob a margem da lei, facilitaram a manutenção do viés corruptivo embora amplamente conhecida no seio popular.

No caso, as alterações contratuais em total desrespeito aos limites legais, embora sopesados pela interpretação normativa do art. 65, da Lei de Licitações, visto se tratar de exceção normativa que visa assegurar certa margem de discricionariedade na condução de uma obra, vindicaram outros meios insidiosos de burlar a licitude. Citou-se como exemplo, a supressão de itens que violam a competitividade, as alterações eivadas de vícios de conteúdo material, a prorrogação do prazo de vigência do contrato para fins de reajuste, e principalmente, a alteração contratual qualitativa/quantitativa possibilitando a modificação substancial do objeto, o sobrepreço, o superfaturamento e o jogo de planilha.

Dessa feita, concluiu-se que essas irregularidades se pautam no mais alto grau de lesividade ao erário, passíveis de sanções severas, em qualquer esfera de proteção jurídica, seja ela cível, penal e administrativa, as quais devem ser combatidas pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública e apuradas pelas autoridades competentes em razão dos prejuízos de ordem econômica, política e social que sofrem a sociedade como um todo.



No mais, foram apresentados modelos específicos de colusão revestidos de suposto caráter “lícito”, mas que violam substancialmente princípios de ordem pública. Ilustrou-se, como exemplo, a discricionariedade do administrador ao exigir qualificação técnica excessiva do licitante para se habilitar no certame, os critérios conceituais de dispensa de licitação para a execução de obras públicas emergenciais ou de calamidade pública, e, principalmente, a exigência de capital mínimo não excedente a 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação, como forma de averiguar a saúde financeira do licitante, que, após a celebração do contrato, é alvo de significativa redução de seu objeto, violando manifestamente os princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade administrativa.

Ficou patente, por essas considerações, que a proposta do autor consistia na tese de que a certeza da impunidade pode e deve ser rechaçada não só com a verificação da ocorrência dos princípios gerais que interessam a toda a atividade administrativa previstos no caput do art. 37, da CRFB/88, mas, principalmente, os princípios específicos que acentuam as peculiaridades próprias do procedimento licitatório, em especial, o formalismo, a competitividade, a vinculação ao instrumento convocatório, o sigilo das propostas, a isonomia. Desse modo, não há dúvidas de que a legalidade está intimamente vinculada ao princípio da moralidade, pois não basta a conformação do ato administrativo com a lei, é necessário que todos os interessados exerçam suas atividades com ética, moral e transparência, em prol do interesse público.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 6, set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA CIVIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A SISTEMÁTICA BRASILEIRA E A AMERICANA

Joelma Carmo de Melo Barbosa

Msc. em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais. Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

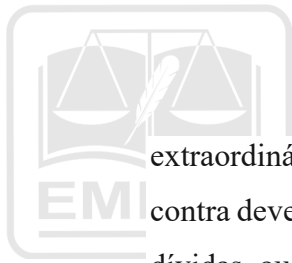
Resumo – a temática do instituto da insolvência civil no Brasil, comparado à dos Estados Unidos, além de relativamente desconhecida pelo cidadão comum, conta com arcabouço normativo difuso e baixa adesão social. Com poucas questões sendo judicializadas, a produção jurisprudencial também se dá em pequena escala. Dessa forma, mecanismos periféricos como o estabelecimento de teto para desconto em folha vão tomando protagonismo e afastando a implementação da autofalência bem como da insolvência civil em sua plenitude normativo-pragmática. Também não é oferecida no cenário brasileiro alternativas ao devedor superendividado como ocorre no cenário americano. Lá, há possibilidade de o devedor insolvente ter parte de suas dívidas perdoadas bem como são protegidos parte importante de seu patrimônio de forma a garantir-lhe o chamado *fresh start*. No Brasil, a discussão a respeito do superendividamento e de formas de garantir o crédito dos credores sem sufocar e tornar inviável ao devedor insolvente ou em vias de insolvência manutenção de sua renda e patrimônio. Exemplo disso é o Projeto de Lei nº 7.590/2017 que pretende alterar o Código de Defesa do Consumidor bem como a Lei 11.101/05, esta que não se aplica a devedores não-empresários, de forma a incluir no sistema legal brasileiro a figura do instituto da recuperação judicial do devedor civil. Este seria uma fase pré- falência cuja competência seria a dos Juizados Especiais.

Palavras-chave – Direito Comparado. Direito Processual Civil. Direito do Consumidor. Insolvência Civil. Bankruptcy. Falência individual. Superendividamento. Lei 11.101/2005. Lei 5.869/1973. Bankruptcy Code. Projeto de Lei nº 7.590/2017. Consumo. Recuperação Judicial.

Sumário – Introdução. 1. O instituto da insolvência civil no Brasil: um quase desconhecido. 2. Os vilões do superendividamento que abocanham a renda das famílias brasileiras. 3. Comparado ao Código de Insolvência Civil norte-americano seria o Projeto de Lei nº7.590/2017 a luz no fim do túnel?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da insolvência civil que, embora tenha previsão legal desde o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), sua decretação é medida considerada



extraordinária, dado não ser usual demandas judiciais nesse sentido. Destina-se a execução contra devedor insolvente, aquele cuja totalidade do patrimônio não basta para honrar com suas dívidas, ou seja, equivale à falência, mas civil.

O caminho processual é de liquidação do patrimônio deste devedor, pessoa física, não empresária, visando adimplir com suas obrigações, havendo concorrência de todos os credores. Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) não reúne o regramento da insolvência civil em título específico, limitando-se a dispor que este instituto é condição do devedor para ensejar concurso universal de credores e remetendo ao CPC/73.

Em razão da escassez legislativa a respeito do tema, a doutrina vem defendendo a incidência da Lei nº 11.101/2005 como forma de atualizar e dar maior abrangência ao instituto, principalmente em contexto social e econômico como o atual. Além disso, a lei falimentar enfatiza a recuperação judicial como forma de preservar a empresa e estimular a atividade econômica. A decretação da insolvência, em si, é meio mais traumático para o devedor e não traz estímulo à engenharia econômica.

Se, no Brasil, a insolvência, ainda que realizada pelo próprio devedor, gera vencimento antecipado de todas as obrigações vincendas e liquidação de seu patrimônio, nos Estados Unidos, a dinâmica é diferente. O objetivo da decretação da falência é possibilitar ao devedor de boa-fé quitar as dívidas, com exoneração do passivo restante, de forma a garantir-lhe o chamado “*fresh restart*”, uma espécie de respiro para se reorganizar financeiramente.

Para melhor compreender as bases da baixa produção normativa e jurisprudencial, fraca adesão social ao instituto da insolvência civil no Brasil busca-se contextualizar o arcabouço legal com as práticas de mecanismos de proteção ao devedor insolvente ou em vias de insolvência, em análise comparativa com o que ocorre nos Estados Unidos. Por fim, analisar, também, o Projeto de Lei nº 7.590/2017 que, alterando a Lei nº 9.099/95, estabelece condições para que pessoas físicas possam requerer sua recuperação Judicial. Trata-se de importante iniciativa que nos aproxima do “*fresh start*” norte-americano, dando oportunidade de recomeço menos traumático ao devedor insolvente.

Para tal, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto da insolvência civil da pessoa física na legislação e jurisprudência brasileira atual, analisando qualitativamente o tema. Desta forma, analisa a relação de retroalimentação entre o arcabouço legal e a baixa produção jurisprudencial a afastarem, ainda mais, tal instituto do conhecimento do cidadão comum.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a inefetividade do instituto no Brasil, quando comparada com a aplicação de instituto semelhante nos Estados Unidos, dá-se, sobretudo, pela legislação esparsa e pelo descaso dos operadores do Direito por tal mecanismo de resolução de problemas de superendividamento e de insolvência pessoal e familiar.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da insolvência civil como mecanismo de protagonismo, espaço hoje ocupado por mecanismos periféricos como, por exemplo, o estabelecimento de teto para desconto em folha salarial. Procura analisar as perspectivas trazidas pelo Projeto de Lei 7.590/2017 que se apresenta como uma tentativa legislativa de ampliar e atualizar o instituto, um uma fase prévia, que seria a recuperação judicial para pessoas físicas. Para tanto, foi importante refletir a respeito das razões de afastamento do cidadão comum insolvente do mecanismo da autofalência, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde o “Bankruptcy” representa um novo começo (“fresh start” legal).

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 INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA CIVIL NO BRASIL: UM QUASE DESCONHECIDO

A insolvência civil, instituto presente no ordenamento brasileiro tem previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, ainda aplicável por meio de regras de aplicação intertemporal do Direito. As execuções contra devedor insolvente continuam reguladas no Código de Processo Civil de 2015¹, já que este não trouxe dispositivos específicos para tratar do tema.

¹ BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de set. de 2017.



A opção legislativa por não esmiuçar tratamento legal à insolvência civil por ocasião do Novo Código de Processo Civil pode ser explicada por ser essa questão tratada prevalentemente no âmbito do Direito do Consumidor. O instituto, na prática, destina-se a consumidores em situação de superendividamento.

Tal instituto é fenômeno social relativo ao consumo em massa aliado à política de concessão de crédito de forma irresponsável, sem garantia ou lastro patrimonial do devedor o que desemboca em aplicação de taxas de juros exorbitantes. A doutrina divide o superendividamento em suas categorias: a passiva e a ativa.

O passivo refere-se àquelas situações em que há ocorrência de fatores extraordinários, como questões pessoais; já o ativo, diz respeito à perda do controle financeiro que resulta em acúmulo de dívidas inadimplidas².

Entretanto, abrangência da insolvência civil é maior que o campo consumerista. Aliás, a proposta tal qual apresentada no CPC/1973, está voltada para o campo do direito civil. Segundo Azevedo³, “o projeto de lei que originou o atual CPC não era o ambiente ideal para a gestão de ação judicial apta a solucionar o superendividamento do consumidor, tanto por questões políticas quanto pela incompatibilidade entre o CPC e NCPC.”

A dificuldade e morosidade do processo de execução em insolvência civil, bem como a participação em concurso de credores, é uma das causas que explicam a baixa adesão do credor à tal ferramenta processual para viabilizar a satisfação dos seus créditos. Entretanto, ao devedor insolvente, a ação de insolvência civil é instrumento hábil a satisfazer o máximo possível de seus credores. A estes, interessa por constituir série de benefícios destinados ao cumprimento das obrigações, como por exemplo, a nova arquitetura jurídica na qual aqueles são inseridos.

O procedimento previsto nos artigos 748 a 786-A, CPC/1973 destina-se a executar devedor insolvente cuja natureza não é empresária já que para estes, bem como para as sociedades empresárias, a legislação aplicável é a da Lei de Falência (Lei nº 11.101/2005). Entretanto, grande parte da doutrina defende a sua aplicação analógica às ações de insolvência civil.

Como um dos objetivos desta ação é o cumprimento do máximo possível de obrigações, mas seguindo determinada ordem legal, o procedimento da execução se dá de forma

² GAULIA, Cristina Teresa. O Abuso de Direito na Concessão de Crédito – O Risco do Empreendimento na Era do Hiperconsumo. *Revista da Emerj*, n. 47/2009, V.12, 1999.

³ AZEVEDO, Henrique Trajano de; DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodvum, 2016, p.687.

coletiva, de natureza de quantia certa contra devedor insolvente. Desta forma, mediante único procedimento, reúne-se todo o patrimônio penhorável do devedor destinando-o à satisfação dos credores, de forma igualitária no que tange aos créditos quirografários.

Essa forma de execução reveste-se de justiça social na medida em que, ao contrário do que dispõe o artigo 797, NCPC, em penhora realizada individualmente por cada credor, a prioridade é daquele que primeiro se manifesta, ainda que em face dos mesmos bens haja penhora de outros credores. Dessa forma, ainda de acordo com Azevedo⁴:

A ação de insolvência civil foi criada, portanto, como meio para o Estado prestar a tutela jurisdicional de maneira igualitária para todos os credores, que, ao se depararem com uma dívida vencida e não paga, passam a ter direito de ação para exigir do Poder Público, na função judicante, a realização da garantia patrimonial contra o devedor inadimplente. [...] Por outro lado, a ação de insolvência civil também é rito adequado para proteger o devedor e o seu direito subjetivo de adimplir suas obrigações. Como preceitua o artigo 389 do Código Civil, o devedor responde pela mora que dá causa, assim ele possui igual direito à extinção da obrigação contraída.

O procedimento disposto no artigo 753, CPC/1973 pode ter início com requerimento do próprio devedor ou seu espólio bem como por seus credores. No primeiro caso, a doutrina chama de autoinsolvência⁵. Segundo Theodoro Jr⁶,

A insolvência requerida pelo próprio devedor encontra resquícios na *bonorum cessio*, última fase do concurso de credores no Direito Romano, que consistia na entrega dos bens pelo devedor para serem partilhados entre os credores como o intuito de evitar a execução pessoal, prisão e infâmia.

Fora dessa hipótese, é legitimado legal para requerer a decretação da insolvência qualquer credor quirografário ou seu espólio. Não há outro requisito subjetivo para caracterizar a legitimidade ativa nestes casos que não o disposto no artigo em referência. Entretanto, há doutrinadores para quem este artigo não teria natureza taxativa. Entendem tratar-se de mero rol exemplificativo que não teria, portanto, o condão de restringir sua aplicação, conforme para Miranda⁷:

O artigo 753,I põe em primeiro lugar como legitimado à propositura da ação de declaração de insolvência 'qualquer credor quirografário'. Depois vêm o devedor e o inventariante do espólio do devedor (art.753, II e III). Pergunta-se: 'credor com privilégio ou preferência não pode pedir a declaração de insolvência? É possível que se haja estabelecido o seu interesse em pedir a declaração de insolvência e seria descabido que se vedasse aos credores, somente porque têm privilégio ou preferência,

⁴ Ibid., p. 691

⁵ A autoinsolvência ou autofalência assemelha-se ao instituto previsto no art.105 da Lei nº11.101/2005, mas com este não se confunde. A lei de falências não se aplica a devedor pessoa física, mas a empresário ou sociedade empresária.

⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execuções e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*, v. II, 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.75.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2002, p. 268.



que propusessem a ação de declaração de insolvência? Seria negar-se a quem tem mais o que se permite a quem tem menos.

Tal construção doutrinária inaugura divergência quanto à natureza do rol dos legitimados dispostos no art.753 do CPC/73 que o NCPC, quanto ao assunto, quedou-se inerte. Tampouco a jurisprudência ocupou-se de estabelecer posicionamento a respeito da matéria. Fato é que embora a legislação não tenha previsto os credores com privilégios e preferências como legitimados a propor a ação de insolvência civil, seus créditos são submetidos, ainda assim, ao concurso de credores que se dá com a decretação da insolvência. Dessa forma, não há como afastar a tese de que trata-se de rol exemplificativo.

Segundo Assis⁸, o processo de insolvência é composto por três compartimentos ou estágios discerníveis: o pré-concursal ou da decretação da insolvência; o de instrução ou de informação, e o da liquidação. É nesta última fase em que a execução propriamente dita ocorrerá, sendo que o processo será findo com a prolação da sentença declaratória de encerramento do processo tendo ocorrido a satisfação integral dos credores ou a alienação de todos os bens disponíveis do devedor.

2. OS VILÕES DO SUPERENDIVIDAMENTO QUE ABOCANHAM A RENDA DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Uma vez que a partir do século XIV, o devedor deixou de responder com seu próprio corpo pelas dívidas contraídas, tal responsabilização passou a recair sobre seu patrimônio pessoal. O grande problema é quando o conjunto patrimonial não é suficiente para satisfazer a totalidade das dívidas contraídas.

Dessa forma, a execução ocorre de maneira coletiva, concursal, cuja natureza é a de *par condicio creditorum*, reunião dos credores do devedor comum, visando garantir a satisfação igualitária para todos os credores que se encontram em mesma situação à vista da impotência patrimonial do devedor.

No Brasil, de acordo com os artigos 748 e 750, incisos I e II, CPC/73, a insolvência é presumida, já que esta estará configurada sempre que o patrimônio livre e desembaraçado do devedor não for suficiente para satisfazer o montante das dívidas contraídas.

⁸ ASSIS, Araken de. *A Insolvência Civil – execução por quantia certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.129.

Observa-se, assim, que o critério utilizado pelo legislador brasileiro é o da insolvência e não da impontualidade. Significa que será considerado insolvente aquele devedor cuja análise contábil entre passivo e ativo apontar que as dívidas contraídas superam o patrimônio pessoal. Tal configuração, portanto, pode ser pré-jurídica, já que dispensa demonstração de efetiva inadimplência.

O objetivo da presunção de insolvência é proteger o credor daquele devedor em situação patrimonial da qual se pode vislumbrar impotência de satisfação das obrigações contraídas, bem como impedir atos do devedor que lese os credores como, por exemplo, atos de fraude à execução:

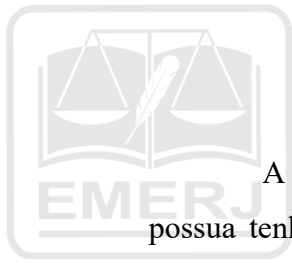
Todos os motivos citados no dispositivo legal referido, são aqueles que a prática comum aponta como evidenciadores da intenção do devedor em fugir ao pagamento de suas dívidas (tentativa de ausência furtiva, fuga da comunidade, alienação precipitada, transferência de bens a terceiros, oneração sem reserva, assunção de dívidas injustificadas, enfim, a prática de “qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores”⁹.

A previsão legal é que se iniciado o processo por um dos credores, a natureza será contenciosa já que destina-se a comprovar o estado de insolvência do devedor bem como, na fase executiva, a realizar os créditos e direitos. Já na hipótese de auto-insolvência, a natureza é de procedimento de jurisdição voluntária, embora este seja o mesmo daquele originado por algum credor. Entretanto, em ambos os casos, haverá aplicação de sanção tal qual ocorre em processo de execução forçada: aplicação de uma sanção, típica do processo de execução forçada:

Procedimentos paralelos, complementares ou incidentais, de natureza cognitiva, reclamados pela particular situação gerada pela condição de impotência patrimonial do devedor, são apenas incidentes ou pressupostos do processo principal, que, embora não possam ser dispensados para o aperfeiçoamento e eficácia deste, não lhe retiram a natureza de execução forçada, revelada pelo escopo final de toda a série de atos e procedimentos concatenados no processo de insolvência. [...] Se a ação possessória não deixa de ser um procedimento especial de conhecimento por autorizar uma medida incidental de execução provisória, através da liminar, também a execução do devedor insolvente não deixa de ser execução forçada, simplesmente porque em seu bojo se praticam atos de cognição. Tais fatos, em conclusão, apenas revelam tratar-se de uma execução forçada *sui generis*, especial ou extraordinária, engendrada não só para realizar a responsabilidade patrimonial, como também para assegurar a *par condicio creditorum*, diante da impotência do patrimônio do devedor para satisfazer por inteiro os direitos de todos os seus credores.¹⁰

⁹ UBALDO, Edson. *Insolvência civil*: questões controvertidas no processo de quebra voluntária. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1996, p.124.

¹⁰ THEODORO JR, Humberto, op. cit., 2003, p.31



A declaração de insolvência faz com que a execução dos débitos que o insolvente possua tenha que ser feita por meio de concurso universal de todos os credores, inclusive aqueles com garantia real, não sendo possível a propositura de ações de execução individual. A execução dos créditos deverá ser realizada perante o Juízo universal da insolvência – situação similar à da falência da Lei nº11.101/95. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça¹¹ entende que é nula a arrematação de bens do devedor realizada em ação de execução proposta por credor individual, após a declaração de insolvência civil do devedor, em foro diverso do Juízo universal da insolvência.

Nos tempos atuais, em que as sociedades têm enfrentado o chamado fenômeno do superendividamento ou sobre- endividamento, mister se faz rediscutir o papel da insolvência civil como forma de retroalimentar a engenharia da cadeia de produção e consumo e, ao mesmo tempo, evitar que o número de famílias cujas rendas e patrimônios sejam insuficientes para honrar com suas dívidas.

Intrinsicamente relacionado ao consumo, o superendividamento pode ser conceituado como

Designado por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis¹².

Desta forma, é possível concluir sem maiores dilações que trata- se de fenômeno de cunho social e jurídico. Nos sistemas jurídicos organizados sob a forma de *common law*, de tradição liberal, entende- se que o superendividamento é risco inerente à sociedade de consumo. Com isso, tanto o problema quanto a solução passam por uma espécie de “socialização” caracterizada pelo perdão da dívida após a liquidação do bem – o que nada mais é que uma das vertentes da sociedade de consumo em massa cuja dinâmica deve se manter no curso ainda que recebendo, para isso, tratamento mais condescendente por parte da legislação¹³.

Já em sistemas da *civil law*, os legisladores têm se posicionado no sentido de que, sendo os consumidores responsáveis pela má administração do crédito, somente em casos extremos as dívidas devem ser perdoadas. Quando muito, haveria renegociação das

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.074.724/MG*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465716538/recurso-especial-resp-1074724-mg-2008-0154474-4/inteiro-teor-465716544>>. Acesso em 08 de jan. de 2018.

¹² MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000. p25.

¹³ GONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, jun. 2010. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/429>>. Acesso em: 08 de jan. de 2018.

obrigações¹⁴. Na realidade brasileira, trata-se de contrassenso uma vez que o crédito é concedido em larga escala e vários estudos demonstram que o número de famílias endividadas a tal ponto que não têm condição mínima de arcarem com suas dívidas sem comprometer o núcleo essencial da dignidade humana é considerável.

O instituto da insolvência civil no Brasil, comparado ao similar norte-americano, além de relativamente desconhecido pelo cidadão comum, conta com arcabouço normativo difuso e baixa adesão social. Com poucas questões sendo judicializadas, a produção jurisprudencial também se dá em pequena escala. Dessa forma, mecanismos periféricos como o estabelecimento de teto para desconto de empréstimos bancários em folha vão tomando protagonismo e afastando a implementação da autofalência em sua plenitude normativo-pragmática¹⁵.

Se a insolvência civil tem natureza contábil, fática, econômica, a disposta na Lei nº 11.101/05 não é demonstrada economicamente já que o arcabouço legal traz no artigo 94, incisos I, II e III as condições objetivas de presunção de insolvibilidade do devedor empresário. Ou seja, tal diploma legal não socorre o devedor civil não empresário¹⁶.

Por outro lado, segundo Mello¹⁷, os devedores civis não lançam mão do processo de insolvência civil tanto pelo desconhecimento de tal instituto como pela “vergonha de se considerarem falidos” como quanto ao mecanismo de antecipação do vencimento das obrigações e liquidação patrimonial sem qualquer respiro por parte do seu passivo tal como ocorre no modelo norte-americano (*fresh start*).

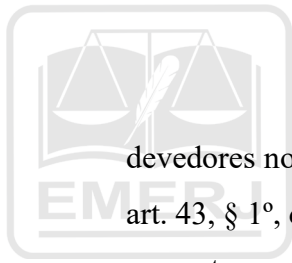
Dessa forma, aponta o autor, outros mecanismos periféricos de proteção ao consumidor superendividado vão assumindo o protagonismo inicialmente pensado para aquele procedimento judicial: a proibição da penhora de salários, prevista no art.º 649 do CPC; a proibição de penhora do bem de família, plasmada na Lei nº 8009/90; a manutenção dos

¹⁴ MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; et al. O superendividamento de vulneráveis e os contratos bancários de mútuo onerosos. *Revista Jurídica (UniEVANGÉLICA)*, Anápolis, ano XIV, n. 22, v. 1, p. 1-123, jan./jun., 2014. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/>>. Acesso em: 08 de jan. de 2018.

¹⁵ PORTO, Antonio José Maristrello; et al. (Org.). *Superendividamento no Brasil*. Coleção FGV Direito Rio. Rio de Janeiro: Juruá, 2016, p.36.

¹⁶ O artigo 966 do Código Civil traz expressamente o conceito de empresário como sendo aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O seu parágrafo único, por sua vez, exclui do conceito de empresário algumas atividades que não são consideradas empresariais. Destarte, não pode ser considerado empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹⁷ MELLO, Flávio Citro Vieira de. A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado. In: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* - Vol. I, n. 2, junho de 2011. Disponível em: <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p0111.pdf>. Acesso em: 08 de jan. de 2018, p. 14.



devedores no cadastro de restrição de crédito pelo prazo máximo de cinco anos, nos termos do art. 43, § 1º, da Lei nº 8.078/90; a proteção dos devedores contra eventuais cobranças abusivas e constrangedoras, pelos art. 42, § único, e art. 71 do Código de Defesa do Consumidor; a vedação de débito superior a 30% do salário ou da pensão do funcionário público no crédito consignado, segundo a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003.

A conclusão a que se chega após analisar o quadro fático- jurídico apresentado é que se o crédito ao consumo é mola propulsora do modelo capitalista, sua concessão deve ser estimulada ou, no mínimo, tolerada. Contudo, paralelamente a isso, é imprescindível haver estrutura normativa que regulamente não só a concessão como o gerenciamento individual desses recursos de forma que seu uso seja responsável e não comprometa a saúde financeira das famílias. Desta forma, o próprio sistema crédito- consumo- produção- mais concessão de crédito estaria protegido.

A realidade brasileira, por exemplo, tem demonstrado que apelar para a racionalidade e liberdade absoluta do consumidor quanto à tomada e gestão de crédito não é a sistemática mais acertada para disciplinar a relação consumidor- fornecedor de crédito. Daí consequências importantes da falta de legislação para regular o fenômeno do consumo em massa fomentado por crédito fácil de concessão desregulada.

3. COMPARADO AO CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA CIVIL NORTE- AMERICANO SERIA O PROJETO DE LEI Nº7.590/2017 A LUZ NO FIM DO TÚNEL?

O procedimento à disposição dos devedores superendividados nos Estados Unidos passa pela concessão de alívio financeiro a estes indivíduos ao lhes serem facultado optar pela liquidação do patrimônio não garantido, aquele que excede o limite de isenção de acordo com a legislação de cada estado, de forma a garantir o pagamento dos credores ou pelo comprometimento da renda futura, de acordo com o disposto nos Capítulos 7 e 13 do U.S. Code¹⁸.

Conforme previsto no Capítulo 7, a satisfação dos credores ocorre de maneira simples: o administrador da falência desfaz- se daqueles bens não isentos do devedor e distribui o produto arrecadado aos credores quirografários, sem ter de apresentar nenhum plano de

¹⁸ U.S. Code. *Title 07; 11 & 13. Bankruptcy*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics>>. Acesso em: 06 de set. de 2017.



pagamento. Aos credores garantidos por meio de penhoras e hipotecas destina-se a parte afetada exclusivamente a eles, credores com privilégios. O risco ao devedor que opte por este modelo, portanto, está na possibilidade de perder a parte da propriedade não garantida cujo valor seja superior à isenção do seu estado.

Já no modelo preconizado pelo Capítulo 13, há comprometimento da renda futura, ou seja, diferentemente do que ocorre no modelo anterior, neste há preservação do patrimônio excedente à isenção dada por cada estado. Neste modelo, há oportunidade de afastar eventual execução hipotecária do imóvel do devedor já que existe um plano de gestão de pagamento baseado em renda futura.

A decretação da falência na hipótese do Capítulo 13 destina-se ao devedor de boa-fé superendividado. Desta forma, tendo seu passivo restante exonerado é possível a ele usufruir do chamado *fresh start*, ou seja, continuar na posse de parte de seu patrimônio administrando o plano de recuperação proposto.

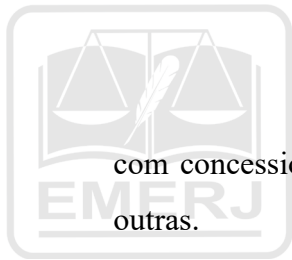
Embora o devedor falido nos moldes desse Capítulo ainda continue responsável pelas dívidas de alimentos, pelos impostos, pelas dívidas de cunho educacional ou empréstimos feitos ou garantidos pelo Estado, pelas decorrentes de lesão dolosa, pelos débitos por morte ou lesão corporal ocorridas em acidente de trânsito bem como as dívidas criminais, as demais cobranças estarão suspensas e suas quitações ocorrerão de acordo com o plano apresentado.

Já no modelo disposto no Capítulo 7, a suspensão das ações de cobrança bem como a constrição dos bens do devedor ocorre por curto período de tempo. Decorrido tal prazo, o procedimento para cobrança é retomado incluindo penhora de salários e realização de cobranças por meio telefônico.

Nas sociedades em que são adotados os modelos do *fresh start policy* para tratamento do superendividamento este fenômeno é encarado como risco associado à expansão do mercado financeiro, logo, há limitação da responsabilidade para o consumidor. Aqueles que se encontram com dificuldades para adimplirem com suas obrigações assumidas têm seus bens liquidados para pagamento das dívidas possíveis e aquelas que se encontram acima da sua capacidade financeira de honrá-las são perdoadas¹⁹.

No Brasil, o mecanismo de recuperação judicial destina-se exclusivamente às pessoas jurídicas, entretanto, há alguns anos a discussão sobre a adaptação do conceito de forma a abarcar também pessoas físicas de sorte que lhes fossem possível negociar dívidas contraídas

¹⁹ LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; DALL'AGNOL, Maria Augusta. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 59, 2009.



com concessionárias de energia elétrica e de saneamento básico, escolas, planos de saúde e outras.

Em 2011, a discussão foi levada ao Poder Legislativo, mas não vingou. Em 2017, teve início a tramitação do Projeto de Lei nº 7.590 que altera a Lei nº 9.099/95 e a Lei nº 11.101/05 estendendo a aplicação da recuperação judicial para pessoas físicas com dívidas cujo montante não supere quarenta salários mínimos, já que a competência seria dos Juizados Especiais Cíveis.

Tratar-se-ia de opção para que pessoas com dívidas que ultrapassem ou que estejam na iminência de ultrapassar a capacidade de pagamento possam ter resguardada renda mínima mensal. A proposta é que haja uma fase anterior à da insolvência civil, em que um planejamento das dívidas e de condições para quitação deve ser apresentado ao juiz.

Tal plano visa proteger o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana em situação de superendividamento de modo que haja a quitação dos débitos mas sem o comprometimento da sobrevivência desse devedor. Uma das condições trazidas pelo Projeto de Lei é a comprovação da situação de vulnerabilidade financeira do consumidor superendividado.

Concedida a recuperação, além da preservação de renda mínima, há previsão de condições especiais de renegociação dos débitos, além da dilação do prazo de pagamento em até cinco anos e, findo tal prazo, a suspensão de eventuais débitos remanescentes. A justificativa²⁰ a amparar o Projeto de Lei é de clareza solar quanto à realidade de considerável número de famílias no Brasil, ou seja, para além de ser uma questão econômica, há inegável teor social a ser considerado:

O percentual de inadimplentes, ou seja, de pessoas que estão com dívidas ou contas em atraso, chegou a 23,4% em novembro de 2016, taxa inferior aos 23,8% do mês anterior, mas superior aos 22,7% de novembro de 2015. Entre as famílias brasileiras, 9,1% achavam que não conseguiriam pagar suas dívidas nos próximos meses. Em outubro de 2016, o percentual era de 9,4%, enquanto, em novembro de 2015, a proporção chegava a 8,5%. O tempo médio de atraso nas contas ficou em 63,3 dias. O Banco Central informou que a taxa de inadimplência das pessoas físicas, nos empréstimos bancários com recursos livres, que mede atrasos nos pagamentos acima de 90 dias, somou 6,3% em maio de 2016 – o maior patamar desde maio de 2013, quando somou 6,6%.

Apesar de representar um avanço na agenda política quanto à necessidade de discussão da implicação social do superendividamento nas famílias brasileiras, o Projeto de Lei tal qual apresentado sofre de algumas inconsistências. A competência dos Juizados Especiais é uma delas. A recuperação judicial é matéria que, normalmente, exige análise pericial e a sistemáticas desses Juizados é refratária a realização de perícias como regra geral.

²⁰ BRASIL. Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de set. de 2017.



Além disso, como a cadeia da produção e consumo passa pela concessão de crédito e financiamento, é possível que o estímulo legal representado pela recuperação judicial ao devedor superendividado acabe trazendo efeito reflexo indesejado: o aumento das taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras.

A necessidade da existência do Administrador Judicial – figura essencial na recuperação judicial de empresas, neste Projeto de Lei, aparece ora como imposição legal (artigo 8º) ora como decisão discricionária do juiz (artigo 16). No segundo caso, há implicação prática: eventual aumento da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário.

O Projeto de Lei em referência também não dispõe sobre o responsável quanto aos encargos da remuneração do Administrador Judicial: os juizados especiais têm natureza gratuita e, na recuperação judicial de empresa, a remuneração do Administrador é arcada pelo credor solicitante. O texto não esclarece a quem caberá tal responsabilidade.

CONCLUSÃO

Tal como se apresenta atualmente, a insolvência civil é instituto inserido na sistemática processual brasileira voltado a garantir a satisfação dos diversos credores de mesmo devedor insolvente. Garante, com isso, a aplicação do princípio da isonomia ao afastar cenário em que cada credor, individualmente, inicie uma verdadeira corrida para acionar o devedor na Justiça. Ganhariam aqueles mais ágeis, numa lógica egoísta e anti-isonômica.

Na gênese desse instituto encontra-se a tentativa de assegurar aos credores a satisfação de seus créditos tanto quanto possível em hipótese em que o patrimônio do devedor comum seja insuficiente para honrar com suas obrigações. No sistema processual atual, a declaração da insolvência é o gatilho para formação da chamada *par condicio creditorum*: afasta o devedor declarado insolvente da administração do seu patrimônio, proporciona que todos os credores participem igualmente no produto arrecadado após a liquidação patrimonial e impede atos lesivos ao interesse dos credores.

Entretanto, a insolvência do devedor civil tem um aspecto idiossincrático já que, na realidade atual, está intrinsecamente relacionada às sociedades de consumo de massa em que o crédito e o financiamento são concedidos em larga escala. É possível constatar empiricamente que enquanto o acesso ao crédito é facilitado e estimulado, um número cada vez mais expressivo



de famílias têm sua renda comprometida ao não conseguirem gerir suas carteiras de forma positiva.

Não é obra do acaso que termos como superendividamento tenham sido cunhados em passado recente para explicar o cenário fático em que a sociedade brasileira se encontra em termos de relação consumo/ crédito. O superendividado encontra-se em situação desconfortável tanto no seu aspecto objetivo quanto subjetivo.

A opção pela via judicial para solução de conflitos desta natureza é traumática para ambos os lados o que atualmente é acentuado pelo arcabouço normativo falho, esparso e que não demonstra nenhuma preocupação em educar ou até mesmo em propiciar que o devedor insolvente tenha oportunidade de um novo recomeço sem que isso represente um calote de suas dívidas. O cenário atual é de “ganha- perde”, quando o ideal seria o de “ganha-ganha”.

Nesse sentido, a proposta desenhada no Projeto de Lei nº 7.590/2017 de fase prévia de recuperação do devedor vem em boa hora. Já consolidado na Lei nº 11.101/05, tal instrumento destina-se a empresa que, em função de alguma dificuldade financeira transitória, encontra-se impotente para quitar seus compromissos. Assim, suspende por período de tempo os pagamentos aos credores, mas por meio de plano dispõe como cada um será pago de acordo com sua possibilidade, sem comprometer sua saúde operacional. Com isso, é possível que recupere seu passivo, reorganize suas finanças e continue operando, mantendo os empregos, gerando tributos e continuando a fazer parte da estrutura econômica do país.

É evidente que, em se tratando de projeto de lei, observado o rito previsto na legislação brasileira, modificações irão ocorrer ao longo do trâmite no Poder Legislativo e Executivo. Ultrapassado o rito legislativo, já como lei, pode representar alteração na estrutura social brasileira de forma que o crédito seja estímulo ao consumo responsável.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Ronald A. *UCC Comprehensive: Business Law*. 11. ed. Nashville: South-Western Pub. Co; 1980.

ASSIS, Araken de. *A Insolvência Civil – execução por quantia certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



AZEVEDO, Henrique Trajano de; DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Bahia: Ed. Juspodvum, 2016.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

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

_____. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

_____. *Lei nº 11.101/95*, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 7.590*, de 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1562111.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GAULIA, Cristina Teresa. O Abuso de Direito na Concessão de Crédito – O Risco do Empreendimento na Era do Hiperconsumo. *Revista da Emerj*, n. 47/2009, V.12, 1999.

GONTIJO, Patricia Maria Oliva. Crédito e superendividamento: uma análise em busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, jun. 2010. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/429>> . Acesso em: 08 de janeiro de 2018.

GROPP, Reint. *Falência Individual e Crédito (Personal Bankruptcy and Credit Supply and Demand)*, The Quarterly Journal of Economics, February, 1997, Harvard University.

LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; DALL'AGNOL, Maria Augusta. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 59, 2009.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

MELLO, Flávio Citro Vieira de. A proteção do sobre- endividado no Brasil à luz do direito comparado. In: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. I*, n. 2, junho de 2011. Disponível em: http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/arquivos/finalizada_p011.pdf. Acesso em: 08 de janeiro de 2018.



MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de; et al. O superendividamento de vulneráveis e os contratos bancários de mútuo onerosos. In: *Revista Jurídica (UniEVANGÉLICA)*, Anápolis, ano XIV, n. 22, v. 1, p. 1-123, jan./jun., 2014. Disponível em: <<http://revistas.unievangelica.edu.br/index.php/>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29. ed.: Forense, 2012.

PAULA, Ana Cristina Alves de. A extensão do instituto da falência à pessoa natural enquanto mecanismo de tutela do consumidor superendividado. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Brasília, n.1, v. 2, p.94-114, Jan/Jul. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/joelm/Downloads/992-1979-2-PB.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

PORTO, Antonio José Maristrello; et al. *Superendividamento no Brasil*. Coleção FGV Direito Rio. Rio de Janeiro: Juruá, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execuções e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*, v. II, 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UBALDO, Edson. *Insolvência civil: questões controvertidas no processo de quebra voluntária*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1996.

U.S. Code. *Title 07: Bankruptcy*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics>>. Acesso em: 06 de set. 2017.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A INTERAÇÃO DOS PODERES DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

José Carlos Barbosa Ferreira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o uso do instituto do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro se apresenta de forma complexa e, por isso, intrigante. Com o passar dos anos, e com as mudanças na estrutura da sociedade, o sistema carcerário brasileiro se transforma sem conseguir se adequar às novas condições da realidade. Cada vez mais se percebe que existe uma crise no sistema carcerário e o Supremo Tribunal Federal trouxe quatro soluções para essa crise: diminuir a população carcerária dos presídios, audiências de custódia, concessão de cautelares penais, penas alternativas da prisão. A essência da pesquisa científica é abordar o instituto do estado de coisas inconstitucional e provar que o ativismo judicial é a ferramenta certa para implantar essas soluções e que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem trabalhar juntos para melhorar a crise no sistema carcerário brasileiro.

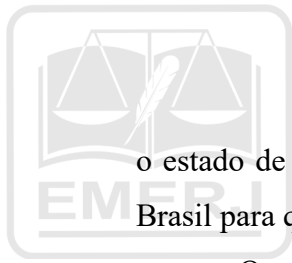
Palavras-chave – Direito Constitucional. Estado de Coisas Inconstitucional. ADPF nº 347. Sistema Carcerário Brasileiro. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial.

Sumário – Introdução. 1. Porque o Estado de Coisas Inconstitucional foi Trazido para o Brasil da Colômbia na ADPF 347. 2. Estado de Coisas Inconstitucional e o Ativismo Judicial. 3. A Aproximação pelo Trabalho em Conjunto entre os Poderes do Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute e analisa como o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347 importou para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto do estado de coisas inconstitucional. Procura-se demonstrar que o discutido instituto é ativismo judicial, mas que essa é a única forma de solucionar a problemática do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir mostrar que, o uso correto do estado de coisas inconstitucional assim como do próprio ativismo judicial, no caso do sistema carcerário, podem trazer benefícios ao país, uma vez que tem como consequência a aproximação dos poderes legislativo, executivo e judiciário e o trabalho em conjunto desses poderes.

Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: 1. Qual a intenção do Supremo Tribunal Federal em trazer o estado de coisas inconstitucional para o Brasil da Colômbia na ADPF 347? 2. É possível sustentar que



o estado de coisas inconstitucional é ativismo judicial? 3. É viável aproximar os poderes do Brasil para que eles consigam trabalhar em conjunto?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a discussão que gira entorno da separação dos poderes no Brasil. Sempre existem diversos entendimentos sobre o tema, de modo que este artigo científico pretende buscar o melhor entendimento.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito do instituto do estado de coisas inconstitucional, da separação dos poderes, assim como do ativismo judicial. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de que os poderes podem se aproximar a fim de buscar soluções a problemas latentes no Brasil, e mesmo assim manter as suas respectivas atribuições próprias.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto trazido da Colômbia, o estado de coisas inconstitucional e comprovar que esse instituto foi trazido para melhorar a problemática que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

Segue-se analisando juridicamente, no segundo capítulo, se o estado de coisas inconstitucional é ativismo judicial e se for, busca analisar quais são as conseqüências e qual é o limite desse ativismo judicial.

O terceiro capítulo pesquisa e conseqüentemente defende a possibilidade de os poderes legislativo, executivo e judiciário poderem trabalhar em conjunto para melhorar e aprimorar não só o sistema carcerário, como também outros problemas do país.

Para tanto, foi necessário refletir os atuais problemas do sistema carcerário do Brasil, as razões e as conseqüências desses problemas, para assim conseguir chegar a uma conclusão se o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente quando da ADPF nº 347 ou não.

A presente pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o foco do pesquisador é enfrentar 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 biografia pertinente à temática em foco, sendo analisada e listada na fase exploratória da pesquisa, que são a legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. A INTENÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRAZER O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA O BRASIL DA COLÔMBIA NA ADPF 347

Este capítulo apresenta um instituto trazido da Colômbia¹, o estado de coisas inconstitucional, e comprova que esse instituto foi trazido para melhorar a problemática que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

O instituto do estado de coisas inconstitucional pode ser classificado como uma novidade no Direito Constitucional brasileiro. Portanto, se mostra uma tarefa árdua conceituá-lo, doutrina e jurisprudência tentam realizar essa tarefa a todo momento. Este artigo ousará conceituar de forma objetiva e acertada este instituto.

O estado de coisas inconstitucional ocorre quando há uma omissão reiterada de diversos órgãos estatais que ao não cumprirem com as suas funções violam de forma generalizada direitos e garantias fundamentais, cabendo, portanto, ao poder judiciário apontar medidas a serem tomadas pelos poderes legislativo e executivo, a fim de proteger e corrigir a violação a esses direitos.

Criado na Colômbia, o estudado instituto, teve como *leading case*² um processo no qual figuraram no polo ativo um grupo de professores que tiveram seus direitos previdenciários violados por órgãos estatais. A Corte Constitucional Colombiana decidiu determinando as soluções a serem seguidas para o fim da violação inconstitucional.

Importado para o Brasil, o estado de coisas inconstitucional, teve a sua primeira aplicação na ADPF 347³, julgada pelo Supremo Tribunal Federal na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

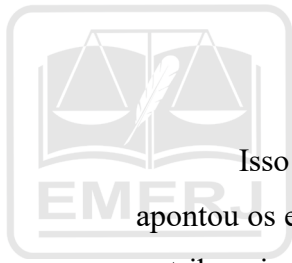
É cediço que, o sistema carcerário brasileiro, há tempos, vem mostrando diversas violações a direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal⁴. Por inúmeras omissões dos órgãos estatais o cárcere brasileiro se tornou algo inexplicável, apenas consegue entender quem convive diariamente dentro desse sistema.

¹COLÔMBIA. Corte Constitucional de. *Sentencia de Unificación* – SU 559. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>.

²Ibid.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17. set. 2017.

⁴Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2017.



Isso posto, o STF⁵ ao declarar a inconstitucionalidade de todo o sistema de cárcere, apontou os erros, e definiu soluções para essa problemática. A primeira delas foi que os juízes e tribunais lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319, do Código de Processo Penal⁶.

Essa primeira solução proposta pelo Ministro Marco Aurélio tem como base a própria lei federal, qual seja o Código de Processo Penal⁷. Segundo ele em seu voto na ADPF 347⁸, a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. Dessa forma, parece chegar ao óbvio usar da própria lei para solucionar tal problemática.

Teve como segunda solução, a determinação, pelo STF, de audiências de custódia dentro de vinte e quatro horas após o momento da prisão. É certo que na prática, esta segunda solução apontada pelo Supremo Tribunal Federal não vem sendo cumprida de forma satisfatória, e por isso, os aplicadores do direito tecem críticas a dita audiência, como por exemplo, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages). Contudo, não é o objetivo do presente trabalho científico apontar críticas doutrinárias.

A terceira solução posta pelo STF foi para que os juízes e tribunais considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Deve se levar em consideração, como dito, o quadro dramático que vive o sistema penitenciário. Em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. Não há como ignorar este fato.

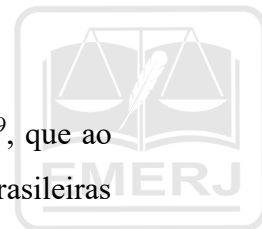
Teve como quarta solução para os juízes quando possível, estabelecerem penas alternativas a prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

⁶Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 18 set. 2017.

⁷Ibid.

⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.



Aqui, torna-se importante citar o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo⁹, que ao falar sobre a problemática do sistema penitenciário brasileiro, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor.

A quinta foi proibir o poder executivo guardar as verbas do fundo penitenciário nacional. Fazendo que, com isso, as verbas desse fundo sejam usadas para a sua finalidade precípua que é a manutenção do sistema carcerário no Brasil.

Como bem disse o Ministro¹⁰ em seu voto há sim uma relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

É certo que o STF, ao declarar inconstitucional o sistema carcerário, apontando um “fazer” a outro Poder – como visto para o poder executivo – agiu com certo ativismo judicial. O ativismo judicial não é bem visto pelos juristas brasileiros, sempre se aponta um perigo alarmante de o poder judiciário começar a usar o ativismo para criar novas interpretações de leis como bem entender.

Contudo, andou bem o STF na ADPF 347¹¹. Basta uma análise superficial da dita Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para entender que não restava outra solução que não a tomada pelo Supremo, sob pena de não ter mais solução para o cárcere brasileiro com o passar dos anos.

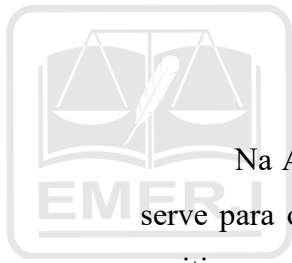
A novidade sempre assusta, tudo que é novo causa certa estranheza e espanto, mas a sociedade não pode deixar de evoluir por medo. Se mostrava necessária a adoção de alguma solução para a problemática do sistema carcerário, e o Supremo, como Corte Constitucional, nada mais fez que a sua função típica que é de solucionar violações constitucionais.

Ao apontar um fazer para os outros poderes, não ultrapassou a sua função originária e nem faz com que os outros poderes – executivo e legislativo – o façam. Basta que o poder executivo e o poder legislativo cumpram com as suas funções típicas, originárias, que é de executar e legislar, respectivamente.

⁹BRASIL. *Jornal Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 25. Fev. 2018.

¹⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹¹Ibid.



Na ADPF 347¹², não se pede que o legislativo ultrapasse a sua função, e isso também serve para o executivo. Pelo contrário, o STF apenas pretende que os poderes parem de se omitir e conseqüentemente parem de violar direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal¹³. O STF está a proteger a CRFB/88¹⁴. E se ao realizar esta tarefa tiver que agir com certo ativismo judicial, que seja. Alguma medida tinha que ser tomada, bom para a sociedade que a Corte Suprema o fez.

Para corroborar com tudo dito neste primeiro capítulo, é adequado mostrar as estatísticas sobre o sistema carcerário brasileiro, estatísticas estas, as mesmas usadas na ADPF 347¹⁵.

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹⁶

Dessa forma, fica comprovado que o estado de coisas inconstitucional foi trazido da Colômbia para o Brasil para melhorar o sistema penitenciário brasileiro e não para apenas ser uma nova forma de ativismo judicial.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹³Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18. set. 2017.

¹⁴Ibid.

¹⁵Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

¹⁶Ibid.

2. A POSSIBILIDADE DA SUSTENTAÇÃO DE QUE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL É ATIVISMO JUDICIAL

Este capítulo visa enfrentar um assunto que não é visto com bons olhos pelos operadores do direito no Brasil. Primeiro, porque a Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, em seu artigo 2º, traz de forma cristalina a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e em seu conteúdo a Constituição¹⁸ aponta quais são as atribuições típicas e atípicas de cada um desses poderes de modo que um não pode interferir nas atribuições dos outros, inclusive, recebendo o nome de “sistema de freios e contrapesos” ou *checks and balances*.

Depois, porque o ativismo judicial consiste em dar mais poder para o judiciário, com isso os juízes gozariam de mais munições para agirem da forma que bem entenderem, e é claro, se essas munições forem usadas de maneira errada, causaria um efeito contrário ao pretendido.

Contudo, o presente artigo científico vai comprovar que o ativismo judicial tem grandes possibilidades de dar certo, de modo que é o melhor caminho para dar plena efetividade ao instituto do estado de coisas inconstitucionais apresentado na ADPF nº 347¹⁹.

Se mostra importante aqui, remontar ao primeiro capítulo desta pesquisa científica, quando elenca-se as quatro soluções dadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347²⁰ para melhorar a crise que é latente no sistema carcerário brasileiro, quais sejam: a) diminuir a população carcerária dos presídios; b) audiências de custódia; c) concessão de cautelares penais; d) penas alternativas da prisão.

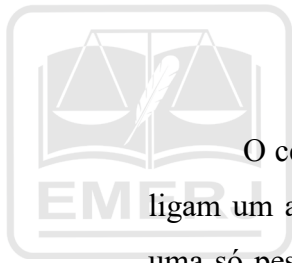
Percebe-se que todas as alternativas de melhora para o sistema carcerário são medidas judiciais que só podem ser efetivadas por juízes, sejam eles de primeiro, segundo grau ou dos Tribunais Superiores. Assim, não há alternativa mais viável do que conceder mais poderes para eles, sob pena de não conseguir se botar em prática essas medidas elencadas pelo Supremo.

¹⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4. mar. 2018.

¹⁸Ibid.

¹⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.

²⁰Ibid.



O cerne da questão é que quando se lê “ativismo judicial” automaticamente os juristas ligam um alerta interno, por causa do receio que existe de que quando se dá muito poder a uma só pessoa, essa pessoa tende a abusar desse poder. Esse receio não é de forma alguma infundado. Historicamente, todos os grandes ditadores tiveram todo o poder concentrado em suas mãos, e sabemos que são eles os autores das maiores atrocidades de que se tem conhecimento.

Ocorre que, esse receio, que beira o medo, não pode prosperar. É certo que, ao ler “ativismo judicial” as pessoas têm que se sentir tranquilas sabendo que juristas capacitados e justos estão a cuidar dos interesses da população como um todo. Ativismo judicial, nada mais é que um juiz extremamente capacitado, usando de todos os meios possíveis para resolver uma situação. É a personificação do Estado se empenhando para agir em prol da sociedade.

Pois bem, ultrapassada a questão de que o ativismo judicial, neste caso, seria algo positivo e não negativo, resta entrar no núcleo do capítulo e confrontar as medidas impostas pelo Supremo na ADPF nº 347²¹ e o ativismo judicial.

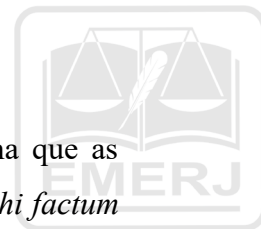
Como já foi apontado, o STF determinou que fosse diminuída a população carcerária e para atingir esse objetivo existem medidas a serem tomadas. Certo é que, essas medidas só podem ser tomadas por juízes de direito. Não podendo ser tomadas por políticos, sejam eles do Poder Legislativo ou Executivo. É que, apenas o Poder Judiciário tem em suas mãos artifícios para dar efetividade a essa medida.

O Poder Judiciário, por meio de seus juízes de direito com a ajuda dos servidores, tem o poder de dar um andamento mais rápido ao processo penal, é óbvio que esta medida não cabe somente aos juízes, porque se assim fosse estaria afirmando que a falta de celeridade no judiciário se dá por culpa dos juízes e isso não é verdade.

Contudo, os juízes e servidores têm o poder, na medida do possível, de fazer com que os processos sigam a sua marcha natural e que com isso cheguem logo ao seu final, qual seja o julgamento do mérito do processo. E só quem pode fazer isso é o Poder Judiciário.

O Supremo determinou também que fossem realizadas audiências de custódia, para que nelas fique apurado a necessidade da prisão do acusado. De novo, isso só pode ser efetivado pelo Poder Judiciário. O juiz é o único que pode presidir audiência, tanto que, uma decisão sem a assinatura do magistrado é um ato inexistente para o mundo jurídico.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.



Não há falar em audiência sem juiz. Existe um brocardo no qual se afirma que as pessoas têm que fornecer apenas os fatos ao juiz que ele lhes dirá o direito: *dabo mihi factum dabo tibi jus*. Ademais, existe o princípio do *iura novit curia* que consiste em não se fazer necessário provar em juízo a existência da norma jurídica invocada, pois se parte do pressuposto de que o juiz conhece o direito e irá aplicá-lo da melhor forma possível.

Outra determinação do STF foi a concessão de cautelares penais, presentes no artigo 319, do Código de Processo Penal²². Ora, somente os juízes têm o poder de aplicar ou, como no caso, deixar de aplicar uma pena. As medidas cautelares são penas alternativas as penas privativas de liberdade, ou seja, os juízes podem deixar de aplicar a pena de cárcere fechado e aplicar uma dessas medidas cautelares diversas da prisão.

Vale lembrar que as medidas cautelares diversas da prisão são um procedimento judicial que visa a prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito. Isto porque é um ato de precaução ou um ato de prevenção promovido no judiciário, onde o juiz pode autorizar quando for manifesta a gravidade, quando for claramente comprovado um risco de lesão de qualquer natureza, ou na hipótese de ser demonstrada a existência de motivo justo amparado legalmente.

Por último, foi apontado pelo Supremo que fossem aplicadas as penas alternativas da prisão. São penas alternativas da prisão a pena restritiva de direito, prevista no artigo 43, do Código Penal²³, e a pena de multa, prevista no artigo 49, do mesmo diploma²⁴. Hoje, se discute sobre a reparação do dano com efeitos penais.

Vale lembrar que essas são as três vias do direito penal para o jurista alemão Claus Roxin²⁵. A primeira via do direito penal são as penas privativas de liberdade e restritivas de direito, a segunda via do direito penal, para Roxin, é a pena de multa e a terceira via é a reparação do dano com efeitos penais.

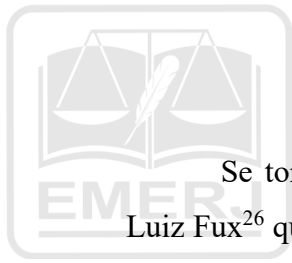
Fato é que como todas as hipóteses acima apontadas, essa também recai sobre o Poder Judiciário. Só quem tem competência para condenar em um processo penal, pena esta ou aquela, é o juiz de direito. De modo que não há pensar em um político condenando uma pessoa a serviços comunitários.

²²Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso: em 4. mar. 2018.

²³Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso: em 4. mar. 2018.

²⁴Ibid.

²⁵ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.



Se torna oportuno aqui, citar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux²⁶ que traz à baila, em seu voto na ADPF nº 347, o que entende por ativismo judicial-dialógico:

Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem verificado em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países. Então, aqui, cita-se como exemplo a corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir. E me recordo, por exemplo, que na Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas. Mas, aqui, já há um passo adiante. Aqui o que se alega é que já há uma previsão constitucional e uma previsão legal, e que essas previsões constitucionais, em primeiro lugar, eclipsadas em direitos fundamentais, elas estão sendo descumpridas.

Em suma, o estado de coisas inconstitucional e o ativismo judicial estrutural dialógico só se mostram necessários em democracias caracterizadas por sub-representações e por ostensiva inércia das autoridades públicas na concretização das pretensões constitucionais, e visam harmonizar e coordenar os poderes do Estado. Portanto, na qualidade de principal guardião da dimensão constitucional da democracia, cabe ao STF alinhar as instituições dos poderes públicos no caminho do respeito à dignidade humana, como última trincheira dessa parcela significativa de pessoas ignoradas socialmente e vítimas de um sistema penitenciário absolutamente falido.

Isso porque o ativismo judicial decorrente do reconhecimento do ECI promove a harmonização entre os poderes públicos em prol de algumas minorias deliberadamente ignoradas. Notadamente, isso exige uma remodelação do princípio da separação de poderes, sob pena de esvaziamento de direitos fundamentais. É dizer, este princípio não deve ser visto sob uma ótica rígida e meramente organicista. Aliás, atualmente, fala-se até em ativismo constitucional, pois, em nome da Carta Federativa²⁷, todo poder público deve adotar um perfil ativista na proteção dos direitos fundamentais.

Assim, em uma concepção dinâmica da separação de poderes, o ativismo judicial estrutural finca suas bases de legitimação democrática, máxime em razão do atual panorama político-representativo brasileiro, que é assaz defeituoso e seletivo. Esse ativismo estrutural

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 4. mar. 2018.

²⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4. mar. 2018.

consequente do ECI, portanto, assenta-se em ambientes de democracias atrofiadas. Dessa forma, na qualidade de guardião da dimensão constitucional da democracia, cabe ao STF reajustar os poderes públicos no caminho do respeito à dignidade humana, como última trincheira da cidadania.

3. A VIABILIDADE DE APROXIMAR OS PODERES DO BRASIL PARA QUE ELES CONSIGAM TRABALHAR EM CONJUNTO

O terceiro capítulo pesquisa e conseqüentemente defende a possibilidade de os poderes legislativo, executivo e judiciário poderem trabalhar em conjunto para melhorar e aprimorar não só o sistema carcerário, como também outros problemas do país.

Para tanto, foi necessário refletir os atuais problemas do sistema carcerário do Brasil, as razões e as conseqüências desses problemas para assim conseguir chegar a uma conclusão se o Supremo Tribunal Federal agiu corretamente quando da ADPF nº 347²⁸ ou não.

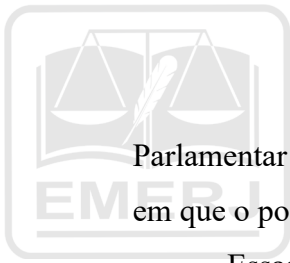
Se mostra também necessário aqui tecer comentários sobre as atribuições dos poderes do Brasil, atribuições que lhes foram determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil.²⁹

É certo que, cada um dos poderes, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário, tem as suas atribuições típicas – que são as atribuições para que eles “foram criados” para desenvolver – e as atribuições atípicas – as quais eles não “foram criados” para desenvolver – mas que por questões de administração os poderes se encontram aptos a desenvolverem.

Temos como exemplo claro aqui, a atividade que um Juiz de direito exerce ao realizar a administração do cartório, exercendo função de comprar papel, caneta, dentre outras coisas. No poder Executivo temos o exemplo de o Presidente da República editando medidas provisórias, assim, exercendo uma função legislativa. E por fim temos a Comissão

²⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.

²⁹Idem. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.



Parlamentar de Inquérito, prevista no artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição da República³⁰, em que o poder legislativo exerce função jurisdicional.

Essas atribuições atípicas se mostram de suma importância para o funcionamento diuturno dos poderes, afinal, ficaria inviável ter que requisitar a outro poder da república uma ação tão simples quanto comprar papel e caneta.

Também se mostra importante as atribuições dos poderes, para o exercício do (dito acima) sistema de freios e contrapesos ou como também é conhecido sistema dos *checks and balances*. Ora, se a Constituição Federal³¹, permite e ainda fomenta a fiscalização de um poder pelo outro, se torna cristalina a importância das funções típicas e atípicas dos poderes da república.

O artigo 2º, da CRFB³² nos ensina que o poder Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes da União e são independentes e harmônicos entre si.

São independentes, ou seja, eles exercem as suas atribuições, como dito, sem depender um do outro. Para um leitor desavisado pode parecer que os poderes são de certa forma, livres para realizarem as atribuições conferidas a eles pela Constituição da forma que quiserem uma vez que são independentes. Mas isso não é verdade.

Basta continuar a leitura do artigo 3º, da CRFB³³ que percebe-se o intuito do constituinte com o dito artigo. Os poderes são independentes sim, mas também são harmônicos. Sendo que eles não podem trabalhar de forma desgovernada, sendo cada um por si. Deve existir uma contribuição, um balanço e existe o sistema dos freios e contrapesos.

Os poderes devem trabalhar em perfeita harmonia, sob o risco de um deles não ser capaz, intencionalmente ou não, de exercer as suas atribuições. E é o que acontece nos dias de hoje com o sistema carcerário brasileiro.

O Executivo e Legislativo não foram capazes de sozinhos administrar o sistema carcerário, o transformando nas “masmorras medievais” dantes mencionadas nessa pesquisa científica. Fazendo com que as prisões tenham superlotação, um problema que assola a realidade brasileira.

³⁰BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.



A ADPF nº 347³⁴ vêm para trazer a solução para esse problema. O Estado de Coisa Inconstitucional vêm para solucionar esse mal que nos assombra. Mas para que isso se concretize é preciso o trabalho em conjunto dos poderes.

É certo que o ativismo judicial é uma ferramenta crucial para este trabalho. Contudo, vimos também que sozinho o poder judiciário não vai conseguir obter o êxito esperado com a ADPF 347³⁵. É preciso um trabalho em equipe entre os poderes, para que o êxito se alcance.

O Poder Legislativo deve realizar a prática de sua atribuição típica e com isso editar leis com o fim de diminuir a população carcerária. Não, esta pesquisa não está defendendo a depenalização ou a descarcerização de crimes. A presente pesquisa, apenas ousa dizer que se as leis fossem mais justas, com preceitos secundários (penas) condizentes com a conduta criminosa, iriam ser presas as pessoas que deveriam ser presas e iriam ser soltas as pessoas que merecem ser soltas, diminuindo assim a população carcerária e ainda conseguindo ser mais justo na própria punição penal.

É cediço que, quando legislador edita uma normal penal incriminadora, com seu preceito primário e seu preceito secundário, ele leva em consideração a chamada política criminal. Foi assim nos crimes tributários e foi assim no crime de uso de substâncias entorpecentes, quando o legislador optou por descarcerizar o uso no artigo 28, da lei 11.343/06³⁶. Não deixou de ter um tipo penal incriminador, apenas não tem mais pena privativa de liberdade.

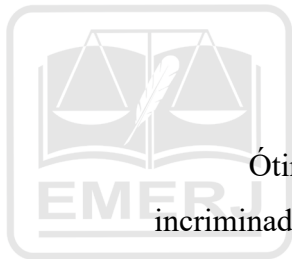
Aliás, esse se torna um bom exemplo a ser usado para minimizar a população carcerária. Sem aqui, entrar na discussão sobre a liberação das drogas, ao fim ao cabo, pessoas não são mais presas por usar drogas e isso diminui a população carcerária.

Outra forma que o legislador tem de diminuir a superlotação dos presídios, é a edição de normas incriminadoras com penas alternativas de prisão. Nem todo crime precisa de cárcere. Contudo no Brasil, vivemos uma cultura que só se resolve problemas sociais com o direito penal e mais com pena privativa de liberdade. Não usa-se políticas públicas e nem sequer se fala em educação social. Campanhas para junto com a população são altamente eficazes e usadas em peso nos países desenvolvidos.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.



Ótimo exemplo a ser usado aqui é a campanha contra o tabagismo. Não foi incriminado e mesmo assim cada vez diminui mais o número de fumantes ao redor do país. Solução que deveria ser mais explorada.

Cabe ao poder Executivo ajudar nesse trabalho em conjunto com os outros poderes, para obter o fim que tanto almejamos. E cabe a ele ajudar realizando exatamente essas políticas públicas, agora citadas.

A educação social é uma realidade vivida em inúmeros países, de modo que nos dias de hoje, existem campanhas na Inglaterra para as pessoas perderem o preconceito com as segundas-feiras. Parece uma informação irrelevante a primeira vista, contudo, transparece bem o nível de evolução em que a sociedade inglesa chegou a ponto de se preocupar com assuntos que para o Brasil são impensáveis.

Cabe ao poder executivo ainda editar medidas provisórias, como sua atribuição atípica, concedida pela Constituição Federal³⁷. Então, se o chefe do executivo, que foi eleito pelo povo com voto direto e secreto tem o poder de editar medidas provisórias e com isso melhorar a situação do sistema carcerário no Brasil, ele deve fazê-lo.

É certo que o chefe do executivo não pode editar medidas provisórias sobre normas penais incriminadoras, pelo simples fato de a própria Constituição Federal, em seu artigo 62, parágrafo 1º, I, “b”³⁸, dizer que é vedado a edição de medidas provisórias que versem sobre matéria de direito penal e processo penal.

Contudo, conforme entendimento do professor Luiz Flávio Gomes³⁹, medidas provisórias não podem descrever o crime. No entanto, para beneficiar o réu admite-se a analogia e até mesmo os costumes. Razão pela qual não há como afastar a possibilidade de medidas provisórias que beneficiem réu. Nesse sentido o renomado autor se vale da manifestação do próprio Supremo no RE nº 254818-PR ao discutir efeitos benéficos introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela MP nº 1571/97. Trata-se de uma visão garantista do direito penal.

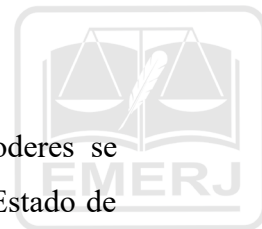
Dessa forma, percebe-se, que o poder executivo também tem a sua forma de contribuir para o problema que se tornou o sistema carcerário brasileiro.

Diante de tudo o que foi explanado, fica fácil visar que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem e devem trabalhar em conjunto para por em prática tudo o que

³⁷BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

³⁸Ibid.

³⁹GOMES, Luiz Flávio. *Livro Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pg. 130.



foi decidido na ADPF 347⁴⁰. É sim possível e extremamente válido que os poderes se aproximem de forma que possam se ajudar, na medida do possível, para aplicar o Estado de Coisa Inconstitucional no Brasil e melhorar a crise do sistema carcerário brasileiro.

Basta apenas que cada um faça a sua parte para que juntos possam proporcionar aos presos, que estão em estado de miséria, uma passagem mais digna e humana pelo presídio, aumentando assim as chances de uma melhora nesse preso e de uma reinserção na sociedade mais harmoniosa.

CONCLUSÃO

Em conclusão, esta pesquisa científica ousou demonstrar o problema que assola o sistema carcerário brasileiro na atualidade. Por meio de doutrina, jurisprudência, leis e até dados científicos de pesquisas realizadas, comprovou que a superlotação dos presídios é um caos e deve ser melhorado o mais urgente possível.

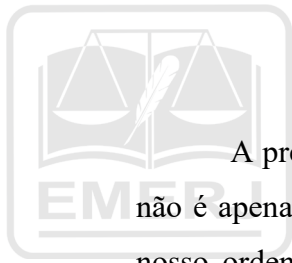
Como solução viável, apresentou a ADPF nº 347, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao trazer do direito comparado, *in caso*, da Colômbia, o Estado de Coisas Inconstitucional, trouxe também quatro medidas para a melhora do sistema carcerário brasileiro, quais sejam: a) diminuir a população carcerária dos presídios; b) audiências de custódia; c) concessão de cautelares penais; d) penas alternativas da prisão.

Contudo, para que essas medidas sejam implantadas no ordenamento jurídico brasileiro é necessário uma atuação em conjunto dos poderes da república, Legislativo, Executivo e Judiciário.

É certo que o poder judiciário possui maiores ferramentas para a solução do caso concreto. Por todas, a utilização do chamado ativismo judicial. Este não se trata de concentração de poderes em uma determinada pessoa ou órgão, mas sim deixar que o judiciário use de seus meios para enfrentar essa crise que passa o Brasil.

De toda sorte, o judiciário não pode agir sozinho, mesmo com uma ferramenta tão poderosa como o ativismo judicial precisa do auxílio dos poderes Legislativo e Executivo. Todos têm que trabalhar em prol da melhora do sistema carcerário brasileiro, porque do contrário, essa crise nunca vai acabar.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 20. mar. 2018.



A presente pesquisa encerra afirmando que a crise no sistema judiciário tem solução e não é apenas a construção de mais presídios. Na verdade, as soluções já estão presentes em nosso ordenamento jurídico, basta usá-las, aplicá-las. Porque se os poderes, juntos, derem efetividade a todas soluções possíveis, o sistema carcerário brasileiro caminhará para um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 18 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 17. set. 2017.

_____. *Jornal Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>. Acesso em: 25. fev. 2018.

_____. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 20. mar. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de. *Sentencia de Unificación – SU 559*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Julgado dia: 6 de novembro de 1997. Acesso em: 15. out. 2017. Julgado dia: 6 de novembro de 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Livro Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pg. 130.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FRAUDE CONTRA O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Juliana Alves Lameira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – as relações de Direito de Família são extremamente complexas, de modo que, o fim de tais relações merece especial atenção. Infelizmente, é muito comum que a pessoa jurídica seja usada para ocultar bens no momento da dissolução da união estável e do casamento, lesando o ex-cônjuge ou ex-companheiro no momento da partilha dos bens. Para evitar que isso ocorra, é possível aplicar o procedimento da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil. Assim, o presente artigo busca estudar esse procedimento, verificar a sua compatibilização com os princípios constitucionais e com a natureza personalíssima das ações de divórcio e dissolução de união estável e, por fim, analisar os seus efeitos.

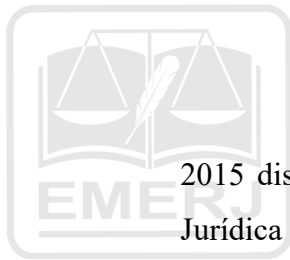
Palavra-chave- Direito Processual Civil. Intervenção de Terceiros. Incidente de Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica.

Sumário- Introdução. 1. A desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica no novo CPC sob o prisma dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. 2. A legitimidade para figurar na ação personalíssima de divórcio e de dissolução de união estável diante da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica. 3. A decisão de desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica e seus efeitos no divórcio e na dissolução da união estável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica diante das fraudes realizadas para ocultar o patrimônio no fim do casamento ou união estável. A pessoa jurídica não pode ser usada para esconder o patrimônio do cônjuge ou companheiro, de modo que a instauração do incidente de desconsideração inversa da pessoa jurídica é necessária para a ineficácia desse ato fraudulento.

Procura-se estudar e delimitar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os limites impostos pela desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica no direito de família, sobretudo após a vigência da Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Embora o artigo 50 do Código Civil, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, dentre outros diplomas legais prevejam a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, até a edição do Código de Processo Civil de 2015 não havia uma normatização processual para a matéria. Assim, atendendo ao clamor da doutrina e da jurisprudência, a Lei 13.105 de 16 de março de



2015 disciplina expressamente o Incidente de Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica em seu Livro III, Título III, Capítulo IV.

Essa disposição processual é muito relevante para o direito de família, pois muitas vezes o cônjuge ou companheiro, antes do fim do casamento ou união estável, transfere seus bens para o patrimônio da pessoa jurídica para não precisar dividi-los com a (o) companheira (o) ou cônjuge. Diante dessa confusão patrimonial fraudulenta o Código de Processo Civil, em seu artigo 133, §2º admite a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, de modo que a pessoa jurídica responde pelas obrigações do sócio, sendo atingido no momento da partilha de bens no fim do casamento ou união estável.

Assim, a temática possui grande importância social, tendo em vista que o fim de relações conjugais é um fenômeno recorrente em nossa sociedade, e, sobretudo, possui grande importância jurídica, pois o procedimento para atingir o patrimônio da pessoa jurídica, usada na ocultação de patrimônio no fim do casamento ou união estável deve respeitar os princípios constitucionais da legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos II, LIV e LV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Deste modo, no primeiro capítulo do artigo são analisadas as inovações legislativas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil acerca da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, discutindo a compatibilidade do procedimento previsto com os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e legalidade.

No segundo capítulo, se examina a aplicação desse procedimento nas relações de direito de família, sobretudo na ação de divórcio, que é personalíssima. Sob esta perspectiva, verifica-se a (i) legitimidade daquele que em conluio com o cônjuge ajudou na ocultação dos seus bens para figurar na ação de divórcio.

Por fim, no terceiro capítulo da pesquisa científica são analisadas as consequências práticas da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica em uma ação de divórcio, discutindo-se a efetividade do procedimento e as vantagens para o cônjuge lesado em sua instauração.

A fim de realizar um exame crítico dessas importantes questões adota-se o método hipotético-dedutivo, de modo que serão escolhidas proposições, as quais se acredita que são verdadeiras e adequadas para examinar o objeto em questão, para então corroborá-las ou refutá-las por meio de uma linha argumentativa coerente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, valendo-se o pesquisador 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. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CPC SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica já era prevista por diversos diplomas legais, tais como, o Código Civil¹, o Código de Defesa do Consumidor², contudo, até o advento do Novo Código de Processo Civil³ não tínhamos uma normatização processual, sendo necessária a análise do procedimento previsto na novel legislação.

Alexandre Câmara⁴ explica que o Novo Código de Processo Civil (CPC)⁵ consagrou o instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica como uma modalidade de intervenção de terceiros, por meio da qual um terceiro ingressa na demanda, passando a ter responsabilidade patrimonial em casos em que a limitação da responsabilidade do sócio, ou da sociedade, gerava distorções. Deste modo, caso o incidente seja positivo, o terceiro que ingressou na demanda passa a ocupar o polo passivo da ação em litisconsórcio com o demandado original.

Assim, diante das inovações trazidas pelo Novo CPC⁶, é preciso analisar a forma pela qual o patrimônio da pessoa jurídica passa a responder pelas obrigações de seu sócio, sendo necessário verificar se esse procedimento é previsto na legislação vigente. Em caso de resposta positiva, deve-se verificar como é o procedimento, analisando a necessidade de instauração de um incidente processual e ainda verificar se os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal são respeitados.

Conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho⁷, a pessoa jurídica, em função do princípio da autonomia patrimonial, é um ente com personalidade própria que não se confunde com a pessoa dos seus sócios. Contudo, a pessoa jurídica não pode ser usada para a realização de fraudes, de modo que havendo a sua utilização para o cometimento de abusos, cabe a desconsideração de

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

² Ibid. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

³Ibid. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo código de Processo Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 94.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ Ibid.

⁷COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito da empresa*. 13. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.



sua autonomia, para que responda pelas obrigações do sócio, por meio do fenômeno da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica não tem como objetivo a sua extinção, havendo apenas a suspensão de sua eficácia para buscar o patrimônio dos sócios. Na situação inversa, a qual também é tutelada pelo ordenamento jurídico, pode haver a suspensão da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, para que se possa atingir seus bens em razão das obrigações do sócio.⁸

Acerca do procedimento da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, de acordo com o artigo 133, §2º do CPC⁹, seu procedimento é o mesmo da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Sobre o procedimento, desde logo, cabe responder que há o pleno respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Isso porque existe um procedimento previsto em lei por meio do qual, a pessoa jurídica participa do processo de formação de decisão que resulta na sua responsabilização patrimonial, podendo influenciar o pronunciamento judicial.

Fredie Didder Jr.¹⁰ salienta que, antes do advento do atual Código de Processo Civil havia grande controvérsia doutrinária acerca da necessidade de observância do contraditório para atingir o patrimônio do sócio – no caso da desconsideração –, ou da pessoa jurídica – no caso de desconsideração inversa. Contudo, hoje, não há mais dúvidas, para atingir o patrimônio de terceiro, é preciso amplo debate, sendo necessário o prévio contraditório, conforme determina o artigo 135 do CPC¹¹.

Assim, para que a pessoa jurídica seja privada de seus bens, em observância ao devido processo legal, existe um procedimento à ser observado o qual possui normatização processual prevista nos artigos 133 a 137 do CPC¹². Alexandre Câmara¹³, com base no artigo 133 do Código de Processo Civil¹⁴, afirma que o incidente não pode ser instaurado de ofício¹⁵, dependendo de provocação da parte interessada ou do Ministério Público, quando atuar no processo, podendo ser instaurado em qualquer tipo de processo e em qualquer fase processual,

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivim, 2017, p. 584.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰ DIDIER JR, op. cit., p. 587.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² Ibid.

¹³ CÂMARA, op. cit., p. 95.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Flávio Tartuce defende que é possível, em alguns casos, de ordem pública, a decretação da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica de ofício, como no âmbito das relações de consumo, TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 83.

conforme o artigo 134 do CPC¹⁶, não havendo mais controvérsia acerca do momento adequado para a desconsideração.

Ressalvadas as hipóteses em que o demandante requer a desconsideração na petição inicial, na quais, o sócio e a pessoa jurídica ocupam o polo passivo desde o momento da propositura da ação, a instauração do incidente é obrigatória para que um terceiro, estranho à relação de direito material deduzida em juízo ingresse na demanda, conforme o artigo 134, §2º e 795, §4º do CPC¹⁷. Assim, verifica-se que a instauração desse incidente processual é essencial para que o patrimônio da empresa ou do sócio sejam atingidos.

A instauração desse incidente suspende o processo, exceto quando o pedido de desconsideração é feito na petição inicial, de acordo com o artigo 134, §3º do CPC¹⁸. Deste modo, é possível requerer a desconsideração inversa na petição inicial, havendo uma cumulação de pedidos, um em face do sócio e um em face pessoa jurídica; é possível também fazer um pedido superveniente de desconsideração, por meio de um incidente processual, no qual há uma cumulação ulterior de pedidos; e, por fim, é possível fazer um pedido autônomo de desconsideração, sem a sua cumulação com qualquer outro, por meio de uma ação autônoma.¹⁹

Caso seja adotada via incidental, em claro respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, o artigo 135 do CPC²⁰ dispõe que instaurado o incidente, a pessoa jurídica ou o sócio é citado para se manifestar e apresentar provas no prazo de 15 dias, cabendo ao magistrado decidir após um juízo de cognição exauriente por meio de uma decisão interlocutória, tendo em vista que o incidente não extingue o processo, conforme artigo 136 do CPC²¹.

Com a decisão de procedência, o patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica – no caso da desconsideração inversa –, pode ser atingido para o cumprimento da obrigação, conforme o artigo 790, incisos II e VII, do CPC²². Além disso, por inteligência do artigo 137 do CPC²³, todos os atos de alienação ou oneração praticados pela pessoa jurídica ou pelo sócio, após a sua citação são ineficazes, o que resguarda a efetividade do incidente de desconsideração.²⁴

Diante do exposto, é possível realizar a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica devendo ser observado o regramento processual instituído pelo Novo Código de Processo Civil, o qual pode ser instaurado por meio de um incidente processual, por uma

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ DIDIER JR, op. cit., p. 587.

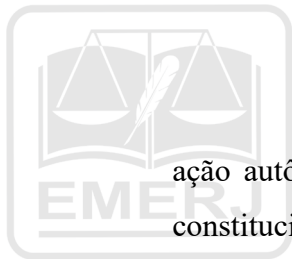
²⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ CÂMARA, op. cit., p. 104.



ação autônoma, bem como requerer no bojo da petição inicial. Em respeito aos princípios constitucionais, o pedido de desconsideração, bem como o pedido de desconsideração inversa, é decidido pelo magistrado, podendo o sócio ou a pessoa jurídica, influenciarem nessa decisão, podendo produzir provas.

Por fim, importante notar que o regramento estabelecido pelo Código de Processo Civil não trata dos pressupostos da desconsideração, tendo em vista que é matéria do Direito Material e não do Direito Processual.²⁵ Por esse motivo, o artigo 133, §1º do CPC²⁶, estabelece que o pedido de desconsideração deve observar o procedimento previsto em lei. O código de processo civil regula apenas o procedimento a ser observado pelo incidente instaurado. Assim, cada ramo do Direito Material trata dos requisitos para que haja a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, no âmbito do Direito de Família, conforme se verificará, aplicam-se as regras do Direito Civil, o qual verifica o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

2. A LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NA AÇÃO PERSONALÍSSIMA DE DIVÓRCIO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL DIANTE DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Conforme o exposto, o artigo 134, §4º do CPC²⁷ determina que, o requerimento de desconsideração deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração. Assim, os requisitos variam de acordo com a relação de direito material em análise.

Neste sentido, por meio da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica passou a ser possível que os bens da pessoa jurídica respondam pelas obrigações de seus sócios ou administradores, suspendendo-se momentaneamente o seu ato constitutivo, evitando eventual fraude esvazie os direitos de terceiros. Logo, caso seja deferida a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica haverá uma ampliação subjetiva da demanda, formando-se um litisconsórcio passivo facultativo²⁸, de modo que a pessoa jurídica passará a integrar a ação, como parte legítima.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷ Ibid.

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 94.



Nas relações de família, muitas vezes o cônjuge ou o companheiro, no momento em que a união chega ao fim, transfere os seus bens maliciosamente para o patrimônio da empresa para prejudicar a meação do outro cônjuge ou companheiro.²⁹ Diante disso, os requisitos para a aplicação da inversão estão no artigo 50 do Código Civil³⁰, de modo que o interessado deve demonstrar a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, que é verificado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial no caso concreto.

Sobre este ponto, importante salientar que o Código Civil de 2002 adotou a denominada teoria maior da desconsideração, segundo a qual o prejuízo do credor não é suficiente para a sua decretação, de modo que a manipulação ou a fraude devem ser demonstradas respeitando-se o devido processo legal, o que não impede a sua declaração de forma incidental.³¹

Diante disso, nas ações de família, mais especificamente nas ações de divórcio e de dissolução de união estável, os bens da própria pessoa jurídica podem responder pelas obrigações de seus sócios e administradores quando estes esvaziam seu patrimônio, transferindo-o para a pessoa jurídica, a fim de prejudicar a divisão dos bens.³²

Entretanto, como é cediço, as ações de divórcio e de dissolução de união estável são ações personalíssimas, motivo pelo qual começou a se questionar como a pessoa jurídica pode integrar o polo passivo de tais ações nos casos de desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica.

Freddie Didier Jr.³³ leciona que, ao lado do interesse de agir, a legitimidade das partes é pressuposto processual, isto é, requisito de admissibilidade do processo, de modo que, se ausente, a ação deve ser extinta sem resolução do mérito na forma do artigo 485, VI, do CPC/15³⁴. Sendo assim, a verificação da legitimidade para agir, legitimidade *ad causam* é fundamental para verificar se a parte realmente pode ocupar aquela posição processual, isto é, se possuiu pertinência subjetiva.

Sobre este ponto, cabe salientar que as condições da ação, inclusive a legitimidade *ad causam* são analisadas com base na teoria da asserção, isto é, de acordo com base no afirmado

²⁹ MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ MADALENO, ROLF, op. cit., p. 76/77.

³² CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

³³ DIDIER JR, op. cit., p. 385.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.



na petição inicial, sendo assim, como seria possível que a pessoa jurídica integre uma ação de divórcio ou de dissolução da união estável?

Em relação à ação de divórcio, o artigo 1.582, do Código Civil³⁵, dispõe que apenas os cônjuges possuem legitimidade para realizar o pedido de divórcio, tendo em vista o seu caráter personalíssimo. Entretanto, embora a pessoa jurídica não tenha pertinência subjetiva para a ação de divórcio pura e simplesmente, diante de uma eventual cumulação de pedidos, em que também se questiona a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica em razão de uma fraudulenta confusão patrimonial, ela terá legitimidade para integrar a ação³⁶.

Ressalta-se que, conforme explica Flávio Tartuce³⁷, o entendimento também deve ser aplicado às ações de união estável, tendo em vista que foi equiparada processualmente à ação de divórcio pelos artigos 693 e 732, do CPC/15³⁸.

Assim, em que pese a pessoa jurídica não integre as relações de direito de família, decretada a desconsideração inversa, os atos constritivos poderão alcançar o patrimônio da pessoa jurídica possibilitando a satisfação integral do valor devido, desprezando-se eventual separação patrimonial ou limitação da responsabilidade.³⁹ Em outras palavras, embora a pessoa jurídica não seja sujeito da relação de direito material, participará do processo como parte processual legítima.

Aliás, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial número 1.236.916/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013, DJe de 28/10/2013 entendeu que:

É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva.⁴⁰

Ademais, recentemente a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial número 15.221.42 / PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, enfrentou novamente a questão da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, concluindo que em caso de ação de divórcio, aquele que participou do ato

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶ CALMON, op. cit., p. 232.

³⁷ TARTUCE, Flávio. *A desconsideração da personalidade jurídica e suas aplicações ao direito de família e das sucessões*: terceira parte. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁹ Ibid., p. 236

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.236.916/RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201100311609.REG.>>. Acesso em: 12 fev. 2018.



fraudulento para prejudica o cônjuge também deve ser incluído no polo passivo da ação, vejamos:

A sócia da empresa, cuja personalidade jurídica se pretende desconsiderar, que teria sido beneficiada por suposta transferência fraudulenta de cotas sociais por um dos cônjuges, tem legitimidade passiva para integrar a ação de divórcio cumulada com partilha de bens, no bojo da qual se requereu a declaração de ineficácia do negócio jurídico que teve por propósito transferir a participação do sócio/ex-marido à sócia remanescente (sua cunhada), dias antes da consecução da separação de fato.⁴¹

Deste modo, embora a ação de divórcio, bem como a dissolução de união estável sejam ações personalíssimas, a pessoa jurídica bem como o (a) sócio (a) remanescente também podem ser incluídos na ação, desde que haja a cumulação de pedidos para ser declarada a ineficácia dos atos fraudulentos praticados em conluio com o cônjuge ou companheiro com a finalidade de prejudicar o outro na partilha dos bens.

3. A DECISÃO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E SEUS EFEITOS NO DIVÓRCIO E NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Conforme o exposto, a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica é um importante instrumento nas ações de direito de família, sobretudo nas ações de divórcio e dissolução da união estável, nas quais a sociedade empresária é usada para ocultar os bens de seus sócios ou administradores, declarando-se a ineficácia dos atos fraudulentos, resguardando-se os direitos do cônjuge ou companheiro lesado.

Diante disso, é importante notar que, feito o pedido de desconsideração inversa pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro lesado, caso o pedido seja rejeitado, não poderá ser feito novo pedido com base nos mesmos fundamentos, sob pena de retrocesso da marcha processual, conforme o artigo 507 do CPC/15⁴². Entretanto, admite-se a instauração de novo incidente desde que com base em novos fatos.⁴³

⁴¹Ibid. *REsp* 1522142/PR. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1522142&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴³ROQUE, André. *Capítulo IV do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*. In: GAJARDONI, FERNANDO DA FONSECA. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 444.



Por outro lado, acolhido o pedido de desconconsideração inversa, seja em incidente processual, seja na petição inicial, a pessoa jurídica passará a integrar a relação processual, respondendo pelas obrigações como litisconsorte passivo sucessivo. A pessoa jurídica não é condenada na demanda, mas seus bens podem satisfazer a obrigação.

Sobre este ponto, é importante destacar que a decisão de desconconsideração resolve um tema próprio, ainda que por meio de um incidente processual. Por conseguinte, conforme explica Blecaute Oliveira Silva⁴⁴, por ser uma pretensão autônoma, submete-se ao regime da coisa julgada material, podendo ser objeto de ação rescisória. Do mesmo modo, a decisão que indefere a desconconsideração também pode ser rescindida.

Cabe salientar que a desconconsideração bem como a desconconsideração inversa são medidas excepcionais que não extinguem a pessoa jurídica, entretanto, determinadas obrigações são estendidas ao sócio ou à pessoa jurídica, havendo a suspensão episódica da sua autonomia, para coibir eventuais desvios. Com a desconconsideração não há a perda da personalidade da pessoa jurídica, uma despersonalização, mas uma perda momentânea de sua autonomia.⁴⁵

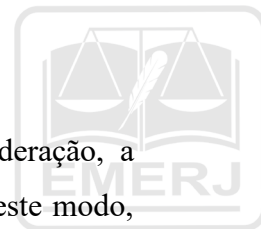
Tendo em vista a excepcionalidade da medida, Marlon Tomazette⁴⁶ explica que a desconconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica deve ser usada com ressalvas pois, o sócio possui quotas ou ações que integram seu patrimônio, as quais podem ser penhoradas para o pagamento de suas obrigações pessoais. Deste modo, se é possível satisfazer os credores sem atingir a pessoa jurídica, não seria razoável admitir a desconconsideração inversa em qualquer hipótese. Além disso, caso seja verificada a existência de um negócio jurídico fraudulento, este pode ser anulado. Assim, em certos casos, pode-se resolver a questão sem atingir a personalidade da pessoa jurídica, sendo a desconconsideração inversa desnecessária.

Contudo, caso seja necessária a desconconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, a pessoa jurídica continua a existir para os demais atos, sendo a desconconsideração apenas nos limites do processo. A pessoa jurídica não é dissolvida ou liquidada, mas passa a ser responsável patrimonial pela dívida, de modo que a desconconsideração tem natureza constitutiva, pois cria uma situação jurídica nova.

⁴⁴ SILVA, Blecaute Oliveira. Desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.) *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.

⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Atlas, 2017, p. 314.

⁴⁶ TOMAZETTE, op. cit., p. 353.



O artigo 137 do CPC/15⁴⁷ dispõe que acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens fraudulenta é ineficaz em relação ao requerente. Deste modo, não é necessário que o ato abusivo seja previamente anulado, para que os bens de terceiros possam ser atingidos.⁴⁸ Por outro lado, o artigo 792, §3º do CPC/15⁴⁹ disciplina que qualquer ato de alienação ou oneração de bens ocorridos a partir da citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela medida será considerado como fraude à execução.

Diante disso, qual seria o termo inicial da fraude? Seria a decisão que acolhe a desconconsideração ou citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar? A questão é controvertida na doutrina. Parcela defende que o termo inicial será a citação da pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar⁵⁰, embora há quem entenda que basta a citação daqueles que terão seus patrimônios sujeitos à execução em razão da desconsideração.⁵¹

Em que pese a divergência doutrinária, o artigo 792 do CPC/15⁵² produz um importante efeito. Além da desconsideração inversa tornar o patrimônio da empresa responsável pelo débito, possibilita que caso outrem, estranho à essa relação, adquira um bem em fraude à execução, também seja afetado pela desconsideração⁵³. Por este motivo, o artigo 792, §4º do CPC/15⁵⁴ permite que este terceiro oponha embargos à execução, em respeito ao princípio do contraditório.

Ademais, cabe salientar que a fraude pode ocorrer de diversas formas, como pela transferência da totalidade ou redução das quotas sociais de determinada sociedade a qual é a proprietária dos bens do casal. Embora a transferência das quotas seja válida e existente, ela será ineficaz em relação ao ex-cônjuge ou ex-companheiro lesado.

Sendo assim, deferida a desconsideração inversa, no momento da partilha dos bens, o magistrado poderá considerar a situação societária anterior ao ato fraudulento de transferência ou redução das quotas.⁵⁵ Também é possível que no momento da partilha dos bens, o juiz entenda pela compensação em prol do ex-cônjuge ou ex-companheiro prejudicado, até o montante desviado utilizando-se a pessoa jurídica.⁵⁶

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁸ CALMON, op. cit., p. 231.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁰ SILVA, op. cit., p. 31.

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 384.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵³ SILVA, op. cit., p. 31.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁵ MADALENO, op. cit., p. 224/225.

⁵⁶ Ibid. p. 239.



Logo, dependendo do caso concreto, o juiz verificará qual solução será melhor para tornar os atos fraudulentos praticados por meio da pessoa jurídica ineficazes. Entretanto, conforme explicita Rolf Madaleno⁵⁷, não é possível incluir o cônjuge ou companheiro prejudicado como sócio da empresa, tampouco será possível a dissolução da sociedade empresária, exceto se o próprio contrato social preveja tais possibilidades. De acordo com o artigo 1.027 do Código Civil⁵⁸, o lesado pode apenas requerer a divisão periódica dos lucros até a liquidação da sociedade.

Importante lembrar que, por vezes, o patrimônio do sócio e da pessoa jurídica se confundem, como ocorre no caso do microempreendedor individual (MEI), empresário individual e na empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Nestes casos, salvo na EIRELI, não há que se falar em desconsideração inversa da personalidade jurídica, pois a constrição judicial pode atingir diretamente os bens da pessoa jurídica.⁵⁹

Por fim, ressalta-se que a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, bem como a desconsideração inversa não se submetem à prescrição nem à decadência. Embora se enquadre como um direito potestativo do sujeito, de modo que, em um primeiro momento se submeteria a prazo decadencial, tal prazo não foi previsto em nossa legislação, podendo ser exercido em qualquer tempo, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial número: 1312591 / RS⁶⁰, julgado em 11/06/2013. Portanto, não se aplica o artigo 1.032 do CC, tendo e vista que o instituto da desconsideração comporta fenômeno diverso do previsto no dispositivo legal, não se submetendo a qualquer prazo de decadencial por falta de previsão legal.

CONCLUSÃO

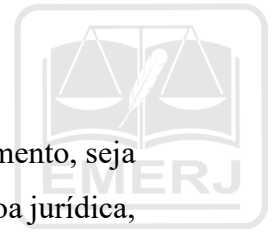
O novo Código de Processo Civil estabeleceu o procedimento para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, dirimindo muitas dúvidas procedimentais existentes até então, privilegiando os princípios do devido processo legal, legalidade, contraditório e ampla defesa. Deste modo, passou a ser possível a aplicação do instituto por meio de uma ação

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁹ CALMON, op. cit., p. 232.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1312591 / RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1312591&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em: 13 fev. 2018.



autônoma ou por meio de incidente processual, seja na fase do processo de conhecimento, seja na fase da execução. Logo, o incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, bem como a sua modalidade inversa, não viola as garantias processuais constitucionais. O procedimento previsto na norma processual estabelece um amplo debate, permitindo o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa.

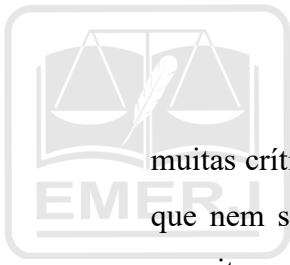
Por meio da desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica evita-se que a pessoa jurídica seja usada para a ocultação de patrimônio. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica não é instrumento para o cometimento de fraudes. Entretanto, os requisitos para a realização da desconsideração não estão previstos na norma processual, mas sim normas de direito material. No âmbito do direito de família aplica-se o artigo 50 do CC, o qual estabelece a necessidade de verificação do abuso da personalidade da pessoa jurídica, que ocorre por meio da confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, será possível a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica sempre que, o ex-cônjuge ou ex-companheiro utilizar a pessoa jurídica para ocultar bens no momento da partilha. O fato da ação de divórcio e de dissolução de união estável serem ações personalíssimas não impede que a pessoa jurídica figure no polo passivo da demanda, em litisconsórcio, ao lado do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

O deferimento da desconsideração inversa não gera a extinção da pessoa jurídica. Há apenas uma suspensão momentânea de sua autonomia, para impedir eventuais fraudes. Há uma ampliação subjetiva da demanda, de modo que, embora a pessoa jurídica não seja parte da relação de direito material, pode ser responsabilizada no momento da divisão dos bens, por meio de uma decisão que produz coisa julgada material. Aliás, tendo em vista a importância do tema, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça permitiu ainda a responsabilização do sócio que agiu em conluio com ex-cônjuge ou ex-companheiro na ocultação do seu patrimônio.

É relevante a declaração de ineficácia dos atos fraudulentos praticados para prejudicar o outro no fim do matrimônio ou união estável. Contudo, a desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica deve ser medida excepcional. Ela não deve ser usada quando for possível anular os negócios fraudulentos realizados. Isso porque, até mesmo terceiros podem ser afetados pela decisão de desconsideração inversa da personalidade da pessoa jurídica, tendo em vista que os atos de alienação ou oneração ocorridos após a citação da pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar podem ser reconhecidos como fraude à execução.

Por todo o exposto, verifica-se que a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, bem como sua modalidade inversa, é instituto de suma importância. Embora receba



muitas críticas por ter sido inserida como hipótese de intervenção de terceiros, tendo em vista que nem sempre se caracteriza como tal, a normatização processual merece aplausos, pois permite um efetivo contraditório evitando-se decisões injustas. O estabelecimento de um procedimento previsto em lei para a sua aplicação conferiu segurança jurídica para o seu deferimento. Assim, a previsão legislativa facilitou o procedimento e tornou a decisão mais eficaz, de modo que, eventuais fraudes não impedem a correta partilha dos bens nas ações de divórcio e dissolução de união estável. Logo, a normatização processual trouxe grandes avanços para as ações de direito de família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At_02015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.236.916/RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201100311609.REG>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. *REsp 1522142/PR*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1522142&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. *REsp nº 1312591 / RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1312591&b=ACOR&p=true&l=1&i=10>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo código de Processo Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito da empresa*. 13. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivim, 2017.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

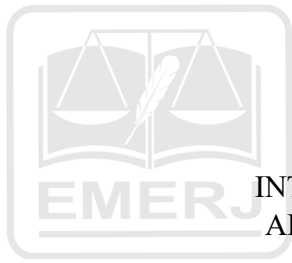
NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROQUE, André. *Capítulo IV do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*. In: GAJARDONI, FERNANDO DA FONSECA. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *A desconsideração da personalidade jurídica e suas aplicações ao direito de família e das sucessões: terceira parte*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em 12 fev. 2018

_____. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. rev. e atual. V. 1. São Paulo: Atlas, 2017.



INTERPRETAÇÕES E USOS DA *REQUEST FOR PROPOSAL* (RFP) PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE

Juliana dos Santos Gerivazo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – as necessidades da Administração Pública se apresentam de forma complexa e, por isso, nem sempre os procedimentos regulamentados na lei de licitações servem para atender de forma eficaz a demanda. Da falta de previsão para realizar a melhor escolha nasce o uso da Solicitação de Oferta, ou *Requesto for Proposal* (RFP), pela Administração. A essência do trabalho é abordar o uso desse instrumento eminentemente privado pelo Poder Público, sua legalidade e como o Tribunal de Contas da União o admite.

Palavra-chave – Direito Administrativo. Licitação. Dispensa de Licitação. Pesquisa de Mercado. Solicitação de Proposta. *Request for Proposal*.

Sumário – Introdução. 1. 1. Legalidade da *request for proposal*. 2. Utilização da RFP e sua admissão pelo Tribunal de Contas da União 3. Uso da RFP como fase anterior para procedimento licitatório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa à análise das interpretações e legalidade do uso da *Request for Proposal* pela Administração Pública, dentro do contexto em que o direito público adstringe-se à lei e utiliza um instrumento do direito privado, comumente usado no âmbito comercial, para se valer das escolhas nas suas contratações.

Para tanto, os entendimentos do Tribunal de Contas da União a respeito do tema serão abordados para discutir a legalidade do uso da *Request for Proposal* (RFP), ou Solicitação de Proposta em livre tradução, frente a falta de regulamentação legal para o uso em órgãos públicos.

Os princípios norteadores do Direito Administrativo e Constitucional determinam que o Administrador está adstrito aos limites da lei. Contudo, como justificar o uso de um instrumento privado para a escolha de um contratado que sequer possui regulamentação ou forma pré-estabelecida? Nesse papel em branco, a Administração, acostumada a trabalhar com bases legais bem definidas e atos delimitados, encontra-se desamparada para elaborar um documento como a RFP, pois os princípios que devem ser utilizados e quais devem ser afastados ficam em um limbo. E a resposta é encontrada por vezes extraíndo-se do entendimento das decisões do TCU, em casos em que ele analisou processos de dispensa de licitação nos quais

utilizou-se a solicitação de proposta.

O tema é de raso material doutrinário, encontrando melhor amparo na jurisprudência dos Tribunais de Contas, mais especificamente no da União. Mas merece atenção em virtude dos objetos de grande importância para o país, pois as Solicitações de Proposta analisadas envolvem segurança nacional e altos valores para justificar a utilização desse instrumento.

Para melhor compreensão do tema, busca-se elucidar a utilização da Solicitação de Proposta pela Administração Pública e a confusão que é feita com o procedimento licitatório. Se ela é bem utilizada, servindo-se como um mecanismo de melhor escolha ou uma simples desvirtuação do uso do procedimento licitatório.

Nessa linha, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a falta de regulamentação legal para a RFP e sua utilização pela a Administração Pública.

O segundo capítulo irá abordar a efetividade da utilização da RFP pela Administração Pública e como o TCU admite a sua aplicação ante a ausência normativa apontada no capítulo primeiro.

O terceiro capítulo da pesquisa abordará a utilização da RFP tendo como parâmetro o procedimento licitatório. Uma vez que a administração utiliza-se da licitação há décadas para realizar suas contratações, quando precisa recorrer a mecanismos privados e que não encontram relação com o padrão das minutas de editais e contratos disponibilizadas nos *sites* da Advocacia Geral da União (AGU) ou Procuradorias do Estado (PGE), acaba por realizar RFP que mais parecem editais de licitação. E, da análise de tais minutas verifica-se o uso distorcido de princípios do direito administrativo que não se coadunam com o uso da RFP.

A abordagem da pesquisa jurídica necessariamente qualitativa, considerando que a pesquisadora pretende se valer da jurisprudência pertinente ao tema em foco, para sustentar a tese.

1. LEGALIDADE DA REQUEST FOR PROPOSAL

A Administração Pública exerce atividade complexa a fim de atender ao interesse público. E, para alcançá-lo, vale-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, quando necessita firmar contratos para realizar obras, prestar serviços, fornecer bens dentre outros.

A Constituição Federal¹, em seu art. 37, inciso XXI, determina que as obras, serviços,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 31 maio. 2018.



compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Logo todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de licitação.

Objetivando a igualdade de condições aos concorrentes, bem como a seleção da melhor proposta, a Administração vale-se da licitação, que segundo Carvalho Filho² é o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Outra definição de licitação que merece destaque por trazer em seu bojo a necessidade dos critérios objetivos é a do professor Marçal Justen³:

licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico com a observância de todos os requisitos legais exigidos.

Das definições trazidas pelos doutrinadores, verifica-se que o procedimento administrativo precisa de critérios objetivos e predeterminados a fim de garantir a isonomia entre os interessados no oferecimento das propostas.

Ocorre que a licitação nem sempre traduz o melhor método para determinadas aquisições, como em casos de projetos complexos. Daí o administrador recorre às práticas mercantis para sanar lacunas legislativas de instrumentos hábeis a atendê-lo.

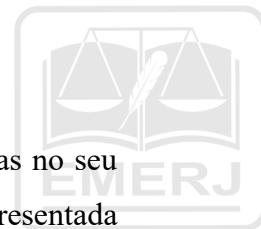
Um desses instrumentos que vêm sendo utilizados pela Administração Pública é a *Request for Proposal* (RFP).

Inicialmente, cumpre delimitar a definição de RFP a fim de que não seja confundida com os demais instrumentos mercantis existentes tais como a RFI (*request for information*) e a RFQ (*request for quotation*).

Em tradução livre, *request for proposal* significa “solicitação de proposta”. Normalmente é utilizada quando quando a empresa verifica que tem um problema, mas não sabe como desejá-lo resolver, pois precisa de um orçamento que leva em conta diversos cenários e a necessidade de diversos serviços prestados por várias empresas para sua consecução.

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág 248.

³JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág 15.



Através do orçamento tradicional não é possível mensurar todas as etapas envolvidas no seu desenvolvimento e processo de aquisição.⁴ Desta forma observa-se que a RFP é apresentada no início do ciclo de aquisições, seja no estudo preliminar ou na etapa de aquisição.

É um documento que deve conter todas as informações possíveis para que os fornecedores possam oferecer a melhor proposta para o solicitante, tais como o que a empresa esta procurando adquirir, as especificações do que se pretende comprar – podendo neste caso se incorporar ao documento a análise de requisitos, garantir que os fornecedores respondam de fato aos requisitos identificados.

A maior vantagem na sua utilização é o recebimento de várias propostas de fornecedores, o que auxilia no processo de decisão que se realiza a partir de uma metodologia de pontuações e negociações comerciais. Em geral, espera-se seguir um procedimento estruturado de avaliação e seleção, para que se possa demonstrar imparcialidade - um fator crucial nas aquisições do setor público.

Normalmente a RFP envolve mais que uma solicitação para o preço, como um simples orçamento. Ela pode incluir informações sobre a capacidade técnica - usada em grandes aquisições de serviços, onde o item não tenha sido previamente feito ou onde o requisito possa ser atendido por variados meios técnicos – informações sobre produtos, como disponibilidade de estoque e período para conclusão estimado e referência sobre clientes que podem ser verificadas para determinar a adequação de uma empresa.

Quanto mais detalhadas as especificações, maiores as chances de que a proposta seja precisa. Em geral, são enviadas para uma lista de fornecedores ou fornecedores aprovados.

Passada a rápida análise do que é a RFP, verifica-se que tal modalidade de aquisição não guarda relação com a licitação prevista na Lei nº 8.666/93. Inicialmente, a RFP não possui regramento legal, enquanto esta possui previsão constitucional. Afinal, prevê o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/1998, competir privativamente à União Federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”⁵.

⁴ HUMBOLDT STATE UNIVERSITY. *Information technology service*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150721145920/http://www2.humboldt.edu/its/node/1633>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

⁵ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 14 out. 2017.



O Tribunal de Contas da União⁶ já se deparou com processos em que a metodologia da Solicitação de Proposta fora utilizada as subcontratações realizadas pelo Consórcio que realiza as atividades desenvolvidas no âmbito do Sisfron (Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras).

Na oportunidade, o TCU limitou-se a verificar que o uso dessa sistemática não exclui a necessidade de o gestor avaliar a capacidade técnica das subcontratadas, inclusive das empresas integrantes do consórcio, para certificar-se de que não houvesse a contratação de empresas inabilitadas técnica ou financeiramente. Ou seja, não houve uma análise quanto a legalidade ou não do uso da RFP no processo, mas apenas a verificação da conduta dos gestores a fim de afastar problemas na execução do projeto.

O TCU trata a RFP como uma “consulta direta ao fornecedor”, ou seja, uma fonte de informação para obtenção de dados sobre preços e informações técnicas nas contratações públicas. O Administrador quando necessitar analisar o mercado visando obter dados sobre preços para as suas contratações pode-se utilizar da RFP.

Contudo, a RFP se propõe a muito mais que simplesmente obter dados sobre preços, por mais complexo que possa ser o projeto/serviço. Nos casos analisados do TCU, a RFP fora utilizada como um subprojeto de um projeto maior.

A RFP não se confunde com um edital de licitação. Enquanto o edital se caracteriza como o ato pelo qual a Administração divulga as regras a serem aplicadas em determinado procedimento de licitação – tendo natureza jurídica complexa, uma vez que tem tanto função divulgatória quanto normativa além de possuir previsão legal no art.40 da Lei 8.666/93⁷, a RFP não possui forma e nem requisitos mínimos definidos, a RFP precisa, em linhas gerais, fornecer informações e detalhes de viabilizar que os fornecedores ofereçam a melhor proposta.

Por ser utilizada em grandes projetos, a RFP prevê processo para receber perguntas e disponibilizar respostas, técnicas para tratar as propostas alternativas e os requisitos mínimos para que as propostas atendam aos padrões necessários à consecução do projeto, abrangendo, não só o preço, mas as áreas técnicas, logísticas, industrial, offset e comercial que o envolvem.

Desta forma, não obstante a falta de regulamentação, a RFP deve incluir informações definidas até então no termo de referência ou no projeto básico, uma vez que essas informações

⁶ Idem. Tribunal de Contas da União. *TC n° 025.650/2014-9*. Relator Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/request%2520adj2%2520proposal/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁷ Idem. *Lei n°8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2018



afetam a percepção de risco das empresas, que por sua vez influência nos preços oferecidos por elas.

Para o Tribunal de Contas não há questionamento quanto à legalidade da RFP. Mesmo que não haja base normativa que preveja sua utilização, não foi encontrado nenhum julgado no sentido de combater ou questionar o seu uso. Quando não confundida, ou erroneamente chamada, de uma modalidade de licitação, como o convite⁸, por exemplo, o Tribunal limitou-se a determinar a realização de condutas aos gestores dos projetos visando o melhor aperfeiçoamento do uso do mecanismo em análise, bem como manter a boa gestão na aquisição de bens públicos.

2. UTILIZAÇÃO DA RFP E SUA ADMISSÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Realizada a devida pesquisa jurisprudencial, verifica-se que a RFP é utilizada pela Administração Pública em um processo de dispensa de licitação. Desta forma, necessário contextualizar sua aplicação para melhor entender sua aplicação pelos órgãos públicos.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI⁹, determina que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

De acordo com a Norma Constitucional, a aquisição de bens e serviços pela administração pública deve ocorrer, em regra geral, através de processo licitatório, regulamentado por legislação infraconstitucional que especificará suas ressalvas e exceções.

Com efeito, a regulamentação do artigo 37 da Constituição Federal se deu através da Lei nº 8.666/93 que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”¹⁰.

⁸Idem. Tribunal de Contas. *Acórdão 3359/2013* – Plenário. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=15764&p2=2003&p3=7>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁹ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁰ Idem. *Lei nº 8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> . Acesso em: 10 mar. 2018



A licitação é um procedimento prévio de seleção através do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato, tendo como intuito permitir que se ofereçam propostas e que seja escolhida a mais interessante e vantajosa para o interesse público, impondo regras de controle que devem ser respeitadas pelo gestor.

A Constituição entendeu que a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação para a Administração. Mas ela própria se encarregou de limitar tal presunção, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Entretanto, permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes. Nesse quadro, o art. 24, da Lei nº 8.666/93¹¹, afirma ser dispensável o procedimento licitatório para o fornecimento de bens e serviços ali enumerados.

Verifica-se, pois, que a previsão legal de dispensa não elimina dois postulados consagrados, a primeira é a existência de um procedimento administrativo e o segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.

A contratação direta, como assim é chamada as hipóteses em que a licitação é afastada, exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível, somente em casos excepcionalíssimos é que a Administração estaria autorizada a contratar sem a observância dessas requisitos, como no caso de emergência tão grave que a mínima demora ensejaria pusesse em risco a satisfação dos valores perseguidos pela Administração.

Desse modo, para aplicação da dispensa de licitação, a lei¹² e a própria Constituição Federal trazem, em seu bojo, princípios e normas gerais aplicáveis à contratação que não são afastados com a dispensa da licitação, devendo ser observados mesmo em casos de contratação direta, dentre os quais se destacam: (I) Princípio da impessoalidade – pelo qual a administração não pode contratar em razão de características subjetivas do contratado, mas sim de forma impessoal; (II) Princípios da moralidade e da probidade – pelos quais a contratação deve se dar com honestidade, seriedade e boa-fé, não servindo para atender a interesses pessoais ou de

¹¹ Ibidem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm > .Acesso em: 10 mar 2018.

¹² Ibidem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm > . Acesso em: 10 mar 2018.



determinado grupo; (III) Princípio da publicidade – pelo qual se permite a qualquer interessado participar e fiscalizar a contratação. Sendo este princípio, neste caso, mitigado em razão da existência de informações sigilosas; (IV) Princípio da eficiência – pelo qual os atos administrativos e as contratações devem se dar da forma mais eficiente para a administração, sob o ponto de vista da gestão de recursos públicos; (V) Princípio da isonomia – pelo qual a todos os interessados devem ser garantidas igualdades de condições e de tratamento; e (VI) Princípio da supremacia do interesse público – pelo qual toda e qualquer contratação feita pela administração pública deverá atender ao interesse público, ou seja, deverá ser justificadamente a mais adequada e eficaz para toda a sociedade administrada.

Portanto, apesar da dispensa de realizar procedimento licitatório formal para as aquisições, devem ser atendidos e comprovados todos os princípios administrativos aplicáveis às contratações públicas.

Nesse cenário, como forma de garantir a lisura da contratação e a escolha de uma proposta mais vantajosa (técnica e comercialmente), que atenda de forma mais adequada ao interesse público, surge a figura da *Request for Proposal* – RFP ou “Pedido de Proposta”.

Trata-se, pois, de um instrumento não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, embora venha sendo “regulamentado” por meio de jurisprudências e orientações normativas emanadas pelos órgãos de controle externo da administração pública como o Tribunal de Contas da União, conforme já citado no capítulo anterior.

Nesse sentido, verifica-se que a RFP não é um instrumento jurídico - como seria um edital licitatório ou uma carta convite -, mas apenas um instrumento de cunho comercial e negocial, pelo qual se permite à administração pública conhecer a realidade de mercado daquele bem ou serviço que pretende adquirir, a fim de solucionar um problema.

A RFP é um procedimento preparatório inicial para posterior análise e negociação de propostas que resulta na contratação por dispensa de licitação.

Sua utilização se dá precipuamente no ambiente privado, mas, por vezes, também já foi utilizada pela Administração Pública.

Da análise da jurisprudência do TCU, verifica-se que, quando de forma simplificada para bens de simples definição - como os que visam a solução para operacionalização de central de informação¹³ - os órgãos públicos enviam uma solicitação de proposta por meio de correio eletrônico para a elaboração do mapa comparativo de preços.

¹³ Idem. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/solicitacao>>



Ocorre que a RFP não se resume a uma simples pesquisa de preço. O instrumento pode ser usado para obter informações técnicas que por vezes o contratante não dispõe. É um documento formal e escrito, que detalha os produtos e serviços a serem obtidos dos fornecedores. Ele estabelece os requisitos específicos que os fornecedores precisam ter em mente ao responder à oferta e descreve como a empresa irá analisar e premiar as propostas recebidas. Apesar da elaboração de uma RFP ser um processo longo e demorado vale a pena a dedicação e empenho principalmente para contratos de fornecimento contínuo.

Por essa razão o Tribunal de Contas, quando da análise dos processos que se utilizaram desse instrumento, limitou-se a expedir determinações para que o gestor melhor atenda aos princípios que garantem a lisura da futura contratação.

3. USO DA RFP COMO FASE ANTERIOR PARA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A RFP, no âmbito privado, é normalmente utilizada autonomamente para obter a melhor proposta para uma aquisição ou serviço. Contudo, quando utilizada pela Administração Pública se torna uma fase no procedimento licitatório.

Importante destacar que, quando utilizada pela administração como um procedimento prévio de escolha para embasar uma futura dispensa de licitação, a RFP não gera para os proponentes qualquer expectativa de direito.

Como regra geral, todas as pessoas têm o direito de participar de uma licitação ou RFP promovida pela Administração Pública. Todavia, o direito de participar de um processo seletivo não confere ao particular o direito ou a capacidade de contratar com a Administração Pública.

Isto ocorre porque a Administração Pública tem a prerrogativa de exigir que o particular comprove sua idoneidade para a contratação; isto é, demonstrar que tem condições jurídicas, financeiras e técnicas de executar o objeto do contrato.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu art. 27, os requisitos de habilitação, ou seja, os documentos que devem ser apresentados e as condições que devem ser atendidas pelo particular interessado em contratar com a Administração Pública.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;

[%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj%2520proposta/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false>.](#) Acesso em: 11 mar 2018.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Cabe observar, no entanto, que esses são os requisitos estritos de habilitação previstos em lei, mas que a prática, a doutrina e a jurisprudência admitem que a Administração Pública possa estabelecer, no ato de convocação, outras condições de participação relacionadas ao objeto da contratação

As condições do direito de licitar podem ser classificadas como genéricas e específicas.

São genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta.

São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica. Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado. Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, o direito de licitar existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato. Portanto, as ‘condições’ da licitação deverão ser fixadas tendo em conta o objeto da licitação.

(...)

Esse conjunto de exigências abrange os requisitos de habilitação, mas não se restringe a eles. Existem outras exigências previstas em lei e no ato convocatório que condicionam a admissibilidade da proposta de um licitante. Isso permite aludir a condições de participação em sentido amplo, gênero que abrande os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido restrito.¹⁴

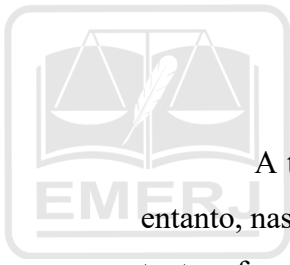
“A titularidade das condições do direito de licitar é denominada, usualmente, de ‘habilitação’. No entanto, o vocabulário é também utilizado para indicar tanto a fase procedimento de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública.¹⁵

Todos em situação regular se encontram, em tese, em igualdade de condições perante a Administração para participarem do processo licitatório. Isso não impede a imposição de condições discriminatórias destinadas a assegurar que ela selecione o contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa. O direito de participar da licitação não se confunde com o direito de contratar com a Administração.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15 ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 454.

¹⁵ *Ibidem*. p. 453.



A titularidade das condições do direito de licitar é denominada de “habilitação”. No entanto, nas palavras do professor Marçal Justen¹⁶, o vocábulo também é utilizado para indicar tanto a fase procedimental de avaliação das condições de licitar como a decisão proferida pela Administração.

Essas condições podem ser genéricas como específicas. São genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente de uma situação concreta, como por exemplo a lista com os documentos referentes à regularidade fiscal e trabalhista contida no art. 29, da Lei nº 8.666/93. As específicas são aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função da contratação pretendida. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto pretendido.

Tratando-se de caso de dispensa de licitação, a Administração Pública tem maior discricionariedade, de modo que terá maior liberdade para fixar a regra da regularidade fiscal no instrumento de convocação, mas deverá fazê-lo de maneira justificada e não poderá criar exigências descabidas e/ou não relacionadas com o objeto da contratação.

Na hipótese de contratação direta, mediante processo de dispensa de licitação, a Administração Pública não fica desobrigada de verificar o preenchimento das condições de habilitação pela contratada. Nesse sentido:

3.5) As situações de contratação direta

Ressalte-se que o dispositivo silenciou sobre as hipóteses de contratação direta, o que permite induzir que a dispensa ou inexigibilidade não eliminará o dever de verificação dos requisitos de habilitação, ressalvadas as hipóteses enquadradas nos incs. I e II do art. 24. Uma ilação inafastável é a de que a contratação direta não importa, de modo mecânico, a dispensa de comprovação dos requisitos de habilitação. Ou seja, os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta.¹⁷

Igual atenção deve ser dada ao fato de que a Administração Pública tem a prerrogativa de solicitar informações adicionais ou mesmo determinar a realização de diligências a fim de verificar, se tiver dúvida, quanto a qualquer documento de habilitação fornecido pelos particulares. Nesse sentido:

A Administração pode promover diligências para comprovar a veracidade das informações prestadas pelo interessado e esclarecer dúvidas. Assim, a autenticação do documento não impede que a Administração conclua pela falsidade (material ou ideológica) do documento, desde que a tanto induzam os esclarecimentos efetivados. A autenticação não constitui, portanto, prova absoluta.¹⁸

¹⁶ Idem. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535

¹⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., 2012, p. 558.

¹⁸ Ibidem. p 556.



A RFP pode ser composta tanto por disposições de natureza técnica quanto de natureza jurídica. Em que pese a Administração ter a possibilidade de requisitar informações que julgar necessárias a qualquer tempo, o ideal é que a RFP traga a maior quantidade de informações técnicas possíveis para que os proponentes possam formular duas ofertas.

Com o objetivo de possibilitar o desenvolvimento de mecanismos que confirmem maior efetividade à realização de pesquisa de mercado e orientar a dispensa de contratação a Administração se serve da solicitação de proposta.

Vale destacar que a RFP é utilizada pela Administração enquanto uma pesquisa de mercado, para obter informações das mais variadas, tais como: interesse do mercado em executar determinado projeto, obter informações técnicas as quais ultrapassam seu campo de atuação ou mesmo o valor para executar determinadas empreitadas. Sendo assim, é dever da Administração fornecer a maior quantidade de informações para que os proponentes ofereçam a melhor oferta.

Mesmo que a administração não consiga fornecer, por fugir ao seu alcance, determinadas informações técnicas, o objeto vai estar conceituado com suas características mínimas desejáveis delimitadas, cabendo as proponentes oferecerem propostas melhores e/ou justificando a razão de não atender determinados requisitos técnicos. Afinal, justamente por não dispor da capacidade de dizê-los a Administração terá a possibilidade de conhecê-los e avaliar sua aplicação a sua necessidade.

Nesse sentido a RFP é utilizada anteriormente ao procedimento de dispensa de licitação. A partir da melhor proposta é que se irá realizar o procedimento administrativo de dispensa.

CONCLUSÃO

A utilização da RFP pela Administração Pública se dá em um processo de dispensa de licitação. Portanto, apesar da dispensa se realizar em um procedimento licitatório formal para as aquisições, devem ser atendidos e comprovados todos os princípios administrativos aplicáveis às contratações públicas. Nesse cenário, como forma de garantir a lisura da contratação e a escolha de uma proposta mais vantajosa (técnica e comercialmente), que atenda de forma mais adequada ao interesse público, surge a figura da Request for Proposal – RFP ou “Pedido de Proposta”.

Trata-se, pois, de um instrumento não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, embora venha sendo “regulamentado” por meio de jurisprudências e orientações normativas



emanadas pelos órgãos de controle externo da administração pública como o Tribunal de Contas da União.

A RFP é um procedimento preparatório inicial para posterior análise e negociação de propostas que resulta na contratação por dispensa de licitação.

Os procedimentos de RFP têm sido adotados para a aquisição de recursos militares e já são reconhecidos pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos do Plenário nº 543/2016, nº 1957/2007 e nº 279/2001, como uma forma de dar transparência a tais aquisições, devido ao fato de estabelecer critérios objetivos de escolha e julgamento.

Nesse sentido, a RFP não é um instrumento jurídico - como seria um edital licitatório ou uma carta convite -, mas apenas um instrumento de cunho comercial e negocial, pelo qual se permite à administração pública conhecer a realidade de mercado daquele bem ou serviço que pretende adquirir.

Somente após finda a RFP, com todas as informações prestadas pelos fornecedores, é que a Administração começará avaliar os propostas a fim de escolher a mais vantajosa. E aqui a vantajosidade não se limita ao menor preço. Podem haver pontos cruciais que determinem que determinada proposta, ainda que tenha um valor mais alto, seja melhor, como no caso da proposta prever o fornecimento de determinado sobressalente durante todo o período de vida útil de determinado aparelho.

As hipóteses que podem levar a Administração a julgar determinada proposta como mais vantajosas são muitas. Para tanto os critérios de pontuações e negociações comerciais precisam estar bem delimitados, a fim de propiciar a lisura do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18mar. 2017.

_____. *Lei nº8.666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> . Acesso em: 10 mar. 2018

_____. Tribunal de Contas da União. *TC nº 027.921/2010-7*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/027.943%252F2010/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 19set. 2017;



_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita %25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false)>. Acesso em: 11 mar 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *TC n° 025.650/2014-9*. Relator Marcos Bemquerer Costa. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/request%2520adj2%2520proposal/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas. *Acórdão n° 3359/2013* – Plenário. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=15764&p2=2003&p3=7>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 012.474/2013-4*. Acórdão 932/2017. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita %25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/solicita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520adj2%2520proposta/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/7/false)>. Acesso em: 11 mar 2018.

_____. Tribunal de Contas. *Processo n° 025.650/2014-9*. Acórdão 543/2016. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252aNUMACORDAO %253A543%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252aNUMACORDAO%253A543%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false)>. Acesso em: 10 ABRr 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HUMBOLDT STATE UNIVERSITY. *Information technology service*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150721145920/http://www2.humboldt.edu/its/node/1633>>. Acesso em: 31 mai. 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Dialética, 2014.



LEGITIMIDADE PARA NEGOCIAR DELAÇÃO PREMIADA

Juliete Janaine Beraldo de Pieri

Graduada pela Faculdade
Presbiteriana Mackenzie Rio.

Resumo – O artigo busca analisar a discussão acerca da legitimidade para propositura do acordo de delação premiada no direito brasileiro. Para isso vale-se de posições apresentadas pelos membros do Ministério Público e da Polícia Federal que disputam a legitimidade para propor o acordo e também do Supremo Tribunal Federal. A primeira instituição briga para ser exclusiva enquanto a segunda apresenta argumentos para que continue podendo propor os acordos. Inicialmente, busca-se apresentar as posições de membros do Ministério Público para que o artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei de Organizações Criminosas sejam considerados inconstitucionais. Depois, busca-se trazer a posição dos que prezam pelo artigo e por sua constitucionalidade. Ao final, pelo fato de essa questão ter chegado ao Supremo Tribunal Federal, através da ADI n. 5508, a qual está pendente de julgamento, apresentam-se as posições de alguns Ministros que já se pronunciaram a respeito da constitucionalidade ou não.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Instituto da delação premiada. Legitimidade. Controvérsias.

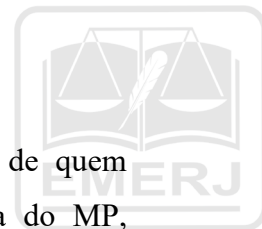
Sumário- Introdução. 1. Argumentos defendendo ser o Ministério Público o único legitimado para a propositura do acordo 2. A importância da atuação da Polícia Federal como parte legítima para propor a delação premiada 3. Constitucionalidade do artigo 4º, parágrafos 2º e 6º da Lei nº 12850. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz o debate acerca da Legitimidade para realizar acordos de delação premiada. O Ministério Público, por sua vez, alega que deveria ser o único a cuidar desse tipo de negociação, enquanto a Polícia Federal alega que ela também possui titularidade para tanto, tendo em vista a previsão legal na Lei nº 12.850/13.

Pretende-se com o presente artigo discutir qual entidade é responsável legítima para formalizar os acordos de delação premiada. Para tanto, abordam-se as posições de integrantes das duas entidades a respeito do tema.

Os delegados afirmam que possuem legitimidade para propor essa forma de colaboração, pois há previsão para tanto na Lei das Organizações Criminosas. Por outro, Procuradores da República, que lutam por legitimidade única para propor o acordo, dizem que tal via não dá segurança jurídica ao criminoso confesso, pois a delação proposta por autoridade policial, não impede o MP de mover ação penal.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os argumentos de quem defende que a legitimidade para propor acordo de delação deve ser exclusiva do MP, ressaltando os pontos positivos dessa competência única, e os problemas que uma delação realizada por autoridade policial pode gerar.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a importância da atuação da Polícia Federal como parte legítima para propor a delação premiada e a influência que isso tem sobre o desenrolar da fase inquisitorial.

O terceiro capítulo debate sobre a constitucionalidade do parágrafo 2º, do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 e a posição de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre assunto, que ainda é motivo de controvérsia.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, que se caracteriza pela qualificação dos dados coletados de doutrina e jurisprudência durante a análise do problema.

1. ARGUMENTOS DEFENDENDO SER O MINISTÉRIO PÚBLICO O ÚNICO LEGITIMADO PARA A PROPOSITURA DO ACORDO

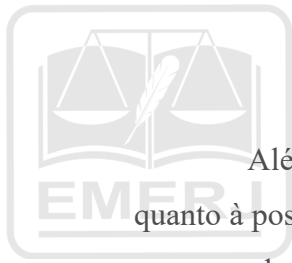
A Constituição da República confere ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127 CRFB) e a promoção privativa da ação penal (art. 129, I, CRFB); e à polícia, inquinada de judiciária, funções exclusivamente investigatórias (art. 144, § 1º, IV, e § 4º CRFB).

No art. 4º, §§ 2º e 6º, a Lei de Organizações Criminosas¹ autoriza esses servidores policiais a celebrar acordos de colaboração premiada e a “representar” por concessão de perdão judicial a colaborador, considerada a relevância da colaboração. Para os representantes do Ministério Público, esses dispositivos devem ser considerados inconstitucionais.

Segundo eles, os dispositivos supracitados violam o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo (art. 5º, LIV CRFB) e o sistema acusatório, por atribuírem função que é do MP, titular exclusivo da ação penal, à pessoas estranhas à carreira (art. 129, I e § 2º CRFB)².

¹ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.



Além de ser o Ministério Público o titular da ação penal, a previsão que existe na Lei quanto à possibilidade de o acordo ser celebrado pelo delegado de polícia, exige manifestação expressa do *Parquet* quanto ao mesmo. Isso porque, o acordo de colaboração tem natureza processual e, sendo assim, não teria o delegado capacidade postulatória para tal e tampouco seria parte legítima.

Nesse sentido, observa Oliveira³ que:

Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: extinguir a persecução penal em relação a determinado agente (sendo que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento da denúncia), viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial e promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial?

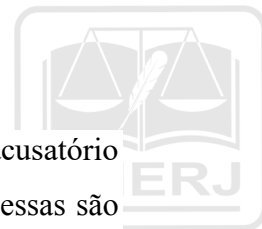
Para estes- que defendem a legitimidade única do MP- a Polícia Federal, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente §§ 1º e 4º CF), deve atuar para o processo penal, não no processo penal. Sendo assim, o acordo de colaboração, tendo previsão em lei e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu.

Esses dispositivos legais subtraem a titularidade do Ministério Público, conferindo a uma entidade que não é parte no processo, a prerrogativa de negociar cláusulas de acordo de colaboração, cujo escopo inclui: a não propositura de ação penal, o diferimento da propositura de ação penal, a proposta de perdão judicial e modulação de penas.

O acordo de colaboração premiada tem natureza processual, mesmo realizado antes do processo propriamente dito, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial;

Ademais, como o magistrado decidirá sobre os benefícios do termo de delação premiada, celebrado pela Polícia Federal, haveria um retrocesso ao modelo pré Constituição de 1988, quando ainda vigorava o sistema penal inquisitorial, no qual o juiz acusava e julgava. A ideia é que o juiz, por ser o responsável pela homologação do acordo e por fazer valer a maioria de suas cláusulas, seja o responsável por negociar com investigados.

³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal em virtude da Lei 12.850/13*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-Sa-edicao-lei-12-85013-2/>>. Acesso em: 01 mar. 2018.



Deve ser respeitado o modelo de processo decorrente do princípio acusatório determinado pela Constituição, que é chamado “processo penal de partes”, em que essas são as protagonistas (acusação e defesa); assim, cabe ao juiz, tão somente dirigir o procedimento e decidir as questões relevantes. Assim, volta-se ao primeiro argumento de que órgão que não seja parte não pode interferir na relação processual, muito menos para dispor sobre as pretensões em contraposição.

A Constituição prevê o devido processo legal, que dentre outros objetivos visa também preservar a imparcialidade do juiz, impondo para tanto, o princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio*), como garantia fundamental dos cidadãos. Ao admitir proposta de quem não é parte, a lei reforça um papel inquisitorial do juiz que repercute diretamente sobre essa previsão constitucional. Assim, se o acordo for proposto por autoridade policial, restaria prejudicada, de forma grave, o direito de defesa, porquanto o juiz acabaria tendo de intervir em negociação, feita sem provocação do titular da ação penal ou, pior, contra a posição deste.

Juiz inquisidor é figura não aceita pela Constituição da República, como o declarou o Supremo Tribunal Federal no tocante à antiga Lei do Crime Organizado, a citada Lei nº 9.034/1995⁴, na ADI nº 1.570/DF.⁵ Diante disso, a própria Lei nº 12.850/13⁶, em outra parte, quis afastar esse risco aos direitos fundamentais, ao vedar participação de juiz nos acordos em seu artigo 4º, § 6º.

No entanto, mesmo realizando essa vedação, de forma um tanto quanto incoerente, criou risco similar ao qual procurou evitar, no instante em que permitiu que magistrado judicial leve adiante ajuste em que o titular da ação penal não tenha participado e, pior, até mesmo acordos que tenha se posicionado contra.⁷

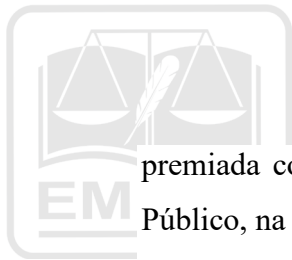
Pelo aspecto processual, colaboração premiada ainda poderá implicar suspensão, por no máximo doze meses (seis meses prorrogáveis por igual período), do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo, com suspensão do fluxo prescricional (art. 4º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013). É clara, do ponto de vista material, a natureza jurídica da colaboração

⁴ BRASIL. Lei nº 9.034/85. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.570/DF. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 12 fev. 2004, maioria. DJ, 22 out. 2004, p. 4; RDDP, n. 24, 2005, p. 137-146; Revista trimestral de jurisprudência, vol. 192(3), p. 838.

⁶ BRASIL. Lei nº 12.850/13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5508/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. P.18 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 mar. 2018.



premiada como instituto despenalizador e, por isso, de propositura exclusiva do Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, ou seja, de titular da ação penal pública.⁸

Sob pena de violação ao princípio acusatório e às funções do Ministério Público (art. 129, I e §2º, primeira parte, da Constituição⁹), ao devido processo legal e à própria natureza das coisas, o legislador não pode dispor da ação penal pública, para atribuir a quem não seja seu titular exclusivo, a possibilidade de mitigar-lhe a obrigatoriedade. Somente podendo transacionar sobre algum direito quem detenha autorização normativa para dele dispor.¹⁰

Investigação policial criminal deve fazer-se em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia firmadas pelo MP, pois é a este que tocará decidir sobre propositura da ação penal e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento.

A formação da opinio delicti compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (art. 129, I CRFB). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.¹¹

Bem o diz Marcelo Polastri Lima¹²: “sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.”

Além dos argumentos já expostos a definição dos prêmios pela Polícia Federal que dependem de outorga do juiz só acontecerá no momento da sentença, aumentando então a insegurança jurídica do delator, que sem saber o que irá receber — e se irá receber — por contar o que sabe, pode se sentir desestimulado a cooperar com as investigações.

2- A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL COMO PARTE LEGÍTIMA PARA PROPOR A DELEÇÃO PREMIADA

Os que defendem que a Polícia Federal é legitimada para propositura da delação premiada afirmam que não existe amparo na legislação, para posição que considera o Ministério Público como única autoridade com legitimidade para propor o acordo. Uma vez

⁸BRASIL, op.cit., nota 2.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas corpus* nº 68.242. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 6 nov. 1990, unânime. *DJ*, 15 mar. 1991, p. 2.648.

¹²LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

que, a lei assegura ao delegado de polícia, enquanto presidente do inquérito policial, tal legitimidade na fase de investigação.¹³

Mesmo que tais defensores defendem que não teria necessidade de estar expresso, visto que é o delegado de polícia quem preside a investigação criminal, realizada por meio do inquérito policial (Lei 12.830/2012), e nada mais coerente que, diante disso, o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo dessas investigações. Existem vários dispositivos legais que tratam sobre o assunto, como: Leis nº 7.492/86; 8137/90; 9.613/98; 9.807/99; art. 40, da Lei nº 11.343/2006; e artigo 4º, §2º e 6º, da Lei nº 12.850/13, os quais fazem menção aos termos “autoridade policial”, “autoridades” e “delegado de polícia”.

Para os policiais não existe, portanto, qualquer impeditivo para que os acordos de colaboração premiada possam ser propostos no âmbito do inquérito policial, pela autoridade legalmente incumbida de presidi-lo. Ademais, eles ressaltam que a fase de investigação é a mais propícia para a efetivação da medida, em razão da proximidade decorrente da contemporaneidade dos fatos investigados. Assim, negar ao Delegado de Polícia a legitimidade em celebrar tais acordos seria, para além de ilegal, negar qualquer racionalidade lógica ao sistema de investigação criminal.

Para eles, se o legislador constituinte incumbiu às Polícias Civil e Federal o protagonismo na investigação de infrações penais (atividade-fim), implicitamente ele também lhes conferiu os meios para o desempenho de tão importante missão (representação pela decretação de medidas cautelares como, por exemplo, a interceptação telefônica, a prisão preventiva e a colaboração premiada). Até porque, eles ressaltam que tais poderes conferidos não afastam a necessidade de ser realizada uma representação à autoridade judicial, quando vislumbrar a necessidade da adoção de uma medida cautelar que, em regra, só pode ser concedida pelo juiz.

Nesse sentido, o representante do Ministério Público deverá ser ouvido nos casos em que houver representação do Delegado de Polícia pela decretação de alguma medida dessa natureza, ofertando um parecer com mera opinião sobre o caso representado, sem que com isso, o Poder Judiciário fique vinculado à sua manifestação.¹⁴

¹³ ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado#_ftnref1>. Acesso em : 04 abr. 2018.

¹⁴ NETO. Francisco Sannini *Representação do delegado de polícia e sua (des)vinculação ao parecer do MP*. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943746/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-mp>>. Acesso em: 20 abr. 2018.



Como pontua o procurador da República Andrey Borges de Medeiros¹⁵, “de qualquer sorte, mais importante é que haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime organizado, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas”.

Ante o exposto, os policiais alegam não haver força, nem fundamentos para que prevaleça a posição do Ministério Público de que “os policiais não podem dispor de atividade que não lhes pertence, ou seja, a atividade judicial de busca da imposição penal em processo-crime”¹⁶, pois o delegado de polícia não é parte no processo, não possuindo, destarte, qualquer encargo probatório.

Para eles os autores citados invocam argumentos frágeis e que não encontram amparo no ordenamento jurídico, tudo isso, por uma influência corporativista, que visa a um indevido protagonismo do MP na investigação criminal. E rebatem as teses, alegando que de fato não possuem o ônus da prova no processo, justamente por não ser parte, mas que o delegado de polícia é uma autoridade imparcial, compromissada apenas com a busca pela verdade de um fato aparentemente criminoso. Não significando isso, todavia, que os elementos probatórios produzidos no inquérito policial não possam fundamentar a sentença final.

À polícia não cabe atuar sob orientação ou no interesse de uma das partes do processo penal (MP ou defesa). “À polícia, cabe a perseguição da verdade real do fato e suas circunstâncias, ainda que essa verdade seja a inexistência do fato, a presença de causas excludentes da culpabilidade, ou a comprovação da inocência de um investigado”, afirma a Polícia Federal.

E é tendo em vista, esse caráter imparcial do inquérito policial, que o desenvolvimento de suas atividades ficou sob a incumbência de uma instituição sem qualquer vínculo com o processo posterior, o que garante a independência e a legitimidade das investigações.

Afinal, como poderia o Ministério Público, como parte da relação processual, conduzir a investigação com a devida isenção se ele já tem em mente uma futura batalha a ser travada durante o processo?

¹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada a e a nova lei do crime organizado*. Custos Legis, v. 4, 2013.

¹⁶ SILVA, Eduardo Araujo. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada*. Disponível em: <<http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013delacaopremiada.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Nesse sentido, os dispositivos constitucionais, ao mesmo tempo em que atribuem ao Ministério Público o dever ajuizar ações penais, autorizam a polícia judiciária a protagonizar as investigações criminais, valendo-se de todos os meios legais necessários para tanto. O constituinte em momento algum conferiu ao MP o poder exclusivo de deliberar acerca da necessidade de uma investigação criminal ou sobre a conveniência de tal e qual instrumento persecutório. Tornar vazias as atribuições do delegado de polícia por meio da concentração de poderes nas mãos do MP sobressai-se como perigosa manobra que não interessa a um processo penal equilibrado.

Ao contrário do que sustenta o Parquet em sua ADI nº 5.508, o procedimento relativo à “colaboração premiada” desenvolve-se, integralmente, na fase investigatória e, como tal, a atuação da Polícia Federal não implica em alteração do modelo acusatório, nem vincula ou compromete a isenção do magistrado nem desnatura o MP (ocorrendo sem sua participação ou até mesmo com seu parecer contrário), uma vez que o conteúdo da delação não se refere à instrução processual e tampouco vincula o magistrado que a homologa, e seus reflexos incidirão na consequência penal, isto é, na aplicação da pena e na sua execução.

Por isso, eventual intervenção do juiz na consequência do acordo presidido pela autoridade policial não o torna um inquisidor e não o vincula a qualquer das partes, continuando isento para julgar a ação penal.

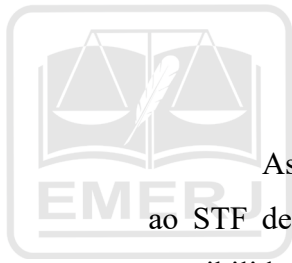
Ademais, os que defendem essa posição dizem não ser verdadeira a assertiva de que “apenas as partes detêm pretensões passíveis de apreciação judicial”¹⁷; fosse assim, a autoridade policial não poderia requerer ou representar pelas prisões cautelares. Não havendo razão para se declarar inconstitucional os trechos — que se referem ao delegado de polícia — destacados na referida ADI¹⁸

Assim, para eles, não há nenhum equívoco da Lei nº 12.850/2013¹⁹, ou ofensa à Constituição, ao disciplinar a colaboração premiada como meio para investigação de organizações criminosas, conferindo à autoridade policial atribuições para usar tal instrumento, na medida em que, na fase investigatória pré-processual, não se pode excluir de referida autoridade qualquer meio legal investigativo.

¹⁷BRASIL, op.cit., nota 2.

¹⁸Ibid.

¹⁹BRASIL, op.cit., nota 6.



Assim como defendido pela Advocacia-Geral da União (AGU)²⁰, que enviou parecer ao STF defendendo a legalidade de acordos de delação premiada firmados com a PF: “a possibilidade conferida pela lei à autoridade policial de firmar acordo de colaboração premiada no curso do inquérito objetiva dotar o Estado de mais um instrumento de combate à criminalidade e assegurar a efetividade da investigação penal. O Estado não pode abrir mão de mecanismos que o permita desarticular o crime organizado”.

Dessa forma, nos dispositivos legais — artigo 4º, §§ 2º e 6º da Lei nº 12.850/13 — quando se referem a “partes” devem ser interpretados conforme a Constituição para considerar “participantes” ou “acordantes”, sem qualquer prejuízo ao “sistema acusatório”, o qual, sabidamente, não é puro, mas misto, em nosso ordenamento jurídico. Essa interpretação, por outro lado, não invalida e nem enfraquece a titularidade da ação penal, que é exclusiva do Ministério Público e tampouco a independência e imparcialidade do Juiz.

3- CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, PARÁGRAFO 2º e 6º DA LEI Nº 12850/13

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) começou a julgar, no dia 13 de dezembro de 2017, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5508, na qual a Procuradoria-Geral da República questiona trechos de dispositivos da Lei nº 12.850/2013, os quais atribuem à delegados de polícia o poder de realizar acordos de colaboração premiada.

O parágrafo 2º do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13, diz que:

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial.

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente pode ser tomada se pelo menos oito ministros estiverem presentes na sessão. Apesar de nove estarem presentes na data citada, o julgamento de uma ADI requer

²⁰ MENDONÇA. *Grace. STF deve liberar polícia federal para firmar acordo de delação*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stf-deve-liberar-policia-federal-para-firmar-acordo-de-delacao-premiada-22116513>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

ainda a manifestação de ao menos seis ministros no mesmo sentido.

Embora já tenham sido proferidos seis votos a favor de manter esse poder à polícia, Marco Aurélio justificou que, em tese, o quórum atual poderia levar a um placar de quatro votos a cinco, e que o interesse da sociedade brasileira, sobre o tema, exige que o pronunciamento da corte ocorra com a presença de todos os integrantes.

Pelos motivos expostos, embora já se possa ter uma prévia, por meio da análise dos votos já realizados, de que os dispositivos serão considerados constitucionais, ainda não há uma decisão definitiva e vinculante da corte superior de nosso país, o que faz com que as controvérsias ainda existam.

Cumpre-se destacar que embora seis ministros tenham votada a favor da possibilidade da polícia federal propor acordo de deleção premiada, todos eles, propuseram limites diferentes para a extensão do poder da polícia em negociar com os delatores os benefícios que terão direito.

Apenas o ministro Edson Fachin, relator da maior parte dos casos da Operação Lava Jato no STF, votou contra a possibilidade de a polícia celebrar o acordo.

Assim passamos para análise dos votos já proferidos, e os fundamentos usados pelos ministros que já votaram, que demonstram a tendenciosa declaração de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o relator da ação, Marco Aurélio Mello²¹, afirmou que a delação não é um julgamento, mas um meio de buscar provas, defendendo que a Polícia Federal pode fechar os acordos, e que é exatamente para isso que existe o inquérito que é capitaneado por essa autoridade. que poderá ser fiscalizado inclusive pelo Ministério Público e supervisão.

O ministro²² acrescentou que, na investigação, Polícia e MP trabalham de forma conjunta, e depois reforçou que a definição final da pena não cabe a nenhum dos dois órgãos, mas ao Judiciário. [informação verbal]. E concluiu depois:

Os benefícios vão ficar sujeitos diretamente à eficácia da delação em termos de conteúdo, à concretude para o êxito da investigação criminal da fala do colaborador [...] Quem pune não é o MP, quem pune não é a Polícia, muito menos. Quem pune é o Estado julgador. Os benefícios ajustados não obrigam o órgão julgador²³

²¹BRASIL, op.cit., nota 2.

²² Notícia fornecida em vídeo da Sessão Julgamento da ADI 5508 disponível no youtube <<https://www.youtube.com/watch?v=sdj0ZiLHWt4>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²³BRASIL, op.cit., nota 2.



Segundo a votar, Alexandre de Moraes²⁴ também admitiu a possibilidade de a Polícia negociar delações. Ele, no entanto, propôs que o acordo oferecido pela Polícia Federal que conceda perdão judicial, o Ministério Público deveria ser consultado. Por consequência, se houver a “anuência” do órgão acusador, a propositura da ação penal já estaria obstaculizada Para Moraes, nesse caso, se a acordo for homologado pelo juiz com o perdão sem a participação do MP, haveria eliminação do papel do órgão como “titular da ação penal”.

Terceiro a se manifestar, Edson Fachin²⁵, votou contra. Segundo ele a polícia Federal poderia participar dos acordos, no entanto este seria assinado pelo Ministério público e o acusado, sob o argumento de que a PF não pode fechar o acordo, pois não é parte num processo penal, como o MP, que responde pela acusação.

Luís Roberto Barroso²⁶ votou de modo a permitir à polícia celebrar os acordos e “recomendar” uma punição menor, já que a decisão final, inclusive sobre os benefícios, será do Judiciário. Barroso, contudo, considerou que a polícia não pode, porém, recomendar benefício como o não oferecimento de denúncia, que é atribuição exclusiva do Ministério Público. [informação verbal]

Em seu voto, Rosa Weber²⁷ também admitiu a possibilidade de a PF negociar delações premiadas. Ela, porém, disse que o Ministério Público poderá se manifestar perante o juiz posteriormente para anular o acordo, se entender que a punição pactuada não é adequada.

De acordo com ela, a manifestação do MP terá “caráter obrigatório e vinculante”, o que, na prática, pode anular o acordo.²⁸

Da mesma maneira manifestou-se o ministro Luiz Fux²⁹, que disse que a delação não poderá ser validada pelo juiz, caso o MP não esteja de acordo com essa delação:

Se o Ministério Público não estiver de acordo, a delação não pode ser homologada. Ao inserir lado a lado o delegado com o MP, a lei diz que essa delação lavrada tem de ter a manifestação favorável do MP. Se o MP disser sim, é talvez, vamos ver o que juiz diz. Se disser não, é não.

²⁴ Notícia fornecida em vídeo da Sessão Julgamento da ADI 5508 disponível no youtube <<https://www.youtube.com/watch?v=sdj0ZiLHWt4>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Notícia fornecida em vídeo da Sessão Julgamento da ADI 5508 disponível no youtube <<https://www.youtube.com/watch?v=sdj0ZiLHWt4>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁸BRASIL,op.cit.,nota 2.

²⁹ Ibid.



O ministro Dias Toffoli ³⁰ votou pela possibilidade de a PF fechar delações. Ele ressaltou, no entanto, que não compete a essa autoridade negociar as sanções, regime de execução de pena e benefícios, mas não lhe deve ser vedado fazer o acordo, uma vez que este será submetido ao juiz, que poderá sempre colher opinião do Ministério Público para decidir sobre a punição, embora tal posição não deva ser seguida obrigatoriamente.

Antes de Marco Aurélio, manifestou-se no plenário a procuradora-geral da República, Raquel Dodge ³¹. Ela lembrou que o papel de acusador no processo penal é exclusivo do MP, por isso só ele pode definir quais benefícios poderão ser concedidos ao colaborador, como redução ou perdão da pena. [informação verbal]

No julgamento, a advogada-geral da União, Grace Mendonça, defendeu a validade da Lei de 2013 que deu também à PF o poder de fechar os acordos. Ela ressaltou a tese de que, como ferramenta de investigação, a delação deve continuar podendo ser usada pela corporação.

Grace Mendonça ³² disse, que primeiramente os ministros deveriam se preocupar em saber qual é a natureza jurídica do acordo de delação: meio de obtenção de prova ou um mecanismo de transação.

De acordo com ela, caso a natureza jurídica fosse de transação, o MP de fato possuiria uma atuação diferenciada. No entanto, o capítulo 2 da lei insere o acordo entre os meios de obtenção de prova.

Assim, sendo a Polícia Federal uma instituição de estados encarregada de investigar e buscar a verdade real e, com isso, extrair todas as circunstâncias relacionadas à atividade investigatória, é uma garantia constitucional do investigado que essa atividade (inquérito) seja imparcial e alheia ao interesse do acusado e do órgão acusador.

Interessante observar, de acordo com a advogada-geral da União, que o delegado apenas propõe o acordo de colaboração. Quem de fato o define, é a autoridade judicial. Ela ainda resalta que, a autoridade Polícia o faz com posterior manifestação do MP.

Conclui dizendo que o legislador, ao dar competência a autoridade policial para a propositura do acordo, buscou alinhamento e harmonia entre todas as instituições. Em nenhum momento vinculando a atuação do delegado ao parecer do MP. ³³

A ação, apresentada por, Rodrigo Janot, representa um capítulo da disputa de poder

³⁰ Ibid.

³¹ Notícia fornecida em vídeo da Sessão Julgamento da ADI 5508 disponível no youtube < <https://www.youtube.com/watch?v=sdj0ZiLHWt4>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

³² BRASIL, op.cit., nota 2.

³³ Ibid.



entre os dois órgãos nas investigações. Mesmo que a PF venha a ser proibida pelo Supremo de fechar delação – hipótese considerada improvável nos bastidores –, deverá de haver uma decisão também acerca do que acontecerá com os acordos já feitos pela corporação.

Provavelmente sejam mantidos, para evitar prejuízos as investigações ou processos já em curso, no entanto, deve-se aguardar o Supremo e a forma que o mesmo decidirá a modulação dos efeitos de sua decisão.

CONCLUSÃO

Os propósitos das leis que preveem a delação premiada são os melhores possíveis, pois, com a introdução de novos mecanismos em busca da verdade material, seguiu-se uma tendência de política criminal mundial bem atendendo aos anseios e necessidades que emergiam da sociedade.

Sendo assim, nota-se que as características particulares demonstradas pela criminalidade organizada na atualidade exigiram uma severa adaptação na moderna dogmática penal. O caráter multiforme do crime organizado tornou obsoletos os instrumentos processuais normais para obtenção da prova, obrigando a criação de estratégias diferenciadas para a obtenção da prova, na busca da eficiência penal como a delação premiada.

Com a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República, iniciaram-se debates doutrinários sobre o cabimento da competência para negociar o instituto da delação premiada, pois, em tese, estaria ocorrendo a usurpação de atribuições exclusivas do Ministério Público pela Polícia Federal, além de violar o princípio da obrigatoriedade em matéria de ação penal.

Delegados defendem a própria legitimidade para propor o acordo e argumentam ainda que a exigência de aval do Ministério Público confere aos procuradores um poder que é próprio de juízes, não devendo existir. Paralelo a isso, os procuradores que defendem a legitimidade única para a propositura do acordo sustentam que, como o Ministério Público é quem acusa, só esse órgão poderia decidir sobre a conveniência da delação.

No entanto, esse debate acerca de quem deve ser responsável por formalizar os acordos está próximo do fim. Assim que o Supremo Tribunal Federal decidir pela constitucionalidade dos artigos da Lei nº 12.850/2013, o que parece ser a posição que a Suprema Corte do país esta tendenciosa a trilhar, Ministério Público e Polícia Federal,

poderão continuar celebrando os acordos dentro dos limites legais, sem que haja mais discussões acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado#_ftnref1>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 março. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5508/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.570/DF*. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 12 fev. 2004, maioria. DJ, 22 out. 2004, p. 4; RDDP, n. 24, 2005, p. 137-146; Revista trimestral de jurisprudência, vol. 192(3), p. 838.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas corpus nº 68.242*. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 6 nov. 1990, unânime. DJ, 15 mar. 1991, p. 2.648. JULGAMENTO, ADI5508. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iPSQnMcKrbk>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada a e a nova lei do crime organizado*. Custos Legis, v. 4, 2013.

MENDONÇA, Grace. *STF deve liberar polícia federal para firmar acordo de delação*. Disponível em : <<https://oglobo.globo.com/brasil/stf-deve-liberar-policia-federal-para-firmar-acordo-de-delacao-premiada-22116513>>. Acessado em: 01 mai. 2018

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal em virtude da Lei 12.850/13*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a>>



edicao-comentarios-ao-cpp-Sa-edicao-lei-12-85013-2/.>. Acesso em: 01 mar. 2018.

SANNINI NETO, Francisco Sannini *Representação do delegado de polícia e sua (des)vinculação parecer do MP*. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943746/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-mp>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Eduardo Araujo *.da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada*. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018

PULVERIZAÇÃO PARTIDÁRIA E FISIOLÓGISMO POLÍTICO:
A IMPRESCINDIBILIDADE DA (RE)INTRODUÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE
BARREIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-ELEITORAL BRASILEIRO

Julio Cesar Medeiros Carneiro

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro –
UERJ. Advogado.

Resumo – a Lei nº 9.096/95 procurou instituir uma cláusula de barreira para que os partidos políticos tivessem direito de acesso ao fundo partidário e aos meios de comunicação. A disposição foi declarada inconstitucional pelo Supremo. A decisão acarretou consequências negativas para o cenário nacional, perpetuando a pulverização partidária e o fisiologismo político. Por meio da Emenda constitucional nº 97/17, o Congresso Nacional reagiu e superou o entendimento, incluindo a cláusula no texto constitucional. Tratou-se de relevante avanço pelo aperfeiçoamento do sistema eleitoral, mas que deveria ter sido mais contundente.

Palavras-chave – Direito Eleitoral. Reforma política. Cláusula de barreira.

Sumário – Introdução. 1. A declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira constante da Lei nº 9.096/95: a equivocada decisão do STF. 2. A viabilidade jurídica da reintrodução de uma cláusula de barreira no ordenamento jurídico: reversão jurisprudencial e ativismo congressual. 3. A cláusula de barreira constante da Emenda constitucional nº. 97/2017 e sua inaptidão ao almejado aperfeiçoamento democrático. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda o instituto jurídico conhecido como cláusula de barreira, enquanto importante componente das propostas que se pretendem à reforma do sistema político-eleitoral pátrio. Procura-se demonstrar que esse pode ser um importante instrumento para sanar algumas das rupturas que debilitam as fundações da Democracia brasileira, proporcionando substancial ampliação da representatividade política.

Nesse sentido, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da cláusula de barreira, valendo-se ainda de experiências da legislação alienígena, a fim de elucidar os efeitos benéficos que adviriam da sua introdução no ordenamento nacional.

Dentre as distorções político-eleitorais que reforma política tenciona corrigir, duas terão a especial atenção do proposto artigo científico: a pulverização partidária e o fisiologismo político. Aquela refere-se à crescente e excessiva criação de novas legendas; este, à atuação política pautada pela persecução de proveitos pessoais ou partidários, em prejuízo do interesse público. Justamente a fim de sanar tais vicissitudes, desponta-se relevante a cláusula de barreira, igualmente conhecida como cláusula de desempenho.



A cláusula de barreira refere-se a uma meta mínima de representatividade – isso é, de votos – a ser alcançada pelos partidos políticos para que, dentre outras faculdades, tenham acesso aos recursos do fundo partidário público e à divisão do horário eleitoral gratuito, e também para que possam exercer pleno funcionamento parlamentar.

Dessa maneira, a cláusula tem a finalidade precípua de reduzir o número de partidos políticos com pouca ou nenhuma representatividade social, facilitando a governabilidade administrativa e, em consequência, garantindo maior estabilidade institucional e aumentando a representatividade dos parlamentares em atividade.

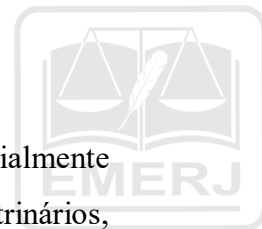
O primeiro capítulo analisará a repercussão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 1.351 e nº. 1.354, que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira constante da Lei nº. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), extirpando, assim, o instituto do ordenamento jurídico. Já à época, a decisão foi recebida com duras críticas doutrinárias, que, com o passar dos anos, ganharam mais e mais adeptos. Pretende-se evidenciar, assim, o seu infeliz desacerto.

Em seguida, o segundo capítulo volta-se à análise da viabilidade jurídica de se introduzir no ordenamento, pela via legislativa, uma nova cláusula de barreira, a despeito de o instituto já ter tido sua inconstitucionalidade reconhecida. Para tanto, faz-se uma breve análise do posicionamento da Suprema Corte acerca da superação legislativa de sua jurisprudência.

A derradeira parte do artigo almeja a defender a necessidade de implementação de uma nova cláusula de desempenho como meio de reduzir a quantidade de legendas sem representatividade, tornando mais simples a formação de uma maioria para fins de governabilidade; bem como eliminando os partidos ditos fisiológicos – aqueles criados tão somente com o fito de ter acesso a recursos do fundo partidário e negociar porções do horário eleitoral gratuito. Nesse particular, serão expostas, ainda, as propostas atualmente em discussão congressional – as quais o autor considera sobremaneira tímidas.

Em relação à metodologia, de início, a pesquisa será pautada pelo método dedutivo, focado, especialmente, na exposição e esclarecimento dos principais argumentos contrários e favoráveis ao instituto jurídico objeto do estudo, visando a apresentar a proposta de reforma que o pesquisador considera como mais adequada para o ordenamento legal.

Ainda, será utilizado um método comparativo, na medida em que o pesquisador buscará expor, ainda que brevemente, a forma como o instituto jurídico objeto do artigo foi implementado em ordenamentos alienígenas, a fim de comprovar como a reforma legislativa proposta pode ser vantajosa também no cenário nacional.



Por fim, a abordagem a ser empregada pelo pesquisador será essencialmente qualitativa, na medida em que será focada na análise de posicionamentos e estudos doutrinários, previsões legislativas e discussões parlamentares e, sobretudo, decisões jurisprudenciais referentes ao tema.

1. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE BARREIRA CONSTANTE DA LEI Nº. 9.096/95: A EQUIVOCADA DECISÃO DO STF

Apesar da preexistência de outros mecanismos de controle quantitativo sobre os partidos políticos no ordenamento brasileiro¹, para fins deste artigo, considera-se que a primeira experiência de fato com uma cláusula de barreira na legislação pátria deu-se com a edição da Lei nº. 9.096/95² – que recebeu a alcunha de Lei dos Partidos Políticos.

A referida Lei foi promulgada a fim de regulamentar os artigos 17 e 14, §3º, inciso V, ambos da Constituição Federal³, no tocante à criação, à fusão, à incorporação e à extinção dos partidos políticos, bem como ao funcionamento parlamentar e à filiação partidária.

Nesse sentido, o artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos⁴ previu a cláusula de barreira, sob a forma de patamares mínimos a serem atingidos pelos partidos políticos como condição do seu funcionamento parlamentar – este, por seu turno, foi definido no artigo 12 da Lei⁵.

Assim, a Lei⁶ exigiu dos partidos que contassem com, no mínimo, 5% (cinco por cento) dos votos válidos, observado o mínimo de 2% (dois por cento) dos votos na terça parte dos Estados federados – isto é, em 9 (nove) Estados. Segundo Cláudio de Souza Neto⁷:

Da conjugação desses dois dispositivos [os artigos 12 e 13 da Lei 9.096/95], tem-se concluído que o partido que não tenha alcançado os percentuais estabelecidos pela cláusula de barreira não terá direito a atuar como bancada partidária no Congresso Nacional, o que implica, por exemplo, não indicar membros para as comissões parlamentares.

¹ A título exemplificativo, a Lei nº. 8.713/93, que regulou as eleições gerais de 1994, vinculou a apresentação de candidato, pelos partidos, a certos cargos do Executivo e do Senado aos resultados da eleição anterior. Tal previsão, porém, teve o mesmo destino da cláusula de barreira constante da Lei nº. 9.096/95: foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal antes de produzir qualquer efeito.

² BRASIL. *Lei nº. 9.096 de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

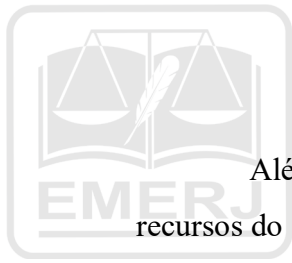
³ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁴ Idem., op. cit., nota 2.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, Cláusula de Barreira e Pluralismo Político: uma Crítica Consequencialista à Decisão do STF na ADIN 3685. In: *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 125.



Além disso, a Lei⁸ condicionou à superação da barreira o acesso à maior parte dos recursos do fundo partidário (artigo 41) e o direito ao horário eleitoral gratuito (artigo 48).

A constitucionalidade das referidas previsões foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de duas Ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI 1.351-3/DF⁹ e a ADI 1.354-8/DF¹⁰. As ações impugnaram os dispositivos citados, almejando, em apertada síntese, a supressão da cláusula de barreira implementada pela Lei dos Partidos Políticos¹¹.

No derradeiro julgamento de mérito¹², restou declarada, por unanimidade dos votantes, a inconstitucionalidade da referida cláusula de barreira e de todos os dispositivos que condicionavam outros direitos político-partidários à sua superação.

O Ministro Relator Marco Aurélio Mello¹³ baseou o seu voto no pluralismo partidário consagrado pela Carta Magna. Destarte, afirmou que o enxugamento do rol de partidos deve dar-se pela própria vontade do povo, expressa a partir do pleito eleitoral. Por fim, trouxe à baila o fato de que, das 29 (vinte e nove) legendas existentes à época do julgamento, tão somente 7 (sete) teriam cumprido os requisitos mínimos estipulados pela lei para manter seu funcionamento parlamentar, de sorte que todas as demais estariam em risco de extinção.

Pelos demais ministros, defendeu-se a interpretação restritiva da norma constitucional que impõe limites à existência dos partidos. Ainda, sustentou-se que deveria ser assegurado a todos os partidos o acesso aos meios e recursos indispensáveis para concorrer no processo eleitoral. Outrossim, alegou-se a defesa dos preceitos democráticos que impedem que qualquer maioria restrinja os direitos fundamentais dos grupos minoritários.

Ocorre que, embora bem intencionados e relevantes, os argumentos jurídicos apontados não se sustentam quando de uma análise mais retida.

Primeiramente, nota-se que a própria Constituição¹⁴ traz restrições à liberdade partidária, que não deve ser entendida como absoluta¹⁵. Nesse sentido, o texto constitucional exige das agremiações que tenham caráter nacional (artigo 17, I), além de subordinar as condições de elegibilidade e o funcionamento parlamentar à regulamentação pelo legislador

⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.351-3/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 18 set. 2017.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Idem., op. cit., nota 3.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 408



infraconstitucional (artigos 14, §3º e 17, IV). Portanto, a cláusula de barreira encontra fundamento de validade diretamente nas normas exaradas pelo constituinte originário.

Ainda nessa linha, encontram-se na legislação infraconstitucional outras formas de controle quantitativo dos partidos, sobretudo a exigência de subscrição mínima de seus fundadores para o registro de novos partidos junto à Justiça Eleitoral (artigo 8º, *caput*, da Lei dos Partidos Políticos¹⁶), e o apoio eleitoral mínimo, que dá contornos ao conceito caráter nacional previsto na Constituição¹⁷.

A duas, criticou-se o tolhimento do acesso dos partidos aos recursos do fundo partidário e ao horário eleitoral gratuito. Ocorre que a cláusula de barreira ganha importância justamente num cenário político em que se proliferam partidos insignificantes, criados com vistas a se apoderar de tais meios para deles se utilizarem como moeda de troca.

Nesse diapasão, a Advocacia-Geral da União, cumprindo seu mister constitucional, apresentou parecer¹⁸ no bojo do julgamento de inconstitucionalidade, defendendo que a liberdade partidária estaria associada à “existência de partidos autênticos, assim entendidos aqueles que se amparam em parcela razoável da população [...]”. É exatamente a representatividade das agremiações que se pretende assegurar por meio da imposição de um percentual mínimo de votos. Além disso, é possível afirmar, inclusive, que a cláusula está em consonância com a recente tendência de racionalização e barateamento das campanhas¹⁹.

Em terceiro lugar, quanto à defesa dos direitos da minoria, como visto, a argumentação dos magistrados baseou-se no fato de que muitos partidos não alcançariam o patamar da barreira. Esse argumento evidencia aquela que é, indubitavelmente, a mais relevante crítica que se faz à cláusula de barreira: a supressão de legendas ideologicamente coerentes e historicamente relevantes²⁰, e a conseqüente redução do debate democrático.

Entretanto, esclarece-se que a cláusula de barreira não afetaria de maneira alguma a diplomação dos candidatos porventura eleitos por partido que não a superou. Ou seja, o candidato eleito – aquele que atingiu o quociente eleitoral e a votação nominal mínima – não deixaria de ser empossado em razão de seu partido não ter superado a cláusula de barreira.

Neste exato espírito, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 20.198, dirimindo quaisquer dúvidas de que a cláusula de barreira prevista na Lei nº. 9.096/95²¹ poderia

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷ Idem., op. cit., nota 3.

¹⁸ Idem., op. cit., nota 10.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Reforma política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/reforma-politica-harvard-ministro-luis.pdf>> . Acesso em: 18 set. 2017.

²⁰ SOUZA NETO, op. cit. pp. 126-127.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.



se tratar de uma cláusula de exclusão²². Esta que é modalidade mais gravosa que o instituto em comento, na medida em que objetiva exatamente a supressão eleitoral das agremiações menores, impedindo que os partidos que não a superarem elejam representantes parlamentares, excluindo-os por completo do processo eleitoral.

Dito de outro modo, a cláusula de barreira se pretende a enfraquecer partidos com pouca representação, mas não exclui do processo eleitoral os efetivos representantes da vontade popular. Assim, o instituto possivelmente levaria os parlamentares eleitos a mudarem de partido²³, permitindo que aqueles que compartilhem visões ideológicas aproximadas migrem para uma mesma agremiação²⁴. Ou seja, vislumbra-se a cláusula como ferramenta para agregar representantes de uma mesma corrente ideológica em um número menor de partidos – mais coerentes e fortalecidos.

Em contrapartida, o movimento migratório levaria à míngua as legendas de aluguel que, ao não superarem a barreira, perderiam as condições de garantir aos seus afiliados o perfeito exercício de seus mandatos. Isso é, os partidos fisiológicos seriam, num primeiro momento, abandonados e reduzidos e, em última análise, perderiam a razão de ser.

Tal conclusão, por si só, não afasta a válida preocupação com a proteção às opiniões minoritárias. Entretanto, avista-se uma potencial solução fática à referida problemática: a incorporação das variadas ideologias que ocupam posições próximas no espectro político ao corpo de um mesmo partido. É dizer, afigura-se plausível imaginar que, no âmago dos partidos restantes, haveria a formação de tendências divergentes.

Portanto, no contexto exposto, a fragmentação ideológica que até então ocasionava a pulverização partidária, passaria a ocorrer dentro da estrutura das agremiações. Como vantagem desse movimento, ficariam relegados ao debate interno as negociações, as concessões e mesmo a troca de cargos e vantagens que antes eram praticadas em âmbito congressual, diminuindo seus reflexos nocivos à governabilidade. Nesse ponto, ainda, é de se considerar que haveria um fortalecimento material dos partidos, a ressignificar seu papel de ambiente propício ao debate político e, em última análise, de instrumento da cidadania.

Finalmente, registre-se que a existência de tendências internas já faz parte da realidade dos grandes – e principais – partidos brasileiros. Ademais, não é outro o cenário observado nos

²² CARVALHO, Kátia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. In: *Estudos Eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral*, v. 2. n.3, maio/ago, 2006. Brasília: TSE, 2006. p. 71.

²³ CASTRO, Mônica Mata Machado de. Cláusula de Barreira. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 190.

²⁴ Nesse particular, é de se pontuar que a possibilidade de mudança de partido não é desconhecida do ordenamento brasileiro, na medida em que é autorizada durante o período da chamada “janela eleitoral”, previsto no artigo 22-A, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.096/95, alterado pela Lei nº 13.165/2015.



sistemas eleitorais estrangeiros, que, em sua maioria, possuem poucos partidos políticos, porém fragmentados em correntes ideológicas endógenas.

Dessa forma, pelos argumentos expostos, é possível concluir que a decisão tomada pelo Supremo, ao reconhecer a inconstitucionalidade da cláusula de barreira constante da Lei dos Partidos Políticos²⁵, foi equivocada em termos jurídicos e nefasta em consequências políticas. Juridicamente equivocada, pois a cláusula de desempenho não deve ser entendida como afronta ao pluralismo partidário ou à defesa das minorias; politicamente nefasta, pois furtou ao país uma oportunidade de aperfeiçoar sua legislação eleitoral, como se verá adiante.

2. A VIABILIDADE JURÍDICA DA REINTRODUÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE BARREIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: REVERSÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO CONGRESSUAL

Em 04 de outubro de 2017, foi promulgada pelo Congresso Nacional a Emenda constitucional nº 97²⁶, no contexto das alterações legislativas que ficaram conhecidas como Minirreforma eleitoral de 2017. Como uma das principais alterações carreadas pela Emenda²⁷, foi estabelecida uma cláusula de desempenho para acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão (direito de antena)²⁸.

Nesse sentido, ao dispor sobre os partidos políticos, a Carta Magna passou a condicionar o direito desses aos recursos do fundo partidário e à gratuidade de acesso aos meios de comunicação televisivo e radiofônico ao atingimento alternativo de duas metas (artigo 17, §3º, CRFB/88²⁹). Assim, o partido deve ora ter obtido no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos nas eleições para a Câmara, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada um; ora ter eleito ao menos quinze Deputados Federais distribuídos em 9 (nove) Estados.

Dessa forma, vê-se que o parlamento, no exercício de seu poder reformador, incluiu no texto constitucional uma previsão que contraria frontalmente o entendimento previamente

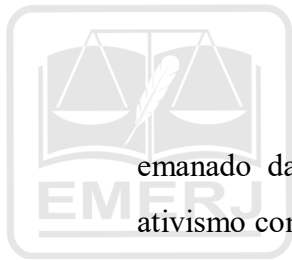
²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ Idem., *Emenda constitucional nº 97 de 04 de outubro de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

²⁷ Ibidem.

²⁸ WALDSCHMIDT, Hardy. *Breves notas sobre a minirreforma eleitoral de 2017*. Disponível em: <http://www.acritica.net/upload/dn_noticia_arquivo/2018/02/minirreforma-eleitoral-2017.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



emanado da Suprema Corte. Ao fenômeno em questão, a doutrina convencionou chamar ativismo congressional, reação legislativa³⁰, ou, ainda reversão jurisprudencial³¹.

Portanto, há reversão jurisprudencial quando o Poder Legislativo edita uma norma que contraria a interpretação até então definida pelo Poder Judiciário. Não de maneira despreziosa, senão com o evidente objetivo de superar a leitura judicial³².

A reversão jurisprudencial tem por fundamento jurídico o fato de os efeitos vinculantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo, em sua dimensão subjetiva, não vincularem o Legislativo³³. Essa noção decorre da exclusão desse Poder do rol de órgãos que devem observar as decisões do STF, previsto no artigo 102, §2º, CRFB/88³⁴.

De outro lado, o fundamento ontológico da reversão traduz-se na necessidade de se evitar que o parlamento – e, em última análise, o povo – seja impedido de promover alterações normativas, acompanhando a evolução social, o que acarretaria inaceitável fossilização do Direito³⁵. Portanto, é inteiramente legítimo, e mesmo recomendável, que o Congresso seja capaz de dialogar com a interpretação constitucional operada pelo Supremo, sendo-lhe permitido, inclusive, atuar de forma a superá-la. É essa a posição encontrada tanto na doutrina constitucional³⁶ quanto na jurisprudência consolidada da Suprema Corte³⁷.

Nesse contexto, entretanto, será possível a propositura de nova ação de controle abstrato de constitucionalidade, visando a atacar a nova norma editada pelo Legislativo³⁸, ainda que esse tenha sido levada a cabo por intermédio de emenda constitucional³⁹. Aliás, essa é uma

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 361.

³¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional*. Disponível: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³² CARDOZO, Matheus Augusto de Almeida. *Reação legislativa ao trabalho do Poder Judiciário – a superação legislativa da jurisprudência sob o enfoque do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47219/reacao-legislativa-ao-trabalho-do-poder-judiciario-a-superacao-legislativa-da-jurisprudencia-sob-o-enfoque-do-controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146.

³⁴ A referida previsão foi, inclusive, reproduzida no parágrafo único do art. 28, da Lei nº. 9.868/99, que regulamenta o procedimento das ações abstratas de constitucionalidade.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRgRcl nº 2.617-5/MG*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 378

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 5442*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000837&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 126.

³⁹ SILVA, op. cit. p. 70

situação observada com certa frequência no cenário nacional⁴⁰. É dizer, o STF reiteradamente é acionado a se manifestar acerca da validade de emendas constitucionais, em ações que, verdadeiramente, visam a resgatar o entendimento superado pela inovação⁴¹.

Em casos tais, porém, o ônus argumentativo do Pretório Excelso para declarar eventual invalidação da reforma constitucional deverá ser mais elevado. Isso porque, deverá levar em consideração a vontade qualificada do parlamento⁴².

Nessa linha, o Supremo já afirmou que a inconstitucionalidade somente poderá ser proclamada em caso de violação ao núcleo imutável da Constituição, isso é, às cláusulas pétreas, verdadeiros limites materiais ao poder reformador. Nesse sentido⁴³:

Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

Em síntese, pode-se afirmar que a Emenda constitucional n.º. 97 de 2017⁴⁴, que reviveu a cláusula de barreira, não possui qualquer indício de inconstitucionalidade. Pelo contrário, deve ser presumida constitucional, como todas as normas regularmente editadas. Isso não significa que o Supremo não possa invalidar a emenda. Para tanto, porém, deverá considerar que houve violação a alguma cláusula pétrea.

Destarte, a motivação do STF será restrita, devendo demonstrar que a cláusula de barreira desrespeita a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; ou os direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, da CRFB/88⁴⁵).

Nesse particular, de acordo com o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a cláusula de barreira não representa qualquer violação aos aspectos fundamentais tidos como imodificáveis. Isso porque, como já explanado, o patamar eleitoral possui dois grupos de

⁴⁰ MENDES, op. cit., p. 1072.

⁴¹ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan. / fev. / mar. 2007.

⁴² SOUZA NETO, op. cit., 2012, p. 362.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.105/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

⁴⁴ Idem., op. cit., nota 23.

⁴⁵ Idem., op. cit., nota 3.



objetivos muito claros: imediatamente, a redução do número de partidos e a viabilização do exercício do governo; remotamente, a concretização da vontade popular sufragada nas urnas.

Não obstante, em que pese não haja qualquer mácula na alteração legislativa ao artigo 17, §3º, da Constituição⁴⁶, afigura-se improvável que tais objetivos possam ser atingidos pela cláusula de barreira conforme aprovada. Isso em razão de os percentuais estipulados serem inferiores ao desejável, de sorte que dificilmente será possível observar algum resultado prático – conforme se demonstrará no capítulo que se segue.

3. A CLÁUSULA DE BARREIRA CONSTANTE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 97/2017 E SUA INAPTIDÃO AO ALMEJADO APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO

Em consonância com o exposto nos capítulos anteriores, a Emenda constitucional nº 97 de 2017⁴⁷ introduziu, de maneira expressa, a cláusula de barreira na Lei Maior⁴⁸. Nesse sentido, o §3º do artigo 17, da CRFB⁴⁹ passou a prever o seguinte:

§3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II – tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

O dispositivo não destoou sobremaneira do que dispunha o artigo 13, da Lei dos Partidos Políticos⁵⁰, declarado inconstitucional pelo Supremo. Era seu teor:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha eleito representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

De início, nota-se que a recente disposição constitucional não condiciona o funcionamento parlamentar à superação da barreira, abordando apenas o direito de acesso ao

⁴⁶ Idem., op. cit., nota 3.

⁴⁷ Idem., op. cit., nota 23.

⁴⁸ Idem., op. cit., nota 3.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Idem., op. cit., nota 2.



fundo partidário e o direito de antena. De outro lado, porém, a Lei dos Partidos Políticos⁵¹ assegurava às agremiações com desempenho insuficiente um percentual mínimo de verbas (artigo 41) e de exposição midiática (artigo 48), o que não fez o constituinte reformador.

Dessa forma, conclui-se que os correligionários de partidos que não suplantarem a barreira poderão exercer livremente a função parlamentar, mas não terão qualquer acesso aos recursos públicos para financiamento de campanhas ou à propaganda eleitoral gratuita.

Tais disposições tornam-se ainda mais rígidas se combinadas com outras recentes modificações nas regras eleitorais. Quanto ao financiamento, destaca-se a vedação de doações eleitorais por pessoas jurídicas, resultante de paradigmática decisão do Supremo⁵². Quanto à publicidade das campanhas, a proibição de todas as formas de propaganda política (partidária, intrapartidária e eleitoral), mediante pagamento, no rádio e na televisão, advinda da Minirreforma eleitoral de 2017⁵³.

Destarte, num cenário em que o financiamento das campanhas eleitorais dependerá de maneira quase exclusiva de recursos públicos, e em que a difusão de propaganda eleitoral paga ficará adstrita aos veículos impressos, a sobrevivência dos partidos que não atingirem o desempenho exigido será, na prática, de todo inviável.

Não por outra razão, a mesma Emenda constitucional n. 97⁵⁴ que previu a cláusula de barreira, também criou nova hipótese de justa causa para os parlamentares mudarem de partido. Nesse particular, permitiu-se que políticos eleitos por partidos que não atingirem o desempenho mínimo filiem-se a agremiação que o tenham feito, sem que isso acarrete a perda de seus mandatos por infidelidade. É o que agora consta do §5º, do artigo 17, CRFB/88⁵⁵:

§5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Em síntese, criou-se nova janela partidária para troca de partidos, resguardando os parlamentares porventura eleitos por partidos de pouca ou nenhuma representatividade.

Portanto, em abstrato o sistema desenhado pela reforma eleitoral no tocante à cláusula de barreira demonstra promissora aptidão para cumprir seus objetivos, quais sejam, a

⁵¹ Idem., op. cit., nota 2.

⁵² Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.650*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>> Acesso em: 21 abr. 2018.

⁵³ Previsão incorporada pela Lei nº. 13.487 de 2017 à Lei Geral das Eleições (Lei nº. 9.504/97), cujo art. 36, §2º, passou a prever que “Não será permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão”.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 23.

⁵⁵ Idem., op. cit., nota 3.



diminuição do número de partidos políticos com a extinção dos partidos nanicos⁵⁶, consoante explicitado no primeiro capítulo deste artigo.

Entretanto, há ainda uma fundamental diferença entre a cláusula de barreira da Lei dos Partidos Políticos⁵⁷ e aquela ora inserta na Constituição⁵⁸: os patamares estabelecidos. Efetuando breve exame comparativo, nota-se que, enquanto a de 1995 exigia das agremiações um apoio mínimo representado por 5% (cinco por cento) dos votos válidos distribuídos em um terço das unidades da Federação, a de 2017 reduziu o percentual de piso para 3% (três por cento). Além disso, o novo sistema ainda previu uma meta alternativa, a saber, a eleição de pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em um terço dos Estados.

Dessa forma, nota-se que a cláusula de barreira atual é muito mais generosa do que aquela prevista na legislação anterior. O contraste fica ainda mais evidente levando-se em conta as regras de transição previstas na Emenda constitucional em comento⁵⁹, que estabeleceu percentuais ainda menores para as eleições gerais de 2018, 2022 e 2026⁶⁰. Assim, a regra conforme inserida no corpo constitucional valerá apenas a partir das eleições de 2030.

Ocorre que, já à época da edição da Lei dos Partidos Políticos⁶¹, a cláusula de barreira instituída foi alvo de duras críticas doutrinárias. O seu objetivo primordial – a eliminação de partidos políticos – foi descrito como antidemocrático⁶². O seu funcionamento, como verdadeira cláusula de exclusão das minorias⁶³. Os seus efeitos, como especialmente danosos sobre partidos que historicamente contribuíram, em papel de protagonismo, para a Democracia brasileira e também sobre alguns de importante carga ideológica⁶⁴.

Outrossim, houve discordância quanto à efetividade da cláusula de barreira como então imposta. Alguns autores defenderam que ela não seria relevantemente eficaz na redução do número de partidos⁶⁵. De outro lado, ponderou-se que, tivesse sido aplicada a regra antes do previsto legalmente, “vinte e duas das trinta agremiações partidárias existentes no país seriam

⁵⁶ FLEISCHER, David. Reforma Política no Brasil: os partidos políticos em questão. In: MULHOLLAND, Timothy et al (Org.) *Reforma política em questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 163-190.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵⁸ Idem., op. cit., nota 3.

⁵⁹ Idem., op. cit., nota 23.

⁶⁰ O art. 3º, parágrafo único, da Emenda constitucional nº. 97/2017, previu para as eleições citadas percentuais mínimos que variam de 1,5% (um e meio por cento) a 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, reduzindo igualmente o percentual de votos necessários em cada unidade da Federação.

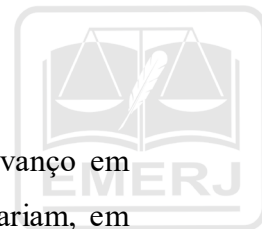
⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶² SANTOS, Wanderley Guilherme. A caba oligárquica. In: RODRIGUES, Leôncio Martins et al. *Em defesa do presidencialismo*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1993. p. 104.

⁶³ CASTRO, op. cit., p. 190.

⁶⁴ CARVALHO, op. cit., p. 77; e SOUZA NETO, op. cit., pp. 126-127.

⁶⁵ RODRIGUES, Leôncio Martins. Reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. *Debates. Partidos e sistemas eleitorais em tempos de reforma*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995, n. 09, p. 46.



reduzidas à existência meramente formal”, mas sem que isso representasse um avanço em termos de funcionalidade administrativa, vez que “os partidos ameaçados controlariam, em geral, apenas dez por cento dos assentos parlamentares na Câmara dos Deputados, número insuficiente para obstar o processos legislativo”⁶⁶. Não haveria que se falar, portanto, em significativos ganhos em termos de governabilidade, uma vez que no cenário brasileiro atual o poder já está concentrado na figura de poucos partidos⁶⁷.

Tendo em vista que a reintrodução da cláusula de barreira no ordenamento é recente, não há muitos estudos acerca de seus resultados. Porém, há quem aponte que, levando-se em conta os resultados das últimas eleições gerais, teriam desempenho inferior ao exigido cerca de 16 (dezesesseis) partidos – de um total de 32 (trinta e dois) existentes até então⁶⁸.

De todo modo, é de se esperar que a barreira de 2017, fixada em patamares inferiores àqueles colocados pela de 1995, terá efeito prático muito inferior aos que essa teria tido.

Nessa linha, em breve mas necessária digressão teórica, recorre-se às experiências encontradas na legislação estrangeira, em verdadeiro exercício de direito comparado.

O principal paradigma que se tem acerca da cláusula de barreira é o do Direito alemão, comumente indicado como um caso em que o instituto cumpre bem a função a que se presta⁶⁹, isso é, garantir a governabilidade por meio da formação de uma administração estável⁷⁰. Neste país, adota-se um critério alternativo, o qual exige que as agremiações alcancem um mínimo de 5% (cinco por cento) do total de votos verificados território nacional, ou logrem eleger representantes em pelo menos três circunscrições eleitorais⁷¹. Caso contrário, serão excluídas daquele procedimento eleitoral e carecerão de representação⁷². É o que prevê o parágrafo 6 do artigo 6º da Lei Federal de Regime Eleitoral da Alemanha⁷³.

Outros países europeus também adotam cláusulas de barreira semelhantes. Na Áustria, exige-se que o partido alcance 4% (quatro por cento) da votação nacional ou ao menos uma

⁶⁶ DIRCEU, José; IANONI, Marcus. *Reforma política – instituições e democracia no Brasil* atual. 1. reimp. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1996, p. 33. *Apud.* NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*. 1ª ed. 6ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011. p. 281.

⁶⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 124.

⁶⁸ SILVA, Dornélio. *Cláusula de barreira elimina 16 partidos*. Disponível em: <<https://blogdojoacarlos.com.br/clausula-de-barreira-partidos/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

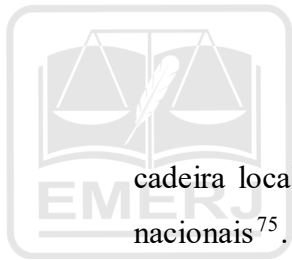
⁶⁹ RODRIGUES, Ricardo. Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, p. 47-55, abr/jun. Brasília, 1995. p. 49.

⁷⁰ VIANA, João P. S. Leão. *Reforma Política: Cláusula de Barreira na Alemanha e no Brasil*. Porto Velho, 2006, pp. 34-109.

⁷¹ NASPOLINI, op. cit., p. 204.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 274.

⁷³ RODRIGUES, op. cit, p. 49.



cadeira local⁷⁴. Na Itália, fixa-se o percentual mínimo de 4% (quatro por cento) dos votos nacionais⁷⁵. Na Espanha, este percentual é de 3% (três por cento) dos votos nas eleições distritais e 5% (cinco por cento) nas municipais⁷⁶. Já na Suécia, a diferenciação faz-se entre as eleições para cargos federais, em cuja barreira é de 4% (quatro por cento) do total de votos; e distritais, nas quais se eleva para 12% (doze por cento)⁷⁷.

Por outro lado, curiosos são os casos verificados na Holanda, na Grécia e em Portugal. Enquanto na Holanda a cláusula de barreira é fixada em um patamar tão baixo (menos de um por cento dos votos) que leva aos autores a questionarem sua efetividade⁷⁸; na Grécia o percentual era tão elevado (dezessete por cento) que chegou a funcionar como verdadeiro “instrumento de perpetuação do poder dos grandes partidos, em detrimento explícito das agremiações de pequeno e, inclusive de médio porte”⁷⁹. Neste último país, a situação mostrou insustentável, exigindo a diminuição dos limites⁸⁰. Já em Portugal, a Constituição proíbe expressamente a implementação de barreiras quantitativas⁸¹.

No contexto latino-americano, recorre-se à legislação da Argentina e do México. No país vizinho, há a previsão de uma cláusula de bloqueio de 3% (três por cento) do número total de eleitores no contexto distrital⁸². Note-se, ainda, que o sistema eleitoral argentino é similar ao brasileiro à exceção de operar-se com o voto em lista fechada e de prever o referido umbral⁸³. Já no México, vigora uma cláusula de desempenho modesta, fixada no patamar de 2% (dois por cento) dos votos totais⁸⁴.

Em síntese, tem-se que os ordenamentos em que a cláusula foi mais bem sucedida na garantia da desejada estabilidade governamental são aqueles em que foi fixada em patamar intermediário. Patamar esse que é muito superior ao apresentado pela Emenda constitucional nº. 97/2017⁸⁵, sobretudo levando-se em conta as regras de transição já mencionadas.

O que se quer dizer, portanto, é que a introdução da cláusula de barreira foi um acerto, mas os percentuais exigidos restaram aquém dos recomendáveis. Por essa razão, deve ser

⁷⁴ NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 53.

⁷⁵ NASPOLINI, op. cit., p. 213.

⁷⁶ Ibid., p. 208.

⁷⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 50.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ NASPOLINI, op. cit., p. 210.

⁸⁰ PASQUINO, Gianfranco. *Curso de ciência Política*. 1. Ed. Cascais: Principia, 2002, p. 138.

⁸¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. “Artigo 152.º 1. A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.”

⁸² TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Henrique (Orgs.). *Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 135.

⁸³ NASPOLINI, op. cit., p. 207.

⁸⁴ NICOLAU, op. cit., p. 53.

⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 23.

encarada com ceticismo a verdadeira probabilidade de mudança no cenário político-eleitoral brasileiro. Mas a prudência não basta: é preciso também acompanhar de perto os resultados desta e de outras alterações eleitorais engendradas pelo parlamento. E, acima de tudo, cobrar uma atuação política voltada ao aperfeiçoamento democrático.

CONCLUSÃO

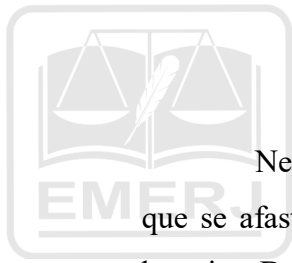
O presente artigo científico analisou a necessidade de uma cláusula de barreira, instituto afeto ao Direito Eleitoral, a fim de reduzir o número de partidos políticos no país, eliminando legendas que possuem pouca ou nenhuma relevância social e, conseqüentemente, garantindo a formação de governos mais estáveis. A importância do tema é histórica e evidenciada pela recorrente e constante crise de representatividade que assola o país.

Em razão da decisão tomada pelo Supremo em ação direta de inconstitucionalidade, a primeira tentativa de se introduzir uma cláusula de barreira no ordenamento foi infrutífera. À época, os ministros do STF consideraram o instituto antidemocrático e danoso à pluralidade de pensamento e às minorias ideológicas. Conforme discutido, tal decisão foi pautada em fundamentos jurídicos atualmente superados, trazendo conseqüências indesejadas para o processo eleitoral pátrio, com a crescente multiplicação de agremiações partidárias.

Não obstante, o Congresso Nacional, agindo de maneira ativista, promulgou a Emenda constitucional nº 97, no contexto da minirreforma eleitoral de 2017, introduzindo a cláusula de barreira de maneira expressa na Constituição. Ao fazê-lo, operou verdadeira reversão jurisprudencial, superando o entendimento do Supremo – atuação que se encontra chancelada como legítima pela doutrina e pela jurisprudência afetas ao Direito Constitucional.

A despeito do contexto de atrito entre os Poderes da República, o presente trabalho evidenciou a correção da previsão legislativa, ao menos em partes. Isso porque, os patamares escolhidos para formação da barreira ficaram muito aquém dos recomendáveis, o que se pode perceber a partir de uma breve análise de legislações alienígenas. Dito de outro modo, a regra acabou por ser muito benevolente para com as legendas, garantindo-lhes, ainda, o lapso temporal correspondente a três eleições gerais para que se adaptem.

Por essa razão, afigura-se improvável que a introdução da cláusula de barreira conforme desenhada pela reforma supracitada vá trazer reflexos a curto e médio prazos. De todo modo, o Congresso agiu na direção do avanço, o que deixa transparecer a possibilidade de um futuro auspicioso para o sistema eleitoral brasileiro.



Nesse sentido, o objetivo que se almeja com o presente trabalho é dúplice. De um lado, que se afastem quaisquer alegações de inconstitucionalidade e inviabilidade da cláusula de barreira. De outro, que se siga buscando este e outros instrumentos orientados à reforma do sistema político-eleitoral pátrio, com o propósito final de aperfeiçoar a Democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Reforma política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/reforma-politica-harvard-ministro-luis.pdf>> . Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. *Emenda constitucional nº 97*, de 04 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.351-3/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRgRcl nº 2.617-5/MG*. Relator: Ministro César Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.105/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

CARVALHO, Kátia de. Cláusula de barreira e funcionamento parlamentar. In: *Estudos Eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral*, v. 2. n.3, maio/ago, 2006. Brasília: TSE, 2006.

CASTRO, Mônica Mata Machado de. Cláusula de Barreira. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional*. Disponível: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*. 1. ed. 6ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

PASQUINO, Gianfranco. *Curso de ciência Política*. Cascais: Principia, 2002.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *O controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal*: crônica de jurisprudência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan. / fev. / mar. 2007.

RODRIGUES, Ricardo. Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, p. 47-55, abr/jun. Brasília, 1995.

SANTOS, Wanderley Guilherme. A caba oligárquica. In: RODRIGUES, Leôncio Martins et al. *Em defesa do presidencialismo*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, Cláusula de Barreira e Pluralismo Político: uma Crítica Consequencialista à Decisão do STF na ADIN 3685. In: *Constitucionalismo democrático e governo das razões*: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Henrique (Orgs.). *Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

VIANA, João P. S. Leão. *Reforma Política*: Cláusula de Barreira na Alemanha e no Brasil. Porto Velho, 2006.

WALDSCHMIDT, Hardy. *Breves notas sobre a minirreforma eleitoral de 2017*. Disponível em: <http://www.acritica.net/upload/dn_noticia_arquivo/2018/02/minirreforma-eleitoral-2017.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

