

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 11 - nº 1 - Tomo I (A/J) - Jan./Jun. 2019

Elaborado no 1º Semestre 2019

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 11 - nº1 - Tomo I (A/J) - Jan./Jun. 2019



Elaborado no 1º Semestre 2019

© 2019 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 2019

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

SECRETÁRIA-GERAL

Lucia Frota Pestana de Aguiar

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

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal



ADRIAN COUTO COSTA

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....11

ADRIANO MARTINS MENDONÇA

ANÁLISE CRÍTICA DA COMPATIBILIDADE DA LESÃO CORPORAL CULPOSA COMO CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.340/2006 - MARIA DA PENHA.....28

ADRIELE STEFANI ROSA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA SEXUALIDADE DA PROLE.....42

ALANA AZEREDO DAL-CERE

A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO: SOBRE AUTODECLARAÇÃO RACIAL, PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E SANÇÕES.....59

ALEX GANDARD VAL QUINTANS

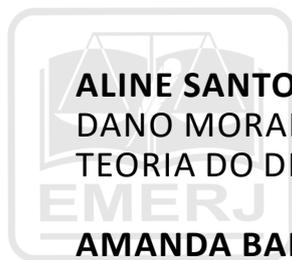
A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL A PARTIR DA ESTINÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO SEU PAGAMENTO PELA LEI Nº 13.467/17 E SEUS REFLEXOS NA DISCIPLINA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....76

ALEXANDER EMOSKI BARBOSA ROSSINO

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....92

ALEXANDRE DE SOUZA LIMA

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EM REGULAMENTOS EDITADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS109



ALINE SANTOS COLLARES

DANO MORAL PUNITIVO: A RELAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COM A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO.....125

AMANDA BARBOSA NAVARRO DE OLIVEIRA

DIREITOS DOS ANIMAIS: PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES.....140

AMANDA BEATRIZ MATTOS DE PAULA

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA E A TRANSGRESSÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....157

AMANDA DOS SANTOS PEREIRA RIBEIRO

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES.....171

AMANDA FERREIRA ALMEIDA

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA186

AMANDA SIVIERI NAVES

A DECISIVA PARTICIPAÇÃO DAS CORTES DE SOBREPOSIÇÃO NA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO203

ANA CAROLINA BARRADAS SOARES DE MELO

O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS CASOS DOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, EXPERIMENTAIS OU NÃO PREVISTOS NA LISTA NO SUS.....220

ANA CAROLINA COSTA DE OLIVEIRA

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL.....236

ANA CAROLINA PETERSEN GODINHO MURATORE

BUSCA ATIVA: O USO DA IMAGEM COMO FACILITADOR DA ADOÇÃO.....251

ANA CAROLINA SAAVEDRA LOSADA LOPES

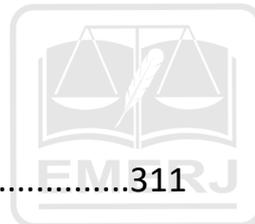
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO SERVIDOR PÚBLICO PERANTE O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIAS MONO E HOMOPARENTAIS.....265

ANA PAULA PONTES DA SILVA

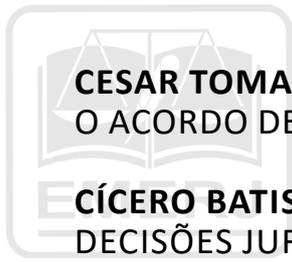
LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO: PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA.....279

ANDRÉ PHELIPE NOGUEIRA SAMPAIO

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL FACE AO SISTEMA ACUSATÓRIO295



BÁRBARA CARVALHO DE CASTRO UMA ANÁLISE SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS E AS LACUNAS SOBRE SUAS HIPÓTESES DE FIXAÇÃO.....	311
BRUNA LIMA DA SILVA CRITÉRIOS DE COMPENSAÇÃO E A EFETIVA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA	328
BRUNA MARIA CAMPOS LEITÃO OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS E BITCOIN: COMO COMPATIBILIZAR A NOVA MOEDA COM O CURSO LEGAL E FORÇADO NO BRASIL.....	343
BRUNA STARCK ALEIXO O CONSEQUENCIALISMO E A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	357
BRUNO MARCOS SILVA DE OLIVEIRA GOVERNANÇA CORPORATIVA E A DESNECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO FRENTE A DINÂMICA DO MERCADO.....	374
BRUNO RIVERO MONNERAT A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS.....	391
BRUNO SAMUEL SION A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	408
CARLA TORRES ZAGANELLI A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	424
CARLOS DA COSTA MENDES APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	441
CAROLINA BARROSO PEREZ A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO NO CONTEXTO DO DANO MORAL	456
CAROLINA MOURA CAVALCANTE ABORTO, FEMINISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	473
CAROLINA SAMPAIO MORAES A DISTINÇÃO ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A COISA JULGADA À LUZ DA NOVA DINÂMICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA PELO CPC/2015.....	490
CAROLINA SAYURI DE CARVALHO SHIMOIDE VIEIRA MATSUTANI PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO.....	507



CESAR TOMAS MIRANDA GONÇALVES

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....524

ECÍCERO BATISTA DO NASCIMENTO JÚNIOR

DECISÕES JURISDICIONAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE DECISÕES JUDICIAIS E A VONTADE POPULAR DA MAIORIA.....540

CLAUDIA AIEX BAPTISTA MARTINS

OS FINS E OS MEIOS DA TRIBUTAÇÃO. A FORTE TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL COMO FATOR DE DESIGUALDADE SOCIAL. ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DA REFORMA FISCAL.....556

CLAUDIA PINTO TEIXEIRA DE BARROS HERDEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS: AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE A EPIDEMIAS VERSUS CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL573

DAN BALASSIANO GRECO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.286/16.....590

DANIELSON ALMEIDA DO AMARAL

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CONCESSÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL.....604

DÉBORA PEREIRA NATARIO

A PERDA DA NACIONALIDADE COMO PERMISSÃO PARA A EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO621

DIANA FILIZOLA BRANDÃO FELIPE

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE FATURAMENTO/RECEITA BRUTA PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS E OS REFLEXOS DO LEADING CASE RE Nº 574.706/PR NO ISSQN.....636

FELIPE DE OLIVEIRA ANDRÉ

PENHORA DE QUOTAS POR DÍVIDA DE SÓCIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: PONDERAÇÕES ENTRE O AFFECTIO SOCIETATIS E OS OBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....650

FERNANDA ESTEVES FREIRE PEIXOTO BANDEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS.....665

FERNANDA GONÇALVES CORRÊA FRIZONI

LEI DO FEMINICÍDIO (LEI Nº 13.104/15): INSTRUMENTO DO SIMBOLISMO PENAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA INEFICÁCIA.....680



FERNANDO LIMA AZEREDO DE AGUIAR

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....694

FLORA SILVA FERNANDES

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO.....711

GABRIELA MOURA DE OLIVEIRA

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL:
AS MEDIDAS DE REPRESSÃO E PREVENÇÃO BRASILEIRAS FRENTE A APLICAÇÃO
DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....725

GABRIELA RESENDE DE VASCONCELLOS

POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA EM
DOMICILIAR NO CASO DE MULHER GESTANTE E MÃES DE FILHOS COM
ATÉ DOZE ANOS DE IDADE.....742

GABRIELA SOARES DANTAS LOPES

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO DIANTE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL.....759

GISELE SILVA DO CARMO

DA CULTURA DEMANDISTA PARA OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS: A EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA DO USO DA MEDIAÇÃO NA CASA
DA FAMÍLIA.....776

GUILHERME FRAGA DE PAIVA MOREIRA

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO.....792

HELENA RODRIGUES DRUMMOND

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS.....807

HENRIQUE SEABRA D'ALMEIDA

O PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM
CASO DE INIMPUTABILIDADE SUPERVENIENTE821

HENRIQUE STORCH BARBOSA

A INEFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE DIANTE DA ALEGAÇÃO
DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CONSEQUENTE JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA.....837

ISABELLE IBRAHIM BRITO

A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO E CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS
COLETIVO À LUZ DA CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
DO ENCARCERAMENTO EM MASSA.....852

JADE LAGUNE LANZIERI AGUIAR

AS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS A PARTIR DO RECONHECIMENTO
DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS SECUNDUM GENUS.....868



JÉSSICA LEONE SANTOS

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO AO
PODER DA ANEEL PARA REGULAMENTAR A TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS
IMOBILIZADOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS PARA
OS MUNICÍPIOS.....885

JOSIANE ESTEVÃO ALBINO

A EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E O DEVER DE
COLABORAÇÃO PROCESSUAL.....899

JOSUÉ FERREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A FALÁCIA DE SUA PRIVATIZAÇÃO.....914

JULIANA CAREPA MONTEIRO

O DIREITO DE LAJE COMO UM INSTRUMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DOS
NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA.....930

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adrian Couto Costa

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado e Economista. Mestre em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – Na vida contemporânea a presença do Estado como promotor e difusor de direitos e garantia fundamentais é de grande importância. Por meio de diversas políticas públicas é possível garantir os direitos básicos do cidadão. Para que essas políticas possam existir é necessário que a Lei Orçamentária Anual tenha a previsão e a destinação de tais recursos, buscando o equilíbrio orçamentário e a eficiência no uso dos recursos. Só assim a sociedade poderá colher o resultado máximo da ação do Estado. Nesse contexto, é preciso perscrutar a importância do orçamento público para garantir direitos fundamentais e na possível omissão dos poderes executivo e legislativo, qual será o papel e o limite de atuação do poder judiciário.

Palavras-chave – Direito Financeiro. Orçamento Público. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da eficiência. Políticas Públicas. Reserva do Possível.

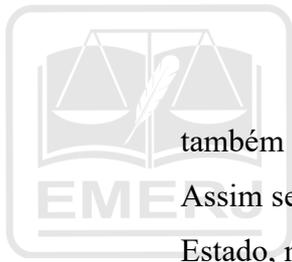
Sumário: Introdução. 1. Equilíbrio orçamentário e estado democrático de direito. 2. Alocação eficiente de recursos e a efetivação de políticas públicas. 3. Constituição Cidadã, orçamento e políticas públicas e o papel do judiciário Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o orçamento público como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Procura-se demonstrar que para poder efetivar políticas públicas que tragam um maior acesso aos direitos fundamentais e respitar as determinações da Constituição Federal de 1988 não basta apenas vontade e planejamento, é preciso que o orçamento público esteja comprometido com um programa de ampliação do acesso aos mais básicos direitos do cidadão.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir como o Direito Financeiro e a estruturação do orçamento público podem colaborar para a construção de uma sociedade em que os Direitos Humanos sejam respeitados.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, além de



também ser debatido diariamente nos mais amplos segmentos da sociedade brasileira. Assim sendo, merece atenção, uma vez que sempre é delicada a situação orçamentária do Estado, mas esse é um elemento fundamental para as políticas públicas serem efetivadas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a noção e o escopo dos direitos fundamentais cresceu a partir Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Inicialmente, vizavam a garantia da vida e das liberdades mais básicas, com o Estado intervencionista foram incorporados os chamdos direitos sociais, econômicos e culturais e hoje já se fala em uma geração de direitos marcada pela fraternidade e a transindividualidade.

A Constituição Federal de 1988 reservou para o Estado Brasileiro um importante papel na concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas que procuram garantir o acesso de todos a esses direitos.

Para isso, é necessário que, sem abrir mão do equilíbrio orçamentário, expandir o orçamento público e melhorar a alocação de recursos para que as políticas públicas sejam efetivas e executadas de forma constitucionalmente adequada.

O trabalho enfoca a temática da necessidade de um orçamento público que garanta políticas amplas que fortaleçam o acesso aos direitos. Tal tema se justifica devido a grande densidade social do tema e a necessidade premente do avanço dos mais diferentes direitos fundamentais. Além disso, há uma importância jurídica inegável, pois é necessário alinhar diversos princípios e normas constitucionais para garantir a efetividade das políticas públicas e o equilíbrio necessário ao orçamento estatal.

Objetiva-se discutir como o orçamento público pode ser um elemento que conjugue o equilíbrio orçamentário e a construção de políticas públicas que garantam o amplo acesso de todos aos mais básicos direitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho examinando até que ponto se pode dizer que é possível unir os deveres de um Estado Democrático de Direito com o equilíbrio orçamentário, expresso nas leis orçamentárias e no princípio da reserva do possível.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como o orçamento público anual, as diretrizes orçamentárias e o plano plurianual podem se alinhar para garantir uma alocação eficiente de recursos e a efetivação de políticas públicas sustentáveis de acesso e universalização dos direitos fundamentais.

O terceiro e último capítulo examinará quais as prioridades do Estado devem ser construídas na dinâmica da democracia, como é possível efetivar políticas públicas de acesso aos direitos fundamentais tendo em vista o debate e as relações entre Executivo e

Legislativo. Na hipótese de omissão, será apresentado e analisado o papel do Poder Judiciário.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, 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. EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

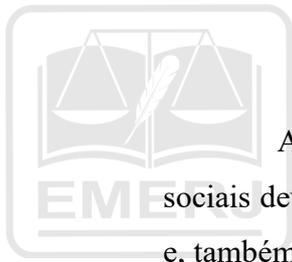
Em uma democracia representativa, como aquela que é prevista na Constituição de 1988, tem-se eleições livres e periódicas conforme previsto no parágrafo único do artigo 1^o, nas quais o povo escolhe aqueles que vão ocupar os cargos eletivos no Poder Executivo e no Legislativo.

Dessa forma, os candidatos² apresentam suas propostas e cabe aos eleitores escolherem uma determinada plataforma. Independente do escolhido, principalmente para os cargos do executivo, ele, ao governar vai buscar efetivar suas promessas por meio de políticas públicas.

Todavia, a própria Constituição de 1988 vai determinar uma série de ações que acabam por vincular o ato de governar. Isso se dá pela necessidade de atender os comandamentos constitucionais que procuram garantir uma série de direitos (fundamentais e sociais) elencados pelo poder constituinte originário como indispensáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

² O uso da palavra candidato nas eleições tem origem na Grécia antiga. Aqueles que desejavam ser escolhidos para um cargo eletivo caminhavam pelas ruas vestidos de branco e apresentando suas propostas. O uso do branco era simbólico, pois representava a pureza das intenções dos postulantes. No idioma português usa-se a palavra de origem latina *candidus*, que quer dizer literalmente branco.



Assim, o governante deve buscar a efetividade dos direitos fundamentais e sociais devido as promessas de campanha, que foram aceitas e escolhidas pela população e, também, pelo dever impoderável de seguir a Carta Política.

Em ambas as hipóteses, o gestor público vai encarar o problema de adequar as sempre presentes restrições orçamentárias e dificuldades financeiras com as prioridades do governo e os ordens constitucionais. Nesse diapasão o Orçamento Público, materializado na Lei Orçamentária Anual (LOA), se mostra como instrumento fundamental para viabilizar o planejamento do Estado e sua necessidade de equacionar o problema acima descrito.

Mas a LOA não é o único instrumento previsto na Constituição de 1988 para efetivas as finanças públicas. Há a previsão do Plano Plurianual e das Diretrizes Orçamentárias e dos planos (art. 165, I e II, respectivamente). As Diretrizes Orçamentárias nascem da necessidade de estender o debate sobre orçamento público para o restante do ano. Tradicionalmente, a votação da LOA ocorria no final do ano legislativo e era feita de afogadilho, sem maiores debates ou preocupações. O constituinte de 1986 quis evitar isso e procurou criar um mecanismo de estender o debate para o primeiro semestre do ano.

O PPA é uma inovação da Lei Maior que tem origem no Direito Constitucional Alemão³ e busca estender o planejamento estatal, ampliando a eficiência e evitando desperdício em ações que se perdem com o tempo⁴. O PPA procura encadear os orçamentos anuais (de um período de quatro anos) e dar efetividade as políticas que necessitam de um tempo maior para saírem do papel.

A ordem constitucional brasileira rompeu com o paradigma histórico ao colocar o cidadão e sua dignidade no núcleo duro dos ditames constitucionais. Assim, o Direito Financeiro, e por conseguinte, o orçamento público, se submetem inexoravelmente a uma filtragem constitucional⁵ e devem caminhar em paralelo as normas e os princípios

³ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 20 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 56.

⁴ É público e notório que o Brasil tem diversas obras que se iniciam, mas que não terminam por falta de planejamento e comprometimento dos gestores públicos. O PPA procura criar um planejamento que se estende no tempo e evitar esse desperdício dos recursos públicos.

⁵ O termo “filtragem constitucional” é aqui empregado conforme os ensinamentos do professor Paulo Ricardo Schier (*Filtragem Constitucional: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1999). Assim, a Constituição possui superioridade e deve ser obedecida no que diz respeito a suas normas e também aos seus princípios. Todos o ordenamento jurídico deve ser visto por meio do Constituição e nunca ao contrário. Tal posição doutrinária encontra amparo hoje na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como pode ser visto no julgamento da ADPF nº 378, que teve como relator o ministro Edson Fachin.



constitucionais. Sobre o tema deve-se pontuar as lições de Castro⁶:

Assim, ordinariamente cabe às leis – de forma especial, às leis de natureza orçamentária – desdobrar a principiologia constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, devendo resultar daí a prevalência do direito social de cunho prestacional a ensejar pretensões subjetivas.

Todavia, toda esse necessidade premente de materializar os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros precisa ser incorporada a LOA. Sem a previsão orçamentária não se pode falar em políticas públicas, pois na ordem imposta pelo Papiro Fundamental, em regra, não deveria haver despesas que não estivessem previstas na LOA.

O orçamento público é um instrumento de organização do Estado e importante ferramenta para a consecução dos princípios da que o utiliza como meio de planejamento de gastos, a fim de obdecer o princípio da administração pública elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição. Por meio dele e do planejamento que ele proporciona é possível garantir a eficiência dos gastos públicos. Além disso, dá transparência e publicidade as despesas do Estado, garantindo fiscalização e acompanhamento por toda a sociedade civil.

Mas fundamentalmente o orçamento é uma forma de controle parlamentar dos gastos do Executivo e uma forma conjunta desses dois poderes da república de materializar as ações positivas de um Estado Democrático de Direito. Devido a forte presença do Estado nas democracias modernas há um forte impacto econômico das previsões orçamentárias, mesmo nos países de tradição mais liberal. Há, portanto, um forte impacto, que vai além do previsto inicialmente.

Sobre o assunto, assevera Domingues⁷ de forma precisa que

Pelo prisma econômico, o orçamento materializa decisões que ensejam ao Estado o comando da conjuntura, a redistribuição de renda e a execução de política anticíclica, bem como o combate à inflação. O gasto orientado a fomentar a demanda por produção, o volume de recursos destinados ao atendimento dos direitos sociais e o nível de investimento ou endividamento público, ou uma tributação agravada acompanhada de contenção austera de despesas, tudo isso são alternativas financeiras que o orçamento refletirá em suas rubricas, fazendo dele a pedra angular da direção da economia

Logo, o orçamento público não se resume a um instrumento simplesmente

⁶ CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 132, ago. 2014.

⁷ DOMINGUES, José Marcos. *Equilíbrio orçamentário vai muito além da projeção financeira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/jose-domingues-equilibrio-orcamentario-projecao-financiera>>. Acesso em: 16 set. 2018.



contábil que formaliza receitas e despesas do poder público com o objetivo de de apenas garantir a obediência ao princípio da legalidade a qual está adistrito o administrador público⁸.

Também é importante lembrar que todos os brasileiros contribuem para que o poder público seja financiado. É, por óbvio, mandatário que o Estado execute políticas públicas que garantam a qualidade de vida das pessoas e efetive os direitos e garantias fundamentais. Registra-se o ensinamento de Ferreira e Oliveira⁹:

Dessa forma, o dinheiro que sai do povo é aplicado pelos seus representantes e deve voltar por meio dos serviços públicos e investimentos sociais, com fins, em última instância, à tutela dos direitos fundamentais, os quais, vale recordar, gozam de atual hierarquia constitucional e situam-se em status elevado na ordem jurídica, a ponto de vincular o poder público as diretrizes nele contidas.

Todavia, não se pode defender uma atuação dos diferentes níveis da administração pública para garantir os direitos fundamentais que comprometa o equilíbrio orçamentário e as finanças publicas, seja no curto, médio ou longo prazo. Também não é possível imaginar a ação governamental que sacrifique as estabilidade monetária¹⁰, pois isso iria penalizar os mais pobres que tendem a sofrer mais com a inflação.

Assim, mesmo que a ordem constitucional venha impor uma série de demandas não é possível que as questões jurídicas sejam colocadas à margem da realidade econômico-financeira do Estado e sua limitação de recursos. Há um conflito que está posto: é necessário garantir o equilíbrio e sustentabilidade das finanças públicas e é necessário, principalmente em um país desigual como o Brasil, garantir políticas públicas que transformem em realidade os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

Como base para essa questão está o importante trabalho de Élide Graziane

⁸ O administrador privado tem ampla liberdade de agir, estando limitado apenas pelas proibições legais. O administrador público só pode agir seguindo as determinações expressas na lei. Isso ocorre, pois o poder do agente estatal é criado e definido em lei, logo ele deve obediência a ordem legal e não poderia agir fora ou de forma contrária a ela. Assim, o gasto público para se efetivar deve ser precedido de uma previsão legal manifesta.

⁹ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

¹⁰ A literatura econômica diverge sobre o impacto de uma política monetária expansiva e do aumento dos gastos do governo no que diz respeito a geração de um surto inflacionário. Tradicionalmente, a hipótese de impacto é defendida pela ortodoxia neoclássica que acredita que a inflação é um fenômeno majoritariamente monetário. Por outro lado, o pensamento Keynesiano diverge dessa posição e não coloca como obrigatório um aumento da inflação em caso de aumento dos gastos públicos. Tal debate é complexo fuge do escopo deste trabalho. Assim, será tido como um dos motivos da inflação um aumento dos gastos publicos que venha a fugir da normalidade média da atividade econômica.

Pinto¹¹:

Exatamente pela intensidade dos impactos sobre os direitos sociais que detêm especiais fontes de constitucionais de financiamento (vinculação de receitas e percentual mínimos de gastos), é que o enfoque jurídico-constitucional deve cuidar de apontar limites e orientar (positivamente) a direção da pretensão legiferante estatal. Não pode haver retrocesso social, tampouco as alterações no manejo orçamentário das receitas e despesas (mais ou menos vinculadas) podem impactar desproporcionalmente nos meios financeiros que visam a garantir progressivamente os direitos fundamentais.

Há também o debate sobre o mal uso dos recursos pelo poder público, que leva ao desperdício e ao desvio de finalidade do erário. Tal preocupação é tão grande que foi aprovada a Lei de Responsabilidade social no ano de 2000¹². O uso correto do tripé LDO-LOA-PPA e a estrita obediência aos princípios constitucionais da administração pública são, certamente, as principais ferramentas para evitar os desvios e mal usos dos recursos públicos, que em última análise petencem a todos os brasileiros.

2. ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RECURSOS E A EFETIVAÇÃO DE POLITICAS PÚBLICAS

Ao trabalhar com a suposição de que agentes econômicos racionais atuam na busca da eficiência, tal hipótese se coloca como uma derivação lógica da atuação mesmo que cotidiana de qualquer um. Pode ser uma pessoa, um sociedade empresária, um Poder da República ou qualquer órgão governamental, todos deveriam, em tese, buscar o uso eficiente dos recursos (próprios ou de terceiros sob sua responsabilidade).

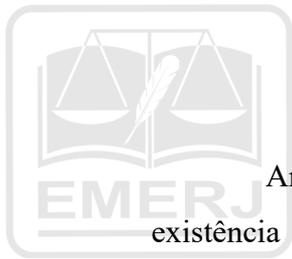
Tal imposição nos parece ainda mais imperativa quando se imagina a atuação do Estado. Para existir, manter a máquina estatal e realizar as mais diversas ações de política pública, o Estado se vale, principalmente¹³, de tributos arrecadados junto a população. Assim, o administrador público trabalha a todo momento com recursos que pertencem a sociedade e com isso a necessidade de buscar a eficiência se torna ainda mais premente.

Tal necessidade (que nasce econômico-financeira) ganha reflexos no mundo jurídico. A Emenda Constitucional 19 de 1998 inseriu explicitamente no *caput* do artigo 37 o princípio da eficiência e essa previsão também está na legislação infraconstitucional.

¹¹ PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 43.

¹² BRASIL. *Lei Complementar n° 101*, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹³ O caso brasileiro é *sui generis*, pois o Estado possui empresas públicas e participa de sociedades de economia mista, com isso surgem novas fontes de receita, como por exemplo, o recebimento de dividendos. De qualquer forma, qualquer país pode ter outras fontes de receita pública além dos tributos, como, por exemplo, as doações.



Antes dessa positivação do Princípio de Eficiência, o STJ “reconhecia a existência do princípio como um dos vários regentes da administração pública”¹⁴. A positivação findou um debate que girava em torno da existência implícita do princípio na CRFB.

É possível e necessário fazer uma diferenciação entre o princípio da eficiência e o princípio da economicidade. A Economicidade está prevista no artigo 70 da Carta Magna, e cabe ao Tribunal de Contas da União (assim como os outros Tribunais de Contas) avaliar se o gasto feito por um órgão público é compatível com o resultado obtido. Assim, a economicidade é um aspecto da eficiência que analisa se ocorreu o melhor resultado possível em uma obra ou em uma compra dada uma determinada alocação de recursos pelo orçamento.

Por suposto, o princípio da eficiência traz a necessidade de o agente público planejar as suas ações no curto, no médio e no longo prazo para que essas possam ter o melhor resultado possível e para que sejam sustentáveis¹⁵ no tempo. O planejamento é necessário para garantir a eficiência do uso dos recursos e impedir um desequilíbrio entre receita e despesa, indo ao encontro da lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00¹⁶). Este fundamento da administração pública busca, portanto, dar “mais qualidade na atividade estatal e na prestação de serviços públicos”¹⁷.

Conclui-se, em consonância com Di Pietro¹⁸, que o Princípio de Eficiência tem dois lados e ambos devem ser sempre contemplados. O primeiro se relaciona ao exercício funcional do agente público. Esse tem a obrigação de desempenhar, individualmente ou em grupo, o seu trabalho da melhor forma possível, obtendo, assim, os melhores resultados.

Em segundo lugar, deve a Administração Pública buscar incessantemente se organizar, estruturar e planejar suas ações com o objetivo de maximizar seus resultados e garantindo que o uso dos cofres públicos sempre tenda ao interesse coletivo. O eminente jurista Eros Grau¹⁹ sempre defendeu que a real eficiência da Administração Pública

¹⁴ MORAES, Alexandre de: *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 315.

¹⁵ A noção de sustentabilidade está sendo usada aqui em uma dimensão mais temporal, ou seja, ser sustentado [se manter] no tempo.

¹⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁷ MORAES, op cit, p 315.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83

¹⁹ GRAU, Roberto Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 194.

adquiriu uma grande valoração para a sociedade atual, tornando-se um valor cristalizado e demandado a todo momento, pois não é interessante para a sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente.

Tal posição deve estar presente quando da montagem e a aprovação do tripé LDO-LOA-PPA. É imperioso que sempre seja lembrado que as necessidades de muitos se sobrepõem sobre as necessidades de poucos, ou de um só. Desta forma, o bem da coletividade e a garantia dos direitos fundamentais deve ser sempre o norte da ação estatal (na esfera do Direito Financeiro e do Direito Administrativo).

Isso se deve ao fato de que, no século XIX e posteriormente, o direito deixou de ser apenas instrumento de controle social e manutenção da ordem e se transformou em um instrumento de garantia dos direitos fundamentais e, também, “a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum e do bem-estar coletivo”²⁰.

Essa nova forma de pensar o Direito ocorre em paralelo à um crescimento do atuar do Estado e sua interferência em cada vez mais aspectos da vida em sociedade. Assim, garantir espaço no orçamento público para políticas de efetivação dos direitos e garantias fundamentais ganhou um aspecto ainda mais relevante.

No que tange aos direitos fundamentais é importante destacar que Barroso diferencia eficácia social (efetividade) de eficácia jurídica. A efetividade é a “realização do Direito”²¹ que no dia a dia de um povo passa a ter uma concretude que aproxima a norma constitucional da realidade vivenciada pelas pessoas.

Em um estado democrático de direito, é fundamental que as previsões constitucionais (dotadas ou não de eficácia plena) se materializem e passem a ser o cotidiano do povo. Destarte, as previsões orçamentárias devem fazer valer tais direitos de forma prioritária. Claro que para isso também são necessárias políticas públicas que façam a ponte entre a previsão da LOA e o resultado prático e palpável.

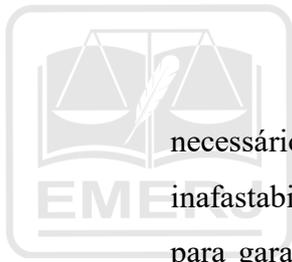
Aqui é importante trazer as lições de Machado²², pois a autora ao trazer para o debate as lições de Cass R. Sustein e Stephen Holmes, na obra *The cost of rights*²³ assevera de forma precisa que para garantir um direito fundamental é necessário um aparato estatal. Isso pode acontecer na efetivação do direito ou quando ele é violado. É

²⁰ DI PIETRO, op cit., p. 81.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85

²² MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 63.

²³ A autora faz referência a seguinte obra: HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.



necessário, por exemplo, que seja montada toda uma estrutura judiciária para garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional ou que exista um aparato de segurança pública para garantir uma real liberdade de ir e vir ou o direito de propriedade quando esse é violado.

Dessa forma, Machado demonstra que quaisquer direitos que se possa imaginar, “indistintamente, representam despesas a serem suportadas pelo Estado e, em última análise, pela sociedade”²⁴ por meio dos tributos. Se uma sociedade quer que todos tenham seus direitos respeitados, há que se esperar uma estrutura estatal que dá suporte as políticas públicas que garante tais direitos e isso tem obrigatoriamente um custo. É forçoso dizer que “chega-se à conclusão de que direitos só existem onde há fluxo orçamentário que permita”²⁵.

Se os recursos são escassos e a Carta Política elenca alguns direitos como fundamentais é preciso que o Estado destine, via orçamento público, recursos para sua efetivação. Também é preciso que, dada a escassez, que os recursos sejam usados da forma mais eficiente possível, para assegurar o maior resultado com os recursos existentes.

Não se deve negar que o orçamento deve ser adequado a realidade econômica e financeira do Estado, todavia, a ordem constitucional impõe uma série de políticas públicas como uma obrigação estatal. Se o país está diante de dificuldades não é pelo fato de se ter um excesso de direitos fundamentais, mas sim pela falta na efetivação desses. Aqui cabe trazer as lições do memorável e histórico voto na ADO 26 do Ministro do STF Celso de Mello. De forma brilhante, asseverou o Ministro, reproduzindo o que já havia afirmado na ADI nº 1.484-DF:

Nada mais nocivo, danoso, ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou executá-la apenas nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos²⁶.

A pedra de toque do debate que aqui se trava é como combinar responsabilidade orçamentária e a garantia dos mais fundamentais direitos do povo brasileiro. Além disso, qual é o papel do Poder Judiciário em garantir tais direitos e interferir em previsões orçamentárias que são oriundas do poder executivo.

²⁴ MACHADO, op. cit, p. 65.

²⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.484-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 21/08/2001. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal, informativo-630-do-stf-2011,32459.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

3. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, ORÇAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

A ordem constitucional brasileira pós Constituição de 1988 é marcada por dois pilares que demonstram a face social da Constituição Cidadã (assim nomeada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães²⁷). O primeiro é a mudança da ordem das matérias tratadas no texto final. Inicialmente, a Constituição aborda os direitos e garantias fundamentais, para depois falar da organização do Estado Brasileiro. Essa mudança, inédita até então, mostra que o povo deve ser colocado em primeiro lugar e que o Estado existe para servi-lo.

O segundo é o fato de que o Constituinte deixou positivado²⁸ na Carta Política um rol não taxativo, mas extenso de direitos fundamentais e os transformou em cláusulas pétreas, para garantir que não sejam mais suprimidos, como havia ocorrido no período ditatorial que antecedeu a promulgação da atual Constituição.

Sendo inegável importância dos direitos fundamentais na atual Magna-Carta, e como já foi visto que para cada um dos direitos fundamentais é necessário um aparato estatal além e várias ações para garanti-los, o Estado deve garantir recursos, no orçamento público, para poder concretizar os ditames constitucionais.

Tal característica da Constituição Brasileira é marca do chamado Estado Social. Nas palavras da professora Grinover²⁹:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.

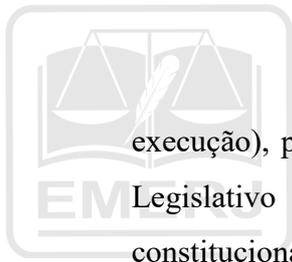
Há uma rede de direitos interligados, pois para garantir uma vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana) vários direitos precisam ser assegurados e deve haver o acesso a uma diversidade de serviços básicos (educação, saúde, segurança, saneamento básico etc.). Sem recursos esses direitos não se concretizam.

Por ser uma ação de política pública (planejamento, previsão orçamentária e

²⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Trinta Anos da Constituição*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos.html5/constituente/index.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁸ A ordem constitucional brasileira pós 1988 estabelece uma série de direitos e garantias fundamentais, como por exemplo aqueles contidos no art. 5º da Carta Política. Tais direitos, por força constitucional, devem ser assegurados a todos, sem nenhum tipo de discriminação, pois independente das diferenças, muito maior deve ser aquilo que nos aproxima, pois toda vida humana deve ter o mesmo valor.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, V. 7, n. 7, 2010, p. 10.



execução), políticas públicas que garantam os mais básicos direitos são mais afeitas ao Legislativo e ao Executivo. Todavia, o Poder Judiciário tem na nossa ordem constitucional o dever de zelar por tais direitos, pois se a *res publica* a todos pertence, a ação do Estado deve garantir, pelo menos, o respeito aos valores fundamentais relativos a dignidade humana.

Como leciona Machado³⁰:

Se o gestor público não incluir no orçamento verba para executar políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais previstas em lei ou na Constituição, ou se registrar crédito orçamentário com a respectiva dotação na lei orçamentária, mas não as implementar, haverá desvio de finalidade, passível de controle jurisdicional.

É de grande relevância trazer para esse debate que todos os atos administrativos devem ser motivados. Assim, a opção do administrador público em restringir ou encerrar programas que promovem direitos e garantias fundamentais também, devem ser fundamentadas com um mínimo de coerência e razoabilidade³¹. Por suposto, pela teoria dos motivos determinantes, tais decisões passam, da mesma forma, a serem possíveis de controle do Judiciário.

Assim, o ativismo dialógico surge para suprir a ausência ou a inação dos outros poderes e para garantir direitos fundamentais dentro de uma ordem republicana e de um Estado Democrático de Direito.

A tradição brasileira, por boa parte do século XX, foi de que as políticas públicas sempre foram insindicáveis pelo Judiciário, pois não se pode simplesmente substituir a vontade do administrador público pela vontade do juiz. Assim, a montagem do orçamento público e a execução das políticas previstas era de exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo.

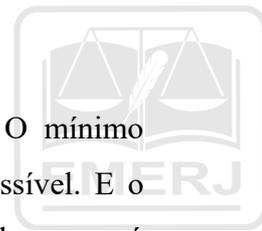
O orçamento público estabelecerá, dentro da reserva do possível, as ações do poder público dentro daquele exercício fiscal. Tais políticas, normalmente, são oriundas de uma plataforma política escolhida pelos cidadãos no momento da eleição. Com isso os gestores ganham a legitimidade do voto para estabelecer prioridades, incluí-las no orçamento e executar as políticas conforme previsto.

Poderia o Judiciário atuar sobre essas políticas públicas? Seria isso possível e legítimo? Isso não vai ferir a ordem orçamentária e a reserva do possível?

O STF, no Recurso Extraordinário nº 482.611, já firmou jurisprudência de que

³⁰ MACHADO, Clara C. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 141.

³¹ *Ibid.*, p 142.



não se pode opor a ideia de reserva do possível ao mínimo existencial. O mínimo existencial é algo absoluto e não pode ser ponderada com a reserva do possível. E o mínimo existencial quando agregado ao princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser alcançado por uma ação do Estado que assegure os direitos e garantias fundamentais de forma ampla e sem discriminação de qualquer monta.

No referido Recurso o Ministro Celso de Melo adota esta posição, ao afirmar que é “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar de sua aplicação comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial³²”. Destarte, não se aplica a reserva do possível como óbice ao exercício de um direito fundamental. Mas é inegável que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 45³³ é o ponto de mudança do paradigma do Poder Judiciário: antes controlava apenas a legalidade das políticas públicas e agora passam a avaliar o contexto maior em que elas estão envolvidas e atuar quando se mostra necessário.

Em pouco tempo a atuação do Judiciário para garantir direitos fundamentais cresceu em escala e escopo. Primeiro porque as políticas públicas também podem nascer de um comandamento constitucional. Por exemplo, art. 170 da Constituição da República³⁴ (redução das desigualdades regionais e sociais). Outrossim, quando as questões envolvem direitos e garantias fundamentais o Poder Judiciário é usualmente convocado para a solução de questões que, em uma visão mais clássica, estariam afeitas ao executivo e ao legislativo.

Surge e cresce, portanto, o fenômeno da judicialização da política que encontra duas vertentes que acabam sendo próximas. A primeira trata das demandas levadas ao judiciário para solução das disputas no próprio poder legislativo, que acabam por criar um impasse que é judicializado. Todavia, o mais comum e está dentro do escopo deste trabalho é a abordagem da judicialização da política por meio das ações políticas que acabam desaguando no Judiciário. Quando essa provocação se dá para o Estado-Juiz atuar em políticas públicas que envolvam direitos fundamentais seria a forma mais plena de judicialização da política.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal.: *RE n° 482.611-SC*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 02 de fev. 2019.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

A Constituição de 1988 avançou de forma inegável no que é relativo aos direitos e garantias fundamentais. Após um período em que esses direitos eram sistematicamente violados pelo próprio regime de exceção instalado no Brasil, o Constituinte originário deixou de forma clara e cristalina que o Brasil deve ser guiado pelo respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

O papel do Estado ganha relevância dentro dessa nova ordem constitucional. Mesmo optando por uma ideologia mais liberal e, portanto, mais avessa a participação do Estado, é inegável a importância desse. Para cada bem jurídico que a sociedade considera que deve ser tutelado, surge uma obrigação de atuar do Estado. Isso pode ser visto na defesa do direito constitucional de propriedade, que demanda um aparato judicial e policial e judicial para defendê-lo.

De qualquer forma, dentro da lógica de um contrato social o Poder Judiciário deve sempre estar presente para garantir os contratos e a ordem social. Assim, mesmo que se opte por um Estado mínimo, o que não parece ser a opção da Carta Magna de 1988, a intervenção estatal, via aparato judicial, sempre se fará necessária para garantir a ordem social.

Dentro desse quadro as políticas públicas que visam à efetivação dos direitos mais básicos do povo brasileiro ganham relevância ímpar. Seja a garantia do direito à vida, à integridade física e à liberdade ou seja aqueles que asseguram direitos como saúde, educação, moradia, lazer e, até mesmo, ao meio ambiente, passam por ações diretas do Estado que viabiliza o acesso a uma rede de serviços que possibilitam tais direitos, previstos no Papiro Fundamental, sejam respeitados.

Devido ao princípio da legalidade todos os gastos públicos devem ser precedidos de uma lei que autoriza o administrador estatal a fazer tais despesas. Assim, no que diz respeito as garantias fundamentais, o orçamento ganha um destaque sem precedentes. É por meio das dotações orçamentárias que o Estado empenha recursos para as políticas públicas que garantem o comprimento dos direitos previstos na Constituição. Parafraseando o provérbio oriental: não importa o tamanho da caminhada o primeiro passo é sempre o mais importante.

Desta forma, o Estado deve planejar suas políticas públicas com antecedência para prever os recursos necessários na Lei Orçamentária Anual e para garantir a eficiência na aplicação dessas verbas. A eficiência, prevista no caput do art. 37 da

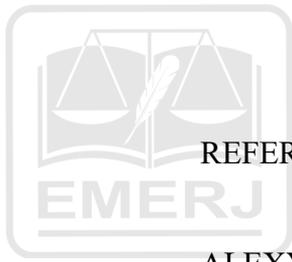
Constituição, é uma das bases da administração pública, pois quem ocupa a posição de comando deve ter claro que ao gastar os recursos da população deve ser o mais eficiente possível, para garantir o resultado máximo da aplicação dos recursos e preservar a moralidade da coisa pública.

A Constituição da República impõe a observância e a garantia de diversos direitos fundamentais, isso faz com que o administrador público tenha que usar o erário para garantir, da forma mais eficiente possível, que o comandamento constitucional se materialize no cotidiano de todos os cidadãos. São muitas as previsões constitucionais e os recursos, como sempre, são escassos. Destarte, a eficiência deve ser uma consequência natural do empenho no orçamento público de verbas que garantam o cumprimento integral dos direitos e garantias fundamentais previstos na atual ordem constitucional.

Tudo o que já foi visto deve caminhar *pari passu* com o equilíbrio orçamentário, para que não se sacrifique o futuro em nome de gastos imediatista e que muitas vezes que têm apenas motivações efêmeras. O equilíbrio entre receita e despesa pública é fundamental para a sustentabilidade das políticas acima mencionadas. Um ente estatal em crise financeira e com grande déficit público não poderá manter uma ação vigorosa e necessária para fazer valer os ditames constitucionais que preveem o mais profundo respeito aos direitos fundamentais.

Isso significa que, algumas vezes, será necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir esses direitos de elevada importância na ordem constitucional. O Estado-Juiz é tem o dever de guardar a Constituição e fazer aplicar seus comandamentos, principalmente quando há omissão do poder público. Assim, o Poder Judiciário se transforma na última trincheira do cidadão para garantir o que é dele por direito. O fenômeno contemporâneo da judicialização das políticas públicas ganha corpo e a ação do judiciário é legítima quando faz cumprir a ordem constitucional e garante a os direitos mais fundamentais do povo brasileiro.

O País inteiro deve trabalhar para a construção de um Brasil em que os direitos fundamentais sejam garantidos a todos, sem distinção alguma. Para isso é fundamental que o Estado Brasileiro garanta no Orçamento Público e, por que não dizer, no Plano Plurianual, os recursos necessários para efetivar o que a Carta Política determina: todos devem ter uma vida digna e plena de direitos. Que o Estado cumpra a sua função constitucional, sempre caminhando na direção da justiça social, e que direitos mais básicos sejam assegurados e respeitados por meio de uma intervenção efetiva, eficiente e equilibrada.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Trinta Anos da Constituição*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos.html5/constituinte/index.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal: *ADI nº 1.484-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 21/08/2001. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-630-do-stf-2011,32459.html>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal: *RE nº 482.611-SC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, ago. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

DOMINGUES, José Marcos. *Equilíbrio orçamentário vai muito além da projeção*

financeira. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/jose-domingues-equilibrio-orcamentario-projecao-financeira>>. Acesso em: 16 set. 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Roberto Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, V. 7, n. 7, 2010.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2010.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PIOVESAN, Flávia. GARCIA, Márcia (Org). *Doutrinas Essenciais Direitos Humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011.

SABBAG, Cesar. *Orçamento e Desenvolvimento: recurso público e dignidade humana*. Campinas: Millenium, 2007.

SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais – orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: contribuindo para uma dogmática jurídica emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário - 20 ed*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.



ANÁLISE CRÍTICA DA COMPATIBILIDADE DA LESÃO CORPORAL CULPOSA
COMO CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NO CONTEXTO DA
LEI Nº 11.340/2006 - MARIA DA PENHA

Adriano Martins Mendonça

Graduado pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

Resumo: O Direito Penal, quanto a sua função mais aceita, tutela os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. A “Lei Maria da Penha” veio justamente com esse escopo, direcionada à proteção da mulher no seu ambiente doméstico e familiar contra as violências históricas das quais é vítima. O presente trabalho tem o fim de racionalizar a aplicação desta norma aos casos de lesões corporais culposas, cotejando com o entendimento dos Tribunais Superiores.

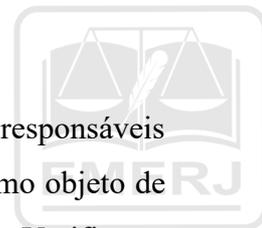
Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Estrutura dos Delitos Culposos. Lesão Corporal Culposa. Lei Maria da Penha. Lesões Corporais Culposas Contra mulher no âmbito doméstico e Familiar. Natureza Jurídica da Ação Penal. Jurisprudência do STF e do STJ.

Sumario – Introdução. 1. Breve histórico sobre a violência baseada na condição da mulher na sociedade brasileira. 2. O surgimento da Lei nº. 11.340: a Lei Maria da Penha. 3. A estrutura dos delitos culposos e a possibilidade da incidência da violência prevista na Lei Maria da Penha. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho discute a possibilidade de se considerar o crime de lesão corporal culposa no âmbito das relações domésticas e familiares como crime a ser processado mediante o ajuizamento de ação penal pública incondicionada, decorrente da aplicação da Lei nº 11.340/2006, Maria da Penha. Procura-se demonstrar a estrutura dos delitos culposos e a sua compatibilidade com o elemento da violência exigido para a aplicação da norma especial punitiva.

Para tanto, busca-se realizar a abordagem do tema, não só sob o prisma dogmático, mas também à luz das atuais correntes criminológicas. Isso se mostra deveras importante no presente cenário, uma vez que o STF, no bojo das ADI nº 4.424 e ADC nº 19, em que se discutiu diversos aspectos da constitucionalidade da norma, entendeu que o crime de lesão corporal culposa no âmbito das relações domésticas e familiares é crime de ação penal pública incondicionada, não sendo possível a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/1999.



Os movimentos feministas, assim como a criminologia feminista foram responsáveis por evidenciar as diversas formas de violência sofridas pelas mulheres, tendo como objeto de estudo a vítima, o agressor e o conflito, todos em cotejo com contexto social. Verifica-se relevância, sobretudo, da luz lançada sobre as violências que até então eram tidas como invisíveis, posto que ocorrem em sua esmagadora maioria dentro dos próprios lares habitados pelas vítimas. A partir daí, tornou-se inegável o mandamento de criminalização mais rigorosa dessas condutas, ante intensidade da covardia e da perversidade verificados.

No entanto, cabe refletir se o escopo da norma é também o de conferir punição mais rigorosa àqueles que, por ventura, venham a cometer crimes culposos no âmbito das relações domésticas e familiares, uma vez que decorrem de condutas desastradas, atrapalhadas, por certo grau de inobservância do dever jurídico de cuidado.

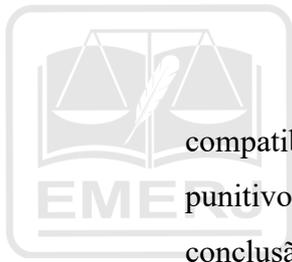
Salvo melhor juízo, observa-se a escassez de pesquisas na Doutrina sobre tema, bem como na jurisprudência, o a despeito do STF ter entendido, como mencionado, tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada.

O tema é de extrema relevância, uma vez que os conflitos dessa natureza são abundantes, devendo-se dispensar a esses pragmas, a atenção devida, de forma a evitar criminalizações em descompasso com o direito penal democrático, que não atendam aos seus princípios e à sua finalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo, traçando-se um breve histórico e tecendo-se considerações sobre a violência baseada na condição de mulher nas Sociedades Ocidentais e no Brasil. Em seguida, passa-se a evidenciar a guinada na percepção desse tipo de violência, ressaltando-se que somente foi possível por decorrência de muita persistência dos movimentos feministas e do surgimento da criminologia feminista.

No segundo capítulo, evidencia-se o contexto e os elementos que foram responsáveis pela superação da injustificável indiferença e relutância contra a produção de norma punitiva dotada de maior rigor, com a vinda da Lei nº 11.340/2006, que, graças uma simbólica barbárie, foi apelidada com o nome de sua vítima, qual seja Maria da Penha. Adiante, discorre-se sobre os diversos tipos de violências definidos pela norma, passando-se por alguns dos crimes de lesões corporais previstos no ordenamento jurídico, estabelecendo-se relação entre aquelas e estes.

No terceiro capítulo, procura-se demonstrar a estrutura das lesões corporais culposas e a sua devida forma de tratamento, quando ocorridas no contexto das relações domésticas e familiares, em que mulheres figurem como vítimas, perquirindo-se acerca de sua



compatibilidade com o manejo da ação penal pública incondicionada para o exercício do poder punitivo estatal. Em seguida, apresenta-se relevante coletânea jurisprudencial sobre tema e a conclusão alcançada com a pesquisa.

A presente pesquisa utiliza a metodologia hipotético-dedutiva, uma vez que se identificou diversas de proposições hipotéticas a serem utilizadas como premissas para se analisar as questões enfrentadas.

A abordagem utilizada foi a qualitativa, tendo-se valido de doutrina, jurisprudência e legislação como forma de sustentar a tese defendida.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A VIOLÊNCIA BASEADA NA CONDIÇÃO DA MULHER NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A fim de se evidenciar a trajetória pela qual passaram as lutas das mulheres até o advento da norma protetiva com vistas à punição da violência baseada no gênero feminino, cabe a remontar, ainda que brevemente, alguns importantes acontecimentos.

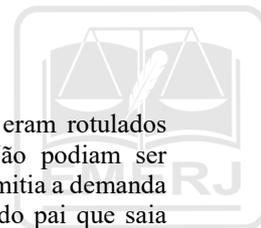
O elemento fundamental do atraso na produção legislativa certamente foi a existência da cultura patriarcal do país, que se encontra arraigada até os dias de hoje, ainda que em proporções infinitamente menores do que outrora. O modelo de família importado dos países europeus responsáveis pela colonização do Brasil, com destaque à Portugal, encontrou grandes dificuldades de evoluir com o passar do tempo.

A mulher, nessa estrutura de poder, era basicamente vista como uma coisa, uma *res* que deveria passar das “mãos” dos pais para as “mãos” dos maridos. Caso não ocorresse essa “tradição”, as consequências sociais enfrentadas por elas seriam bastante terríveis.

Obviamente essa visão acerca da mulher como um mero objeto e não como sujeito de direitos, ou melhor, sujeito de poucos e limitados direitos, acarretava inúmeras consequências no tocante as sujeições que lhe eram impostas.

Com efeito, o Código Civil de 1916 refletiu essa visão da sociedade. Maria Berenice Dias evidencia isso de forma bem clara:

[...] a família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido. O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento. Só o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, eram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica, não gerando qualquer direito. Em face da posição da mulher, às claras, era ela a grande prejudicada. A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do



casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saía premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”¹.

Os atributos inerentes ao direito de propriedade de que dispõe o seu titular, como uso, gozo, disposição e fruição eram impostos diante inúmeros tipos de violências socialmente aceitas perpetradas contra o gênero feminino. Não por outro motivo, Nelson Hungria afirmava que o marido não poderia ser sujeito ativo do crime de estupro praticado contra a sua esposa, uma vez que tal tipo penal se referia apenas às condutas praticadas fora do seio matrimonial. Dizia inclusive que se tratava de dever recíproco dos cônjuges e que desde que não cometesse excesso nos atos, obrigar a mulher à cópula sexual configurava evidente exercício regular de direito, uma vez que é lícita a violência necessária a se fazer valê-lo:

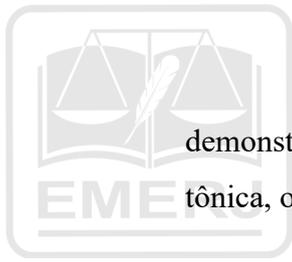
[...] questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intramatrimonial* um é recíproco dever dos cônjuges. O próprio Codex Juris Canonici reconhece-o explicitamente (cân. 1.013, § 10): *Matrimoni finis primarius est procreatio at que educatio prolis; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiae*. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (art. 19, na III). É bem de ver que solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recuse à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do Código Penal)².

Ante tais evidências, percebe-se que a estrutura social ajudou drasticamente a manutenção da violência doméstica dentro do *locus* familiar. Muito relutou-se em permitir que o Estado confiscasse esse conflito para fim de o agressor ao seu poder punitivo.

De um lado do *front*, os movimentos feministas tiveram participação fundamental no tocante a evidenciar as inúmeras formas de violência cometidas contra as mulheres nas esferas privadas, o que a muito era cinicamente negado pelos que dela lançavam mão ou que com ela eram coniventes, tal qual ainda hoje se faz com o caso racismo. O traço mais característico do Direito Penal, qual seja, a sua seletividade, foi exposto com clareza, uma vez que foi

¹ DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. p.1. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. VIII Rio de Janeiro: Forense. 1959, p. 125.



demonstrado que obviamente, num Estado em que a cultura patriarcal se mostra como a sua tônica, o poder punitivo jamais seria lançado contra as violências que gravitavam ao seu redor.

Isso foi assertivamente exposto na obra de, Carmem Hein de Campos, quando a autora afirmou que “[...] a LMP é fruto de um acúmulo feminista tanto político quanto teórico e corresponde à mais inovadora legislação pensada para o enfrentamento à VDFCM. A lei rompe com a lógica privatizante da violência doméstica e familiar [...].³

Em outro lado do *front*, depois de tanto relutar em criar uma norma protetiva com fim de suprir a sua deficiente punição, a vexatória condenação no ano de 2001, pela inércia e omissão com que tratou o caso de Maria da Penha Fernandes, após a publicação de seu primoroso livro “Sobrevivi... posso contar”, que serviu de base para denúncia, impôs ao Brasil à obrigação de adotar mecanismos internos de proteção e prevenção específicos para as mulheres.

A corte decidiu que o País deveria produzir uma legislação protetiva, de forma a devida resposta a esse tipo de questão, sem fazer com que a agredida sofra nova vitimização perante os aparelhos estatais que a deveriam proteger.

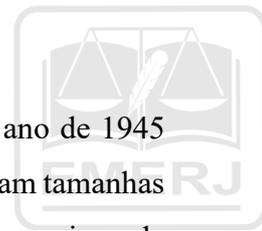
Nesse contexto e tardiamente, após pressões de organismos internacionais e de diversos movimentos sociais, a resistência do Estado brasileiro foi rompida e no ano 2006 foi publicada a Lei nº 11.340/2006⁴, que recebeu o nome de “Maria da Penha” em “homenagem” à vítima da brutalidade, que serviu como mola propulsora para novas denúncias de inúmeros casos abusos sofridos pelas mulheres no país.

2. O SURGIMENTO DA LEI Nº. 11.340: A LEI MARIA DA PENHA

Primeiramente, cabe ressaltar que a Lei Maria da Penha recebeu esse nome por conta da história da mulher que se tornou símbolo da barbárie e da injustiça no tocante a violência doméstica e familiar no Brasil. Ela foi vítima das covardes e violentas agressões perpetradas por seu próprio marido e da injustificável omissão Estatal em apresentar uma resposta à altura da gravidade dos fatos.

³ CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático*. p. 11. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778/248>>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴ BRASIL. *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: 01 out. 2018.



A vítima, trata-se Maria da Penha Fernandes, farmacêutica, nascida no ano de 1945 em Fortaleza, capital do Estado do Ceará. As violências praticadas pelo agressor eram tamanhas que no ápice da crueldade, o homem, desejando a sua morte, deu-lhe um tiro de espingarda pelas costas enquanto dormia, simulando que o ocorrido foi praticado por assaltantes que invadiram a sua casa. Em que pese não ter morrido com o disparo, sofreu lesões corporais gravíssimas, as quais resultaram em sua paraplegia, limitando sua capacidade de locomoção.

Não bastasse isso, posteriormente ela passou a ser mantida em cárcere privado e sofreu nova tentativa de homicídio, que ocorreu no momento em que tomava banho, tendo sofrido eletrocussão por seu marido, que dessa vez investiu contra a sua vida valendo-se dos efeitos condutor e amplificador da água no tocante aos danos causados a integridade física pela energia elétrica industrial. Maria da penha, novamente e milagrosamente não veio a óbito. O intervalo entre uma tentativa de homicídio e outra foi de apenas 15 dias, tamanha a crueldade do Autor.

Com a ajuda de vizinhos ela conseguiu a separação de corpos de seu marido e quando ele viajava a trabalho ela conseguiu fugir com suas três filhas para a casa de seus pais, que à época tinham apenas dois, quatro e sete anos de idade.

Em 1994, por conta da inércia da justiça em apresentar solução plausível para o seu caso, ela resolveu escrever um livro em que contaria todas as atrocidades sofridas, bem como a omissão estatal em apresentar uma solução, conforme resta claro nessa entrevista:

[...] no fim daquele ano de 1983, consegui prestar meu depoimento à polícia, que também chamou Marco para finalizar o inquérito. Como ele não se lembrava do que tinha dito na época do crime, acabou entrando em contradição e foi responsabilizado por tentativa de homicídio e por ter forjado o assalto. Marco ainda ficou em liberdade por 19 anos e seis meses. Passou por dois julgamentos – o primeiro em 1991 e o segundo em 1996 –, mas nas duas vezes conseguiu recorrer. Depois disso, fiquei muito revoltada com a omissão da Justiça e decidi escrever um livro que seria a sentença de Marco e a carta de alforria das mulheres brasileiras [...]⁵

O livro foi publicado no ano de 1994, sob o título de “Sobrevivi... posso contar”⁶. Em 1997, o livro serviu de substrato para a apresentação da denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

O País sofreu vexatória condenação no ano de 2001, pela inércia e omissão com que tratou o caso. A condenação pela Corte Internacional impôs ao Brasil à obrigação de adotar mecanismos internos de proteção e prevenção específicos para as mulheres, como a produção

⁵MPPR. *Maria da Penha concede entrevista especial ao MPPR*. Disponível em: <<http://www.comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6661&tit=Maria-da-Penha-oncede-entrevista-especial-ao-MPPR>> Acesso em: 10 out. 2018.

⁶ Ibid.



de legislação protetiva, que consiga dar a devida resposta à esse tipo de questão, assim como não faça com que a vítima sofra nova vitimização perante os aparelhos estatais que a deveriam proteger.

Aos trancos e barrancos e tardiamente, após pressões internacionais e de diversos movimentos sociais, como os movimentos feministas, a resistência do Estado brasileiro foi vencida, tendo sido obrigado a apresentar legislação compatível com os anseios. Nesse contexto, no ano 2006, foi publicada a Lei nº 11.340/2006, que recebeu o nome de “Maria da Penha” em “homenagem” à vítima da brutalidade que serviu como mola propulsora das denúncias dos inúmeros abusos sofridos pelas mulheres brasileiras.

Cabe trazer à baila o fato de que a luta da emblemática vítima não teria esse desfecho se não fosse o arcabouço de conquistas e avanços deixados pelos movimentos feministas, que se destacaram como movimentos autônomos principalmente no contexto dos movimentos questionadores de 1960. Na ocasião, as feministas surgiram com uma série de questionamentos ao entorno da expressão utilizada como slogan “o pessoal é político”. Buscavam jogar luz e exigir uma resposta estatal a questões que até o momento eram tratadas como unicamente de âmbito privado, como as opressões que sofriam e estrutura social e estatal voltadas para a opressão das mulheres. Bastante esclarecedor acerca disso, são os dizeres de Ana Alice Alcantara Costa⁷:

[...] para o pensamento liberal, o conceito de público diz respeito ao Estado e às suas instituições, à economia e a tudo mais identificado com o político. Já o privado se relaciona com a vida doméstica, familiar e sexual, identificado com o pessoal, alheio à política. Ao utilizar essa bandeira de luta, o movimento feminista chama a atenção das mulheres sobre o caráter político da sua opressão, vivenciada de forma isolada e individualizada no mundo do privado, identificadas como meramente pessoais. Essa bandeira, para Carole Pateman, (...) chamou a atenção das mulheres sobre a maneira como somos levadas a contemplar a vida social em termos pessoais, como se tratasse de uma questão de capacidade ou de sorte individual (...). As feministas fincapé em mostrar como as circunstâncias pessoais estão estruturadas por fatores públicos, por leis sobre a violação e o aborto, pelo status de “esposa”, por políticas relativas ao cuidado das crianças, pela definição de subsídios próprios do estado de bem-estar e pela divisão sexual do trabalho no lar e fora dele. Portanto, os problemas “pessoais” só podem ser resolvidos através dos meios e das ações políticas (PATEMAN, 1996, p. 47). O movimento significou uma redefinição do poder político e da forma de entender a política ao colocar novos espaços no privado e no doméstico. Sua força está em recolocar a forma de entender a política e o poder, de questionar o conteúdo formal que se atribuiu ao poder a as formas em que é exercido.

Dessa forma, alcançou-se o objetivo de expor algo que até então era “invisível”, chamando-o para o debate público.

⁷ COSTA, Ana Alice Alcântara. *O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política*. p.02. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/380/285>>. Acesso em: 01 out. 2018.

3. A ESTRUTURA DOS DELITOS CULPOSOS E A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA

O objeto da aferição é se uma conduta culposa da qual resulte lesão corporal no contexto das relações domésticas e familiares cuja vítima seja mulher pode ter o condão de atrair a aplicação da Lei nº 11.340/2006.

Para que se tire qualquer quanto a isso, é necessário que se discorra sobre da estrutura dos delitos culposos, com o fim de se colher a elementos teóricos suficientes.

A Culpa, enquanto elemento da conduta criminalizada nesta modalidade, significa a inobservância, pelo agente, do dever objetivo de cuidado exigido naquelas circunstâncias, respeitadas suas peculiaridades, da qual se verifique o resultado não desejado quando da realização da conduta.

Nos crimes culposos, observa-se uma divergência entre os resultados que, o autor queria e o que efetivamente se verifica. O sujeito dirige a sua conduta à uma determina finalidade, que por inobservância da cautela exigida atinge resultado diverso, que se encontra previsto expressamente como crime culposos.

Mostra-se deveras importante se proceder a comparação dos graus de reprovabilidade das condutas verificadas nos crimes culposos e nos crimes dolosos. Em ambas as tipificações, verifica-se um o certo grau no desvalor das ações. No entanto, certo é que o desvalor da conduta prevista nos crimes dolosos, é necessariamente maior do que o verificado nas ações culposas.

Tanto é verdade, que o ordenamento jurídico pátrio, a regra que rege os crimes culposos é a da excepcionalidade. Isso significa que para que uma conduta culposa seja criminalizada na modalidade culpa, é necessário que o resultado decorrente dela seja objeto de reprimenda criminal na modalidade dolosa e que, além disso, esteja expressamente determinada a sua punição a título de culpa.

A maioria esmagadora dos crimes existentes na programação criminalizadora brasileira não encontra previsão na modalidade culposa, mas tão somente a na modalidade dolosa. Isso se deve justamente por conta dos mandamentos emanados dos Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal, como a o da Intervenção Mínima, Subsidiariedade e Fragmentariedade.



O Direito Penal somente deverá se ocupar com as condutas mais nocivas à sociedade, nas quais se verifique violação dos bens jurídicos mais importantes, tendo sempre como norte o atendimento e o respeito aos direitos fundamentais.

Sendo assim, caso se entenda possível admitir a aplicação da Lei Maria da Penha às lesões corporais culposas, é necessário que se trabalhe o delineamento correto do conflito apto a ensejar a incidência.

Como ressaltado, por conta da menor reprovabilidade das condutas culposas, difícil se mostra imaginar a ocorrência de lesão corporal culposa apta a configurar a violência exigida pela referida lei.

O próprio termo violência mostra-se um tanto quanto em descompasso com os elementos da culpa. Nos crimes culposos o desvalor da conduta repousa exatamente na previsibilidade ou não do resultado e da cautela exigível de acordo com o observado no desenvolvimento do crime.

Com efeito, constata-se a impossibilidade de se verificar a existência de violência na maioria esmagadora dos delitos culposos, posto que dirigidos para fins diversos do resultado verificado.

A violência se coaduna perfeitamente com os delitos dolosos, uma vez que a conduta realizada se dirige ao fim ilícito, que se encontra previsto no tipo penal. O legislador criminal, ao tipificar a conduta criminosa dolosa, tinha em mente a proteção de bens jurídicos, o que se mostra compatível com a violência contra o ser humano.

Da leitura sistemática óbvia da Carta Magna de 1988, a única conclusão que se chega é a de que é mandamento expresso, o combate a todos os tipos de violências injustas que podem se praticadas no seio social.

No que tange à violência familiar, há o art. 226, § 8º da CRFB de 1988⁸, que traz o mandamento expresso para que o Estado coíba a violência praticada no seio familiar. Validamente, há diversas previsões específicas no ordenamento jurídico, que trazem maior punição a agentes que cometam crimes violentos no âmbito da família.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

Como exemplo, o art. 129, § 9º do Código Penal de 1940⁹, que se difere da lei em análise pelo fato dos sujeitos passivos não serem necessariamente mulheres, podendo também serem homens.

Com o mesmo fim o que o Legislador produziu a Lei nº 11.340/2006, que, no entanto, somente admite a mulher como sujeito passivo dos crimes. A necessidade de reprimenda específica mostra-se pela vulnerabilidade histórica patente da mulher no seio das relações domésticas.

Por hora, salvo melhor juízo, a única hipótese que se observa como apta a ensejar a aplicação de Lei nº 11.349/2006 em caso de lesão corporal culposa é no caso de ocorrência de ação preterintencional.

Tal conduta, ocorre quando o resultado verificado é diverso daquele que o agente desejava. O resultado do crime vai além da intenção do agente. Verifica-se uma conduta inicial dolosa dirigindo-se para um fim ilícito, mas que por descuido do agente no seu manejo, provoca um resultado não desejável, embora previsível. Nessa esteira, há dolo na conduta antecedente e culpa no seu extravasamento, o qual provoca um resultado não previsto ou não aceito pelo executor.

Com efeito, pode ocorrer, exemplificando, que no âmbito das relações domésticas e familiares da Lei Maria da Penha, determinado companheiro inicie sua conduta proferindo graves ameaças contra a sua companheira. Supondo que ele tenha um frasco que carrega em suas mãos e que ele esteja cheio de ácido e que venha a chegar próximo de sua vítima, mostrando-lhe o recipiente com o conteúdo perigoso e afirmando que se ela “voltar a se dirigir daquela forma a ele, que provavelmente esse ácido seria derramado sobre ela”.

Ao mostrar o frasco com ácido, com o fim de proferir grave a ameaça, o que configura o crime doloso de ameaça, sujeito a ensejar a aplicação da lei. Há, sem dúvidas a ocorrência de violência nessa conduta. Todavia, supondo que o agente, por descuido no manejo, derrube-o nos pés da mulher, vindo-lhe a provocar lesões corporais.

Tais lesões corporais sem dúvidas são culposas. No entanto, observa-se que são decorrentes de conduta dolosa antecedente na qual se verificou a violência doméstica. Sendo assim, por se tratar de conduta única, no seu bojo já se verifica a existência da violência, que do crime antecedente é resulta no crime posterior e que, por razões de contexto fático não se pode afastar, sendo essa a possibilidade de incidência da Lei Maria da Penha no crime de lesão

⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



corporal culposa. Observa-se que, nesse caso, a conduta foi inicialmente dirigida a um fim proibido.

CONCLUSÃO

É preciso que a doutrina e a jurisprudência amadureçam tal problemática de forma a evitar a perversão dos fins dessa lei, orientando-se para não criminalizar hipóteses em que a vítima deve ter a liberdade de decidir o destino a ser dado ao resultado proibido verificado, de forma a se evitar a movimentação desnecessária do aparato criminal estatal e criminalizações injustas.

Certamente, o escopo da norma não era o de se subtrair os conflitos ocorridos no seio familiar cuja vítima seja mulher da resolução consensual entre os envolvidos. Se assim fosse, estar-se-ia, diante de hipótese de esvaziamento de suas esferas de autonomia. Trata-se de programação criminalizadora, que é fruto de bastante reflexão por parte da criminologia. Sobretudo da criminologia feminista, que foi a responsável por revelar as barbaridades ocorridas nos lares Brasil a fora.

No entanto, não é por isso que se deve proceder a busca desenfreada e irracional pela criminalização das condutas praticadas no seio familiar ao largo do querer da vítima mulher, sob pena de se praticar um paternalismo exacerbado.

Se, por exemplo, uma família que esteja realizando um churrasco no final de ano e que nesse evento haja diversos membros do clã e outras pessoas próximas. A confraternização esteja ocorrendo da forma esperada, com as pessoas alegres e se divertindo. No entanto, num dado momento, ocorra um acidente com um casal que ali esteja. Esse casal, composto por marido e mulher reside junto já há mais de 5 anos. De repente o marido numa brincadeira “sem noção”, calcula mal um movimento que realiza e sem quer venha a derrubar sua esposa no chão, que vem fratura o antebraço com a queda, sendo levada ao hospital, precisando passar por cirurgia e tendo ficado incapacitada para as atividades laborativas por mais de 30 dias.

Em tese, tem-se aí crime de lesão corporal culposa, posto que se verifica todos os elementos necessários para a sua configuração. Realização da conduta; ocorrência de resultado lesivo ao bem jurídico tutelado; tipicidade da conduta; nexos de causalidade entre ela e o resultado; violação do dever objetivo de cautela esperado do homem médio, verificado pelo fato de ser ultrapassado o risco permitido pelo ordenamento jurídico e previsibilidade do resultado.

Quando o sujeito realizou a conduta, era deveras previsível que se houvesse algum erro, que o resultado ocorreria, ainda que não desejado e não aceito. Ele realmente acreditava que nada iria acontecer com o amor de sua vida.

Deve-se fazer alguns questionamentos: será que nessa hipótese é possível se vislumbrar tamanho desvalor da conduta a ponto de se exigir a atuação do direito penal, com toda a severidade que é imposta na criminalização de condutas? Seria melhor deixar esse tipo de problema para que a própria família resolva? E se um dos presentes no evento, pessoa sem escrúpulos decidir chamar a polícia naquele momento? Como se deve proceder? Deve-se efetuar a prisão em flagrante sem a possibilidade de representação ou retratação da vítima? Ainda que se diga que pode ser caso de perdão judicial, cabe perquirir se é realmente necessário movimentar todo o aparato estatal a fim de se chegar a tal resultado, posto que ele ocorre somente no momento do proferimento da sentença?

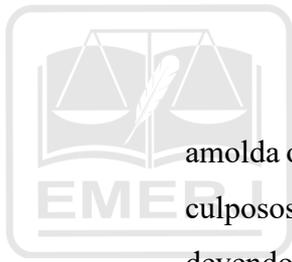
Certamente o operador do direito deve ficar atento a essas hipóteses, sob pena de ao invés de proteger bens jurídicos da mulher, violar outros bem jurídicos de ambas as partes e da família.

Como ressaltado, vislumbra-se hipótese raríssima em que se pode afirmar que uma lesão corporal culposa no âmbito doméstico e familiar deve ser tratada como crime sujeito à ação penal pública incondicionada, que é quando decorre, ainda que acidentalmente, de conduta em que já se verifica presente algum tipo de violência prevista na Lei Maria da Penha.

Foi dado o exemplo daquela conduta em que o marido, por estar descontente com sua esposa, a ameaça com um frasco de ácido, passando-o próximo a ela e afirmando que da próxima vez jogará o conteúdo nela. No entanto, caso ao realizar a ameaça, ele por erro derrame parte da substância nos pés da vítima, vindo-lhe causar graves queimaduras, há sem dúvidas uma lesão corporal decorrente de conduta culposa. Observa-se que a conduta na qual se verificou a culpa era dirigida para um fim ilícito, que já era abarcado pela Lei nº 11.340, estando presente uma das hipóteses de violência prevista na norma.

Nesse caso, sem dúvidas, pelo fato de já haver a presença da violência, restaria afastada a possibilidade de aplicação da Lei nº 9099/99 com os seus institutos benéficos, inclusive o art. 89, que condiciona a persecução criminal de crime de lesão corporal culposa à representação da vítima.

Com efeito, o operador do direito deve sempre ter esse cuidado, de buscar saber as peculiaridades do caso concreto, de forma a decidir se a conduta de lesão corporal culposa se



amolda ou não a hipótese de violência doméstica. Isso porque que a própria estrutura dos crimes culposos se mostra de difícil compatibilização com o elemento violência da Lei nº 11.340, devendo a carga probatória ser direcionada com maior intensidade no sentido de se alcançar elementos suficientes para provar existência da violência exigida pela norma.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decretolei/del2848.htm>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal parte geral*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COSTA, Ana Alice Alcantara. *O movimento feminista no brasil: dinâmicas de uma intervenção política*. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/380/285>>. Acesso em: 01 out. 2018.

CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático*. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778/248>>. Acesso em: 01 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

HABBIB, Gabriel. *Leis especiais para concursos: Leis Penais Especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* V.VIII. Rio de Janeiro: Forense. 1959.

MPPR. *Maria da Penha concede entrevista especial ao MPPR*. Disponível em: <<http://www.comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=6661&tit=Maria-da-Penha-concede-entrevista-especial-ao-MP-PR>> Acesso em: 10 out. 2018.

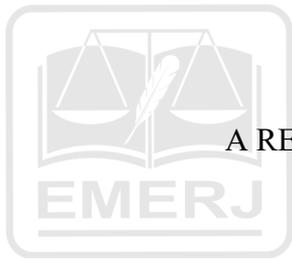
NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E O ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA SEXUALIDADE DA PROLE

Adrielle Stefani Rosa

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

Resumo – Ao elencar a dignidade da pessoa humana como macroprincípio, a Constituição Federal sedimentou os nortes a serem observados pelo Estado-Juiz. Na mesma oportunidade, o constituinte originário trouxe a família como base da sociedade, suscetível de proteção, discorrendo, ainda, os deveres e direitos dela decorrentes. Nesse passo, imperioso ocupar-se da responsabilidade civil aplicada na seara familiar, reconhecendo a árdua tarefa imposta ao Poder Judiciário, a quem compete pacificar os conflitos sociais. Assim, o trabalho pretende abordar a responsabilidade civil nas relações familiares, além das divergências encontradas na jurisprudência e doutrina, dando enfoque ao ponto mais sensível que permeia a responsabilidade civil: as relações paterno e materno-filiais e abandono afetivo.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito das Famílias. Responsabilidade civil. Dano Moral. Abandono afetivo. Orientação sexual. Prole.

Sumário – Introdução. 1. As relações familiares e o dano moral 2. A responsabilidade civil e o abandono afetivo 3. O abandono afetivo em razão da orientação sexual da prole. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da responsabilidade civil nas relações familiares, propondo como enfoque o abandono afetivo dos filhos, em específico, quando esse abandono é motivado pela orientação sexual da prole.

O enfoque deve-se ao fato de, embora a doutrina e jurisprudência não se eximam de discorrer amplamente quanto ao dano moral nas relações conjugais e nas uniões estáveis, pouco adentram a temática em relação aos filhos.

Nesse passo, o primeiro capítulo do trabalho irá trabalhar desde a dignidade da pessoa humana, insculpida no corpo normativo da Constituição Federal como fundamento da República, como também perquirir sobre as repercussões advindas da família, igualmente erigida pela Carta Política como base da sociedade e entidade merecedora de especial proteção.

Consagrar o macroprincípio da dignidade da pessoa humana como vértice do ordenamento pátrio, impõe que o olhar dirigido à família observe cada um de seus membros, como todo e isoladamente, reconhecendo o valor inerente a cada ser. Sobretudo, deve a análise perpassar ainda as peculiaridades de tratamento chanceladas pela Constituição Federal, uma

vez que assegura a prioridade no resguardo dos direitos das crianças e adolescentes, em atenção à condição destes de pessoas em desenvolvimento.

Tendo isso em conta, o segundo capítulo aborda as dificuldades há muito enfrentadas pela doutrina quanto à responsabilidade civil na seara familiar, dado a natureza existencial dessa relação humana. Propõe-se, ainda, estabelecer um panorama das correntes doutrinárias e, a partir disso, delimitar quais condutas serão tidas como ilícitas e, portanto, hábeis a ensejar a reparação civil.

Modo igual, o segundo capítulo aborda também os receios da doutrina e Tribunais quanto à compensação por dano moral, já que, inegavelmente, imprime na análise da responsabilidade questões subjetivas, o que implica fazer a necessária distinção dos conceitos e repercussões do afeto e afetividade, essa última entendida como valor jurídico e, em certo ponto, sinônimo do dever de cuidado.

Postas essas questões e, com o intuito de contribuir para o debate acadêmico, o terceiro capítulo do trabalho propõe a análise do abandono afetivo sob a perspectiva do filho menor de idade e, portanto, sujeito ao poder familiar. E, como o Direito poucas vezes se ocupa de casos fáceis, é merecedor de capítulo específico o abandono afetivo perpetrado por pais em virtude da orientação sexual da prole.

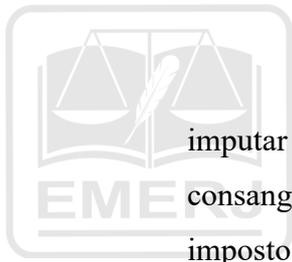
No que concerne à técnica metodológica, foi utilizado o método dialético, de modo que serão trabalhadas as principais controvérsias postas pela doutrina e jurisprudência sobre o tema aqui tratado. Além disso, propõe-se deixar de lado a seara mais confortável da discussão da responsabilidade civil no âmbito familiar, isto é, aquela afeta ao matrimônio e da união estável, para abordar o lado mais vulnerável: os filhos. Ao final, será abordada a solução que melhor parece se adequar a atual conjectura social e com os preceitos do ordenamento pátrio.

O trabalho será norteado por obras doutrinárias e, além de utilizar a legislação pátria concernente ao tema, abarcará a jurisprudência correlata, qualificando a abordagem como qualitativa.

1. AS RELAÇÕES FAMILIARES E O DANO MORAL

De pronto, cabe esclarecer que é palco de celeumas a possibilidade de se reconhecer e, posteriormente, arbitrar a compensação por danos morais nas relações familiares.

A dificuldade encontrada pela doutrina e Tribunais tem início na própria natureza complexa dessas relações humanas, em especial, quando a relação entre particulares, além de



imputar efeitos jurídicos, é premida de laços de afetividade, cujo cerne é ora resultado da consanguinidade, ora pela vontade, tal como no caso da filiação por adoção, de vínculo auto imposto.

Razão para a hesitação dos Tribunais e livros quanto ao tema, é a própria topografia atribuída pelo ordenamento jurídico brasileiro à família. Conforme preceitua o caput do artigo 226 da Constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.¹

Não é demais lembrar que a Constituição da República, promulgada em 1988 e instituída sobre os preceitos kelsenianos, é a Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio, a perfeita harmonia entre normas-regras e normas-princípios, cujo processo de alteração prescinde de procedimento rigoroso em virtude de sua superioridade sobre todos os demais atos normativos. É norma-parâmetro, primeira sobre qual o Estado deve se apoiar para nortear sua conduta.

Não por acaso, insculpir em seu corpo normativo que a família, além de base da sociedade, possui especial proteção do Estado significa impor aos três âmbitos do Poder Legislativo, Judiciário e Executivo o dever de zelar por sua promoção e consolidação, sempre pautada no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e norteadada pelo objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária que, como nação, tem o dever-poder de promover o bem de todos, sem preconceitos de cor, sexo, origem e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I e IV, CRFB/88)².

Bem cabe frisar a fundamentalidade da família que, nas palavras de Chaves e Rosenvald³, é ambientação primária na qual o “homem se distingue dos demais animais, pela suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá a sua personalidade.”

Sucedo que o dever constitucional de proteção da família merece ser ponderado a luz da função social e do princípio da autonomia privada, já que, atualmente, vige a intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

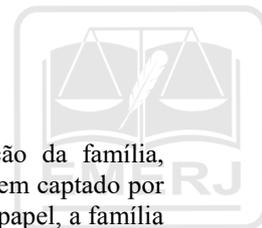
Assim, a despeito da entidade familiar ser, predominantemente, regida pela autonomia, a atuação do Estado será considerada legítima sempre que vise efetivar a promoção dos direitos e garantias de seus membros. Nesse ponto, aliás, Rosenvald e Farias⁴ ensinam que:

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

² Ibid.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*, 6 ed. rev. e atual. V. 6. Bahia: Juspodivm. 2014. p. 41.

⁴ Ibidem. p. 151-152.



É o fenômeno de privatização da família ou desinstitucionalização da família, impondo uma intervenção mínima do Estado nas relações afetivas, bem captado por Rodrigo da Cunha Pereira: “sob a nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”, reconhecido “um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas.

Observada sob esses pilares, torna-se mais fácil compreender a árdua tarefa imposta, em especial, ao Judiciário, órgão ao qual compete como função precípua a pacificação dos conflitos sociais.

A atividade jurisdicional por não se subsumir à mera protelação de uma sentença, seja ela de mérito ou não, mas sim de verdadeira resolução de casos difíceis, depende da contextualização dos litígios, do estudo das tendências da sociedade e do próprio papel que o Judiciário precisa assumir, a depender do caso.

Nesse passo, vale lembrar que a constitucionalização do Direito Civil reestruturou a compreensão quanto aos meios de se restabelecer a ordem e equilíbrio das relações jurídicas, a começar pela despatrimonialização do direito. Frente ao valor maior da dignidade da pessoa humana, evitar e impedir a violação e o abuso de direito tomou novo significado, de modo a ultrapassar a mera imposição de cifras monetárias como modo de restauração do *status quo ante*.

A bem dizer, restou reconhecido que o abalo psíquico, a dor e o sofrimento humano não são passíveis de reparação propriamente dita. Em outras palavras: a dor emocional não é esquecida, porém, pode ser atenuada, compensada, por meio do sentimento pessoal de justiça advindo da condenação, bem como do *animus* de inibir que aquela situação se reitere, seja com a mesma pessoa ou outrem. De igual modo, reconhece-se o papel coercitivo de outras obrigações mandamentais, tais como a de fazer e não fazer, ganhando tanta proporção a retratação pública como a condenação monetária.

Entretanto, autores como Maria Berenice Dias⁵ alertam para o perigo de se acreditar, sem grandes ponderações e considerações, que toda e qualquer aparente situação de violação de direito na relação familiar é suscetível de compensação, sendo certo que tais generalizações são passíveis de sedimentar fenômenos como a industrialização do dano moral, além de provocar indevida intromissão do Estado no núcleo familiar e fragilizar laços de afetividade.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito da Família*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 94.



Assim, a análise do Judiciário ao tutelar a família, bem como os direitos e deveres daí advindos, seja como pessoas autônomas ou como núcleo social, significa adotar o preceito kantiano, a partir do qual as pessoas são reconhecidas como um fim em si mesmo e não como meios. De se dizer, portanto, não pode ser o Poder Judiciário esfera para discussão de aborrecimentos do cotidiano, suscetíveis de resolução no âmbito familiar, tampouco pode haver a banalização do que se enquadra sob o amparo da responsabilidade civil.

Quaisquer sejam os métodos empregados, inequívoco que ao Judiciário não é possível se imiscuir de julgar as problemáticas postas, sobretudo, quando desenvolvidas no cerne da instituição social primária, a família.

Não surpreendentemente, é o Estado-Juiz instado inúmeras vezes para tratar sobre a temática, ora para sedimentar que o conceito de marido e mulher constante no texto constitucional no artigo 226, §3º, CRFB e reproduzido pelo Código Civil no artigo 1.723, deve ser interpretado sob o enfoque não reducionista, de modo a abarcar o conceito de entidade familiar e família sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano⁶; ora para reconhecer como modalidades de família qualquer composição humana regida pelo *intuito familiae* (ânimo de constituir família) e equalizar as repercussões jurídicas.

Ademais, no que concerne a impossibilidade do juiz se recusar a julgar uma causa por não saber como decidir sobre, inclusive, suscitando obscuridade ou omissão da lei, há de se memorar que a conduta está vedada pelo denominado princípio *non liquet*, disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil⁷.

De modo igual, adianta-se aqui que, embora não exista legislação específica para tratar do dano moral nas entidades familiares, uníssonas são a doutrina e jurisprudência no sentido de que a responsabilidade civil oriunda da violação dos deveres diretos e anexos (quando se admite a possibilidade) às entidades familiares é regida pelas normas gerais de Direito Civil. Não há, portanto, motivos a justificarem a omissão do Judiciário, restando perquirir quanto às hipóteses de sua atuação.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil é instituto do Direito Privado voltado à apuração da obrigação de reparar dano causado a outrem. Nada mais é do que a verificação, no caso concreto, do nexo de causalidade entre a conduta humana e o eventual dano dela advindo para, somente após, se determinar em que medida deve ocorrer a reparação.

Tal como o legislador não utiliza de expressões e termos desnecessários, cabe esclarecer aqui que deve ser entendida como conduta toda ação ou omissão, conscientemente dirigida a um fim e que pode ser abarcada como ato ilícito ou abuso de direito.

Por ato ilícito, o Código Civil em seu artigo 186⁸ entende como a ação ou omissão voluntária que viola direito de outrem, a ensejar reparação até mesmo de índole moral. Diz ainda o legislador ordinário que incorrerá em ato ilícito aquele que, por negligência ou imprudência, violar direito alheio.

Por seu turno, o abuso de direito, constante do artigo 187⁹ do mesmo diploma, também se insere como modalidade de ato ilícito. Todavia, distingue-se da primeira categoria no ponto em que é originado do excesso empregado no exercício de um direito.

Além disso, a verificação da responsabilidade depende da existência de liame, isto é, de um vínculo entre a conduta e resultado. Em outros dizeres, não se pode imputar a alguém a obrigação de reparar dano se de sua conduta – comissiva ou omissiva – não se pode concluir o resultado.

Estabelecidos esses pressupostos, não há dúvidas sobre a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil nas relações familiares. Não havendo um diploma específico tutelando a responsabilidade no âmbito do Direito das Famílias, deve o magistrado e os jurisdicionados se socorrerem das regras gerais inscritas no Código Civil.

Cabe, no entanto, a ressalva feita por Conrado Paulino da Silva, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas¹⁰, segundo os quais, citando Rolf Madaleno, o direito da família ainda não tem nenhuma simpatia para com a doutrina da responsabilidade civil, e o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio acerca da responsabilidade civil nas relações familiares.

⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁹ Ibid.

¹⁰ MADALENO apud SILVA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 42.



Inequívoca, no entanto, a controvérsia no ponto concernente ao alcance da ilicitude aplicada às relações familiares, ou, melhor dizendo, quanto à possibilidade de uma ampla caracterização ou não da responsabilidade civil nesse campo. Como bem anotado por Maria Berenice Dias¹¹:

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatos de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.

Nesse sentido, apresentam-se duas as correntes sobre o tema.

A primeira, capitaneada por autores como Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos Santos¹² e Inácio de Carvalho Neto¹³ consolida-se no sentido da responsabilização ampla. Isso significa dizer que, a obrigação de reparar poderá advir dos casos gerais de ilicitude, preceituados nos artigos 186 e 187 do Código Civil, além das hipóteses em que o legislador ordinário estabeleceu um dever jurídico específico.

Importa aqui transcrever a elucidação feita por Rosenvald e Farias, de acordo com os quais, “seria o exemplo da violação de um dos deveres matrimoniais previstos no art. 1.566 do Codex, como a prática do adultério ou a cessação da vida em comum.”¹⁴

Diversa é a posição defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵ e com a qual se afiliam Maria Berenice Dias¹⁶, Gustavo Tepedino¹⁷ e Aparecida Amarante¹⁸. De acordo com eles, o dever de indenizar surgirá atrelado ao conceito geral de ilicitude, presentes na parte primeira do Código Civil de 2002. Dessa forma, o dever de indenizar dependerá da caracterização dos pressupostos da cláusula geral de ilicitude.

Nesse sentido, não seria a mera violação de um dos deveres anexos a entidade familiar capaz de, isoladamente, implicar a obrigação de reparação do dano, sob pena de monetarização das relações afetivas. Necessário seria a constatação de – frise-se – efetiva prática de ato ilícito, ou seja, prova efetiva da repercussão da conduta violadora de um dos direitos da personalidade.

¹¹ DIAS, op. cit., p. 94.

¹² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 153-175.

¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Famílias*. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2010. p. 253-284.

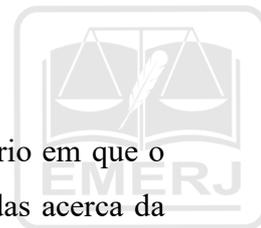
¹⁴ FARIAS, op. cit., p. 154.

¹⁵ Ibid., p. 154.

¹⁶ DIAS, op. cit., p. 95.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 367-388.

¹⁸ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Ray. 1991. p. 35-36.



Assim, como hipótese de responsabilidade poder-se-ia pensar no caso de adultério em que o cônjuge traído é submetido à vexame e humilhação pública, não havendo dúvidas acerca da procedência do pedido indenizatório nesse caso.

Importa pontuar que os autores acima citados são unânimes ao tratar das relações conjugais, bem como as de união estável e da ausência do dever de afeto, de forma tal que não se pode impor o dever de indenizar por ausência desse fato psicológico. Assim, explica Maria Berenice Dias¹⁹ que:

Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gerará obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 927), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais. O fato é que o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável. A ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de que sua conduta importa violação à moral do consorte. Cônjuges e companheiros estariam impedidos de exercer direito constitucionalmente garantido. Dita limitação infringiria, além do direito à liberdade, o próprio princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se assim que a divergência doutrinária trata apenas da caracterização da ilicitude, isto é, se ela advém meramente da quebra de uma norma jurídica associada à entidade familiar ou, doutro turno, se depende da comprovação de efetivo dano – não há, para essa corrente, dano *in res ipsa*.

Conquanto se mostre mais adequada a segunda linha de pensamento, há temperamentos que deverão ser feitos quando o enfoque da responsabilidade civil no Direito da Família for direcionado para a relação entre pais e filhos, em especial, os menores de 18 (dezoito) anos e não emancipados.

Sob esse prisma, ganha destaque o estudo acerca do abandono afetivo nas relações paterno-filiais e o termo, com frequência, incute dúvidas em juristas e doutrinadores. Por isso, necessário que sejam realizadas, desde logo, as distinções entre afeto e princípio da afetividade, mostrando-se como melhor lição aquela trazida por Ricardo Lôbo²⁰:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

¹⁹ DIAS, op. cit.; p. 95.

²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 72.



A mais conhecida abordagem²¹ sobre o tema no mundo jurídico é proveniente do voto da Ministra Nancy Andrichi, relatora do Recurso Especial nº 1.557.978, de 2012²². Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o abandono afetivo e material sofrido, durante a infância e juventude, por uma filha em ação intentada contra seu genitor, cenário esse que acarretou o reconhecimento do pedido de indenização material e compensação por danos morais.

Nesse mesmo precedente, a Ministra Relatora foi responsável pela emblemática frase “amar é faculdade, cuidar é dever” que, sem sombra de dúvidas, escora-se na mesma distinção feita por Ricardo Lôbo no que tange afetividade e afeto, sendo necessária a única ressalva de que o princípio da afetividade – na ementa e no voto – tomou o mesmo contorno de cuidado, sendo inequívoco ainda que ambos são, reconhecidamente, valores jurídicos.

Além disso, ao alçar o cuidado à obrigação legal, esclareceu a Ministra:

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais, ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Como se percebe, em momento algum, se pretendeu exigir amor e afeto como obrigações a serem judicialmente impostas, ainda que se trate de uma relação entre pais e filhos.

Por outro lado, não poderia o Estado-juiz deixar de reconhecer, assim como fez o constituinte originário nos artigos 226 e 227, CRFB²³ e o legislador ordinário, por meio da Lei 8.069/90, as consequências devastadoras provenientes da ausência do acompanhamento do

²¹ A primeira indenização a título de dano moral por abandono afetivo de que se tem notícia data do ano de 2003, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da ação nº 141/1030012032-0.

²² (...)O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/São Paulo, Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_regis tro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 28 abr. 2019.

²³ BRASIL, op; cit. nota 1.



desenvolvimento sócio-psicológico da prole, razão pela qual se impõe alçar o cuidado e o princípio da afetividade como normas jurídicas, as quais os pais devem observância.

Para além da doutrina de proteção integral da criança e adolescente (artigo 227, *caput*, CRFB), que reconhece a estes a condição de pessoas em desenvolvimento e às quais devem ser prioritariamente dirigidas ações públicas e a tutela jurisdicional, são elencados na Carta Política brasileira a paternidade responsável e o dever solidário imposto à sociedade, à família e ao Estado de salvaguardar crianças e adolescente de qualquer tipo de negligência. Válido também reforçar que o abandono afetivo, a despeito das atuais decisões²⁴ do Superior Tribunal Federal, é cenário fático cuja configuração independe do desamparo material.

Aliás, as divergências que surgem sobre esse ponto nada mais são do que desdobramentos tristes da recalcitrância dos Tribunais e de parte da doutrina em reconhecer a responsabilidade civil aplicada às famílias. Isso porque, são crescentes os julgados²⁵ que estipulam que o abandono afetivo apenas ensejará compensação se, necessariamente, estiver associado ao descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação. Não haveria, portanto, o abandono afetivo por si só, nada obstante os danos psicológicos dele inerentes²⁶.

Buscando justificar esse dissídio jurisprudencial instaurado pela 4ª Turma, afirma Maria Aracy Menezes da Costa²⁷ que, “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco, o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver”.

Melhor postura para ser aquela explicitada por Rodrigo da Cunha Pereira que, com propriedade e pontualmente, salienta “não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpra essencial função da vida da prole”.²⁸

Sob pena de adentrar o campo da obviedade, reconhecer o dano decorrente do abandono afetivo, mas, por outro lado, afastar sua subsequente compensação é ignorar o dever constitucional de proteção da prole e da família. Mais do que isso, é tornar letra morta a proteção

²⁴ Nesse sentido, ressalta-se o Recurso Especial nº 1.557.978/DF, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, da Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, publicado no Diário de Justiça de 17/11/2015). Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019.

²⁶ Foi o que entendeu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.579.021; Proc. 2016/0011196-8; RS; Relatoria da Ministra Isabel Gallotti, publicado no Diário Oficial de 29/11/2017.

²⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Responsabilidade civil no Direito de Família*. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n.2, fev. 2005, p.157.

²⁸ IBDFAM. *Nem só de pão vive o homem: a responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.idbfam.org.br/?artigo&artigo=392>>. Acesso em: 6 mai. 2019.



prioritária despendida em favor de crianças e adolescentes, subjugando o cuidado devido para o desenvolvimento de sua vida mental e psíquica a último plano.

3. O ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DA PROLE

Uma das principais formas de abandono afetivo é aquela calcada na intolerância dos pais, em virtude da orientação sexual da prole. Curiosamente, é essa também a razão do abandono afetivo que a doutrina e jurisprudência mais se mostram hesitantes de abordar.

Assim, de início, necessário evitar assertivas em tons absolutos que apontem a impossibilidade de se reconhecer o abandono afetivo dos pais em face dos filhos pautado em orientação sexual e, em igual grau, na intolerância religiosa. Deve esse tipo de afirmação causar, no mínimo, certo desconforto epistemológico que, aqui, será utilizado como fomento para o debate e diálogo. Dito isso, mostra-se imprescindível assentar premissas básicas, algumas de caráter universal, que permitem uma reflexão mais cuidadosa sobre o assunto.

A primeira delas é a condição de sujeitos de direito que crianças e adolescentes ostentam, como já enuncia o artigo 15²⁹ do Estatuto da Criança e Adolescente, em harmonia ao artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). Olhar breve poderia fazer crer ser essa uma obviedade, mas não é demais memorar que, até o advento da Carta Política de 1988 e legislação específica, crianças e adolescentes eram tutelados sob o enfoque de objetos e não como sujeitos de direito, a luz do ultrapassado Código de Menores e da doutrina de situação irregular. A propósito, Dupret³⁰ assevera que a doutrina de situação irregular “abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal. A lei de menores cuidava somente do conflito instalado e não da prevenção”.

Felizmente, a consagração da doutrina de proteção integral, firmou como corolário o reconhecimento da condição de pessoa em desenvolvimento, bem como o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, a nortear a interpretação e aplicação das normas jurídicas, como forma de assegurar que os direitos e garantias sejam gozados da melhor forma – e com a maior extensão – possível.

²⁹ A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

³⁰ DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 2. ed. Belo Horizonte: Ius, 2012.

Sedimentadas essas premissas, impõe-se, igualmente, reconhecer que os interesses dos pais e filhos, por vezes, serão antagônicos. Talvez, melhor seja dizer, que os filhos, como indivíduos autônomos e livres, podem (e, frise-se, têm assegurado o direito de) ser norteados por seus próprios anseios e desejos, desenvolvendo projetos de vida e inclinações diversas de seus pais. Em outras palavras: é possível (e provável) que não exista correspondência entre as expectativas de comportamento, aspirações e desejos traçados pelo genitor e aqueles almejados pela prole.

Justamente em virtude desse embate, alguns ascendentes passam a negligenciar os deveres impostos pela Constituição Federal e pela legislação especial, notadamente, o dever de cuidado, corolário do princípio da afetividade.

Como já apresentado aqui, a afetividade nas relações paterno-filiais não alude ao sentimento metafísico de amor e afeto. No entanto, deve ser compreendida como “valor jurídico objetivo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências”³¹. Nesse diapasão, Paulo Lôbo³² cita os dispositivos que permitem a constatação da afetividade como princípio constitucional implícita:

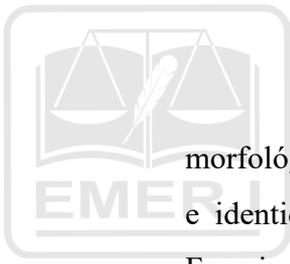
O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §5º e 6º); c) a comunidade formado por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 277).

Transportada para as relações familiares, a leitura da afetividade deve impor aos pais o dever de cuidado a partir da convivência harmônica e tolerante, na abstenção de condutas que impeçam o livre desenvolvimento, garantindo a saúde psíquica e mental da prole. É essa talvez, a maior concretização da paternidade e maternidade responsável, uma vez que compele o agir respeitoso e tolerante, a despeito do sentimento interno dos pais de inconformismo com os filhos por questões afetas à sexualidade.

Aliás, cumpre explicar que se utiliza propositalmente o termo sexualidade com o intuito de abarcar, para além das relações de afeto do indivíduo com pessoas do mesmo sexo

³¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

³² LÔBO, op. cit., p. 48.



morfológico ou não (orientação sexual), também as matérias afetas à comportamento de gênero e identidade. Importa transcrever as distinções realizadas em estudo interdisciplinar por Francischetto e Trevizani³³ que destacam:

[...] pode-se depreender que, enquanto a definição de sexo está mais intimamente ligada aos padrões morfológicos, a de gênero relaciona-se mais aos parâmetros comportamentais característicos do modelo de homem e mulher. No que tange à identidade de gênero, esta, por sua vez, apresenta-se de maneira mais complexa, pois se interliga estreitamente à forma como o indivíduo enxerga-se.

Com efeito, aliar-se a uma interpretação que colige o abandono afetivo à uma necessária violação dos deveres de sustento e guarda significa restringir, de forma imensurável injustificadamente, a proteção dos filhos menores de dezoito anos, deixando de reconhecer sua vulnerabilidade.

Ademais, por mais que não seja difícil intuir que o abandono afetivo pode, potencialmente, se transmutar em privação de auxílio material, não devem haver descrenças quanto à existência do dano psicólogo por sua mera configuração.

Isso se justifica pelo fato da violação do dever de cuidado se traduzir tanto na ausência da presença paterna e materna na vida filial, como também no assédio moral (quando não adentra as vias de fato), além da adoção de tratamento não isonômico entre os filhos.

É violação que se expressa na exacerbação da vulnerabilidade da prole, vez que, como pessoa em de desenvolvimento, lhe falta as mínimas bases de dignidade e respeito para que a criança e o adolescente se afirmem como sujeitos de direito. Com propriedade são os apanhados de Conrado Paulino da Silva, Dimas Messias de Carvalho e Douglas Philips Freitas³⁴:

Na persistência dos abandonos, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e auto desvalorização pelo rechaço paterno, por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratificá-lo, além de expor a criança a sentimento de tristeza, se traduzem em muitos casos pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que se não atendidos evoluem para as dificuldades adolescentes, justamente quando será inequívoco incluir o pai nos planos terapêuticos. Outras crianças respondem com manifestação de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe as responsabilidades pela ausência paterna.

Também é rigorosamente presumível o abalo que sente o filho ao ver que seu pai, mesmo sabendo-se seu pai, trata-o não como filho, mas como agregado, mero

³³ FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti; TREVIZANI, Karoline. *A violação do princípio da afetividade em função da orientação sexual da criança e do adolescente*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79128912.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁴ SILVA, Conrado Paulinho da. FREITAS, Douglas Philips. CARVALHO, Dimas Messias de. *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 115-116.

destinatário de trastes de pouco ou nenhum valor, em total menoscabo à regra de isonomia entre os filhos.

Comprovadas as repercussões do abando afetivo, deve-se anotar que a sanção jamais pode ser aquela que suscetível de ser recebida de bom grado, como se prêmio fosse, pelo pai ou mãe que exercem seus deveres de forma irresponsável, por atentar contra a dignidade do filho. Faz-se necessária essa afirmação, já que, para ilidir sua condenação nos autos do Recurso Especial nº 1.159.242³⁵, o réu se defendeu no sentido de que, a única sanção possível pela violação do dever de cuidado seria a destituição do poder familiar.

Todavia, perfeita foi a colocação do Ministro Sidnei Beneti³⁶, de acordo com o qual:

Não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1.38, II, c.c art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário seria impor ao lesado a perda de direito (indenização do dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Imprescindível assim, reconhecer a compensação por danos morais decorrente do abando afetivo como, senão a única, a melhor forma de, judicialmente, rechaçar a conduta daquele que viola os deveres inerentes ao poder familiar. Certo, ainda, que o *quantum* indenizatório deverá ser norteado a partir dos princípios da proporcionalidade.

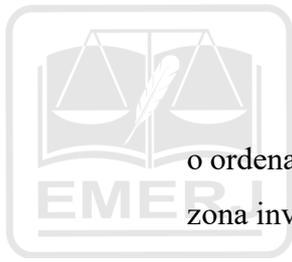
CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a dificuldade da doutrina e dos Tribunais de analisarem as relações familiares sob a perspectiva da responsabilidade civil.

Assim, foi primeiro tratada as razões dessa dificuldade, sendo pontuado que é a natureza existencial dessas relações o que incute no magistrado e em acadêmicos verdadeiro receio quanto à possibilidade de se estabelecer limites objetivos o suficiente para, ao mesmo tempo, impedir a violação de direitos e dotar a família e seus membros da proteção especial que

³⁵ BRASIL, op. cit. nota 19.

³⁶ Ibidem.



o ordenamento preconiza e, ainda, garantir que o Judiciário, quando instado a atuar, não adentre zona inviolável da dignidade da pessoa humana: a liberdade.

Foi, então, estudada de forma mais detalhada a responsabilidade civil, com a sua conceituação e transposição dos seus elementos –nexo, conduta e dano– para o âmbito do Direito das Famílias. Aproveitando-se desse panorama geral, foram salientadas as divergências doutrinárias quanto ao alcance da ilicitude, uma vez que, para parte da doutrina, haverá dever de reparação sempre que houver a violação de um dever jurídico. Nesse sentido, foi exemplificada a reparação civil pela simples violação do dever de fidelidade imposto ao matrimônio.

Com a devida vênia aos que são adeptos desse primeiro posicionamento, essa pesquisa evidenciou que o melhor posicionamento é o adotado pela jurisprudência, de modo que a responsabilidade civil aplicada às Famílias será aquela que atender aos pressupostos da cláusula geral de ilicitude.

Explica-se melhor. Filiar-se à essa segunda corrente implica compreender que não basta, por si só, a violação de uma norma jurídica, é necessário que da conduta se possa extrair verdadeiro dano.

Superado isso, foi abordado o abandono afetivo e suas repercussões no Direito da Família, já que é problemática afeta à responsabilidade civil. Por isso, foi necessário tratar do afeto e do princípio da afetividade, em especial, elencando as suas distinções para, finalmente, aplicá-lo no lado mais sensível e vulnerável da família: a prole.

Assim, coube trazer elucidacões sobre o tratamento especial atribuído aos filhos, em específico, às crianças e adolescente que, sob a perspectiva da Doutrina de Proteção Integral, são sujeitos de direitos e, como pessoas em desenvolvimento, devem ter tutelado os seus direitos da melhor forma possível.

Calcado nesses princípios balizares, conclui-se, ao fim do trabalho, a inequívoca necessidade de se reconhecer o abandono afetivo quando perpetrado em face da prole. Ressaltou-se, ainda, não se tratar aqui do afeto, como elemento anímico e fato psicológico, proveniente da vontade, mas do valor jurídico de cuidado, corolário do princípio da afetividade.

Como forma de não deixar dúvidas quanto à vulnerabilidade da prole, suscitou-se a mais drástica forma de abandono afetivo, qual seja, aquele que é norteado pela orientação sexual dos filhos. Isso porque, nada mais contrário ao princípio da paternidade e maternidade responsável do que pais que, vendo contrariadas as suas expectativas de como seriam seus filhos, passam a negligenciá-los.



Nesse contexto, discorreu-se sobre as formas que essa negligência pode tomar, já que podem oscilar desde a mais completa ausência na vida do filho à manifestação do inconformismo pessoal dos ascendentes para com os filhos, por meio de palavras e ações, fazendo na prole, o sentimento de desvalor e auto depreciação.

Por toda a exposição, não era possível outra conclusão a não ser a necessidade de reconhecimento do abandono afetivo da prole, em especial, nas hipóteses que os pais invocam como desculpas para fazê-lo a orientação sexual dos filhos.

Por ao fim a pesquisa se direcionar à relação materno e paterno-filial, restou concluído que o abandono afetivo, nessa circunstância específica, deverá, por si só, ser hábil a ensejar a reparação civil, dada a repercussão moral e psicológica no desenvolvimento da pessoa humana.

De se frisar, ainda, não se dispensa por essa conclusão a comprovação do resultado danoso, mas dada vulnerabilidade da prole, a pesquisa se propõe a considerar o dano é, no mínimo, presumível.

Dessa forma, a despeito das divergências doutrinas e jurisprudenciais verificadas, evidencia-se como entendimento que melhor sintetiza e harmoniza os deveres e direitos insculpidos na Constituição Federal, a posição defendida pela Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento e relatoria do Recurso Especial nº 1.159.242, momento em que, com sabedoria ímpar, pronunciou ser o amor uma faculdade e o cuidado, norma jurídica.

REFERÊNCIAS

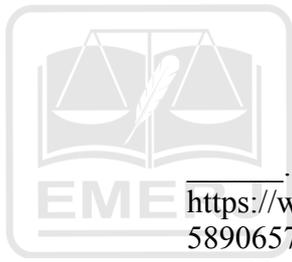
AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Ray. 1991.

BARBOSA, Valeria Koch; BOFF, Alexander Rogers. *A responsabilização civil dos genitores por abandono afetivo de filhos homossexuais*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/22020/17540>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. *Código Civil*, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF>, Acesso em: 28 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.557.978*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73036217&num_registro=201600111968&data=20171129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Famílias*. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2010.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Responsabilidade civil no Direito de Família*. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n.2, fev. 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 2. ed. Belo Horizonte: Ius, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti; Trevizani, Karoline. *A violação do princípio da afetividade em função da orientação sexual da criança e do adolescente*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79128912.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2019.

GUERRA, Marcela Corete Rosa Maia; ROCHA, Francielle Lopes. *Do abandono afetivo em razão da orientação sexual: do exercício de uma paternidade irresponsável*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=273f5064dc00c682>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

IBDFAM. *Nem só de pão vive o homem: a responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.idbfam.org.br/?artigo&artigo=392>>. Acesso em: 6 mai. de 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papo dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar. 1999.



A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO NO ORDENAMENTO PÁTRIO:
SOBRE AUTODECLARAÇÃO RACIAL, PROCEDIMENTO DE
HETEROIDENTIFICAÇÃO E SANÇÕES

Alana Azeredo Dal-Cere

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – das questões mais controversas que envolvem atualmente os processos seletivos de acesso ao ensino superior e técnico, além de provimento de cargos da administração pública – envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – é a adoção de ações afirmativas, em especial a reserva de vagas para negros, índios e pardos, também conhecidas como cotas. Discussões acaloradas ocorrem com alguma frequência no seio social, geralmente com foco em potenciais injustiças que tais medidas trariam, olvidando-se, no entanto, de aspectos técnicos essenciais à sua implementação, como os próprios critérios para a sua concessão. Partindo desta inquietação, busca-se, por meio do presente estudo, compreender como o Direito pátrio rege o instituto das ações afirmativas, com atenção às Leis de nº. 12.711/2012 e 12.990/2014; os requisitos para enquadramento de candidatos na reserva de vagas; e verificar que tipo de censura o Estado impõe àqueles que tentam burlar o sistema, fraudando a Lei de Cotas.

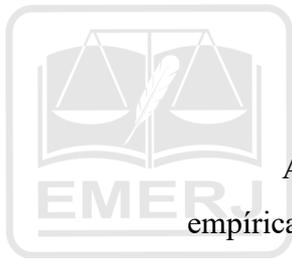
Palavras-chave – Direito Constitucional. Ações afirmativas. Lei de Cotas. Autodeclaração racial. Procedimento de heteroidentificação. Sanções.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento das ações afirmativas no Brasil. 2. A autodeclaração racial e o procedimento de heteroidentificação. 3. Sanções previstas no ordenamento aos jurisdicionados que tentam burlar o sistema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a regulamentação jurídica do sistema de cotas raciais, uma das ações afirmativas implementadas pelo Estado brasileiro a fim de corrigir as diferenças geradas pelo racismo estrutural que se apresenta até os dias de hoje, a partir da edição de normas que privilegiam o acesso ao ensino superior em instituições públicas e o preenchimento de cargos públicos em benefício de negros, pardos e índios, a exemplo das Leis de número 12.711 de 2012 e 12.990 de 2014, conhecidas como leis de cotas.

Não é de hoje que impera, no senso comum, a noção de que o Brasil seria um país miscigenado, desprovido de preconceitos inerentes a raça, cor e etnia, avesso à xenofobia e predominantemente inclusivo, em que a convivência entre pessoas das mais diversas origens e características seria algo que não causa espécie.



A despeito disso, não é preciso realizar uma complexa pesquisa científica, com base empírica, para que se tenha consciência de que o acesso de pessoas negras, pardas e de origem indígena às universidades públicas e a cargos de destaque na administração pública é inferior em comparação a pessoas que se autodeclaram brancas.

Para tanto, basta verificar que atualmente o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros brancos, o Superior Tribunal de Justiça por 31 ministros brancos, 1 negro e 1 pardo, conforme se verifica de simples consulta ao sítio eletrônico oficial de cada uma das Cortes, pese embora o último Censo publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tenha apurado que apenas 47,7% da população brasileira é composta por pessoas autodeclaradas brancas.

Este simples exemplo denota um problema estrutural da sociedade brasileira, que nos remete à formação sociocultural da população do país, tema exaustivamente discutido nos âmbitos da sociologia e da história por autores como Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda, em muito impactada pela Lei Imperial nº. 3.353 de 13 de maio de 1888 – Lei Áurea – que, a despeito de ter dado fim à escravidão, não promoveu adequada integração dos diferentes segmentos étnicos que compõem o nosso meio social.

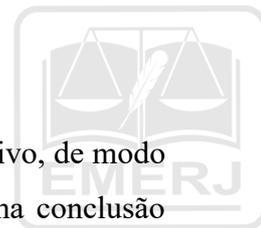
Justamente por isso, passados mais de 130 anos desde a referida legislação imperial, o Estado ainda detém o encargo de promover medidas de inclusão, as chamadas ações afirmativas, voltadas à criação de oportunidades para estudantes de escolas públicas, os de menor renda, negros e indígenas, em razão de seu pertencimento a grupos historicamente discriminados.

Daí a pertinência do presente estudo, ora dividido em três partes.

No primeiro capítulo apresenta-se a evolução histórica das medidas afirmativas no Brasil, com a promulgação da legislação pertinente pelo Congresso Nacional e a sua ulterior e paulatina implementação, o que se deu, sobretudo, no âmbito das universidades públicas.

Na sequência, o segundo capítulo volta-se à análise da questão da autodeclaração racial, método previsto em Lei para a identificação dos candidatos que fazem jus à ação afirmativa, bem como da instituição das bancas avaliadoras, a partir das quais realizam-se os chamados procedimentos de heteroidentificação, abordando os critérios por elas utilizados.

O terceiro capítulo destina-se ao exame das sanções administrativas e penais aos agentes que tentam fraudar o sistema, que falsamente se declaram negros, pardos ou índios para se beneficiarem das leis de cotas.



O presente trabalho científico é desenvolvido por meio do método dedutivo, de modo que a pesquisadora se propõe a analisar dados e informações para chegar a uma conclusão própria.

Por fim, a abordagem do objeto é qualitativa, considerando que a pesquisadora pretende se vale da bibliografia pertinente à temática proposta, que envolve obras literárias, legislação, artigos científicos e periódicos, previamente analisada, para sustentar suas conclusões.

1. O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 representou, em diversos sentidos, um marco no cenário jurídico brasileiro, atuando como mola propulsora de mudanças sociais. Isto porque, não bastasse o efeito simbólico insito à sua promulgação, naturalmente decorrente do fato de ter sido levada à cabo apenas três anos após o fim da ditadura militar (1964-1985), sua redação é considerada verdadeira tradução dos ideais do Estado Democrático de Direito, principalmente em virtude das garantias individuais por ela consagradas, não por outro motivo sendo batizada de Constituição cidadã.

No que diz respeito à isonomia entre os habitantes do território nacional, Gilmar Mendes leciona que a Carta Política trouxe à tona catálogo de direitos temporalmente adequado, que, seguindo o brocardo *suum cuique tribuere* consagrado por Aristóteles¹, busca a tratar de forma igual todos os brasileiros, dando tratamento diferenciado àqueles que possuem carências especiais.²

Não por outra razão, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, conforme se verifica dos incisos do seu artigo 3º:

¹ “O justo nesta acepção é, portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso, um quinhão se torna muito grande e outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno. No caso do mal o inverso é verdadeiro, pois o mal maior, já que o mal menor deve ser escolhido em preferência ao maior, e o que é digno de escolha é um bem, e o que é mais digno de escolha é um bem ainda maior.” (ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução: Eudoro de Souza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 199).

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204-205.



Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³

Desta forma, foi a partir da redemocratização que a lei fundamental da República brasileira instituiu a obrigação do Estado em criar condições, políticas públicas, voltadas a minimizar desigualdades sociais, isto é, com o declarado objetivo de neutralizar os efeitos da discriminação por raça, gênero, idade, nacionalidade e aspectos físicos, além de criar oportunidades iguais, incentivando a iniciativa privada a criar e executar políticas com este mesmo fim. Estas políticas ficaram conhecidas como ações afirmativas e possuem como escopo principal minorar as diferenças provocadas por fatores históricos, sociais e econômicos entre os cidadãos brasileiros, promovendo a ascensão de grupos minoritários historicamente discriminados, sejam eles étnicos-culturais, sexuais ou portadores de necessidades especiais.⁴

Guilherme Braga Peña de Moraes, conceitua as ações afirmativas da seguinte forma:

[...] políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, com vistas ao estabelecimento de relações de emprego, à delegação de serviços de comunicação social, à contratação e dispêndio de recursos públicos e à admissão em instituições de ensino superior.⁵

Portanto, desde o marco legislativo de 1988, representado pela Constituição Federal, foi possível a adoção das chamadas ações afirmativas, reivindicadas por diferentes grupos sociais que, antes silenciados no período da ditadura militar, passaram a demandar seus direitos abertamente, buscando corrigir o que é considerado por muitos uma injustiça histórica desde o período escravista e que resultou em um menor acesso ao ensino superior e, conseqüentemente, a menores oportunidades no mercado de trabalho para negros, pardos e índios.

Neste cenário é que se inserem as ações afirmativas, políticas públicas que possuem, como maior expoente, o sistema de cotas raciais, que atuam como mecanismos de efetivação do princípio da isonomia. Com efeito, as cotas, mais do que ações benevolentes que buscam

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴ SUPPLICY, Marta. Ações afirmativas para negros são necessárias. In: *Fundação Cultural Palmares*, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=24796>>. Acesso em: 2 jun. 2019

⁵ PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. In: *Revista da Emerj*, v. 6, n. 23, p. 298-315, 2003, p. 298.



“[...] mover os ditos inferiores para uma pretensa melhor situação, tendo como modelo os que se classificam como superiores”⁶, se configuram como reconhecimento da diversidade étnico-racial brasileira.

Reafirmando os ideais de isonomia consagrados na Carta Magna, o Brasil assumiu compromisso internacional no enfrentamento das desigualdades sociais que infelizmente ainda fazem parte do seu cenário, consistente na Declaração e Programa de Ação adotada em 8 de setembro de 2001 em Durban, na África do Sul, como resultado da Conferência Mundial contra o Racismo Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que alerta para a necessidade de assegurar o acesso à educação aos afrodescendentes:

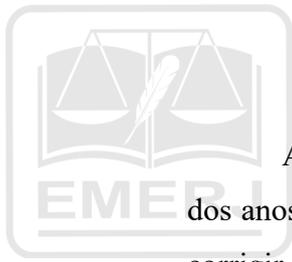
[...] 10. Insta os Estados a assegurarem o acesso à educação e a promoverem o acesso a novas tecnologias que ofereçam aos africanos e afrodescendentes, em particular, a mulheres e crianças, recursos adequados à educação, ao desenvolvimento tecnológico e ao ensino à distância em comunidades locais; ainda, insta os Estados a promoverem a plena e exata inclusão da história e da contribuição dos africanos e afrodescendentes no currículo educacional; 11. Incentiva os Estados a identificarem os fatores que impedem o igual acesso e a presença equitativa de afrodescendentes em todos os níveis do setor público, incluindo os serviços públicos, em particular, a administração da justiça; e a tomarem medidas apropriadas à remoção dos obstáculos identificados e, também, a incentivar o setor privado a promover o igual acesso e a presença equitativa de afrodescendentes em todos os níveis dentro de suas organizações; [...].⁷

A despeito do decurso de 13 anos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a assinatura, pelo Brasil, da Declaração de Durban, foi apenas no ano de 2001 que os debates sobre ações afirmativas se tornaram mais efetivos na agenda política brasileira, possivelmente porque, na aludida conferência, o país se propôs, perante a comunidade internacional, a defender o trabalho e acesso à educação pela população afrodescendente, com a adoção de medidas de ações afirmativas para garantir maior acesso às universidades públicas, passando a respaldar antigas reivindicações de movimentos sociais.

O posicionamento do Governo brasileiro em relação à Durban foi de suma relevância, portanto, para o efetivo desenvolvimento do debate acerca de ações afirmativas, pois a discussão sobre discriminação racial ocupou os meios de comunicação e tornou-se, enfim, tema de interesse e debate público.

⁶ SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção de conhecimento. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (orgs). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003, p. 49.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 31 ago. a 7 set. 2001. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.



Assim, para tentar superar as mazelas sociais e promover a inclusão e a justiça, a partir dos anos 1990 o Brasil buscou realizar programas de ações afirmativas, visando reconhecer e corrigir situações de direitos negados socialmente ao longo da história. As políticas de ações voltadas para a inclusão racial, contudo, se deram de forma fragmentada, se disseminando de forma heterogênea pelo país, pautadas em iniciativas locais, leis estaduais e deliberações de conselhos universitários.

No Rio de Janeiro, por exemplo, o sistema de cotas tornou-se conhecido na primeira metade dos anos 2000, muito em virtude da iniciativa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), primeira universidade do país a implementar a reserva de cerca de 50% de suas vagas em vestibulares para cursos de graduação para alunos egressos de escolas públicas cariocas.⁸

Posteriormente, no Distrito Federal, a Universidade de Brasília (UnB) implantou a política de ações afirmativas para negros em seu vestibular de 2003 – acesso para o ano letivo de 2004 –, há 15 anos, tornando-se a primeira instituição federal a utilizar o sistema de cotas raciais no país.⁹

Desde então, outras universidades também foram aderiram ao sistema de reserva de vagas em seus concursos públicos de acesso, beneficiando não apenas negros, como também pardos, índios e membros de comunidades quilombolas, além de portadores de deficiência e estudantes de baixa renda, oriundos de escolas públicas – são as chamadas cotas sociais.

Todavia, foi somente no ano de 2012, a partir da edição da Lei Federal número 12.711 de 29 de agosto de 2012, que dispôs sobre a reserva de vagas para o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, que este panorama começou a mudar, passando a ter, na figura desta norma, uma importante ferramenta de integração social, étnica e racial e de retratação histórica a nível nacional.¹⁰

Esta lei, que também ficou conhecida como Lei de Cotas, estabeleceu, entre os seus artigos 1º a 4º, que as instituições federais de ensino técnico de nível médio e de ensino superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental e/ou médio em escolas públicas, negros, pardos, indígenas e portadores de deficiência, deixando as demais à chamada ampla concorrência.

⁸ UERJ. *Sistema de cotas: programa de ação afirmativa*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/a-uerj/a-universidade/sistema-de-cotas/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁹ UNB. *Aprovação das cotas raciais na UNB completa 15 anos*. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 12.711*, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.



Dois anos depois, foi promulgada a Lei Federal nº. 12.990 de 9 de junho de 2014, que dispõe sobre a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União aos negros, implementando a ação afirmativa em segmento diverso da educação, visando a inserção no mercado de trabalho por meio de processo seletivo.¹¹

A temática, contudo, desperta polêmica, pois muitas pessoas entendem que a política de cotas acaba por retirar vagas de pessoas que estariam, supostamente, mais bem preparadas para o acesso ao ensino superior público ou para ser empossada em cargos públicos. Isto porque, não raras vezes as notas de corte de candidatos cotistas são consideravelmente inferiores ao de candidatos que concorrem com a ampla concorrência, o que, no senso comum, comprometeria questões voltadas à meritocracia.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se pronunciar quanto à constitucionalidade das leis em questão. Com efeito, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, acerca da Lei federal nº. 12.990 de 2014, que estabeleceu a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, o Ministro Roberto Barroso, relator, estabeleceu que as ações afirmativas se fundam:

[...] na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.¹²

A despeito do pronunciamento do sumo intérprete da Constituição Federal, o sistema de cotas raciais ainda divide opiniões país afora. Para muitos, as cotas ferem, de certa forma, a autonomia da instituição, que deixa de partir do princípio de igualdade ente os seus candidatos, desconsiderando qualquer investimento de melhoria na educação básica. Neste sentido, para Marcia Lima, uma forma de combater as desigualdades no acesso à educação sem a implantação do sistema de cotas seria “[...] o investimento maciço nas escolas do

¹¹ BRASIL. *Lei nº 12.990*, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2019.



ensino médio, o que garantiria aos alunos de escolas públicas melhores condições de competição para inserção na universidade”.¹³

Para outros, contudo, a política de cotas retrata uma necessária medida paliativa, voltada a fornecer igualdade de condições diante de um passado escravocrata e de desconsideração com classes menos favorecidas no seio social, além da completa falta de tempo e recursos do Estado na implementação, agora, de investimento maciço em escolas de nível fundamental e médio, dando mais chances aos jovens que buscam acesso ao ensino superior público, por exemplo.

Seja como for, fato é que as discussões a respeito do tema, sobretudo do ponto de vista jurídico, não podem se voltar apenas a sua efetividade, mas também, e fundamentalmente, para a forma de ingresso dos cotistas no sistema.

2. A AUTODECLARAÇÃO RACIAL E O PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

Segundo o último censo publicado pelo IBGE, no ano de 2010, 43,1% da população brasileira se autodeclarou parda, 7,6% negra e 0,4% indígena¹⁴. Significa dizer que mais da metade da população brasileira se reconhece como não branca, como integrante dos grupos minoritários beneficiado pelas leis de cotas, citadas no capítulo anterior.

De fato, constatar que, por um lado, a maioria dos brasileiros se inserem nestes grupos étnicos, mas, por outro, a esmagadora maioria dos estudantes do ensino público e dos membros de cargos de autoridade são brancos, como apurado, por amostragem, a partir de simples consulta aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – em que se verifica que dos 44 ministros, apenas 2 não são brancos –, é no mínimo intrigante.

Independente disso, dos pontos mais relevantes do presente estudo, a propósito das polêmicas que envolvem as ações afirmativas, são os procedimentos de definição racial dos candidatos, tanto na concorrência às vagas para ingresso nas universidades estaduais e federais, como para o preenchimento de cargos da Administração Pública por meio de concurso público.

¹³ LIMA, Marcia. Ações afirmativas no governo Lula. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 87, 2010, p. 88.

¹⁴ IBGE. *Retratos: a revista do IBGE*. v. 1, n. 11, mai. 2018, p. 19. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2929/rri_2018_n11_maiio.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2019.



Com efeito, as Leis de nº. 12.711 de 2012¹⁵ e 12.990 de 2014¹⁶ se limitaram a determinar a reserva de vagas àqueles que se autodeclaram negros, pardos ou indígenas, deixando de lado a regulamentação da aferição desta manifestação de reconhecimento pelos candidatos.

Isto gera um seríssimo problema, pois ao mesmo tempo em que a classificação racial brasileira é única, não existe uma classificação internacional para aferição de raças ou etnias. O que define, exatamente, a pessoa como negra, parda ou indígena? Qual é a exata medida para se distinguir a população nestes diferentes segmentos?

O assunto é complexo e em outros países do mundo conceitos como etnia, tribo, nação, povo e raça não se limitam a características físicas, recebendo influências em conteúdos locais, mesmo porque se entende que as bases para a delimitação das fronteiras entre grupos sociais são produzidas não apenas pela composição, características e tez da pele do indivíduo em si, mas também, e fundamentalmente pela história de cada sociedade.

Não por outra razão, organismos internacionais, em atenção à tal diversidade, optam por não definir um sistema de classificação universal, sendo certo que, quando etnicidade é objeto de interesse de pesquisas internacionais, tal aspecto é geralmente captado de acordo com as categorias locais empregadas pelo órgão oficial de estatística do país em estudo – no nosso caso, o IBGE.

Atualmente, existem três métodos de identificação racial reconhecidos como adequados, aptos a serem aplicados com variantes. O primeiro deles é a auto-atribuição de pertença, por meio do qual o próprio sujeito da classificação escolhe o grupo do qual se considera membro – é o critério utilizado pelo IBGE para definir a composição da população brasileira. O segundo método é o da heteroatribuição de pertença, no qual terceiros definem a qual grupo étnico ou racial pertence o sujeito sob classificação. Por fim, o terceiro método é a identificação dos grandes grupos populacionais dos quais os ascendentes próximos são provenientes, por meio da análise do DNA.¹⁷

Ocorre que, nos últimos 30 anos, a proporção de brasileiros que se autodeclaram brancos diminuiu, ao passo que, como corolário, os que se declaram negros ou pardos aumentou. Como visto, de acordo com os resultados do Censo 2010, divulgados pelo IBGE, o número de pessoas que se declaram negras, pardas, amarelas ou indígenas superou o de

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota nº. 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

¹⁷ OSORIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Brasília: IPEA, 2003, p. 7-8. Disponível em: <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-aco-es-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.



brancos no Brasil – enquanto 91.051.646 habitantes se declararam brancos, outras 99.697.545 pessoas disseram ser negros, pardos, amarelos ou indígenas.¹⁸

Por tal arte, diante do elevado crescimento de autodeclarações raciais não brancas, algumas das universidades que adotam programas de cotas raciais se viram na contingência de instituir comissões de verificação da identidade racial dos candidatos, enquanto outras adotaram a análise de fotografias como etapa do processo seletivo, a fim de evitar o cometimento de fraudes ao sistema de reserva de vagas.

Nestes casos, o candidato às vagas reservadas, seja presencialmente, seja por meio de fotografia, é avaliado por uma espécie de banca prévia, que pode ou não homologar sua declaração de pertencimento ao grupo beneficiário e, a partir daí, deferir ou não sua participação no certame.

Essa banca avaliadora compõe o denominado procedimento de heteroidentificação, foi regulamentada pela Portaria Normativa nº. 4, de 6 de abril de 2018, editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Governo Federal, a qual assevera, em seu artigo 9º, que o critério de avaliação utilizado será o fenotípico, ou seja, as características individuais visíveis a olho nu, sua aparência, o formato dos seus olhos, a tonalidade da pele, cor e textura do cabelo.¹⁹

No âmbito acadêmico, o procedimento de heteroidentificação foi alvo de muitas críticas, sendo altamente censurado, ao argumento de que as comissões de homologação da identidade racial constroem o direito individual à autoidentificação.²⁰ Taís críticas não se limitaram à academia, tendo se espalhado para o cenário jurídico.

Neste sentido, recentemente, no dia 18 de dezembro de 2017, o Ministério Público Federal recomendou à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), no âmbito do Inquérito Civil nº. 1.29.000.000654/2016-35, que suspendesse o processo de aferição realizado pela Comissão Especial de Verificação da Autodeclaração Racial, instituído pela Portaria de nº. 10.129/2017, bem como se abstivesse de qualquer futura verificação coletiva retroativa com base na análise de fenótipo para alunos ingressantes por concursos vestibulares que não previam o critério fenotípico em seus editais. Esclareceu ainda, na recomendação,

¹⁸ IBGE, op. cit., p. 19.

¹⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria nº 4*, de 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁰ DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. In: *Caderno de Pesquisas*, São Paulo, v. 43, n. 148, p. 302-327, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2019.



que “[...] o não acatamento infundado do presente documento, ou a insuficiência dos fundamentos apresentados para não acatá-lo total ou parcialmente poderá ensejar a adoção das medidas judiciais cabíveis [...]”.²¹

De fato, é bastante complicada a realização dos procedimentos de heteroidentificação, sobretudo porque a identificação visual efetuada por membros das chamadas bancas avaliadoras não deixa de ser, em alguma medida, uma conduta subjetiva, eis que não segue critérios técnicos e científicos de determinação de pertencimento a grupos étnicos ou raciais.

No ponto, ainda, não se pode olvidar que a maior parte das instituições de ensino público seguem adotando apenas o procedimento de autodeclaração para que o candidato possa concorrer às vagas reservadas, o que significa que basta o candidato declarar a que grupo racial se reconhece como membro no momento da inscrição para ter um tratamento diferenciado, por exemplo, em processo seletivo de acesso às vagas disponibilizadas no vestibular.

A bem da verdade, apenas 6 universidades lançam mão das comissões de verificação racial ou da análise de fotografias. Dentre elas, a Universidade de Brasília (UnB), a Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR) utilizam comissão de verificação racial; por sua vez, a Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e a Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS) usam a análise de fotografias; e, por último, a Universidade Federal do Maranhão (UFMA) utiliza ambos procedimentos.²²

Noutro sentir, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei Federal nº. 12.990 de 2014²³, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/DF²⁴, estabeleceu ser “[...] legítima a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Assim se pronunciou o Ministro Roberto Barroso, relator da referida ação:

[...] Assim, a meu ver, não é incompatível com a Constituição, respeitadas algumas cautelas, que se faça um controle heterônomo, sobretudo, nos casos em que haja fundadas razões para acreditar que houve abuso na autodeclaração. A hipótese de controle de fraudes é para evitar, de um lado, que o candidato tente fraudar a reserva

²¹ BRASIL. Ministério Público Federal, *Recomendação PRDC/RS nº 25/2017*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/rec/prdc/prdc-no-25-2017/at_download/file>. Acesso em: 16 mai. 2019.

²² DAFLON; FERES JUNIOR; CAMPOS. op. cit., nota nº. 20.

²³ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota nº. 12.



de vagas e, de outro lado, para evitar que a Administração tente fraudar a política, por exemplo, abrindo concursos sem reservar as vagas. [...]²⁵

Dado o seu propósito precípua, a formação dos integrantes dessas comissões encontra-se delimitada no artigo 6º, seus parágrafos e incisos, da Portaria nº. 4 de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal, visando justamente alcançar padrões mínimos de diversidade, de modo a representar os diferentes segmentos da população brasileira, sendo certo que o seu §4º prevê justamente a necessidade que representantes de diferentes cores e gêneros a componham, ao dispor que “a composição da comissão de heteroidentificação deverá atender ao critério da diversidade, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade”²⁶.

Não se pode deixar de lado, malgrado haja consideráveis críticas à adoção de critérios suplementares à autodeclaração, que as comissões de verificação existem, pura e simplesmente, para evitar eventuais mal-entendidos e fraudes.

As comissões de heteroidentificação atuam para evitar que candidatos mal informados ou mal-intencionados obtenham o direito de concorrer por cota. No caso dos equivocados, elas oferecem a devida orientação, e no caso daqueles que utilizam de má-fé, na tentativa de burlar o sistema, poderão submetê-los às demais consequências pela tentativa de fraudar a lei, seja por meio da exclusão do certame, seja por meio da imposição de medidas mais duras, como até mesmo informar aos órgãos de persecução penal, conforme o caso.

3. SANÇÕES PREVISTAS NO ORDENAMENTO AOS JURISDICIONADOS QUE TENTAM BURLAR O SISTEMA

Apesar de não serem raros os casos de fraude e tentativa de fraude às leis de cotas, inexistente, atualmente, uma regra líquida e certa de punição para quem os detratores do sistema, que se autodeclararam negros, pardos ou índios quando, na realidade, não pertencem a tais grupos étnicos.

Isso decorre da natural complexidade da verificação empreendida pelas bancas de heteroidentificação. Por não ser um trabalho de cunho objetivo, puro e simples, com nuances subjetivas na aferição da cor do candidato, as comissões não raras vezes cometem equívocos, como, por exemplo, o caso de dois irmãos gêmeos, filhos de pai negro e mãe branca, que se

²⁵ Ibid., p. 13.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota nº. 19.



inscreveram no vestibular da Universidade de Brasília (UnB) em 2007, mas apenas um deles pôde concorrer às vagas destinadas às cotas.²⁷

À luz disso, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabeleceu, no artigo 3º da Portaria Normativa nº. 4 de 2018, que disciplina o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, quando de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração pública federal, que a autodeclaração realizada pelo candidato em certame público possui presunção de veracidade relativa, cuja confirmação poderá ser feita *a posteriori*, mediante procedimento de heteroidentificação, sendo certo que, no caso de dúvida razoável, prevalecerá a autodeclaração.²⁸

A Lei nº. 12.990 de 2014 já previa, em seu artigo 2º e parágrafo único, anteriormente à edição da portaria supracitada, que eventual constatação de declaração falsa induz à eliminação do candidato do concurso público, bem como em caso de já haver nomeação, que o empossado “[...] ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.²⁹

Este mesmo encaminhamento foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº. 203 de 23 de junho de 2015, a respeito da reserva de vagas no âmbito do Poder Judiciário, quando dispôs, em seu artigo 5º, que “[...] presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição do certame [...]”, sendo certo que, “[...] comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo [...]”, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.³⁰

Tem-se, portanto, na atual conjuntura, duas sanções aplicáveis aos candidatos autodeclarados negros, pardos ou índios que na verdade não fazem jus a tal benefício: por um lado, a imediata eliminação do certame e, na eventualidade de o indivíduo já ter sido nomeado a determinado cargo público, a abertura de procedimento administrativo disciplinar com vista à anulação da sua nomeação, excluindo-o dos quadros do órgão público integrado.

No Estado do Rio de Janeiro, em 2017, a Universidade Federal Fluminense registrou 1.274 candidaturas de indivíduos autodeclarados negros, pardos ou indígenas, dos quais 162,

²⁷ BASSETE, Fernanda. *Cotas na UNB: gêmeo idêntico é barrado*. São Paulo, 29 mai. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota nº. 19.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota nº. 11.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 203*, de 23 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2974>>. Acesso em: 03 jun. 2019.



aproximadamente 14%, tiveram a matrícula recusada, por fraude, de acordo com a Coordenadora da Comissão de Aferição lá instituída.³¹

Sucedo, no entanto, que há uma grande dificuldade em enquadrar tais condutas, evidentemente contrários ao direito, como penalmente relevantes, acusando os candidatos que usaram de má-fé dos crimes de falsidade ideológica ou estelionato, por exemplo, justamente pelo fato de a autodeclaração e pertencimento étnico e racial gozar de presunção de veracidade relativa apenas, não absoluta, por passível de ulterior verificação.

Neste sentido, a situação em questão assemelha-se aos casos de falsa declaração de hipossuficiência ou de residência, também passíveis de posterior apuração. Para tais casos, ambas as turmas especializadas em matéria penal do Superior Tribunal de Justiça consolidaram entendimento segundo o qual “[...] a petição inicial contendo indicação incorreta de endereço não é considerado documento para fins de tipificação do crime de falsidade ideológica”³², bem como considerando “[...] atípicas as condutas de firmar e usar, em juízo, declaração de pobreza que não corresponda à realidade dos fatos [...]”, considerando “[...] a possibilidade de confirmação da veracidade da informação contida no documento, inclusive com o indeferimento do pleito de gratuidade ou posterior revogação da decisão”³³.

Destarte, a seara criminal do Poder Judiciário, até o momento presente, ainda não oferece resposta para eventuais este tipo de conduta contrária ao direito, considerando inexistir um tipo penal específico que ultrapasse a questão da presunção relativa de veracidade da autodeclaração.

Não obstante, o Congresso Nacional, por meio da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, já convocou audiência pública visando discutir a criação de um tipo penal específico para coibir as fraudes de autodeclaração racial nos concursos públicos, realizada em setembro de 2015, que contou com a participação do desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.³⁴ Desta forma, se por um lado não há que se falar em tipos penais de *lege lata*, por outro identifica-se a existência de

³¹ VIEIRA, Isabela. *MPF recomenda maior controle de autodeclaração racial em vestibular*. Rio de Janeiro, 14 mar. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-03/mpf-recomenda-que-autodeclaracoes-raciais-em-vestibular-sejam-conferidas>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 49.437/SP*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1385269&num_registro=201401640443&data=20150304&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 218.570/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123462&num_registro=201102201720&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

³⁴ ALTAFIN, Iara Guimarães. *Fraude nas cotas raciais pode se tornar crime previsto no Código Penal*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/fraude-nas-cotas-raciais-pode-se-tornar-crime-previsto-no-codigo-penal>>. Acesso em: 6 jun. 2019



preocupação de *lege ferenda*, no intuito de coibir práticas danosas relacionadas à autodeclaração racial, que prejudicam os beneficiários das ações afirmativas.

CONCLUSÃO

Partindo-se de uma inquietação recorrente, o percurso trilhado ao longo deste trabalho buscou compreender e analisar o atual panorama legislativo envolvendo as ações afirmativas no Brasil, em especial no que diz respeito ao sistema de cotas.

Apurou-se a existência de normas que determinam a obrigatoriedade da reserva de vagas para candidatos negros, pardos e indígenas em concursos de acesso às universidades públicas e de provimento de cargos na administração pública federal – Lei nº. 12.711 de 2012 e Lei nº. 12.990 de 2014.

Do mesmo modo, verificou-se que a forma de identificação racial predominante atualmente é a autodeclaração, pese embora esteja em consonância com a Constituição Federal a criação de procedimentos de heteroidentificação, em que bancas avaliadoras fazem a aferição da veracidade das autodeclarações realizadas pelos candidatos, que gozam de presunção de verdade relativa apenas.

O atual estado de coisas é tal que existem punições em sede administrativa apenas, a despeito de eventuais fraudes importarem em afronta à sociedade civil como um todo, estando a merecer medidas rigorosas de natureza penal como resposta às condutas ilícitas dos detratores que violam a norma vigente.

Há, no entanto, a expectativa de mudança deste cenário, a partir de inovações de *lege ferenda*, com a criação de um tipo penal específico, que passe a tutelar futuras fraudes em prejuízo de beneficiários e não beneficiários do sistema de cotas raciais. É o que se espera nos anos porvir.

ALTAFIN, Iara Guimarães. *Fraude nas cotas raciais pode se tornar crime previsto no Código Penal*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/fraude-nas-cotas-raciais-pode-se-tornar-crime-previsto-no-codigo-penal>>. Acesso em: 6 jun. 2019

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução: Eudoro de Souza. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BASSETE, Fernanda. *Cotas na UNB: gêmeo idêntico é barrado*. São Paulo, 29 mai. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604-619,00.html>>. Acesso em: 5 jun. 2019

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.711*, de 28 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.990*, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. Ministério Público Federal, *Recomendação PRDC/RS nº 25/2017*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/rec/prdc/prdc-no-25-2017/at_download/file>. Acesso em: 16 mai. 2019.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria nº 4*, de 06 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 49.437/SP*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1385269&num_registro=201401640443&data=20150304&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 218.570/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123462&num_registro=201102201720&data=20120305&formato=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. *In: Caderno de Pesquisas*, São Paulo, v. 43, n. 148, p. 302-327, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742013000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 jun. 2019.

IBGE. *Retratos: a revista do IBGE*. v. 1, n. 11, mai. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2929/rri_2018_n11_maio.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019.

LIMA, Marcia. Ações afirmativas no governo Lula. *In: Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 87, p. 88, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 31 ago. a 7 set. 2001. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

OSORIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Brasília: IPEA, 2003. Disponível em: <http://saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-acoes-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/artigos-e-teses/sistema_classificatorio_racacor_ibge.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. *In: Revista da Emerj*, v. 6, n. 23, p. 298-315, 2003.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção de conhecimento. *In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (orgs). Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, p. 43-54, 2003.

SUPLICY, Marta. Ações afirmativas para negros são necessárias. *In: Fundação Cultural Palmares*, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=24796>>. Acesso em: 2 jun. 2019.

UERJ. *Sistema de cotas: programa de ação afirmativa*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/a-uerj/a-universidade/sistema-de-cotas/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

UNB. *Aprovação das cotas raciais na UNB completa 15 anos*. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/76-institucional/2319-aprovacao-das-cotas-raciais-na-unb-completa-15-anos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

VIEIRA, Isabela. *MPF recomenda maior controle de autodeclaração racial em vestibular*. Rio de Janeiro, 14 mar. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-03/mpf-recomenda-que-autodeclaracoes-raciais-em-vestibular-sejam-conferidas>>. Acesso em: 6 jun. 2019.



A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL A PARTIR DA EXTINÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO SEU PAGAMENTO PELA LEI Nº 13.467/17 E SEUS REFLEXOS NA DISCIPLINA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Alex Gandard Val Quintans

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – A Lei nº 13.467/17 retirou o caráter compulsório da contribuição sindical, tornando facultativa ao passar a exigir prévia e expressa autorização do empregado, trabalhador ou empregador, mas deixou dúvidas acerca das consequências dessa alteração na natureza jurídica da referida contribuição e em seu tratamento jurídico. O estudo aponta que o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da Lei nº 13.467/17, findando qualquer discussão. Analisar-se-á de forma crítica as implicações do reconhecimento da natureza não tributária da contribuição sindical, em especial a proposição de uma nova natureza jurídica, seu regime jurídico, sua classificação como receita, a inaplicabilidade das limitações ao poder de tributar e as formas ou mecanismos de controle externo da aplicação dessas receitas pelas entidades sindicais, com enfoque na disciplina dos atos de improbidade administrativa e no controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União em auxílio ao Poder Legislativo.

Palavras-chave – Direito Tributário. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Reforma Trabalhista. Contribuição Sindical. Natureza Jurídica. Regime Jurídico. Improbidade Administrativa. Controle Externo. Tribunal de Contas da União.

Sumário – Introdução. 1. A revisão da natureza jurídica da contribuição sindical. 2. Os efeitos da modificação da natureza jurídica da contribuição sindical. 3. Os reflexos na disciplina dos atos de improbidade administrativa e no controle externo do Tribunal de Contas da União. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o tema da natureza jurídica da Contribuição Sindical a partir da extinção da obrigatoriedade do seu pagamento, instituída pela Lei nº 13.467/17 e reputada constitucional pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 5794/DF, bem como os reflexos do reconhecimento inevitável do seu caráter não tributário em seu regime jurídico e no controle externo da aplicação de tais verbas, sobretudo o impacto na disciplina dos atos de improbidade administrativa e no controle pelo Tribunal de Contas da União. Objetiva-se, portanto, afirmar a natureza jurídica não tributária da Contribuição Sindical; discutir os impactos no seu regramento jurídico, especialmente quanto ao controle externo das verbas obtidas dos contribuintes em face do conseqüente desamparo da Lei nº 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e da fiscalização do Tribunal de Contas da

União.

As receitas sindicais em sentido amplo abrangem a contribuição sindical, a contribuição confederativa, a contribuição assistencial e a mensalidade sindical. Ressalta-se, entretanto, que o foco do presente estudo é a contribuição sindical, que possui previsão expressa no artigo 8º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, ao lado da contribuição federativa, e era também enquadrada no artigo 149 da Carta Maior, a título de contribuição social de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Nesse contexto, importante traçar de pronto a diferença entre as duas espécies de contribuições previstas no inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal. A contribuição confederativa é fixada pela assembleia geral dos sindicatos, possuindo natureza jurídica de direito privado. Já a contribuição sindical deve ser instituída por meio de lei de competência da União Federal e a capacidade para exigir o seu pagamento é conferida às próprias entidades sindicais.

A partir da edição da Lei nº 13.467/17, que veiculou uma ampla reforma nos institutos relacionados ao Direito Trabalhista, a compulsoriedade da contribuição sindical foi suprimida do ordenamento jurídico, dando lugar à facultatividade do seu pagamento, o que tem gerado discussões acerca dos impactos dessa substancial alteração no campo do Direito Tributário e do Direito Administrativo.

No primeiro capítulo, defende-se a subsistência da contribuição sindical, mas agora com novo caráter não tributário, a partir de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial da redação legal conferida aos artigos 578 e 579 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43) pela Lei nº 13.467/17, que vinculou sua cobrança à prévia e expressa autorização daqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional ou de uma profissão liberal.

Já no segundo capítulo, busca-se detalhar as alterações no tratamento jurídico conferido à contribuição sindical implicadas pelo reconhecimento do seu caráter não tributário, com destaque para a natureza das receitas delas advindas e para a inaplicabilidade das limitações ao poder de tributar.

O capítulo terceiro analisa as consequências desse novo caráter das contribuições sindicais no tocante ao controle externo das verbas dela decorrentes, que anteriormente era indiscutivelmente realizado pelo Tribunal de Contas da União e também encontrava proteção na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.249/92).

A metodologia do trabalho tem como foco uma pesquisa de natureza qualitativa, porquanto pretende se utilizar como fonte principal a consulta a legislações, doutrina,

1. A REVISÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Desde a sua instituição pelo Decreto-lei nº 1.402/39¹, que regulamentou o artigo 138 da Constituição de 1937², no período do Estado Novo de Getúlio Vargas, a contribuição sindical sempre foi dotada de caráter compulsório, inclusive tendo sido chamada por um bom período de tempo sob a nomenclatura de “imposto sindical”.

A contribuição sindical está prevista em lei, notadamente no Capítulo III do Título V da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43)³, e foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, encontrando previsão expressa na parte final do inciso IV do artigo 8^o⁴, que versa que é livre a associação profissional ou sindical, devendo ser observado, dentro outras exigências, que a assembleia geral fixará a contribuição para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, sem prejuízo da contribuição prevista em lei. Destaca-se, ainda, o seu enquadramento como espécie de contribuição social de interesse das categorias profissionais ou econômicas, constituindo-se, portanto, espécie de tributo de competência exclusiva da União como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, na forma do artigo 149 da CRFB/88⁵.

Veja que os referidos dispositivos constitucionais não traçam detalhes acerca das características da contribuição sindical, deixando a cargo do legislador infraconstitucional tal tarefa.

Nesse contexto, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43)⁶, na redação original dos artigos 578 e 579, com redação dada pelo Decreto-lei nº 229/67⁷, reforçou este caráter compulsório, instituindo que era devida por toda categoria profissional e econômica, independentemente de associação.

Assim, era pacífico o entendimento de que a contribuição sindical ostentava natureza

¹BRASIL. *Decreto-lei nº 1.402*, de 5 de julho de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm>. Acesso em: 10 set./2018.

²Id. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

³Id. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷Id. *Decreto-lei nº 229*, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



jurídica de tributo, especificamente elencada na categoria das contribuições sociais de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

E diferente não poderia ser. O conceito legal de tributo está previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)⁸, o qual prevê que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, prevista em lei, que não se caracteriza como sanção por ato ilícito e é cobrada mediante atividade plenamente vinculada. Já a contribuição sindical podia ser definida como prestação em dinheiro, instituída por lei de competência da União Federal (artigo 217, I, do CTN⁹ e artigos 578 a 610 da CLT¹⁰), exigida dos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas entidades sindicais, por meio de desconto direto em folha de pagamento, de maneira compulsória, independentemente de prévia autorização e de ser o contribuinte associado ou não (artigo 545, CTL¹¹, com redação pelo Decreto-Lei nº 925/69¹²), e cobrada pelas próprias entidades sindicais, com vista à obtenção de recursos para o financiamento de fins específicos realizados e promovidos por elas em prol do interesse público, qual seja, a defesa dos interesses de empregados, trabalhadores e empregadores.

Logo, denota-se que a contribuição sindical era dotada de todos os elementos do conceito legal de tributo.

Nessa linha, as palavras de Leandro Paulsen¹³:

Os sindicatos, por sua vez, costumam ter várias fontes de recursos. Mas apenas a contribuição sindical, estabelecida por lei, é que configura tributo, enquadrando-se em seu conceito e cumprindo os requisitos para a sua instituição e cobrança. Esta contribuição sindical pode ser a de categoria profissional, estabelecida pelos arts. 579 e 580 da CLT, devida, anualmente, por todos os trabalhadores celetistas ao respectivo sindicato na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, ou a de categoria econômica, como a devida pelas empresas rurais à Confederação Nacional da Agricultura, forte na previsão constante do art. 4º, §1º, do Decreto-Lei n. 1.166/71.

Com efeito, ao julgar prejudicado o examine da liminar na ADPF nº 126¹⁴ e determinar o arquivamento dos autos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que não existia

⁸BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁹Ibid.

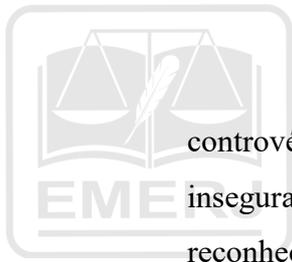
¹⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹ Ibid.

¹²Id. *Decreto-Lei nº 925*, de 10 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0925.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

¹³PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decano arquiva ação do PPS contra cobrança compulsória da contribuição sindical*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231447>>. Acesso em: 25 jan. 2019.



controvérsia judicial relevante, porque não havia qualquer estado de incerteza ou de insegurança no plano jurídico, tendo em vista que inúmeros julgamentos do STF já haviam reconhecido a plena legitimidade constitucional da cobrança sindical, “que se qualifica como modalidade de tributo expressamente prevista no próprio texto da lei fundamental.”

Entretanto, atendendo aos anseios de grande parte dos estudiosos do sistema sindical brasileiro, que viam na compulsoriedade uma violação, sobretudo, ao princípio da liberdade sindical e à Convenção 87 da OIT¹⁵, em 13 de julho de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.467¹⁶. Essa lei ganhou a alcunha de Reforma Trabalhista por alterar, dentre outros dispositivos legais, os arts. 578 e 579 da CLT¹⁷, que tratam especificamente da contribuição sindical, tornando opcional o seu pagamento e passando a exigir a autorização expressa, prévia e individual do empregado ou trabalhador para que o empregador possa realizar o desconto salarial do valor referente ao dia de trabalho destinado à contribuição sindical.

Diante de toda essa conjuntura, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca constitucionalidade das referidas alterações no texto legal da CLT no tocante à contribuição sindical, decidindo, no julgamento da ADI nº 5.794¹⁸, em 29 de junho de 2018, que os dispositivos da Lei nº 13.467/17 que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical e condicionaram o seu pagamento à prévia e expressa autorização dos filiados são compatíveis com a CRFB/88.

Dentre os fundamentos esposados pela Suprema Corte, destaca-se que o entendimento de que a Lei nº 13.467/17 não contempla normas gerais de direito tributário (art. 146, III, “a”, da CRFB/88¹⁹), razão pela qual não seria necessária a edição de lei complementar para tratar sobre matéria relativa a contribuições. Outra justificativa foi a inaplicabilidade ao caso da exigência de lei específica prevista no art. 150, §6º, da CRF/88²⁰, tendo em vista que a norma impugnada não disciplinou nenhum dos benefícios fiscais nele mencionados, quais sejam, subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão.

¹⁵ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização*. Disponível em: < https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5ac4abf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5 >. Acesso em: 08 dez. 2018.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5794*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954> >. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁰ Ibid.



Ademais, o Supremo Tribunal Federal asseverou que a Constituição Federal de 1988 assegura os princípios da liberdade de associação (art. 5º, inciso XX, CRFB/88²¹) e da liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º, inciso V, CRFB/88²²), privilegiando o direito fundamental de não ser compelido a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato. E ainda que não há qualquer norma constitucional que determine a compulsoriedade da contribuição sindical, não sendo razoável que lei infraconstitucional estabeleça tal imposição a todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais.

Portanto, não mais subsiste a natureza jurídica tributária da contribuição sindical em face da incompatibilidade do seu caráter facultativo com o conceito legal de tributo insculpido no art. 3º do CTN²³, o qual exige a presença da compulsoriedade.

Imprescindível, no entanto, é buscar compreender qual seria essa nova natureza jurídica da contribuição sindical.

De pronto afasta-se o entendimento de alguns doutrinadores de que a contribuição sindical foi extirpada do ordenamento jurídico, tal como defende Kiyoshi Harada²⁴:

Com o fim do pagamento compulsório mediante retenção na folha de remuneração, a contribuição social deixou de existir no mundo jurídico.

Efetivamente, se cessou a compulsoriedade deve-se entender que a contribuição social foi extinta, e não que se tornou facultativa como se vê em algumas decisões judiciais, contrariando a própria definição de tributo prevista no art. 3º do CTN que o caracteriza como “toda prestação pecuniária compulsória”. Se facultativo fosse o tributo poucos o pagariam.

A facultatividade apenas transmuta a natureza jurídica da contribuição sindical, retirando-a do rol de tributos admitidos incidentes sistema jurídico brasileiro, mas não a exclui.

Assim, o melhor entendimento é aquele no sentido de que a contribuição sindical passa a constituir eminentemente natureza jurídica de receita privada, embora atípica ou *sui generis*, na linha do que defende Gustavo Felipe Barbosa Garcia²⁵, eis que as entidades sindicais se configuram como associações, cuja natureza é de pessoa jurídica de direito privado, bem como os valores são recolhidos somente do patrimônio de pessoas físicas que expressamente autorizarem.

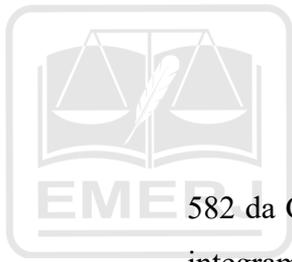
²¹Ibid.

²²Ibid.

²³BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁴HARADA, Kiyoshi. *Fim da contribuição sindical*. Disponível em: < <http://www.haradaadvogados.com.br/fim-da-contribuicao-sindical/>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²⁵GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 4. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 420-421.



Ressalva-se, entretanto, ponto nevrálgico sobre o tema. Trata-se da previsão do art. 582 da CLT²⁶ no sentido de que 10% dos valores recolhidos a título de contribuição sindical integram a chamada Conta Especial Emprego e Salário.

Tal previsão é de suma importância, uma vez que os valores da Conta Especial Emprego e Salário integram os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, que é um fundo especial vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, de natureza contábil-financeira, cuja função precípua é custear, dentre outros, os gastos com seguro-desemprego, abono salarial, qualificação profissional e intermediação de emprego. Mas não só! Por força do art. 239, §1º da Constituição Federal²⁷, seus recursos também são reservados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

Assim, ainda que se afirme a natureza privada das receitas oriundas das contribuições sindicais, há de se ter em mente que parcela desses valores obrigatoriamente está vinculada ao custeio de programas públicos por meio da FAT ou do BNDES, o que permitiria reconhecer a natureza pública especificamente a esses valores, o que melhor se coaduna com o interesse público, na medida em que possibilitará a manutenção do controle pelo Tribunal de Contas da União e pela Lei de Improbidade Administrativa, conforme será explicitado no terceiro capítulo.

2. OS EFEITOS DA MODIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

No primeiro capítulo deste artigo ficou demonstrada a impossibilidade de permanecer classificando a contribuição sindical como espécie de tributo, em função da nova redação conferida ao Capítulo III do Título V da CLT²⁸ pela Lei nº 13.467/17²⁹, que prevê a necessidade de prévia e expressa autorização dos participantes das categoriais econômicas, das categoriais profissionais ou dos profissionais liberais representados pela entidade como requisito essencial para que possa haver o pagamento, recolhimento e aplicação da referida contribuição.

Destaca-se, entretanto, que essa nova categorização jurídica impacta no tratamento jurídico a ser dado à contribuição sindical, conforme será explicitado a seguir.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

Antes da modificação da Lei nº 13.467/17, a contribuição sindical se enquadrava em uma espécie de tributos denominada “contribuição sociais de interesse das categorias profissionais ou econômicas”, com previsão no art. 149 da Constituição Federal³⁰.

A Constituição Federal prevê todo um sistema de limitações ao poder de tributar, verdadeiras garantias constitucionais tributárias, estabelecendo parâmetros para a instituição dos tributos pelo legislador infraconstitucional e para a sua arrecadação e fiscalização pela Administração Tributária, resguardando o contribuinte de possíveis arbitrariedades no exercício do poder de tributar.

Dentre essas limitações, as contribuições sociais de interesse das categorias profissionais ou econômicas estão sujeitas aos princípios da legalidade tributária, da isonomia tributária, da irretroatividade, da anterioridade, da anterioridade nonagesimal e da vedação ao confisco.

Com a alteração natureza jurídica, deixando as contribuições sindicais de se caracterizarem como tributos, não há razão para continuar a exigir observância das regras do sistema constitucional tributário.

Ademais, outra modificação relevante se traduz na modificação do tratamento jurídico das receitas oriundas da contribuição sindical.

Conforme exposto ao final do primeiro capítulo, defendemos aqui a natureza eminentemente privada das receitas advindas de contribuição sindical, ressalvadas as parcelas destinadas ao FAT e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico, as quais devem ser dotadas de caráter público.

Assim, quanto às receitas públicas podem ser classificadas em originárias e derivadas. As receitas originárias correspondem às parcelas decorrentes da exploração do próprio patrimônio do Estado, enquanto as receitas derivadas são aquelas provenientes da economia privada, ou seja, do patrimônio dos particulares. A partir dessa primeira diferenciação, é possível afirmar que a parcela pública da contribuição sindical permanece inserida na classe das receitas derivadas.

Dentro da categoria das receitas derivadas, é possível elencar quatro espécies de receitas: os ingressos tributários, os ingressos para-fiscais, os ingressos extra-fiscais e as multas e penalidades.

Por óbvio, descarta-se a natureza de multa ou penalidades, uma vez que a contribuição sindical não se consubstancia em sanção de atos ilícitos.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 4.



Quanto à natureza de ingresso tributário, as contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas são caracterizadas pelos especialistas em Direito Tributário como tributos parafiscais, ou seja, tributos destinados aos órgãos que não pertencem ao núcleo da administração estatal, mas prestam serviços paralelos e essenciais, e que se fundamentam na solidariedade social e no interesse de grupos sociais. Assim, as contribuições sindicais, na qualidade de contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas, eram consideradas tributos parafiscais.

Nesse contexto, quanto às receitas derivadas, passou-se a considerar os tributos parafiscais, incluindo as contribuições sindicais, como espécie de ingressos tributários, somente em razão da previsão expressa da Constituição Federal de 1988 enquadrando-os como tributos. Nesse sentido, ensina Ricardo Lobo Torres³¹:

A CF 88 trouxe para o bojo do sistema tributário (art. 149) todas as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categoriais profissionais e econômicas, inclusive aquelas a que a Emenda Constitucional nº 8, de 1977, havia dado tratamento não-tributário (vide p. 410). Deu-lhes, portanto, a mesma natureza do tributo e lhes estendeu os mesmos princípios deste, em atitude tipicamente intervencionista. Assim, sendo, desapareceu das finanças brasileiras a figura dos ingressos parafiscais; a não ser que se reserve a expressão para qualquer entrada destinada aos órgãos da seguridade, independentemente de sua justificativa jurídica, como fez Aliomar Baleeiro no trecho acima transcrito.

Já a extrafiscalidade como forma de ingresso não-tributário ostenta conteúdo exclusivamente econômico, sem objetivo de contribuir para as despesas gerais do Estado.

Por fim, resta a parafiscalidade, que pode ser traduzida como a destinação às entidades denominadas paraestatais que, sem pertencerem à Administração Pública, atuam com base na solidariedade social e no interesse de grupos sociais por meio da realização de serviços paralelos e essenciais, recebendo para isso as denominadas “receitas paraorçamentárias”.

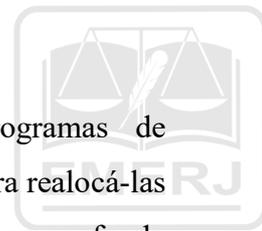
Nessa linha, importante colacionar lição do autor³²:

A parafiscalidade, portanto, não se confunde com a fiscalidade, nem as prestações parafiscais se identificam com os tributos, eis que constituiria autêntica *contradictio in terminis* falar em “tributos para-tributários” ou em “fiscalidade parafiscal”: o que é paratributário não pode ser tributário e o que é fiscal não pode ser ao mesmo tempo parafiscal.

Assim, com a nova natureza jurídica das contribuições sindicais, sustentamos a

³¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 19 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 186-188.

³²Ibid., p. 186-188.



inevitável retirada da parcela destinada ao FAT e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico da categoria da categoria de ingressos tributários para realocá-las na categoria de ingressos parafiscais, modalidade de receita derivada que não se confunde com os tributos.

3. OS REFLEXOS NA DISCIPLINA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E NO CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Partindo-se da premissa defendida nos capítulos anteriores, este derradeiro capítulo passa a abordar os impactos no processo de controle e fiscalização da aplicação das receitas oriundas da contribuição sindical, com foco específico na disciplina dos atos de improbidade administrativa e no controle externo do Tribunal de Contas da União.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) estabelece, *a contrario sensu*, no art. 1º, *caput* e parágrafo único³³, um rol das vítimas dos atos de improbidade administrativa, ao prever os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, *in litteris*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Verifica-se que a Lei de Improbidade Administrativa busca sancionar os agentes que pratiquem atos ímprobos contra entidades da Administração Pública direta e indireta, consórcios públicos de direito público e de direito privado, entidades do Terceiro Setor – entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal com a Administração Pública – que efetivamente receberem benefícios do Estado no âmbito de determinada parceria e partidos políticos.

No tocante aos sindicatos, sempre foi pacífica a sua inserção no rol de sujeitos

³³BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.



passivos dos atos de improbidade administrativa, e tal não poderia ser diferente.

Na esteira do art. 8º, I da Constituição Federal³⁴, os sindicatos se caracterizam como pessoas jurídicas de direito privado, na qualidade de associações, cuja criação independe de autorização estatal e que não sofrem interferência ou intervenção do Poder Público, devendo apenas registrar seus estatutos no Ministério do Trabalho, nos termos do art. 558 da CLT³⁵, conforme entendimento sumulado pelo STF no enunciado nº 677³⁶: “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.”

Apesar de não integrarem a Administração Pública Indireta, por serem beneficiários, até a edição da Lei nº 13.467/17³⁷, de receita pública proveniente da arrecadação da contribuição sindical, a qual se enquadrava como espécie de tributo em virtude de sua natureza compulsória, conforme anteriormente explanado, não havia dúvidas acerca da possibilidade dos sindicatos serem vítimas da improbidade e legitimados ativos para a propositura da respectiva ação judicial, na medida em que eram beneficiários de recursos públicos de competência da União Federal.

Com efeito, é a lição dos ilustres professores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³⁸:

Os sindicatos, quer sejam patronais ou representativos dos empregados, podem ser considerados sujeitos passivos imediatos dos atos de improbidade administrativa pelo simples fato de serem os destinatários finais dos recursos angariados com as denominadas “contribuições sindicais”.

Nada obstante, diante da retirada da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical e da sua natureza tributária, ao se reconhecer que parte da receita da contribuição sindical ostenta natureza privada e apenas a parte destinada ao repasse ao FAT e ao BNDES possuem natureza pública, não é possível continuar sustentando a aplicabilidade da disciplina dos atos de improbidade administrativa às entidades sindicais.

Isso porque, o custeio das referidas entidades passou a ser todo realizado por meio do recolhimento dos valores as quais os associados expressa e previamente autorizaram, ou seja, caráter eminentemente privado, diante da origem no patrimônio dos sindicalizados.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 677*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2316>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 16.

³⁸GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 226.

A parcela referente ao FAT e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico não são destinadas ao custeio e criação dos sindicatos, mas sim para a promoção de políticas públicas pela Administração Pública.

Atento a todo esse contexto, Rafael Carvalho Rezende Oliveira³⁹ sentencia que os sindicatos, a partir da referida reforma, não mais estão aptos a figurar como potenciais sujeitos passivos da improbidade administrativa, notadamente em razão da inexistência de obrigatoriedade da contribuição sindical, uma vez que deixam de se enquadrar como entidades “para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”, nos termos do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁰.

Já quanto ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União, prevê o art. 71, incisos II e IV da CRFB/88⁴¹, que ao referido Tribunal de Contas compete apreciar as contas dos responsáveis por recursos públicos, inclusive podendo realizar inspeções e auditoriais de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Nota-se que o Tribunal de Contas passa, então, a estar limitado a fiscalizar a arrecadação e o repasse dos valores destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico, cuja natureza, como visto, não pode ser outra se não pública. Por outro lado, fica o referido órgão limitado, não podendo tecer julgamentos acerca da aplicação dos recursos destinados ao custeio das entidades sindicais, ainda que haja irregularidades.

Dessa forma, quanto aos recursos cuja finalidade seja financiar a atividade dos sindicatos no interesse de seus associados, caberá a estes o exercício da atividade fiscalizatória, recorrendo ao Poder Judiciário em caso de eventuais irregularidades, ou mesmo ao Ministério Público em havendo indícios de crimes.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, as implicações do caráter facultativo dado ao pagamento das contribuições sindicais a partir da Reforma Trabalhista veiculada pela Lei nº 13.467/17. Tais consequências materializam-se na

³⁹OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A reforma trabalhista e a posição dos sindicatos na improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/depeso/271135/a-reforma-trabalhista-e-a-posicao-dos-sindicatos-na-improbidade>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 32.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 4.



modificação de sua natureza jurídica, deixando de ser consideradas como tributos, e no efeito dominó dessa constatação.

Por meio da fundamentação desenvolvida no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão de que, ainda que desprovida do caráter obrigatório, a contribuição sindical não foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, apenas deixou de se enquadrar como tributo, passando a dotar feição eminentemente privada.

Constata-se, então, que as receitas passam a ter caráter eminentemente privado, sem deixar de atentar ao fato de que parcela desses valores deve ser repassada obrigatoriamente ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, por meio da Conta Especial Salário e Emprego, e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico, por meio do BNDES.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a natureza não tributária da contribuição sindical, a despeito desta ainda depender de instituição por meio de lei, dispensa o legislador e as entidades sindicais da observância dos limites constitucionais ao poder de tributar.

Ademais, verificou-se que a parcela destinada ao FAT e ao custeio de programas de desenvolvimento econômico passa a ser classificada como ingresso parafiscal.

Entretanto, questão mais sensível diz respeito ao controle da arrecadação e aplicação de tais verbas, uma vez que parte delas são destinadas à Conta Especial Emprego e Salário, administrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e cujos valores integram o Fundo de Amparo ao Trabalhador, que é um fundo especial destinado ao custeio do programa do seguro-desemprego, do abono salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

Enquanto de um lado, os valores destinados ao custeio das entidades sindicais se afiguram como privados, o que impossibilita que o Tribunal de Contas da União se imiscua na fiscalização de sua aplicação, de outro, a parcela destinada aos programas públicos deve permanecer sob o controle do Tribunal de Contas, sobretudo agora, em que o recolhimento da contribuição somente se dará após expressa e prévia autorização de cada trabalhador ou profissional liberal que optar por se sindicalizar, o que implicará em uma diminuição substancial das receitas dos sindicatos.

Nota-se, ainda, que os sindicatos deixaram de ser enquadrados como potenciais sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa, tendo em vista que os recursos oriundos das contribuições sindicais destinados ao custeio de sua atividade não mais possuem natureza pública, e sim privada.

Dessarte, resta afirmar que o controle da gestão dos valores recolhidos a título de

contribuição sindical cuja finalidade seja o custeio das entidades deverá ficar a cargo dos próprios associados, que deverão recorrer ao Poder Judiciário na presença de qualquer irregularidade praticada por seus diretores.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que o reconhecimento da natureza jurídica não tributária e privada da contribuição sindical importa em uma fragilização do sistema de controle da aplicação das verbas obtidas pelos sindicatos, ainda que permaneça a atribuição do Tribunal de Contas da União, o que, diante de uma má conduta na gestão desses valores pelos diretores das entidades beneficiárias, pode ter como reflexo o desabastecimento da Conta Especial Emprego e Salário e do Fundo de Amparo ao Trabalhador, e, conseqüentemente, um desamparo ao trabalhador e um déficit nas receitas para financiamento de programas a ele relacionados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 1.402*, de 5 de julho de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm>. Acesso em: 10 set./2018.

_____. *Decreto-lei nº 229*, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm>. Acesso em: 10 set. 2018

_____. *Decreto-Lei nº 925*, de 10 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0925.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5794*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decano arquiva ação do PPS contra cobrança compulsória da contribuição sindical*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=231447>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 677*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2316>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Reforma trabalhista*. 4. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

HARADA, Kiyoshi. *Fim da contribuição sindical*. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/fim-da-contribuicao-sindical/>>. Acesso em: 05. jan. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A reforma trabalhista e a posição dos sindicatos na improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/depeso/271135/a-reforma-trabalhista-e-a-posicao-dos-sindicatos-na-improbidade>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização*. Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5>. Acesso em: 08 dez. 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Rafael E. Pugliese. *Reforma trabalhista comentada: análise da lei e comentários aos artigos alterados da CLT e leis reformadas*. Curitiba: Juruá, 2018.

VOLTAR AO SUMÁRIO 

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 19 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.





O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Alexander Emoski Barbosa Rossino

Graduado pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie - Rio de Janeiro. Advogado. Engenheiro. Mestre em Engenharia de Produção. Auditor do Tribunal de Contas da União.

Resumo – O presente trabalho pretende discutir as principais características e vantagens dos métodos de conciliação e mediação na solução de conflitos em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão. Constatase faticamente uma inexistência de previsão legal expressa na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, no que tange ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos, fruto de uma visão mais ampla advinda do Novo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, busca-se defender a necessidade de revisão da Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União de forma a regulamentar o uso de métodos de conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, consoante novas diretrizes trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, com base em casos concretos de processos do Tribunal de Contas da União que comprovam a efetividade e vantagens dos métodos de conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos no âmbito processual do Tribunal de Contas da União, em detrimento aos meios tradicionalmente utilizados.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Métodos alternativos de solução de conflitos. Termo de Ajustamento de Gestão.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto ao uso do Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito processual do Tribunal de Contas da União. 2. Alternativas existentes para a solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU. 3. Da possibilidade jurídica de novas formas de resolução de conflitos à luz do Novo Código de Processo Civil e a prevalência do TAG como método alternativo de solução de conflitos no âmbito processual do TCU. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem o intuito de introduzir os métodos da conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos, expor suas características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União (TCU). Busca referenciá-los no contexto de sua inclusão em uma visão mais ampla, advinda do Novo Código de Processo Civil de 2015, que vise não só à prevenção, mas a promoção de



soluções e tratamento adequado dos conflitos, utilizando-se de estudos de casos concretos, a exemplo dos seguintes processos: TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (Monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes), de forma a incentivar a auto composição, por meio de conciliações e mediações, ciente da necessidade de regulamentação específica, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG).

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o uso do TAG em processos no âmbito do TCU é válido, a ponto de justificar revisão da Lei Orgânica e Regimento Interno da Corte de Contas Federal.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicado o emprego da conciliação e mediação em procedimentos administrativos, diante da preservação do interesse público e salvaguarda das funções administrativas. Ademais, não há lei que autorize essa modalidade de solução de conflito no âmbito da Administração Pública Federal, pois nem a Lei nº 8.112/90 nem a Lei nº 9.874/99 fazem referência à conciliação. Assim, é necessário refletir sobre essa importante modalidade de solução de conflitos na esfera da gestão pública, de forma a privilegiar a eficiência e a celeridade processual e não o litígio.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as controvérsias quanto ao uso do TAG no âmbito processual do TCU, ponderando a respeito das alternativas já existentes para a solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU.

No segundo capítulo, trata-se a respeito da possibilidade jurídica de novas formas de resolução de conflitos à luz do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e suas implicações no âmbito processual do TCU.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação do TAG como método alternativo de solução de conflitos no âmbito processual do TCU. Procura-se explicitar como é possível aplica-lo, tendo em vista casos concretos. Para tanto, foi necessário refletir se, de fato, o TAG reflete os anseios do CPC/15 como meio extrajudicial eficaz e eficiente de solução de conflitos, expondo, em caso afirmativo, suas características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União.



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 AO USO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.140/2015¹) traz consigo o incentivo aos métodos alternativos e consensuais de solução de conflitos, mormente a auto composição. Tal diretriz impacta a Administração Pública no que tange ao princípio da eficiência, no qual pretende-se criar uma lógica de atuação do agente público baseada em resultados eficazes, efetivos e céleres, quando da prestação dos serviços públicos.

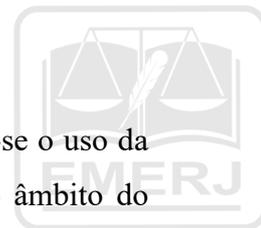
É nesse contexto que surge o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), cujo escopo é a busca da solução consensual diante de uma irregularidade no campo do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Em que pese a instituição do TAG possua um propósito inicialmente coerente à ordem jurídica, verifica-se, na prática, que tal instituto ainda encontra resistência quanto ao seu emprego nos Tribunais de Contas pátrios, diante da omissão na regulamentação interna das Cortes de Contas.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o instituto do TAG foi empregado em resolução de conflitos, à revelia da não regulamentação específica em regimento interno, mas sim com base na legislação processual civil, na doutrina administrativista e sobretudo com base no princípio da eficiência, à luz da efetividade no controle externo a ser exercido. Observou-se que, em determinados casos, o TAG cumpre com os atributos da eficiência e celeridade, se mostrando uma alternativa viável à punição pura e simples.

São distintas as terminologias utilizadas pelas regulamentações internas (regimento interno e resoluções) dos Tribunais de Contas para se referir ao instituto em tela, tais como: Termo de Ajuste de Gestão, Termo de Ajustamento de Gestão, Termo de Ajustamento de

¹ BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2019/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.



Conduta, entre outras. Para melhor desenvolvimento deste artigo, convencionou-se o uso da nomenclatura Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), termo este usado no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU).

O TAG nada mais é do que um acordo celebrado entre o Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados (aqueles que prestam contas), com base em termos propostos pelo próprio jurisdicionado (responsável por agir, prazo, metas, etc.). O TAG², em linhas gerais, consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção –, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

Originariamente, Luciano Ferraz³ afirma que o TAG, como instituto jurídico-administrativo, afina-se com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritário e mais convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio da Resolução nº 59/2017⁴, conceituou o instituto no art. 2º:

Considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal.

Além do CPC/15⁵, o fundamento jurídico do TAG decorre da redação do art. 71, inciso IX, da Carta Maior⁶, que permite interpretações no sentido de possibilitar que o Tribunal de Contas estabeleça prazo ao controlado, que deve sanar a irregularidade, mesmo que este prazo surja por meio de um acordo. Ademais, sustenta-se ainda que a teoria dos poderes implícitos também legitimaria a inserção do TAG pelos Tribunais de Contas, cuja

² BARROSO FILHO, A. A. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, 2014. p.391-415.

³ FERRAZ, L. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, 2010. p. 205-214.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Resolução nº 59/2017*. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-n-59-de-1%C2%B0-de-fevereiro-de-2017/297562/area/249>> Acesso em: 16 mar. 2019.

⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.



regulamentação viria do próprio Tribunal.

Até o momento, são essas as cortes de contas brasileiras que incorporaram o TAG em seus regimentos internos: Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE/GO), Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE), Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE/MT), Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM), Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), Tribunal de Contas do Estado do Acre (TCE/AC), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCE/PA), Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TCE/MS), Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES), Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), e Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS).

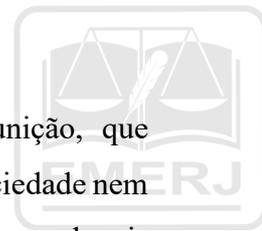
Apesar da discussão levantada em 2012 no TCU acerca de seu regimento interno, em que se discutiu a possibilidade de adoção do TAG, à época não houve decisão favorável à adoção do instituto. Porém diante de Acórdãos do Plenário prolatados após o advento do CPC/15 determinando a celebração do TAG, a exemplo dos seguintes processos: (i) TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (monitoramento de determinação do TCU, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes), passou-se a admitir o emprego do termo mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna específica.

De acordo com Cláudia Costa Araújo e Marília Souza Diniz Alves⁷, o TAG é norteado por três princípios: consensualidade, voluntariedade e boa-fé. A consensualidade impõe que, se possível, os conflitos com a administração sejam resolvidos pela via do consenso; a voluntariedade impõe que as partes devem participar do procedimento de forma livre e voluntária; e a boa-fé impõe conduta proba.

Uma vez aprovado em sessão plenária, assinado e publicado no Diário Oficial, o TAG passa a constituir título passível de execução extrajudicial e suspende a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos.

A legislação dota o Tribunal de Contas da União de forte instrumental punitivo e possibilita também ações preventivas, no campo das recomendações, que são frágeis e de

⁷ ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, 2012. p.81-92.



pouca eficácia. Assim, o Tribunal concentrava suas ações no foco da punição, que basicamente condena o autor das irregularidades apuradas, mas não protegia a sociedade nem a população contra as más práticas de gestão e a pouca efetividade. A punição ocorre depois da prática do ato e nem sempre significa que o dano causado à população seja reparado. O Termo de Ajustamento de Gestão é um novo instrumento legal que possibilita a atuação efetiva do controle externo no campo da prevenção, de forma ordenada e com contornos claros, para evitar a má prática de gestão.

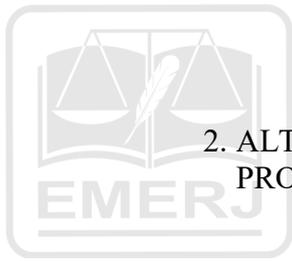
Como dito anteriormente, o TAG insere-se no contexto do controle consensual, de uma relação de colaboração entre controlador e controlado. A resposta a ser obtida deixa de ser os meros sim ou não para o questionamento acerca do cumprimento de leis e regras, e alcance de objetivos. De acordo com Daniela Zago⁸, o TAG apresenta-se como mecanismo moderno de controle, com função de diagnosticar rapidamente as irregularidades e ao mesmo tempo dar as soluções, em comum acordo entre as partes.

Ora, ainda que não previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, o mecanismo do TAG funcionando como instrumento de negociação para o ajuste da conduta do gestor aos parâmetros legais, tem sua admissibilidade em interpretação do art. 3º, §§ 2º e 3º c/c art. 15, todos do CPC/15⁹, em consonância com os princípios da primazia do mérito, celeridade, oralidade, flexibilidade processual e razoável duração do processo, admitindo a metodologia assemelhada à conciliação.

No TAG, assegura-se, desde logo, o compromisso dos responsáveis na solução dos problemas encontrados, desse modo, busca-se transformar a cultura da decisão unilateral e vertical em cultura de soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação. De modo a trazer diversos benefícios ao controle externo, a exemplo de: (i) soluções construídas basicamente pelo gestor; (ii) aumento da legitimidade do TCU, uma vez que costuma receber críticas sob a alegação de estar ocupando o lugar do gestor; (iii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iv) maior comprometimento do fiscalizado, que deixa de adotar uma posição refratária perante o órgão de controle e passa a encará-lo como parceiro; (v) redução do tempo de reação do órgão para início da adoção das medidas; (vi) desnecessidade de instauração de um processo destinado a acompanhar a elaboração de planos de ação.

⁸ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v.11, n.58, 2009. p.243-251.

⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.



2. ALTERNATIVAS EXISTENTES PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O presente capítulo pretende apresentar os mecanismos preventivos e repressivos de combate as más práticas de gestão existentes na Corte, estabelecendo-se as devidas diferenciações entre os institutos atualmente existentes e normatizados.

A prevenção é uma forma relevante de lidar com a problemática da má gestão, já que é muito mais fácil evitar a ocorrência de determinadas práticas do que identificá-las após terem sido realizadas e combatê-las efetivamente. São os seguintes mecanismos preventivos:

Quanto aos atos praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, ao TCU compete recomendar a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho e acompanhar o cumprimento dessas recomendações em processos de monitoramento.

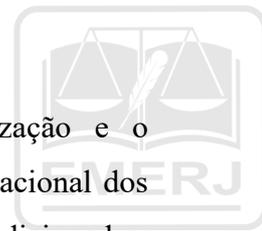
Quanto às falhas formais que não tenham ensejado multa, determinação ou recomendação, ao TCU compete dar ciência aos órgãos, entidades ou unidades jurisdicionadas sobre a impropriedade ou falha identificada no objeto no qual se verificou a ocorrência, em que afronta o dispositivo legal ou normativo, ou até mesmo a jurisprudência infringida, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes.

Já a auditoria operacional ou de desempenho ou rendimento é o processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública.

A competência para realizar auditorias operacionais foi atribuída ao TCU pela Constituição de 1988 (artigo 71, inciso IV¹⁰). A auditoria operacional tem como objetivo avaliar o desempenho das organizações, programas e atividades governamentais, sob diferentes dimensões, como a eficiência, a eficácia, a efetividade, a economicidade, a equidade, entre outras. O exame do desempenho exige que as equipes aliem técnicas qualitativas e quantitativas para produção de evidências. A análise envoltória de dados pode contribuir para que as auditorias realizadas pelo TCU avancem no uso de técnicas quantitativas de exame da eficiência.

Por sua vez, o levantamento é o instrumento de fiscalização, previsto no art. 238 do

¹⁰ BRASIL. op. cit., nota 6.



Regimento Interno do TCU¹¹, mais adequado para: conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações.

Por outro lado, existem os mecanismos repressivos de combate às irregularidades de gestão, ou seja, aqueles que podem ser utilizados após a ocorrência de determinadas práticas dadas como irregulares que geraram danos ao erário. A atuação repressiva do TCU tem por escopo a responsabilização do agente na esfera administrativa. As medidas repressivas abrangem a perfeita identificação dos responsáveis e o ressarcimento ao erário. Vale ressaltar que as medidas de responsabilização, para que sejam eficazes, devem ser acompanhadas da respectiva reparação.

Nesse sentido, as determinações emitidas pelo TCU são expedições de comandos coercitivos para adoção de providências corretivas que deverão, necessariamente, ser adotadas pelos jurisdicionados, sob pena de multa, caso descumpridas.

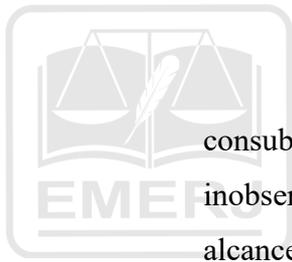
As determinações são expedidas com prazo definido para cumprimento e comunicação ao Tribunal das medidas adotadas ou, excepcionalmente, no caso de situações mais complexas, para apresentação de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado.

A determinação para elaboração e apresentação de plano de ação segue modelos pré-determinados pelo TCU, além de exigir que sejam especificados o seguinte: as ações a serem adotadas para tratamento dos problemas identificados; os responsáveis pelas ações e os prazos para implementação.

Outro mecanismo adotado é a auditoria de conformidade, a qual consiste na avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com normas aplicáveis identificadas como critérios. As auditorias de conformidade são realizadas para avaliar se atividades, transações financeiras e informações cumprem, em todos os aspectos relevantes, as normas que regem a entidade auditada.

O último mecanismo repressivo, porém, não menos importante é o Termo de Ajustamento de Gestão. O TAG nada mais é do que um acordo celebrado entre os Tribunais de Contas e os seus jurisdicionados (aqueles que prestam contas). O TAG, em linhas gerais,

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno.htm>> Acesso em: 16 mar. 2019.



consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção –, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

O fundamento jurídico do TAG decorre da redação do art. 71, inciso IX, da Carta Maior¹², que permite interpretações no sentido de possibilitar que o Tribunal de Contas estabeleça prazo ao controlado, que deve sanar a irregularidade, mesmo que este prazo surja por meio de um acordo, bem como do CPC/15¹³ no que tange aos métodos alternativos para solução de conflitos. Além disso, o instituto tem por fundamento constitucional o princípio da eficiência, que demanda a substituição do controle-sanção pelo controle consenso nos casos em que este se demonstrar mais econômico e eficaz.

A novidade trazida pelo Termo de Ajustamento de Gestão é a inserção da consensualidade na resolução do problema associada à participação ativa do órgão controlado. Ao invés de as ações corretivas serem impostas de forma unilateral pelo órgão de controle, são decididas de forma dialógica.

Em que pese muitos Tribunais de Contas dos Estados contarem com o TAG em suas estruturas internas, e do amplo e majoritário apoio da doutrina para a aplicação do instituto, o TCU ainda não formalizou os limites para a sua aplicação no âmbito da Corte Federal por meio de regulamentação específica.

3. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE NOVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREVALÊNCIA DO TAG COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TCU

O Termo de Ajustamento de Gestão consiste num mecanismo de controle de gestão, baseado no modelo gerencial de administração, que permite que o órgão controlador, no caso de irregularidades detectadas na gestão pública, ao invés de simplesmente punir o gestor trace, de forma consensual, ações corretivas destinadas ao alcance da finalidade pública.

A assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão suspende a aplicação de penalidades ou sanções aos gestores para que estes, em prazos e condições preestabelecidos, regularizem atos e procedimentos, sendo que o descumprimento das condições e prazos gera

¹² BRASIL. op. cit., nota 6.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 1.

rescisão automática do Termo e a consequente sanção.

O tema é abordado por Luciano Ferraz¹⁴, *in verbis*:

A ideia fundamental subjacente ao modelo proposto foi a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

Com efeito, a concepção da atividade de controle exclusivamente como “controle-sanção” pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o Administrador cumprisse à risca os artigos de lei (abstrata e genérica) predispostos pelo Legislador (princípio da legalidade estrita).

Em suma, pode-se dizer que o TAG é um instituto consensual utilizado no controle da administração pública e que se destina a guiar o gestor a bons resultados, de forma que se os órgãos de controle interno ou externo verificarem irregularidades na gestão poderão, consensualmente com o órgão controlado, fixar ações corretivas destinadas ao alcance de um resultado eficiente, ao invés de meramente impor ações sancionatórias.

A partir da década de setenta, o Direito Administrativo vivenciou a transição do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial. O modelo burocrático caracterizava-se pela adequação dos meios e pelo atendimento dos procedimentos, enquanto o novo modelo passava a priorizar a eficiência e os resultados e pretendia atender as novas demandas da Administração Pública.

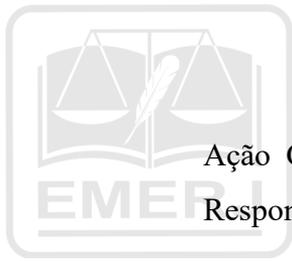
O apego à formalidade era substituído pelo foco nos resultados e na eficiência, tendo em vista que se percebeu que estes objetivos, basilares nas relações privadas, eram mais eficazes para a prestação dos serviços do que as normas presentes no padrão burocrático weberiano.

Com foco neste controle de gestão, a comunidade jurídica vem pensando formas de permitir que a Administração faça um controle de resultados destinado a verificar se o Estado está sendo eficiente e, neste contexto, foi criado o Termo de Ajustamento de Gestão.

No Brasil, o TAG ainda não foi disciplinado de forma explícita em legislação específica, porém alguns dispositivos fundamentam a sua utilização, a saber: inciso IX do art. 71 da CR/88, o art. 74 da Constituição¹⁵ o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de

¹⁴ FERRAZ, L. op. cit., p.207.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 6.



Ação Civil Pública¹⁶) e o § 1º do art. 59 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁷).

Com o advento do atual Código de Processo Civil¹⁸ (Lei nº 13.105/2015) verifica-se a ampla instigação a autocomposição por meio de solução consensual de conflitos, objetivando a realização de conciliação e mediação, tendo como princípio basilar a primazia do mérito.

A novidade trazida pelo Termo de Ajustamento de Gestão é a inserção da consensualidade na resolução do problema associada à participação ativa do órgão controlado. Ao invés de as ações corretivas serem impostas de forma unilateral pelo órgão de controle, seja interno, seja externo, são decididas de forma dialógica, conforme asseveram Cláudia Costa Araujo e Marília Souza Diniz Alves¹⁹, a saber:

A solução negociada dos conflitos convida o jurisdicionado a assumir um papel ativo no controle, deixando de ser mero espectador, uma vez que fica evidente que a punição não é tão eficaz para melhorar a gestão.

A construção consensual baseia-se na rememorada técnica grega da dialética, entendida como arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Tem por base a prudência, virtude que pondera, sopesa os diversos argumentos para ao final formular

um acordo de forma equilibrada. Se trata de reconduzir todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentadas, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente.

É imprescindível que a Administração atue proativamente em função de verificar e corrigir seus atos, bem como de punir seus infratores, mas também cabe a ela o empenho de viabilizar o pleno e salutar exercício dos atos.

A disseminação dos TAGs ainda é incipiente, mas está acontecendo em nível nacional. Até o presente momento, metade dos Tribunais de Contas Estaduais já incorporaram o TAG em seus regimentos internos. Os demais ainda estão em fase de implementação ou em vias de regulamentação própria.

No caso específico do Tribunal de Contas da União, em que pese a decisão desfavorável ao uso do TAG em 2012, com o advento do atual Código de Processo Civil de 2015, novos rumos parecem traçados e já foram prolatados 2 (dois) acórdãos passando a admitir o emprego do TAG, mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna

¹⁶ BRASIL. *Lei da Ação Civil Pública*. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁷ BRASIL. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Lei complementar 101, de 4 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

¹⁹ ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. *op. cit.*, p.82-90.



específica.

Mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna específica, seja pela Lei Orgânica, seja pelo Regimento Interno, o TCU admitiu o emprego do TAG em dois casos específicos, a saber: (i) TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e (ii) TC 015.072/2017-7 (monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário²⁰, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes).

No primeiro processo a respeito da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, buscou-se transformar a cultura da decisão unilateral e vertical em cultura de soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação. De modo a trazer diversos benefícios ao controle externo, a exemplo de: (i) soluções construídas basicamente pelo gestor; (ii) aumento da legitimidade do TCU, uma vez que costuma receber críticas sob a alegação de estar ocupando o lugar do gestor; (iii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iv) maior comprometimento do fiscalizado, que deixa de adotar uma posição refratária perante o órgão de controle e passa a encará-lo como parceiro; (v) redução do tempo de reação do órgão para início da adoção das medidas; (vi) desnecessidade de instauração de um processo destinado a acompanhar a elaboração de planos de ação.

No caso em tela, a solução do problema envolvia diversos órgãos, pois se tratava de solucionar a situação cartorária de terreno tido como da UFRJ, no qual está instalado o prédio da Reitoria e algumas salas de aula da UNIRIO. A falta de titularidade trazia para UNIRIO diversos problemas decorrentes da insegurança jurídica, a exemplo da impossibilidade de obter o “habite-se”, realizar edificação de benfeitorias e, ainda, a qualquer momento, ver reivindicada a posse do imóvel pelo proprietário. Assim, foi celebrado um termo (ata) por meio de uma mediação/conciliação, a qual envolveu, além dessas duas universidades, a SPU/RJ (Superintendência de Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro).

Ademais, foram adotados os mesmos procedimentos de consensualidade com a Procuradoria da UFRJ visando agilizar a reintegração de posse da área denominada “Mangue”, bem como promover ações para a manutenção da posse da área próximo ao BRT

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC n° 015.072/2017-7*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/%252a/NUMACORDAO%253A494%2520AN OACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sin omios%3Dfalse>> Acesso em: 11 abr. 2019.



do Fundão.

Na execução da auditoria de gestão de bens imóveis em universidades federais no Estado do Rio de Janeiro, a equipe do TCU fez uso de procedimentos de mediação e conciliação, aplicados para a resolução de conflitos em atividades de cunho judiciário, agora utilizados no meio administrativo.

Já no âmbito do segundo processo, a respeito à monitoramento dos riscos relacionados ao Legado dos Jogos Olímpicos Rio 2016, no que tange ao uso das arenas esportivas, verifica-se o Acórdão nº 494/2017-TCU-Plenário²¹, de 22/03/2017 com menção ao TAG, a saber:

ACÓRDÃO Nº 494/2017 – TCU – Plenário 1. Processo nº TC 010.915/2015-0 ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.5. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, no prazo máximo de trinta dias desta deliberação, com o objetivo de ser assinado um Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros;

No caso concreto acima descrito, o TCU, a despeito de uma integralização do TAG em sua estrutura, passou a propor o seu uso do termo de forma a fomentar uma solução definitiva e consensual a respeito do plano de legado para as arenas dos Jogos Olímpicos Rio 2016 que até aquele momento (março de 2017) estavam abandonadas por todos os entes envolvidos. Nesse sentido o voto condutor do Ministro Relator Augusto Nardes²², a saber:

Em adição, devido à urgência da necessidade de uma solução para o tema ora em análise, proponho determinar que a Secretaria-Geral de Controle Externo, no prazo máximo de trinta dias, realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o futuro desses complexos esportivos, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros.

[...]

Entendo que, como resultado dessa audiência pública, deve ser assinado por todas as partes presentes um Termo de Ajustamento de Gestão ou algum instrumento congêneres, de maneira que finalmente seja dada uma solução efetiva para as arenas esportivas, evitando, assim, esse possível enorme prejuízo aos cofres públicos

²¹ BRASIL. op. cit., nota 20.

²² Ibid.



Ante todas as considerações trazidas, passa-se a responder às indagações iniciais. O TAG reflete os anseios do CPC/15²³ como meio extrajudicial eficaz e eficiente de solução de conflitos no âmbito administrativo? Em caso afirmativo, quais as características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do TCU?

Privilegiar a linguagem burocrática, na prática, por vezes é menos eficaz do que examinar as situações com ênfase no diálogo visando construir um consenso. Nesse sentido, o TAG tem por finalidade primordial zelar pela boa prática de gestão pública, valorizando e estimulando as ações administrativas corretivas que evitem desperdícios ou desvios de recursos públicos, estancando de imediato as irregularidades eventualmente detectadas. O Tribunal, com o TAG, passa a ter uma ferramenta eficaz para ações proativas de monitoramento e acompanhamento das gestões públicas, a exemplo dos casos concretos acima narrados.

A realização de atos em conjunto entre o órgão fiscalizador e os fiscalizados, na busca de um consenso, é uma alternativa para o encontro das melhores soluções jurídicas e contábeis para cada situação. Os instrumentos alternativos de controle — baseados na consensualidade, resultado da renovação do pensamento administrativo — mediante o resgate do pensamento tópico dialético, particularizados pela negociação pacífica de controvérsias podem ser utilizados tanto pelos tribunais de contas como pelos órgãos de controle interno.

As repercussões positivas que essa inovação – TAG – traz na estrutura do “pensar o controle” faz parte de um Direito Administrativo Moderno e sem volta. Além do diálogo voltado para a boa administração, a consensualidade evita eventuais litígios no âmbito judicial já abarrotado de demandas.

Postas estas considerações sobre o Termo de Ajustamento de Gestão, verifica-se que, na teoria, a criação do instituto está de acordo com a doutrina mais recente sobre a boa administração. No caso específico do TCU, verificou-se, por meio do estudo dos casos concretos narrados que sua aplicação gerou celeridade e efetividade, em que pese a carência de normatização interna.

Na mesma linha, Daniela de Mello²⁴ defende que o TAG garante maior liberdade

²³ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁴COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.37.



para os gestores públicos, mas não afasta a submissão à legalidade, veja-se:

Na nova abordagem de organização administrativa estão presentes instrumentos jurídicos mais flexíveis, como o contrato de gestão que utiliza o controle de resultados, a posteriori, em substituição ao método empregado pela Administração burocrática, que prevê o alcance da eficiência a partir da legalidade racional.

Em síntese, o TAG é um mecanismo hábil e vantajoso na solução extrajudicial de conflitos, aplicável no âmbito administrativo, pois tem fundamento na administração gerencial e sob os paradigmas da governança participativa, cidadania ativa, esfera pública ampliada, consensualidade, controle social e autonomia pública.

Não obstante dependente de lapidação e legislação própria, o instrumento em discussão tem grande valia no atual contexto do TCU e da administração gerencial, uma vez que fomenta o estudo de ações voltadas para a eficiência da máquina administrativa, para o planejamento e para o controle de gestão e busca manter a Administração Pública focada em seu dever de proporcionar aos cidadãos um serviço público eficiente e de qualidade.

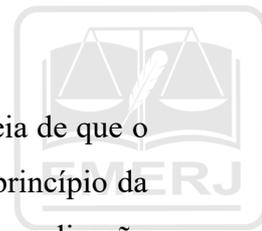
CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, até que ponto se pode dizer que o sistema processual administrativo, mais precisamente o do Tribunal de Contas da União se adequou aos novos preceitos de resolução extrajudicial de conflitos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

De um lado, há uma onda crescente de judicialização dos casos, ou seja, a sociedade vem perdendo a capacidade de dialogar. Como consequência temos um processo lento e caro. Urge a necessidade de novas soluções de conflitos no âmbito do Tribunal de Contas da União, por exemplo. Dessa forma, surgem as formas de resolução de conflito extrajudiciais à luz do novo Código de Processo Civil e suas implicações no âmbito processual do TCU, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos e estudo de casos concretos, que as novas formas de resolução extrajudicial de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, mostram-se mais eficazes e benéficas ao sistema processual do Tribunal de Contas da União.

Na prática, a quase totalidade dos Tribunais de Contas do Brasil, já faz uso do TAG, seja por positivação em seu regimento interno ou até mesmo baseado em decisões pontuais de seu colegiado, como no caso do TCU.



O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o TAG é uma importante aquisição para os Tribunais de Contas, pois prioriza o princípio da consensualidade, representando a modernização dos instrumentos de controle. A realização de atos em conjunto entre o órgão fiscalizador e os fiscalizados, na busca de um consenso, é uma alternativa para o encontro das melhores soluções jurídicas e contábeis para cada situação.

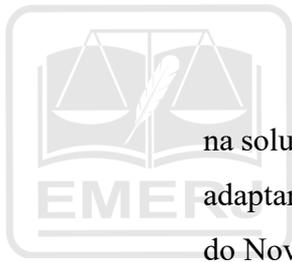
O principal argumento usado por esta pesquisa, para incentivar o uso de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU, de forma fomentar a auto composição, por meio das conciliações e mediações, cientes da necessidade de regulamentação específica, a exemplo do TAG, baseia-se não somente na prevenção de lides judiciais, mas também no tratamento mais adequado aos conflitos. Nesse sentido, utilizou-se os estudos de casos concretos, a exemplo dos seguintes processos: TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes).

No entanto, há controvérsias quanto à possibilidade de introdução dos métodos da conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos no âmbito processual do TCU, diante de suas características principais e vantagens em relação aos meios já tradicionalmente empregados, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que mesmo diante de uma lacuna normativa interna no TCU suportando o uso do TAG, é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos e estudo de casos concretos, que as novas formas de resolução extrajudicial de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, mostram-se mais eficazes e benéficas ao sistema processual do Tribunal de Contas da União que os meios tradicionais já utilizados.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que, tendo em vista uma maior efetividade das formas de resolução de conflitos extrajudiciais, mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que se refere à mudança da Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, de forma a garantir o uso do TAG pela Corte de Contas e se amoldar às novas regras gerais advindas do CPC/15.

Deve ser preocupação constante do TCU e dos demais Tribunais de Contas a necessidade de constante revisão da gestão processual, de forma a inserir a consensualidade



na solução de problemas, a exemplo da normatização do instituto do TAG, com intuito de se adaptarem a doutrina mais recente sobre a boa administração processual administrativa, à luz do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, 2012.

BARROSO FILHO, A. A. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11. mar.2019.

_____. *Novo Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152019/2015/lei/l3105.htm> Acesso em 11 mar. 2019.

_____. *Lei de Mediação*. Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2019/2015/lei/l3140.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Lei complementar nº 101, de 4 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei da Ação Civil Pública*. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v.11, n.58, 2009.

FERRAZ, L. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, 2010.



O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EM REGULAMENTOS EDITADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

Alexandre de Souza Lima

Especialista em Regulação da Agência Nacional do Petróleo - ANP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Químico e mestre em ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Resumo - as agências reguladoras federais possuem atribuições para regular e fiscalizar determinadas atividades econômicas, podendo aplicar sanções administrativas no exercício de tais atribuições. Nesse contexto, e reconhecendo o poder normativo desses órgãos para editar normas com generalidade e abstração, surge a indagação se o princípio da legalidade estrita deve estar sempre presente no âmbito das sanções previstas nos regulamentos administrativos editados pelas agências reguladoras federais e, caso positivo, se a mesma regra de tipicidade inerente às sanções do direito penal deve ser atendida. Apesar do poder normativo, o princípio da legalidade estrita tem de ser observado nas sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras federais. Todavia, tendo em vista as peculiaridades técnicas, nem sempre a sanção prevista na lei se mostrará em um nível de detalhamento suficiente para tipificar a conduta violadora da norma, como ocorre no direito penal, de modo que nesses casos a complementação técnica ficaria a cargo da agência.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Sanção Administrativa. Agências Reguladoras Federais.

Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras federais e a repercussão no estabelecimento de sanções administrativas. 2. O princípio da legalidade no contexto da sanção administrativa e sua relação na perspectiva do poder normativo das agências reguladoras federais. 3. A sanção administrativa prevista em regulamento de agência reguladora e a (des)necessidade de sua previsão específica em lei. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute as sanções administrativas previstas em atos editados por agências reguladoras federais no contexto do princípio da legalidade. Pretende-se demonstrar que o exercício da atribuição conferida às agências reguladoras federais para editar normas administrativas com caráter sancionatório nem sempre obedecerá a legalidade estrita.



As agências reguladoras federais são autarquias especiais criadas para regular e fiscalizar atividades econômicas transferidas à iniciativa privada para exploração. Para tanto, foi conferido àqueles órgãos poder para editar normas com abrangência geral e com natureza abstrata para aplicação na área de atuação de cada uma das autarquias.

No contexto de seu poder normativo, as agências reguladoras federais geralmente fixam em regulamento próprio sanções administrativas, ficando os agentes econômicos sujeitos a tais sanções em caso de descumprimento de normas editadas pelas próprias agências.

Nesse sentido, surge a indagação sobre qual seria a amplitude desse poder de previsão de sanções administrativas em atos próprios, notadamente quando visto sob a perspectiva do princípio da legalidade estrita.

Dessa forma, não se trata de um tema meramente acadêmico. É na verdade uma discussão que encerra uma utilidade prática, tendo em vista a inegável necessidade de se precisar quais são os limites do exercício da competência normativa das agências reguladoras para o estabelecimento de sanções administrativas.

Para responder a indagação central, o trabalho é construído pelo estabelecimento das bases sobre o poder normativo das agências reguladoras federais e os pontos relevantes sobre sanções administrativas. Posteriormente, é tratada a relação desse poder com a necessidade de observação do princípio da legalidade estrita no estabelecimento da sanção administrativa.

Para tanto, no primeiro capítulo são discutidas as concepções envolvidas com a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, e o ponto de contato no que tange ao poder para estabelecer sanções administrativas.

Em seguida, é desenvolvido no segundo capítulo um exame da sanção administrativa em seus aspectos fundamentais. É mostrada a relação desses aspectos no com a legalidade estrita no contexto das sanções administrativas estabelecidas pelas agências reguladoras.

Tendo sido delineada a base do tema, é abordado no terceiro capítulo que as sanções administrativas dispostas em normas das agências reguladoras federais precisam ter previsão em lei. Porém, não se exige que a lei especifique em detalhes a sanção, bastando uma previsão genérica.

O trabalho é desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativa, tendo como fontes trabalhos acadêmicos que, ainda que de forma reflexa, tratam do poder sancionatório das agências reguladoras.

Adicionalmente, são analisadas leis de criação de agências reguladoras federais para verificar autorizações para edição, por esses órgãos, de sanções administrativas em

regulamentos administrativos. Também é examinada a jurisprudência superior que versa sobre o tema.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A REPERCUSSÃO NO ESTABELECIMENTO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

As agências reguladoras federais são autarquias ditas especiais, às quais foi conferida a atribuição de regular e fiscalizar atividades econômicas transferidas à iniciativa privada.

Nesse contexto de regulação e fiscalização, as agências reguladoras editam normas administrativas que atingem, de forma genérica e abstrata, agentes econômicos que exercem atividades na área de atuação da agência¹. É exatamente essa atribuição para editar normas com abstração e generalidade que leva a doutrina a discutir qual seria a natureza jurídica desse poder normativo, a qual, em última análise, desemboca na discussão sobre a possibilidade de as agências reguladoras estabelecerem em ato próprio sanções administrativas.

O exame doutrinário sobre o tema leva a observar que há diferentes concepções, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro², sobre a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras. Contudo, o que se verifica é que os diversos entendimentos podem ser resumidos em três grandes concepções, quais sejam, o poder normativo como: poder regulamentar; poder delegado; e poder de complementação técnica.

Quanto ao poder normativo como um poder regulamentar, a argumentação é no sentido de que as agências reguladoras federais realizam, nos moldes do Chefe do Poder Executivo, a regulamentação de leis³. Para aqueles que entendem dessa forma, o poder regulamentador não é exclusivo do Chefe do Poder Executivo, e que as agências reguladoras federais teriam competência semelhante⁴.

Em outras palavras, para esses autores, quando a agência reguladora edita uma norma administrativa tratando de área econômica em que exerce atividade de regulação e fiscalização, ela estaria realizando a regulamentação da lei para permitir a sua execução.

¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e o poder normativo in ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.), *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.383-392.

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.150.

³BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.280.

⁴MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006, p.140.



De fato, do exame que se faz das diferentes leis que tratam das agências reguladoras federais, são observados diversos comandos normativos que deixam à autarquia o detalhamento da matéria.

Todavia, ainda que se enxergue um aspecto regulamentar, não é possível considerar que essa atribuição encerra a mesma natureza dos decretos editados pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez que essa competência é privativa, e não foi feita a previsão para permitir a sua delegação, conforme se observa no art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal⁵.

De qualquer forma, é razoável entender as normas editadas pelas agências reguladoras federais não sob a perspectiva de um poder regulamentador, o qual retira seu fundamento direto da Constituição Federal, mas sim uma regulamentação específica exigida pela própria lei. Essa regulamentação reúne um aspecto que se pode associar mais com uma complementação técnica, como será vista mais adiante.

Outra concepção sobre a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras é a que considera como um poder delegado. Para os defensores dessa tese, a competência daquelas autarquias para editar normas gerais e abstratas passaria por uma espécie de deslegalização⁶.

Para autores que sustentam a tese de deslegalização, a exemplo de Alexandre dos Santos Aragão⁷, não haveria inconstitucionalidade nesta sistemática, uma vez que não existiria transferência de poderes legislativos, e sim uma ação do próprio legislador em deixar em outra seara legislativa a regulação de determinada matéria.

Contudo, há críticas a respeito dessa teoria, tendo em vista que as hipóteses de delegação já estariam fixadas na Constituição Federal. Assim, não haveria que falar em outras possibilidades de inovação da ordem jurídica a caracterizar uma espécie regulamento autônomo, definido por José dos Santos Carvalho Filho⁸ como atos que possuem natureza primária, emanados diretamente da Constituição, e situados, dentro da hierarquia normativa, no mesmo patamar da lei.

De fato, o exame do texto constitucional evidencia que só há delegação de competência nos artigos 62, 68, 84, inciso IV da Constituição Federal. No primeiro, são as Medidas Provisórias, e o segundo, as leis delegadas, ambas competências atribuídas ao Presidente da

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122.

⁷ARAGÃO, op. cit. p.422-423.

⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.57-58.



República. Já no caso do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal é a delegação ao Chefe do Poder Executivo para poder dispor, por meio de decretos, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Ressalta-se que a doutrina tem visto também a existência de delegação de competência para inovar na ordem jurídica no caso dos artigos 103-B, § 4º, I, e 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se manifestado sobre o tema⁹. Nesses casos, haveria delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público para edição de atos autônomos dentro da área de competência de cada um dos Conselhos.

Dessa forma, não havendo outras hipóteses de delegação na Constituição Federal para que determinadas matérias possam ser tratadas por outro Poder que não o Legislativo, há que se negar a possibilidade de deslegalização e, portanto, que a natureza do poder normativo das agências reguladoras tenha natureza de um poder delegado.

Por fim, a terceira concepção é que a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras federais é, na verdade, um poder para fazer uma complementação técnica da lei.

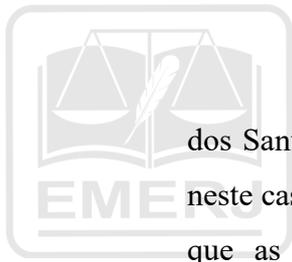
Esse entendimento mostra-se perfeitamente adequado quando observado sob a perspectiva da função das agências reguladoras, e o respeito às competências legislativas constitucionalmente atribuídas.

De fato, como as agências reguladoras tratam de questões técnicas, por vezes complexas, não haveria como a lei detalhar todos os aspectos técnicos envolvidos na atividade desenvolvida por um agente econômico. Se assim o fizesse, certamente em pouco tempo a evolução da atividade ficaria comprometida, tendo em vista a velocidade de surgimento de novos negócios.

Assim, o legislador, tendo em conta a necessidade de tratamento técnico detalhado da matéria, deixa ao órgão o poder para edição de normas administrativas, com caráter genérico e abstrato, mas com conteúdo técnico e de complementação do previsto em lei.

É com esse viés de complementação técnica que a doutrina tem entendido como sendo a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras, como bem ressaltado por José

⁹O STF definiu que as Resoluções do CNJ tinham natureza de regulamento autônomo. Isso se deu quando do exame, em sede Ação Direta de Constitucionalidade da Resolução CNJ nº 7/2008. O STF entendeu, na análise da ADC nº 12-6/DF, que a Resolução do CNJ possui caráter normativo primário, dado que busca seu fundamento diretamente do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em: 16 set.2018.



dos Santos Carvalho Filho¹⁰ que, ao diferenciar regulação de regulamentação, considera que neste caso, há norma hierarquicamente superior que necessitaria de complementação, de modo que as agências reguladoras, por meio de delegações fixadas em leis, realizariam a complementação técnica de caráter geral.

Dessa forma, dentre as três concepções sobre a natureza jurídica do poder normativos das agências reguladoras federais, o entendimento mais adequado é que se trata de um poder de complementação técnica das leis que tratam das áreas de atuação de cada órgão.

Com efeito, essa conclusão tem consequência direta sobre a própria discussão quanto à atribuição para edição de sanções administrativas, tendo em vista que não há inovação na ordem jurídica, como, em última análise, é defendido por aqueles que sustentam a tese da deslegalização, e sim uma complementação técnica da norma legal, demandando, portanto, a existência de lei para fixar os parâmetros para atuação da agência. Esse exame será feito mais adiante, uma vez que há que se estabelecer os aspectos mais relevantes envolvidos no próprio poder sancionatório.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO CONTEXTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO NA PERSPECTIVA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

A sanção administrativa, de acordo com Fábio Medina Osório¹¹, é o mal ou castigo, com alcance geral, imposto pela autoridade pública, pelo Judiciário ou por corporações de direito público a um administrado, jurisdicionado, agente público, sendo pessoa física ou jurídica, como consequência de uma conduta ilegal, no âmbito de aplicação formal e material do direito administrativo.

Observa-se, portanto, grande aproximação entre a sanção administrativa e as no âmbito do direito penal, notadamente quanto aos princípios fundamentais que norteiam este direito, conforme defendido por Marçal Justen Filho¹²:

As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao mesmo semelhante. Os princípios

¹⁰CARVALHO FILHO, op. cit., p.66.

¹¹OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.106 – 107

¹²JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.571.

fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo.

Dentre os diversos princípios do direito penal que estão presentes na sanção administrativa, o da legalidade é o que possui maior relevo e é o essencial para a discussão no presente trabalho.

De acordo com art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a Administração Pública, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá, dentre outros princípios, o da legalidade¹³.

Contudo, tendo em vista a presença de diversos aspectos do direito penal no direito administrativo sancionador, pertinente observar também a sanção administrativa sob a perspectiva da legalidade estrita, conforme previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal¹⁴, que diz que não há crime sem lei anterior que o defina, e pena sem prévia cominação legal.

Dessa forma, utilizando o princípio da legalidade estrita no direito administrativo sancionador, tanto as infrações e como as sanções administrativas correspondentes devem estar estabelecidas em lei, de modo que, como defendido por José dos Santos Carvalho Filho, atos administrativos seriam apenas mecanismos para execução da norma legal sancionatória, não podendo, por si próprios, dar origem a sanções¹⁵.

Há que apontar, todavia, que a legalidade aplicada ao direito administrativo sancionador é mais flexível quando comparada com o direito penal. Exemplos dessa flexibilidade é o fato de a sanção administrativa não ser reserva de lei federal, e muitas vezes são apresentadas em tipos legais mais abertos.

Fábio Medina Osório afirma que as normas do direito administrativo sancionador sempre foram manejadas historicamente no âmbito do poder de polícia da Administração Pública, e que, tendo em vista a rapidez de alteração dos bens jurídicos, há necessidade de maior elasticidade do direito administrativo sancionador para acompanhar essa alteração¹⁶.

Observa-se também no direito administrativo sancionador uma maior incidência de tipos sancionadores que fazem o uso da chamada norma em branco, figura também presente no direito penal. Por essa sistemática, há que observar normas infralegais para caracterizar determinada infração administrativa e a correspondente sanção.

¹³BRASIL, op. cit. nota 4.

¹⁴Ibid.

¹⁵CARVALHO FILHO, op. cit., p.93.

¹⁶OSÓRIO, op. cit., p. 227.



Em razão dessa sistemática, Fábio Medina Osório defende que o legislador deve respeitar do princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não delegar, de forma completa ou total, competência tipificante à autoridade administrativa, sob pena de esvaziar o princípio da legalidade¹⁷.

Dessa forma, no âmbito do direito administrativo sancionador, as infrações e as sanções administrativas correspondentes devem estar estabelecidas em lei de forma detalhada para permitir previsibilidade de conduta por parte dos administrados.

Para Gustavo Binenbojm “[...] a lei, tomada em sentido estrito, deve não apenas conter a previsão do tipo e da sanção aplicável, como descrevê-los com clareza e completude.”¹⁸.

Certo é que no direito administrativo sancionador a tipificação da sanção administrativa não guarda o mesmo grau de detalhamento exigido no direito penal. Porém, o tipo administrativo sancionador deve encerrar, a despeito da maior abertura da norma, todos os aspectos necessários para caracterização da conduta e a sanção correspondente.

Todavia, mesmo que a lei não contenha, de forma detalhada, cada uma das sanções aplicáveis, exige-se o estabelecimento de limites razoáveis e proporcionais, condicionadores da atuação do aplicador da sanção¹⁹.

De qualquer forma, existem situações em que há a necessidade previsões legais com aberturas suficientes para permitir maior movimentação por parte da Administração Pública.

Assim, como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello, casos há em que são impossíveis, impraticáveis ou desarrazoado fazer previsões na lei com grande nível de precisão, tendo em vista a velocidade das mudanças ocorridas com o desenvolvimento científico e tecnológico²⁰.

Nesse contexto, surge a discussão da atuação das agências reguladoras federais. De fato, essas autarquias foram criadas, via de regra, para regular a atuação de agentes econômicos em áreas essencialmente técnicas, com alto nível de complexidade e com evolução constante, valendo citar o magistério de Marcus Marcos Juruena Villela Souto²¹:

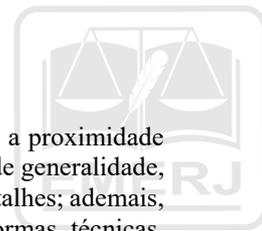
¹⁷Ibid., p.228.

¹⁸BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.645.

¹⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 28 – novembro/dezembro/janeiro, 2012, p.19.

²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 875 – 876.

²¹SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49.



O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.

Assim, nasce a indagação se no caso das agências reguladoras federais, dado o seu poder normativo, e considerando o seu campo de atuação estritamente técnico, o princípio da legalidade poderia ser mitigado no que tange às sanções administrativas.

Trata-se, em última análise, da questão central do presente artigo, e que foi desenvolvida no terceiro capítulo deste trabalho. A base necessária para essa discussão foi construída quando do exame no capítulo que se encerra, o qual tratou, como visto, da incidência do princípio da legalidade no estabelecimento da sanção administrativa, bem como no anterior, oportunidade em foi discutida a natureza do poder normativo das agências reguladoras federais. Toda essa construção permitirá examinar se o poder normativo das agências reguladoras alcança a possibilidade de previsão da sanção administrativa apenas em regulamento próprio do órgão.

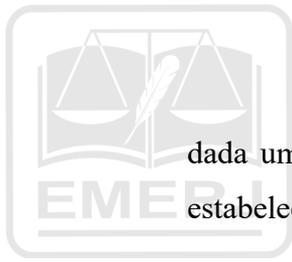
3. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA EM REGULAMENTO DE AGÊNCIA REGULADORA E A (DES) NECESSIDADE DE SUA PREVISÃO ESPECÍFICA EM LEI

Tratar do poder das agências reguladoras para estabelecer, por meio de regulamento próprio, infrações e sanções administrativas é, em última análise, verificar as diversas concepções sobre o poder normativo dessas autarquias, e confrontá-las com os princípios do poder administrativo sancionador, notadamente com o da legalidade.

Nesse contexto, os que defendem a teoria da deslegalização, como visto no capítulo 1 deste trabalho, estariam, de certa forma, reconhecendo a competência da agência reguladora para estabelecer em atos próprios a sanção administrativa.

De fato, pela teoria da deslegalização haveria uma espécie de delegação legislativa, a qual se daria pela retirada da lei, efetuada pelo próprio legislador, de certas matérias, e a passagem dessas matérias para tratamento no âmbito regulamento administrativo.

Alguns defensores dessa teoria enxergam, como bem ressaltado por Henrique Ribeiro Cardoso, que a Constituição Federal, por meio dos artigos 174, 121, XI e 177, § 2º, III, teria



dada uma atribuição originária de competência normativa, dentro da repartição de funções estabelecidas na Constituição, nos moldes do disposto nos artigos. 62 e 68 da Carta Magna²².

Dessa forma, é de notar que aqueles que sustentam a natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras como uma espécie de delegação legislativa, estariam admitindo a possibilidade de que sanções administrativas podem ser estabelecidas apenas em regulamentos próprios editados pelo órgão.

Assim, haveria ampla liberdade para que agência reguladora federal trate de matérias técnicas relacionada a sua área de atuação, incluindo também a fixação de sanções administrativas.

Contudo, muitos autores argumentam que não há previsão constitucional permitindo essa delegação de competência material, de modo que não seria cabível a transferência de competência normativa reservada ao Poder Legislativo²³.

Além disso, sob a perspectiva da sanção administrativa, há que se lembrar do princípio da legalidade, basilar no direito administrativo sancionador, uma vez que é de entendimento geral, como já visto neste trabalho, que sanções administrativas devem ser instituídas por lei.

Contudo, apesar dos aspectos semelhantes entre o direito penal e administrativo sancionador, é de se perguntar se no âmbito do poder normativo das agências reguladoras federais a legalidade no que tange à sanção administrativa é aquela dita estrita do direito penal, estabelecida na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXIX²⁴.

Em outras palavras, a lei deveria, nos moldes do direito penal, definir suficientemente a infração administrativa e estabelecer a sanção correspondente.

Todavia, é cediço que o poder normativo dado às agências reguladoras tem como um dos fundamentos justamente a inviabilidade de o legislador detalhar toda a matéria técnica envolvida na área de atuação do órgão, sem falar da grande velocidade de evolução dos assuntos técnicos.

Nesse ponto, surge a indagação se seria possível fixar em lei as infrações e sanções administrativas com escopo adequado para contemplar a grande variedade de assuntos técnicos no âmbito das diferentes áreas de atuação das agências reguladoras.

²²CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.199.

²³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das agências reguladoras e fiscalização*. São Paulo: Fiesp/CIESP e Instituto Roberto Simonsen, 2002, p.48; JUSTEM FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p.495; BINENBOJM, op.cit., p.278.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

Nesse contexto, é de se imaginar que, se é possível tratar da totalidade dos temas tratados pelas agências reguladoras, a lei o fará de modo mais genérico, fato que força a conclusão de que poderia então haver certa flexibilidade na legalidade dita estrita, uma vez que a especificação em detalhes, principalmente da conduta que considerada uma infração administrativa, pode não ser possível.

Dessa forma, dada a complexidade técnica, pode ser que a legalidade estrita possa ser atenuada quando se trata de infrações e sanções administrativas no âmbito das agências reguladoras.

Ora, analisando diferentes leis de criação das agências reguladoras federais, é possível observar exatamente comandos legais com grande grau de abertura. É como se a lei estabelecesse, na realidade, padrões gerais, cabendo à agência então fazer o detalhamento da matéria. Ou seja, as leis estariam, quando do uso de comandos mais abertos, dando às agências a função apresentar os detalhes técnicos que o legislador não teria condições de fazer, e, conseqüentemente, satisfazer o critério da tipicidade, exigência no âmbito do direito administrativo sancionador, no que no tange às sanções administrativas.

E quanto a isso não haveria que falar em inconstitucionalidade da lei, e seria um fenômeno jurídico semelhante ao que já ocorre no direito penal, naquilo que se convencionou a chamar de norma penal em branco, hipótese em que a lei penal descreve uma conduta criminosa que demanda complementação, seja por outra lei ou por ato da Administração Pública²⁵.

Nessa linha, entende Egon Bockmann Moreira²⁶, para quem “[...] se é possível à Administração completar o preceito criminal em branco, nada mais adequado e razoável que também possa fazê-lo em relação às sanções administrativas. [...] a agência reguladora saberá melhor quais sanções devem ser aplicadas naquele setor regulado.”

Nesse ponto, vale voltar às teorias sobre o poder normativo das agências reguladoras, e trazer para análise justamente aquela que trata tal poder como sendo para edição de normas com conteúdo essencialmente técnico.

De fato, o entendimento da natureza jurídica do poder normativo das agências reguladoras como tendo um caráter estritamente técnico, e destinado ao complemento de lei,

²⁵ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.127.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas in Alketa Peci (org.). *Regulação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2007, p.119.



parece ser perfeitamente adequado à ideia de que o legislativo estabelece padrões, limites, deixando ao regulamento técnico o detalhamento da matéria.

Contudo, tal complementação não se confunde com a regulamentação de lei feita pelo Chefe do Poder Executivo, já que esse possui competência para expedição de decretos com abrangência geral para regulamentação de leis para seu fiel cumprimento. Já os normativos das agências reguladoras, embora também possuam certa abstração e generalidade, ficam restritos às questões técnicas específicas e nos exatos limites dispostos nas respectivas leis.

Com outras palavras, o órgão não estaria inovando, mas tão somente dispondo com informações técnicas adicionais aquilo que a lei estabelece, o que, de certa forma, estaria cumprindo a exigência de observação quanto à tipicidade, trazendo maior segurança jurídica ao administrado.

Vale ressaltar que no âmbito da jurisprudência do STF e STJ a indicação é no sentido da exigência de lei em sentido estrito para estabelecimento de sanção administrativa.

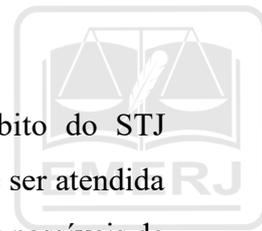
Nesse contexto, oportuno citar o decidido no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.823-1/DF²⁷ ajuizada em face de um regulamento administrativo editado pelo IBAMA, órgão que não é uma agência reguladora do escopo tratado no presente trabalho, mas que a discussão travada serve perfeitamente para o caso. Nesse julgamento ficou decidido que havia violação ao princípio da legalidade estrita em razão de previsão de sanção administrativa não prevista em lei.

Com relação ao STJ, julgados mais antigos indicam o entendimento no sentido de considerar que sanções administrativas devem estar previstas em lei, em homenagem ao princípio da legalidade, valendo citar, por todos, trecho do voto do ministro relator Humberto Martins no julgamento do AgRg no AREsp nº 493411/MG²⁸, quando ressalta que:

[...] acórdão impugnado encontra-se em consonância com a orientação firmada por esta Corte Superior, no sentido de que é nula a sanção fundada apenas em Portaria, pois tal ato restringe-se a facilitar a aplicação e execução da lei, sob pena de ferir o princípio constitucional da reserva legal na aplicação de penalidades.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.823-1*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347283> - ADI nº 1.823-1>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²⁸Id. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 493411*. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 2 jan. 2019.



Contudo, ressalta-se a existência de julgados mais recentes no âmbito do STJ apontando que a exigência de previsão legal quanto à sanção administrativa pode ser atendida pela indicação na lei da competência da agência reguladora para tipificar condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades técnicas. Por todos, REsp nº 728281/RS, de relatoria do Min. Herman Benjamin²⁹.

Em outras palavras, a sanção administrativa, em atenção ao princípio da legalidade, poderia ser prevista na lei apenas em nível suficiente para deixar indicado que a agência terá competência fixar em regulamento administrativo aquele gravame.

Com efeito, a agência reguladora pode até estabelecer em regulamento a tipificação da infração e sanção administrativas. Todavia, há que ter lastro legal para tanto, o que levaria também a considerar a possibilidade de a lei atribuir à agência reguladora uma espécie de autorização para, respeitando determinados limites, fixar, em regulamento próprio, sanções administrativas.

Tratando de outra forma, as sanções administrativas no âmbito das agências reguladoras federais necessitam respeitar o princípio da legalidade estrita. Isso significa dizer que a lei deve especificar suficientemente as condutas que serão enquadradas como violações às regras estabelecidas, e as correspondentes penalidades para cada uma das infrações. No entanto, dada a complexidade técnica envolvida na hipótese, poderia o legislador, em determinados casos, deixar que a especificação da infração, e a sua associação com as sanções possíveis previstas em lei, fique a cargo da agência reguladora.

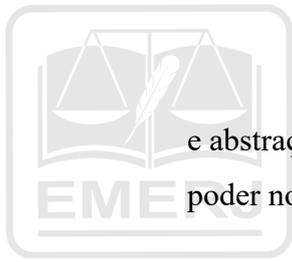
Para tanto, a lei faria uma indicação expressa desse poder conferido à autarquia, e fixaria os limites para o exercício dessa atribuição.

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho permitiu chegar a conclusões relevantes sobre a incidência do princípio da legalidade estrita no âmbito das sanções administrativas aplicadas por agências reguladoras federais.

A questão ganha relevo, tendo em vista que às agências reguladoras federais foram, em regra, conferidas atribuições para editar normas técnicas com características de generalidade

²⁹Id. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1728281. Relator: Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 2 jan. 2019.



e abstração, o que leva a reconhecer que essas autarquias ditas especiais possuem determinado poder normativo.

Contudo, apesar dessa atribuição para expedir normas administrativas com generalidade e abstração, observa-se que a sanção administrativa reúne peculiaridades que a aproxima em diversos aspectos da sanção no direito penal, demandando a observação dos princípios constitucionais relacionados ao direito fundamental, notadamente quanto à liberdade e propriedade.

Nesse contexto, a despeito do poder normativo das agências reguladoras federais, há que se considerar a necessidade de lei para fixação da sanção administrativa, salvo nos casos dos contratos de concessão em que as penalidades constam das cláusulas do contrato.

Todavia, em razão das especificidades técnicas eventualmente presentes, a lei pode não adentrar nos detalhes da sanção estabelecida, de modo que nem sempre a sanção administrativa fixada em lei seguirá a regra de definir a conduta violadora da norma administrativa e o estabelecimento da penalidade correspondente, como ocorre no direito penal.

Nesses casos, é possível que a lei apenas indique, de forma genérica, a sanção administrativa, e atribua à agência reguladora a função de detalhamento da sanção no regulamento administrativo a ser editado.

Em síntese, como resposta a questão central do presente trabalho, o princípio da legalidade estrita deve estar presente nas sanções administrativas previstas nos regulamentos das agências reguladoras. Porém, há situações em que é impossível ou inviável adentrar nas especificidades técnicas envolvidas na sanção. Nesses casos, o detalhamento técnico pode ficar a cargo da norma administrativa editada pela agência reguladora.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org). *Agências reguladoras e o poder normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 493411*. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1728281*. Relator: Herman Benjamin. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=493411&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.823-1*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347283> - ADI nº 1.823-1>. Acesso em 2 jan. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 11. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das agências reguladoras e fiscalização*. São Paulo: Fiesp/CIESP, 2002.

JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, nº 28, nov./jan., 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas*. Regulação no Brasil. São Paulo: Atlas, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



VOLTAR AO SUMÁRIO 

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANO MORAL PUNITIVO: A RELAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO COM A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Aline Santos Collares

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

Resumo – as relações de Direito do Consumidor se apresentam de formas complexas e, por isso, intrigantes. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, as relações de consumo se transformam para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que as relações consumeristas precisam de uma proteção maior, sob pena de os consumidores, partes hipossuficientes, sofrerem danos cada vez maiores. A essência do trabalho é abordar esses danos, verificar a relevância da proteção e apontar qual a melhor forma de regulamentar essas relações. Existe a previsão de indenizar o consumidor por dano moral, entretanto, não existem condições objetivas que devem ser cumpridas para fazer jus à indenização. 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. Esse trabalho buscou analisar quais parâmetros poderiam ser adotados pelo julgador na apreciação do tema, concluindo-se que o dano efetivamente sofrido deve ser a principal referência para decidir.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Moral Punitivo. Mero Aborrecimento. Teoria do Desvio Produtivo.

Sumário – Introdução. 1. A violação do direito subjetivo e a possibilidade jurídica do dano moral punitivo. 2. O surgimento da “indústria do mero aborrecimento”. 3. Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do dano moral punitivo no ordenamento pátrio e as questões acerca do mero aborrecimento, que pode ser considerado como o descumprimento de dever legal ou contratual, que não atenta contra a dignidade da parte. O objetivo do presente estudo é identificar se condutas corriqueiras das empresas prestadoras de serviço ensejam dano moral em razão de violação a direitos da personalidade, como a honra e a imagem, e à dignidade da pessoa humana.

As constantes ações indenizatórias por falhas de prestação de serviço fizeram com que diversos julgados aplicassem a teoria do desvio produtivo, ou seja, o tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados pela má prestação do serviço. Diante dessa insatisfação notória, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Rio de Janeiro – OAB/RJ provocou o cancelamento da Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, e esse, por sua vez, já possuía decisões no sentido de afastar sua



aplicação, uma vez que beneficia quem cometeu o dano, pois a conduta lesiva acaba por compensar financeiramente, constituindo a chamada “indústria do mero aborrecimento”.

O dano moral assumiu importante papel na atual sociedade, de sorte que a sua ausência pode impossibilitar a proteção do indivíduo em seus direitos básicos, uma vez que muitos direitos da personalidade são violados em todas as relações consumeristas.

Dessa forma, os danos gerados pela atuação irresponsável dos prestadores de serviço é fenômeno inerente às sociedades de massa. O dano moral e a proteção de direitos da personalidade, portanto, deve ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo.

O trabalho enfoca a temática do dano moral punitivo nas relações de consumo, ou seja, da necessidade de se punir as prestadoras de serviço com uma indenização em patamar elevado com o objetivo de coibir a prática de condutas violadoras dos direitos da personalidade do consumidor, o que virou um problema estrutural, que cada vez mais vem afetando um número acentuado de consumidores, pessoas físicas de boa-fé, o que caracteriza uma verdadeira deformação da função social do contrato.

No primeiro capítulo, discute-se até que ponto se pode dizer que as práticas adotadas pelos fornecedores de serviço, tanto na fase pré-contratual, quanto na fase contratual, caracterizam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O segundo capítulo questiona se é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que o aumento sem precedentes de consumidores em situação de violação de direitos da personalidade deixa de ser um problema individual e meramente patrimonial e passa a ser uma questão social, econômica e jurídica que evidencia a necessidade de tutela do Judiciário por meio de ações como a fixação de indenização em patamar elevado como forma de repressão.

O terceiro capítulo pesquisa se, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos do consumidor, mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que se refere à criação de uma lei específica que prevê a indenização pelo desvio produtivo, ou seja, o tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados pela má prestação do serviço, de forma a coibir a “indústria do mero aborrecimento”, ou se as regras gerais presentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) – CDC são suficientes para garantir a tutela almejada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador se posiciona elegendo um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita

serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Ademais, traz sua fundamentação baseada em correntes existentes sobre o tema.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, pois o pesquisador se vale 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 VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E O DANO MORAL PUNITIVO

A Constituição Federal de 1988 – CRFB/88¹ prevê, em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, preceito fundamental do nosso sistema jurídico, que tem status de cláusula pétrea. Esse princípio constitui o fundamento para a reparabilidade do dano moral, que teve seu conceito profundamente transformado no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o aumento da proteção concedida aos direitos individuais.

A partir desse princípio, constata-se que o homem detém um conjunto de “direitos existenciais”, que são denominados direitos da personalidade (personalíssimos) e, com o advento do Código Civil de 2002 – CC/02², verifica-se um deslocamento do núcleo de valores fundamentais, deixando a proteção à propriedade privada e à família e erigindo os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana (e seus subprincípios) como essenciais nas relações privadas.

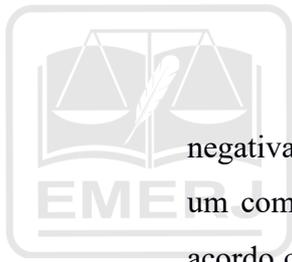
Assim, pode-se conceituar o dano moral como ofensa a uma categoria de interesses ou direitos da personalidade, a violação do direito à dignidade em si, e ele visa reparar os danos a tais direitos. Esses direitos da personalidade são bens personalíssimos do homem, como a vida, a integridade física, a liberdade, a saúde, a honra (objetiva e subjetiva), a imagem, a intimidade, o nome, entre outros, pois constituem rol exemplificativo, e sua reparação está prevista no art. 5º, incisos V e X da CRFB/88³. A igualdade, a liberdade, integridade psicofísica e a solidariedade são subprincípios da dignidade humana e qualquer comportamento capaz de gerar lesão a eles já é suficiente para configurar dano moral.

Ressalta-se que a ocorrência do dano moral se dá independente de uma reação

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

² Idem. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

³ Idem, op. cit., nota 1.



negativa por parte da vítima, de um sentimento vexatório, bastando que ocorra uma real lesão, um comportamento danoso, sendo inaceitável definir o conceito jurídico de dano moral de acordo com o estado anímico ou espiritual da pessoa, como a dor (física ou moral), a tristeza, a angústia, a amargura, o sofrimento, o vexame, a humilhação, a vergonha, ou qualquer outro elemento negativo que pode ser vivenciado pelo ser humano. Essas impressões psíquicas podem representar, no máximo, repercussão, consequência da lesão, resultado do dano.

Nesse sentido, o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho⁴ também relaciona o dano moral ao princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

O maior equívoco é vincular a caracterização do dano extrapatrimonial com a presença obrigatória de sentimentos anímicos, tendo em vista que muitos direitos da personalidade, como a honra objetiva (reputação) ou a imagem, não precisam estar acompanhados de sentimento de dor para serem reconhecidos. Não será o sofrimento humano ou a situação de constrangimento, perturbação ou transtorno que ensejará a reparação, mas a situação que afetar a dignidade humana pela violação de direitos da personalidade, não podendo ser considerada um dissabor do dia a dia.

A compreensão desse tema também se mostra relevante em relação à prova do dano moral, pois alguns magistrados deixam de reconhecê-lo, pois ficam preocupados em descobrir aspectos psicológicos, que não são a causa do dano. O magistrado deve verificar o dano moral como consequência automática de qualquer lesão a direitos da personalidade, ou seja, a simples violação de um direito extrapatrimonial é razão jurídica para fazer surgir o dever de indenizar.

A partir dessa valoração dada ao indivíduo, o ser humano passou a ter um valor moral imensurável, maior que qualquer valor pecuniário. Esse valor é tão importante, que a doutrina o conceituou com a característica da indisponibilidade. Desse modo, esse dano não pode ser reparado, apenas compensado, pois não é suscetível de avaliação pecuniária. A lesão sofrida não é material, palpável, por isso não pode ser mensurada, apenas construída por meio de uma abstração, analisando as características do caso concreto, como capacidade econômica do autor do dano, uma vez que não traz repercussão direta no patrimônio do indivíduo.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

Cabe destacar que o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe, também, o entendimento de que as relações jurídicas envolvem, em diversas situações, polos vulneráveis, indivíduos que, naquela situação específica, encontram-se em posição de fragilidade e, por isso, merecem maior proteção para que possam lidar com equidade em relação a um interlocutor de maior poder, como uma grande empresa, por exemplo.

Essa realidade levou o judiciário a buscar soluções para frear o crescente desrespeito aos direitos individuais, não permitindo que impunidades prosperassem, surgindo, assim, na doutrina e na jurisprudência a compensação por dano moral com caráter punitivo, pedagógico, sócio-educativo, compensatório (retributivo-preventivo).

O dano moral, em que pese haver controvérsia existente em sede doutrinária⁵, não se dirige apenas à compensação relacionada à extensão do dano (próprio do dano material), nem tão pouco à satisfação referente à pessoa da vítima. A função punitiva se dirige à pessoa do causador do dano, a fim de prevenir e impedir a reiteração de comportamentos lesivos futuros. A finalidade é desestimular o autor do dano para o cometimento de novos fatos ilícitos, de forma que o grau da punição ocorra sempre de acordo com as condições financeiras do ofensor.

O caráter punitivo deve ser reconhecido sempre que o comportamento do ofensor for reprovável, culminar na obtenção de lucro indevido pelo seu agente, ou for decorrente de conduta ilícita repetitiva, surgindo, assim, o dano moral com uma dupla função. Ainda, a indenização punitiva tem que ser interpretada como tendo uma função coercitiva, ou seja, buscar não apenas punir, mas ser uma sanção coercitiva, que busca desestimular que tanto o ofensor quanto outras pessoas venham a perpetrar o mesmo tipo de comportamento. O que se busca com o caráter sócio-educativo é combater a reiterada prática de ilícitos, principalmente nas relações consumeristas.

A doutrina defende que, para a aplicação do dano moral de caráter punitivo, deve o julgador arbitrá-lo dentro das possibilidades econômicas do ofensor⁶, não podendo ser ínfima, de forma que o agente não se importará em repetir o comportamento que se pretende combater, nem suficientemente alta para levar à ruína aquele que deu causa ao dano.

⁵ “Os critérios que não devem ser utilizados são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa...”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 332.

⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*, p. 16. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 set. 2018.



Entretanto, parte da jurisprudência⁷ apontou como limitador do dano moral o que chamaram de “princípio da vedação ao enriquecimento imotivado”. Para eles, para que não houvesse enriquecimento a partir da decisão, deveria ser levada em consideração a condição socioeconômica do ofendido, devendo o valor arbitrado estar dentro do resultado social que o juiz pretendia alcançar ao conceder tal compensação à vítima que se encontra naquela faixa econômica.

2. O SURGIMENTO DA “INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO”

A partir dos anos 90, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) – CDC⁸, a população brasileira passou a ter mais acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, o número de demandas aumentou, principalmente em relação às ações contra prestadoras de serviços, como telefonia, água, luz, instituições financeiras e empresas aéreas.

A ideia garantista da CRFB/88⁹, pós Regime Militar, atrelada a uma lei protetora dos direitos do consumidor, fez com que os cidadãos se empoderassem e fossem em busca de seus direitos em relação ao fornecedor de serviços e produtos que, a seu ver, estavam sendo prestados com má qualidade.

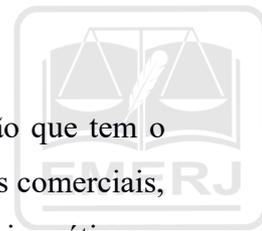
Os direitos da personalidade, que seriam um dos principais direitos a serem protegidos pela Constituição, estavam sendo violados. Dessa maneira, os danos morais causados aos consumidores foram acentuados sobremaneira, de modo a evoluir para um fenômeno social crônico, que ensejou uma medida conhecida como dano moral punitivo, que está presente em muitas sociedades de consumo, como nos Estados Unidos da América (*punitive damages*).

Diante de inúmeras situações repetidas e da insatisfação que o consumidor demonstrava, o Poder Judiciário passou a fixar indenizações em patamares elevados, com o fundamento de que tal conduta teria um caráter punitivo e pedagógico, sócio-educativo, ou seja, com o objetivo de que tal prática fosse evitada pelos fornecedores.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002101-51.2013.8.19.0001*. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A22B26835FD195DBA3D46EA6DE9B355BC5032646453E>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁸ Idem. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁹ Idem, op. cit., nota 1.



Assim, passou-se a usar o termo “Dano Moral Punitivo”¹⁰, indenização que tem o escopo de fazer com que as empresas prestadoras de serviço revejam suas práticas comerciais, prevenindo atos ilícitos, em razão de não compensar economicamente manter tais práticas e ter que indenizar o consumidor.

Ocorre que, com a divulgação dos valores das indenizações, criou-se uma imagem de que qualquer situação de conflito em relação a uma empresa prestadora de serviço, por mais simples que fosse, geraria uma indenização elevada, fazendo com que inúmeras demandas sem valor econômico expressivo, ou sem provas suficientes fossem propostas. Desse modo, o Judiciário ficou abarrotado de processos, mas com processos de valor econômico baixo e sem possibilidade de procedência.

Assim, muitas pessoas passaram a buscar enriquecimento diante das excessivas falhas na prestação de serviços, caracterizando o que a jurisprudência passou a chamar de “Indústria do Dano Moral”¹¹, o que prejudicou toda a sociedade, pois o número alto de demandas atrasa o andamento da máquina judiciária.

Essa situação levou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, em 2005, a editar a Súmula 75¹², que dispõe: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”. Assim, entenderam que não seria qualquer situação cotidiana, ainda que passível de gerar um conflito, que ensejaria indenização por danos morais.

Entretanto, tendo em vista os conceitos abertos utilizados na Súmula 75, TJRJ¹³, mas em razão da necessidade de se analisar cada caso concreto, para então o juiz decidir se se tratava de dano moral ou mero aborrecimento, passou a haver uma distorção no entendimento do verbete, o que gerou o efeito reverso, ou seja, muitos casos passaram a ser interpretados como mero aborrecimento, ao fundamento de que os litigantes eram aventureiros e caçadores de indenização, muito embora, no fundo fossem casos legítimos de dano moral.

Nesse cenário, as reiteradas proposituras de demandas não mais ensejavam

¹⁰ PICON, Rodrigo. *Dano Moral Punitivo x Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52424/dano-moral-punitivo-x-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0021699-53.2016.8.19.0205*. Relator: Desembargador Murilo Kieling. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042ABD24A2010975C6F9E0A2898DE96D81C50727433A2B>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹² Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹³ Ibid.



indenização, uma vez que os juízes entendiam que não passavam de meros dissabores do dia a dia. Todavia, as empresas continuaram realizando as práticas abusivas, que compensavam economicamente, pois não havia consequência, mas as demandas continuaram a ser propostas, em razão da reiteração da conduta lesiva ao consumidor.

Na prática, os juízes passaram a analisar de forma genérica e não individualizada as demandas, invocando apenas a Súmula 75, TJRJ¹⁴ como motivo justificador da não indenização, o que desagradou os consumidores e seus advogados. Por essa razão, operadores do direito passaram a usar o termo “Indústria do Mero Aborrecimento”¹⁵, visto que os danos sofridos pelos consumidores foram considerados contratemplos, não recebendo indenização pelo dano moral sofrido.

Não há o caráter repressivo/preventivo da medida, as empresas não se preocupam em rever suas práticas, muitas vezes agindo com má-fé, pois o gasto econômico seria maior do que continuar prestando o serviço da mesma forma precária, mas pagando indenizações de valores baixos, ou às vezes nem pagando nenhuma indenização.

Os lucros das grandes prestadoras de serviço são elevadíssimos e o consumidor fica refém de seus serviços, pois, muitas vezes, não há concorrência, como no fornecimento de luz e energia, e os contratos são de adesão, o que coloca o consumidor em posição extremamente desvantajosa, sem alternativas.

Flávio Tartuce¹⁶, em seu livro sobre responsabilidade civil, manifesta-se sobre o assunto:

Por derradeiro, fazendo uma análise crítica, este autor entende que muitas vezes os valores fixados a título de reparação moral pelos magistrados são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo muitas vezes alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito a direitos perante a sociedade. Fica o tema para a devida reflexão e para que o panorama de desrespeito seja alterado.

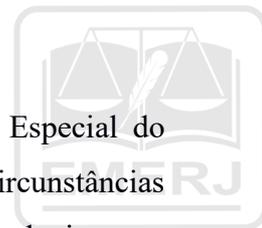
Consequentemente, em 2018, mais de 10 anos após a edição da Súmula 75, TJRJ¹⁷, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Rio de Janeiro – OAB/RJ

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula n° 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁵ MAGALHÃES, Layanna. *A “Indústria do Mero Aborrecimento”*. Disponível em: <<https://layannamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/533943051/a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 2. v. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 307.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 12.



provocou a instauração de um processo administrativo¹⁸, julgada pelo Órgão Especial do TJRJ, que a cancelou. Contudo, esse cancelamento não permite que quaisquer circunstâncias gerem indenização por dano moral, principalmente sem que a parte tente solucionar o problema diretamente com o fornecedor antes de buscar a ajuda do Judiciário, como já prevê o CDC.

De fato, esse cancelamento propõe que os juízes fundamentem suas decisões, analisando cada caso e verificando a existência real de dano, com o objetivo de alterar a situação histórica de desigualdade. Muito embora sejam submetidas ao poder discricionário do juiz (livre convencimento), o que causa injustiça são os excessos, o enquadramento injustificado no conceito de mero aborrecimento, uma vez que toda decisão deve ser motivada.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

O mau atendimento do na prestação de serviços e produtos é fato notório na vida de qualquer consumidor, demonstrado pelo descumprimento do objetivo de qualquer fornecedor, qual seja, o de entregar um produto ou serviço de qualidade, sem que haja desgaste na relação com o destinatário final.

Nas palavras de Marcos Dessaune¹⁹:

Independentemente da causa, o mau atendimento do fornecedor sempre gera algum *problema de consumo potencial ou efetivamente danoso* que por lei não deveria existir, não foi causado pelo consumidor e que não é de responsabilidade dele, o que frustra os seus legítimos interesses, expectativas e confiança.

Independentemente do motivo do mau atendimento, seja descaso, despreparo, má-fé, incapacidade técnica em fornecer um produto de boa qualidade; ficam evidenciadas as contínuas situações diárias de descumprimento da lei pelo fornecedor de produtos e serviços.

Verifica-se que a balança saiu do equilíbrio e tendeu à proteção exacerbada dos fornecedores, considerando mero aborrecimento, de forma genérica, diversas falhas graves na prestação de serviços e produtos.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁹ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017, p. 66.



A criação da Teoria do Desvio Produtivo²⁰ tem como objetivo equilibrar a balança novamente, dando ao consumidor nova ferramenta para que a falha do serviço ou produto seja apurada. A Teoria do Desvio Produtivo é a possibilidade de se condenar em danos morais punitivos o fornecedor que fez o consumidor enfrentar caminho extremamente danoso para solucionar o seu problema, fazendo com que perca tempo de vida útil em razão de dano que não deu causa.

Para Marcos Dessaune²¹:

O desvio produtivo do consumidor, portanto, é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade, induzido pelo “modus solvendi” abusivo do fornecedor, despense o seu tempo vital, adia ou suprime algumas de suas atividades geralmente existenciais, desvia suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres e custos do fornecedor.

Não há que se falar em enriquecimento imotivado do consumidor, uma vez que ele está sendo indenizado por um prejuízo que de fato sofreu. O argumento de que o valor da indenização não pode ser maior que a condição econômica do consumidor fomenta as reiteradas práticas abusivas pelos mesmos prestadores de serviço, pois diante do valor da indenização, não compensa para a empresa acabar com determinadas práticas. O custo de pagar a indenização e continuar com o mau atendimento é menor que melhorar o atendimento.

Ademais, o caráter punitivo deve ser observado, pois se uma empresa é demandada diversas vezes com as mesmas causa de pedir, ou seja, com as mesmas práticas abusivas, isso caracteriza a falha na prestação do serviço, o que deve ser reprimido e punido. O fato de as empresas não serem punidas de forma exemplar faz com que essas práticas se perpetuem.

Parte da doutrina entende que não é necessária a demonstração de dor ou sofrimento para a caracterização do dano moral.

Nas palavras de Sérgio Cavaliéri Filho²²:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

²⁰ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017.

²¹ DESSAUNE, op. cit., p. 246.

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 90 e 91.

Entretanto, muitas decisões são embasadas no argumento de que não houve demonstração de nenhum desses elementos, como no exemplo a seguir:

Apelação cível. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pretensão autoral de estabelecer o valor das contas de energia elétrica pela média dos últimos seis registros anteriores às cobranças excessivas de consumo registradas após instalação de "chip" eletrônico pela ré, além de instalação de medidor mecânico e indenização por danos morais. AMPLA. Sentença de parcial procedência dos pedidos. Pretensão recursal da autora de condenação da ré a lhe pagar indenização por danos morais. Dano moral não configurado. Ausência de corte do fornecimento de energia e negativação do nome da autora nos cadastros restritivos ao crédito, bem como qualquer ato por parte da ré que gerasse dor, vexame, sofrimento e humilhação à autora. Aplicação da Súmula nº 75 deste Tribunal. Desprovimento do recurso.²³

Entretanto, não se deve entender que a indenização deve ser maior para pessoas com condição econômica maior, unicamente pela justificativa de que a indenização deve atender ao padrão social da pessoa. Deve-se observar o prejuízo sofrido no caso concreto, se causou muitos problemas, se a pessoa perdeu muito tempo, perdeu compromissos importantes, coisas relevantes.

Na verdade, o fato de a pessoa ter menor condição econômica pode fazer com que as consequências sejam mais danosas, tendo em vista que a pessoa com maior poder econômico pode usar seu dinheiro para resolver problemas paliativamente, para ser reposto depois, tendo alternativas.

A pessoa com menor condição econômica fica de mãos atadas, sofrendo os danos dos atos da empresa prestadora de serviço de forma direta, o que geraria, teoricamente, maior indenização, pois os danos teriam sido maiores.

A título de exemplo, no caso de falta de luz ou água, uma pessoa com padrão econômico maior poderia ir para um hotel, o que seria ressarcido depois pela empresa, a título de dano material, mas ela pode enfrentar o dano de uma forma menos agressiva. A pessoa mais carente não tem o que fazer, fica sem comer, sem tomar banho, pois não tem dinheiro para resolver aquele problema emergencial e depois buscar a indenização.

Contrariamente, se uma pessoa com maior padrão econômico perdeu diversas reuniões, atendimentos, clientes, deixou de dar palestras, perdeu algum congresso, perdeu algum dia de viagem, ou de férias, de lazer, isso deve ser levado em consideração para fixar a

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0033518-82.2015.8.19.0023*. Relator: Desembargador Carlos José Martins Gomes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000467F5427015DDC834DE44BCBD45BF6D53C5095133240F>>. Acesso em: 19 mar. 2019.



indenização, e não apenas o padrão econômico da pessoa.

Assim, o fato de a pessoa não ter os serviços básicos, mínimos para sua subsistência, gera consequências que, se existirem por falta na prestação de serviço, devem ser indenizadas. Mas o valor da indenização deve ser fixado de acordo com o prejuízo, com os danos de fato sofridos.

CONCLUSÃO

A pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre as prestadoras de serviços e produtos e os consumidores. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre os problemas corriqueiros aos quais todas as pessoas estão sujeitas no dia a dia e a violação de direitos da personalidade diante dos excessos praticados pelos fornecedores.

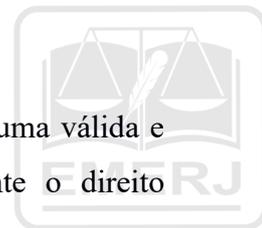
De um lado, consumidores querem evitar os danos causados, em sua visão, por culpa exclusiva do fornecedor; de outro, o fornecedor alega que se trata de meros aborrecimentos do cotidiano, decorrentes de imprevistos, que não são gerados por sua culpa e não devem ser indenizados.

Diante das reflexões fundamentadas constantes da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos são desprovidas de técnica científica, a fim de garantir segurança jurídica, o que coloca os consumidores em posição mais desfavorável, uma vez que situações similares têm desfechos completamente antagônicos.

Muitas decisões intitulam como “mero aborrecimento” diversas falhas graves na prestação de serviços, e verifica-se que isso se deve ao uso de forma genérica do conceito, ou seja, sem apresentar as razões fáticas que fizeram chegar a tal conclusão. Isso reforça a necessidade da fundamentação das decisões judiciais.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que deve haver indenização por danos morais punitivos em razão do tempo que o consumidor despende tentando resolver problemas gerados pelas falhas nas prestações de serviço. Em outras palavras, deve haver indenização em razão da Teoria do Desvio Produtivo, a qual considera que a falha na prestação de serviço gera consequências capazes de violar direito subjetivo do consumidor.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do trabalho, a de verificar que tipo de conduta do fornecedor pode ser considerada uma lesão aos direitos da personalidade do



consumidor, esta pesquisa chegou ao entendimento de que, para a prolação de uma válida e ajustada decisão judicial, o julgador não pode apenas apontar objetivamente o direito fundamental que predomina sobre o outro na técnica da ponderação.

Deve-se observar o caso concreto e analisar os prejuízos sofridos pelo consumidor, a fim de dar uma indenização justa e equivalente ao que ele realmente passou. Argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas nas circunstâncias que a parte se encontra e nas situações que o fornecedor lhe fez passar, são o que confere legitimidade à decisão judicial nesses casos, sob pena de cometer injustiças.

O principal argumento usado por esta pesquisa sustentou-se na premissa de que o consumidor é inviolável em seus direitos e qualquer conduta por parte do fornecedor que lhe cause dano ou prejuízo deve ser indenizado. Circunstâncias decorrentes do risco da atividade do fornecedor não devem transferir ônus ao consumidor, sob pena de violar seus direitos subjetivos. No entanto, situações que ultrapassam a esfera da previsibilidade e controle do fornecedor não devem ser indenizáveis, pois isso impediria o próprio comércio.

Ocorre que os consumidores devem ter um tratamento na sociedade compatível com sua condição de vulneráveis, uma vez que são a parte com menos conhecimento técnico e ficam dependentes dos fornecedores. A atuação do magistrado deve ser no sentido de proteger o consumidor e impedir que práticas abusivas se reiterem.

Por essas razões, a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar a decisão judicial, senão sob argumentos fundados nos casos concretos, ou seja, na valoração fática dos acontecimentos, ponderando pela prática do homem médio. O julgador precisa se despir de suas percepções, ou seja, visualizar a situação de acordo com a realidade da parte, e não com suas experiências pessoais.

Deve ser preocupação constante dos magistrados a repressão à práticas abusivas por parte das empresas prestadoras de serviço e produto, que não cooperam para a construção da sociedade idealizada na Constituição. Má-fé e descaso precisam ser repreendidos nas decisões dos magistrados, as quais devem prever condenações mais severas, com o objetivo de coibir esse tipo de conduta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 set. 2018.



BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002101-51.2013.8.19.0001*. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A22B26835FD195DBA3D46EA6DE9B355BC5032646453E>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0021699-53.2016.8.19.0205*. Relator: Desembargador Murilo Kieling. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042ABD24A2010975C6F9E0A2898DE96D81C50727433A2B>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0033518-82.2015.8.19.0023*. Relator: Desembargador Carlos José Martins Gomes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000467F5427015DDC834DE44BCBD45BF6D53C5095133240F>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/0/sumulas-versao-28-11-2018.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017.

MAGALHÃES, Layanna. *A “Indústria do Mero Aborrecimento”*. Disponível em: <<https://layannamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/533943051/a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



PICON, Rodrigo. *Dano Moral Punitivo x Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52424/dano-moral-punitivo-x-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.



DIREITOS DOS ANIMAIS: PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES

Amanda Barbosa Navarro de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do
Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo – A interação homem-animal é fortemente calcada pelo preconceito alicerçado na noção de espécie, de modo que a exploração de animais não-humanos é banalizada e aceita sem grandes entraves morais. Contudo, essa concepção, bem como os hábitos especistas dela decorrentes não se sustentam quando analisados sob um ponto de vista ético. A essência do trabalho é abordar a incongruência lógica da exclusão dos animais do círculo de proteção de interesses, apontando a necessidade de alargamento das nossas fronteiras morais para além da espécie humana.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos dos animais. Especismo. Reconhecimento de direitos fundamentais para além da espécie humana. Igual consideração de interesses. Coerência ética.

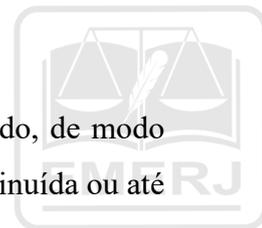
Sumário – Introdução. 1. Especismo e a instrumentalização de animais. 2. Objeções frequentes aos direitos dos animais. 3. Princípio da igual consideração de interesses. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a analisar e apontar as incoerências éticas que marcam o alijamento dos animais do círculo de consideração jurídico-moral. O valor atribuído à vida animal se baseia em uma análise humana de custo-benefício, a qual é ponderada em favor dos benefícios humanos. Assim, critica-se a rotineira instrumentalização dos animais, bem como a supressão de seus interesses maiores em nome de interesses humanos menores, o que é feito de forma moralmente arbitrária.

Ademais, é preciso considerar que os seres humanos não se relacionam apenas com outras pessoas e que, no decorrer de sua existência, inevitavelmente afetam direta ou indiretamente a qualidade de vida de outros seres viventes. Assim, evidente a relevância da discussão a respeito da interação entre homens e animais. Além disso, é inegável que o convívio homem-animal é marcado pela noção de superioridade humana e por um processo de coisificação e submissão dos animais.

As elaborações culturais, morais e políticas das sociedades humanas evidenciam uma visão fortemente antropocêntrica, a qual manifesta uma patente discriminação para com membros de outras espécies. Dentro desse contexto, o apelo à aplicação dos princípios de



justiça aos interesses animais é frequentemente repellido, ou mesmo ridicularizado, de modo que a dor e o sofrimento psicológico de seres sencientes tem sua importância diminuída ou até mesmo afastada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o conceito do especismo, ou seja, o preconceito alicerçado na noção de espécie, que culmina na opressão e exploração de animais. Com base em uma premissa arbitrária, são atribuídos direitos aos membros da espécie humana em detrimento das demais, tendo como único fundamento o pertencimento ou não a uma determinada espécie.

No segundo capítulo, é apresentada a afirmação já assentada na teoria jurídica e ética segundo a qual todos os seres humanos nascem livres, bem como iguais em dignidade e em direitos. Logo, é uma premissa básica do sistema jurídico brasileiro que toda e qualquer pessoa, independentemente das características que ostente, é titular de direitos fundamentais e merecedora de tratamento digno. Sendo os animais também titulares de uma vida e capazes de experimentar sofrimento e bem-estar, questiona-se porque não abrangê-los nesse círculo de proteção. Ademais, são refutadas objeções frequentemente oposta à defesa de uma Ética Animal.

No terceiro capítulo, sustenta-se que os interesses semelhantes daqueles afetados por determinada ação ou decisão tenham igual peso de consideração nas deliberações morais, com base no princípio da igual consideração de interesses, proposto pelo filósofo Peter Singer. Afinal, um interesse é um interesse, independentemente de a quem pertença.

Desse modo, esta pesquisa objetiva contestar o paradigma dominante, segundo o qual interesses animais maiores são subjulgados por interesses humanos menores, havendo constante processo de coisificação de outras espécies e reiterado desrespeito por suas vidas, integridade e dignidade. Defende-se que sejam garantidos direitos fundamentais às demais espécies animais, bem como sejam também tutelados seus interesses.

No que tange ao procedimento metodológico, essa pesquisa será guiada pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que foram eleitas proposições hipotéticas que serão utilizadas como premissas para analisar o problema exposto nesse trabalho, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador irá recorrer à bibliografia pertinente à temática em estudo – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. ESPECISMO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DE ANIMAIS

As sociedades humanas são herdeiras de uma cultura marcada pela valorização do homem e pela discrepância entre a consideração atribuída a eles e aquela atribuída aos demais animais, que são encarados com seres inferiores. Conseqüentemente, a exploração dos animais é banalizada ao ponto de atualmente ser difícil perceber o preconceito que move as atitudes humanas em relação a esse grupo.

Assim, o especismo, ou seja, o preconceito alicerçado na noção de espécie, permeia a sociedade de diferentes formas e graus, banalizando a opressão e exploração de animais. Com base em uma premissa arbitrária, são atribuídos direitos aos membros da espécie humana em detrimento das demais, tendo por único fundamento o pertencimento ou não a uma determinada espécie.

A subjugação de animais em benefício do homem é historicamente percebida com total naturalidade e aceitação. A exploração de seres não humanos foi instituída de modo tão profundo e é tão onipresente que propostas apresentadas por defensores dos animais só ganharão maior espaço quando houver uma profunda alteração da percepção moral que predomina em relação a essa questão.

Hábitos patentemente discriminatórios fazem parte do cotidiano social e são repetidos e absorvidos de forma acrítica. Animais são utilizados diariamente como recursos, consumidos como comida, utilizados para vestimenta e acessório, explorados como força de trabalho, usados como cobaia, atormentados para entretenimento etc. São vistos como objetos de manipulação, e é aceito sem resistência que sejam afetados negativamente de forma a se alcançar propósitos úteis ao homem.

É certo que percepções morais estão intimamente ligadas a todo um legado cultural herdado. A maneira de ver o mundo é inteiramente sugestionada pela forma por meio da qual as informações a seu respeito são transmitidas. É uma constatação que pode ser feita com base na história da humanidade é que a discriminação, por estar tão arraigada na sociedade, causa uma espécie de cegueira moral que, coberta pelo manto da tradição, só é contestada quando apontada insistentemente como questão a ser discutida.

Com efeito, no especismo está presente uma validação social do preconceito que resulta em sua perpetuação. E embora o conteúdo subjetivo da discriminação forneça o alicerce para o aspecto coletivo e institucional da dominação, é evidente que uma pessoa não decide aleatoriamente, desde criança, comer carne de animais ou sancionar a

instrumentalização deles. O especismo não é atraente devido ao seu apelo argumentativo, ao contrário, o que o informa é uma estrutura institucional e social.

Além disso, a pauta de direitos dos animais por si só já parece extravagante ao senso comum, já que confronta hábitos tão arraigados na sociedade. É inusitada a proposta de erradicar costumes tão antigos, tais como a ingestão de carne, o uso de animais para transporte e o comércio do couro. É uma mudança vista como demasiadamente traumática, e é simplesmente mais cômodo e conveniente seguir com as tradições.

Peter Singer, em seu livro *Libertação Animal* conclui: “quando uma atitude está tão profundamente arraigada em nosso modo de pensar que a tomamos como uma verdade inquestionável, um sério e consistente desafio a ela corre o risco de cair no ridículo”¹. O autor também chama a atenção para as “camuflagens ideológicas” que foram e são utilizadas ao longo de diversas gerações para mascarar interesses humanos que comandam o modo por meio do qual os animais são manipulados.²

Nesse ponto, cabe trazer como exemplo o julgamento da ADI nº 4983 do Supremo Tribunal Federal, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do Estado do Ceará.³ Contudo, logo após a referida decisão, veio a Proposta de Emenda à Constituição nº. 50, de 19 de outubro de 2016, que deu origem à EC nº 96/2017, em clara reação parlamentar ao que restou decidido pela Suprema Corte.

Essa Emenda Constitucional incluiu o parágrafo 7º ao art. 225 da CRFB/88, que dispõe: “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”⁴. Na defesa da constitucionalidade do novo dispositivo constitucional, a Advocacia Geral da União emitiu manifestação em que constam os seguintes trechos⁵:

[...]Além de seu inegável viés cultural, a vaquejada também se destaca por seu relevante papel econômico, já que, segundo a Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ), essa prática movimentava seiscentos milhões de reais por ano, gera cento e

¹ SINGER, Peter. *Libertação Animal*: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos animais. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Rita Paixão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 270.

² Ibid.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. *Mensagem nº 219*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/emenda-vaquejada-constitucional.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2019.



vinte mil empregos diretos e seiscentos mil empregos indiretos, além de mobilizar, em cada uma de suas provas, cerca de duzentos e setenta profissionais. Dessa forma, deve a vaquejada ser valorizada como forma de integração comunitária, meio de circulação de riquezas e, por óbvio, como uma festividade cultural, que também pode ser considerada uma prática desportiva [...]

Primeiramente, esse discurso já deixa evidente a lógica da instrumentalização animal em benefício do homem. O foco está situado nos benefícios econômicos advindos da vaquejada. Sob esse prisma, animais são reduzidos a objetos que podem ser aproveitados em prol da humanidade. Também é enaltecido seu caráter de expressão cultural e atividade desportiva. Nesse ponto, relevante trazer argumentos apresentados pelo vice-presidente da Comissão do Bem-Estar Animal da OAB de Alagoas, Henrique Carvalho de Araújo⁶:

É necessário pontuar que os contrários à vaquejada não apresentam elementos científicos suficientes para afirmar que essa manifestação cultural seja, de fato, cruel com os animais. Sustenta que os eventos conferem as cinco liberdades animais, quais sejam, estar livre de medo e estresse, de fome e sede, de desconforto, de dor e doenças e de expressar seu comportamento natural [...].

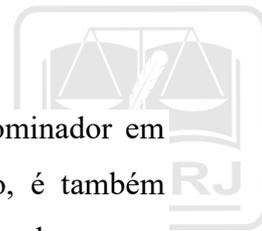
Essa declaração, contudo, prefere não abordar com maiores detalhes no que consiste a prática da vaquejada e qual os seus efeitos sobre os animais que são a ela submetidos, pois apenas um discurso retórico, superficial e enganoso poderia encobrir o sofrimento e o tormento infringido a animais sujeitos a tais circunstâncias. A vaquejada consiste na perseguição de um animal que está em movimento, em alta velocidade, e é brutalmente puxado pelo rabo até ser tombado. Com base nessa simples descrição, é forçoso reconhecer que não existe a possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando exposto a esse tratamento.

Embora a percepção de um leigo seja suficiente para concluir que a vaquejada implica tratamento cruel e doloroso aos animais envolvidos, laudo técnico subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada confirma a presença de lesões traumáticas nos bois em fuga, com a possibilidade de o rabo ser arrancado, havendo decorrente comprometimento de nervos e medula espinhal. Ademais, estudo da Universidade Federal de Campina Grande indica lesões e danos irreparáveis experimentados também pelos cavalos usados na atividade, considerado-se o expressivo percentual de ocorrência de tendinite, exostose, e, por esforço, fraturas e osteoartrite, dentre outros problemas de saúde⁷.

Esse exemplo ilustra bem um caso em que a exploração de animais é defendida e mantida em benefício de interesses humanos, repetindo uma tendência já vista diversas vezes

⁶ Ibid.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.



ao longo da história: o instinto egoísta de preservar os proveitos do grupo dominador em detrimento da integridade e bem-estar da coletividade dominada. Nesse caso, é também possível perceber a força do interesse pecuniário, de tal magnitude que é capaz de gerar o esvaziamento de um posicionamento crítico, a suavização retórica de uma realidade cruel, bem como a busca pela proteção de carreiras e, até mesmo, por uma roupagem de constitucionalidade.

É necessário um grande contorcionismo político e jurídico para defender que uma atividade como a vaquejada não ofenda frontalmente o disposto no art. 225, par. 1º, VII da CRFB/88, que veda práticas que submetam os animais a crueldade⁸. Isso mostra que tal disposição constitucional é insuficiente à real proteção das demais espécies animais, que continuarão a ter sua integridade física e psicológica violadas enquanto não houver uma ruptura da visão especista que vigora no Brasil.

Ressalta-se que o próprio termo “dignidade” é sempre pensado no âmbito da condição humana, correspondendo ao modo ético como o homem vê a si mesmo. Por sua vez, a luta pela afirmação de direitos dos animais propõe que os homens passem a perceber todas as formas de vida senciente de modo ético, constatando que os animais não humanos possuem direitos fundamentais que carecem de reconhecimento.

2. OBJEÇÕES FREQUENTES AOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Existe uma série de argumentos que são utilizados de forma recorrente para refutar os direitos dos animais. Muitas pessoas julgam absurda a ideia de equiparar o status moral de seres humanos ao de outras espécies. Dentre as objeções opostas à concepção de uma Ética Animal apresenta-se o Argumento Relativista.

Esses opositores alegam que o tratamento dispensado a animais está ligado a uma questão de cultura e escolha pessoal, de modo que a tentativa de impor uma visão acerca do status dessas criaturas seria arrogante e intolerante em relação a concepções diversas. Não se deveria dizer a um indivíduo como enxergar os animais, nem julgá-lo pela postura que adota em relação a estes, pois se trata de escolha pessoal que deve ser respeitada.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.



Com efeito, existem diversas divergências culturais no que tange ao que é ou não moralmente aceitável. Entretanto, a liberdade de opinião não culmina em uma liberdade total de ação, mormente quando essa ação afeta terceiros⁹. No âmbito dos direitos humanos, a ideia de que toda e qualquer pessoa é sujeito de direitos e detentora de dignidade é uma importante premissa. De acordo com o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”¹⁰.

Sem dúvidas, o Argumento Relativista soaria absurdo caso destinado a um grupo de seres humanos. Não é comum ouvir que submeter um indivíduo humano à condição análoga a de um escravo é uma opção válida, e que quem discorda deva apenas fazer diferente. Logo, a afirmação genérica de que a objetificação de animais se resume a uma escolha pessoal, a qual não deve sofrer qualquer interferência externa, repousa numa construção especista. Só é possível sustentar que a exploração animal é livre de acordo com a consciência e cultura de cada um a partir de uma perspectiva que desconsidera a dignidade do indivíduo animal.

Verifica-se que a discussão recai, portanto, sobre quais seres vivos devem ser vistos como sujeitos de direitos. Antes mesmo de adentrar discussões filosóficas mais profundas a respeito de tal questão, é possível partir do pressuposto de que axiomas morais básicos prescindem de uma comprovação ou de maior investimento argumentativo, e daí retirar algumas conclusões essenciais.

Partindo da premissa de que o sofrimento é ruim e o bem-estar é bom, então o próximo passo é apontar como absolutamente arbitrário tomar essa verdade como um norte para as relações humanas, mas afastá-las quando os interesses de outras espécies sencientes estão em jogo. O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos também determina que os seres humanos “[...] devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”¹¹.

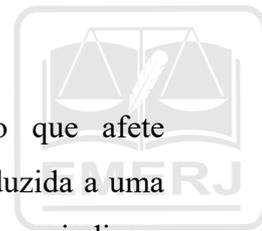
A noção de fraternidade e empatia toma como objeto o sofrimento ou a desvantagem do outro. Reconhecendo-se que não apenas humanos, mas outros seres sencientes são capazes de sofrer, o exercício da empatia não deve se limitar àqueles que pertencem à espécie humana, mas sim estender-se a todos aqueles capazes de padecer. À luz da ideia de empatia, o alívio e a prevenção do sofrimento devem ser vistos como norteadores das ações e escolhas humanas¹².

⁹ NACONECY, Carlos, *Ética & animais: um guia de argumentação filosófica*. Porto Alegre: Edipucrs (Livros Digitais), 2016, p.113.

¹⁰ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹¹ Ibid.

¹² SUNSTEIN, Cass R. et al. *Animal rights: current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 291.



A partir desse raciocínio, é possível estabelecer que uma ação que afete negativamente outro indivíduo, independentemente da espécie, não deve ser reduzida a uma mera escolha pessoal. Logo, determinadas práticas devem ser coibidas porque prejudicam outras vidas, sendo capazes de tornar a existência de outras criaturas mais sofrida e afetando diretamente sua qualidade de vida. Afinal, a percepção de que o sofrimento é algo ruim corresponde a um princípio fundador universalmente endossado¹³, e até mesmo instintivo.

Portando, seria suficiente estabelecer um universalismo moral mínimo¹⁴, apontando que a ampliação do círculo de preocupação moral é uma decorrência lógica de princípios éticos que já são considerados válidos e já são adotados. Um discurso coerente com as premissas morais já há muito assentadas em nossa sociedade implicaria o reconhecimento de que a integridade física e psíquica, a liberdade, a ausência de sofrimento, bem como a vida são interesses que não podem ser desconsiderados.

Também é empregado com frequência o Argumento da Expansão, segundo o qual, caso os direitos dos animais sejam admitidos, haverá que se respeitar também outros elementos da natureza, tais como fungos e plantas, o que inviabilizaria a vida humana. Contudo, fungos e vegetais não possuem estruturas biológicas desenvolvidas suficientemente a ponto de fazer surgir estados mentais que os permitam sentir dor, sofrimento ou alegria.

De outro lado, humanos e animais são criaturas sencientes que apresentam estruturas fisiológicas similares do ponto de vista das terminações nervosas e capacidade de sentir dor, fome e desconforto. Também fica muito evidente do ponto de vista empírico que eles apresentam estados de espírito similares ao dos humanos. Porcos guincham quando assustados, um macaco demonstra tristeza quando separado de seu filhote, um cão emite um ganido ao apanhar, e uma vaca transpõe estresse e apreensão quando confinada. Logo, uma ética baseada nos interesses de seres vivos sencientes está posta em território reconhecível.

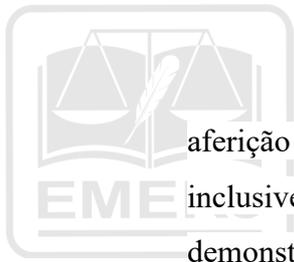
É óbvio que plantas e fungos buscam e se beneficiam de situações específicas. Podem ter preferência por um local úmido ou por um solo com mais nutrientes, afinal são seres vivos, possuem necessidades, vivenciam processos físicos, crescem, se desenvolvem e morrem. Não devem ser equiparados a um objeto inanimado, e, estabelecendo-se um princípio de respeito à vida, as suas não devem ser arruinadas desnecessariamente.¹⁵

Contudo, não existem dados que permitam concluir que plantas experimentam sentimentos de sofrimento ou felicidade, os quais são parâmetros comumente utilizados na

¹³ NACONECY, op. cit., p. 114.

¹⁴ Ibid., p. 115.

¹⁵ Ibid., p. 194.



aferição da violação de direitos da personalidade ou ofensa à dignidade de um indivíduo. Há, inclusive, na jurisprudência pátria o reconhecimento do direito à busca da felicidade¹⁶, o que demonstra o peso atribuído à proteção daqueles que podem experimentar tais sensações.

De qualquer forma, o reconhecimento de direitos animais não está amarrado a uma comprovação irrefutável de que plantas não são seres sencientes. Se existem robustas evidências de que animais detêm consciência e sentimentos, não há justificativa ética plausível para alijá-los do círculo de consideração moral diante da pretensa preocupação com a constituição bio-psicológica de outros seres vivos. A consideração pelos interesses animais já se mostra relevante no momento presente.¹⁷

Há também o Argumento Pragmático, que aponta ser impossível que humanos vivam sem causar nenhum sofrimento aos animais, bem como que seria inviável abandonar toda e qualquer forma de utilização de outras criaturas. Acrescenta-se a isso, a alegação de que existem questões morais mais importantes e prementes que a adoção de uma Ética animal.

Tal objeção se baseia em um elemento pragmático, calcado na dificuldade de desconstruir hábitos arraigados, bem como na ideia de que existem situações éticas mais relevantes. Essa ideia resulta de uma premissa especista e excludente, segundo a qual questões humanas devem ser pensadas e resolvidas na integralidade antes que se possa dirigir qualquer esforço a melhorar a vida de outras espécies.

Primeiramente, não há porque sustentar que a Ética Animal só é válida de ser perseguida caso fosse possível alcançar a eliminação de todo e qualquer sofrimento animal. “A escolha não é entre o tudo ou nada. Nem é entre o altruísmo completo ou o egoísmo completo”¹⁸.

De fato, construir um mundo sem qualquer sofrimento animal se mostra inviável. Da mesma forma, a afirmação e o desenvolvimento de direitos humanos não assegurou à espécie humana um mundo livre de violações a tais direitos. Além de limitações de cunho material, verifica-se a dificuldade de concretização de diversos direitos insculpidos na Constituição, bem como os homens são obrigados a lidar diariamente com a questão da colisão de direitos humanos e sua consequente mitigação e relativização.

Assim, ainda que um mundo sem sofrimento animal se revele ineficaz, isso não é justificativa para que seja negado o reconhecimento de direitos a eles inerentes, nem a busca

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁷ NACONECY, op. cit., p. 195.

¹⁸ *Ibid.*, p. 247.



por maior respeito e consideração pelos seus interesses. O objetivo é reduzir o sofrimento animal dentro do possível, o que ocorreria naturalmente a partir do momento em que eles fossem identificados como sujeitos de direitos.

Afirma-se que existem questões morais merecedoras de maior atenção, ou seja, considerando que ainda há tanto a se fazer pela dignidade e bem-estar humanos, como se preocupar com animais? Essa indagação revela um olhar simplista e antropocêntrico sobre a questão animal. Essa lógica binária e excludente põe humanos contra animais, sem enxergar que essa interação pode ser mais respeitosa, prezando pelo bem-estar de ambos. É também um argumento enganador, pois direitos humanos e direitos animais não são mutuamente excludentes.

A própria ideia de hierarquização de direitos é difícil de ser aplicada. No campo dos direitos humanos, seria aceitável afirmar que não se deve investir em educação enquanto não houvesse saúde pública de qualidade? Não poderia haver incentivo à integração e acessibilidade de deficientes físicos enquanto persistir a fome?

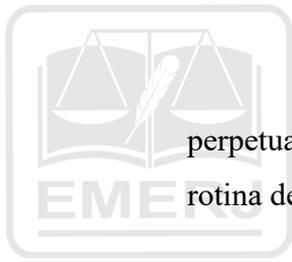
Não é desse modo que serão solucionados os problemas. Em um mundo tão plural e complexo não é cabível encará-los dessa maneira tão segmentada e radical. Aqueles favoráveis aos direitos dos animais não desejam convencer ninguém a abandonar a luta por direitos humanos, mas apenas incluir mais um grupo ao círculo de proteção.

Por fim, importante reconhecer que noções morais como compaixão e respeito não são recursos esgotáveis. O exercício de princípios morais só faz alargar tais aptidões éticas. O reconhecimento de direitos fundamentais e a proteção de interesses ligados à dignidade não precisam se limitar a um número reduzido de situações ou sujeitos. Muito pelo contrário, já que capacidades morais amadurecem e se expandem na medida em que praticadas.¹⁹

3. PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES

Os argumentos utilizados em prol dos direitos animais, por mais consistentes que sejam, continuam a ser refratados com base no sentimento coletivo predominante, segundo o qual seres humanos são muito superiores aos demais seres vivos. Essa ideia vem sendo

¹⁹ Ibid., p. 248.



perpetuada e assimilada por novas gerações de maneira natural e acrítica, acompanhando uma rotina de instrumentalização dos animais.

Reconhecendo esse contexto pouco fértil ao desenvolvimento dos direitos dos animais, o filósofo australiano Peter Singer propõe um interessante princípio: o da igual consideração de interesses. Com base nesse parâmetro, busca estabelecer uma base consistente para a inclusão de animais no círculo de consideração moral. Mas antes de adentrar a questão animal em si, o mencionado filósofo começa por examinar a igualdade no âmbito das relações humanas.

Então, levanta um questionamento importante: o que significa de fato sustentar que todos os seres humanos são iguais? Independentemente do critério escolhido, não é verdadeira, do ponto de vista fático, a afirmação pura e simples de que todos os humanos são iguais. Com efeito, não se pode negar o fato de que as pessoas possuem distintas aparências, personalidades, diferentes graus de sentimentos benevolentes e de empatia, distintas capacidades intelectuais e morais, dentre outras tantas diferenças. Assim, “se a exigência de igualdade tivesse de basear-se na igualdade efetiva de todos os seres humanos, teríamos de deixar de exigí-la”.²⁰

Nesse ponto, importante destacar que uma das objeções mais frequentes à extensão de direitos fundamentais a animais não humanos se sustenta no seguinte argumento: tais criaturas não são dotadas de capacidades mentais e intelectivas, tampouco autoconsciência a níveis que justifiquem serem beneficiadas por essa igualdade.

Contudo, necessário reconhecer que caso essa lógica fosse também aplicada a humanos, ou seja, caso uma sociedade fosse hierarquizada com base no QI e na capacidade de discernimento de seus integrantes, isso seria considerado extremamente imoral e inaceitável. Afinal, tais parâmetros alijariam direitos básicos de bebês e de pessoas cujo funcionamento intelectual seja muito inferior à média.

Portanto, inegável que, partindo de um ponto de vista isento, tal lógica argumentativa não se sustenta, já que todo e qualquer ser humano é sujeito de direitos pelo simples fato de ser humano. Assim, independentemente de quaisquer características detidas por uma pessoa, lhe é garantido tratamento digno.

Logo, se o senso ético comum refuta essa “hierarquia da inteligência” e categorizações semelhantes, possível concluir que a exigência por igualdade não se assenta no nível de inteligência, de racionalidade, de personalidade moral ou atributos análogos.²¹

²⁰ SINGER, op. cit., p. 6.

²¹ Id. *Ética Prática*. Tradução: Álvaro Augusto Fernandes. Cambridge University Press, 1993, p. 19.

Portanto, por uma questão de coerência, se seria antiético e injusto ignorar os interesses de pessoas menos inteligentes, da mesma forma, é criticável desconsiderar os interesses de animais, sob a alegação de que possuem uma inteligência muito inferior à humana.²²

Como afirma Peter Singer, o argumento favorável à extensão do princípio da igualdade para além da espécie humana é extremamente simples, bastando uma compreensão clara e adequada do princípio da igual consideração de interesses. Para ele, “a igualdade é uma ideia moral, não é a afirmação de um fato”.²³

Corroborando o pensamento de Peter Singer²⁴, o filósofo americano Tom Regan afirma que possuir direitos morais é como ter uma placa de proteção dizendo: “entrada proibida”²⁵. Esse sinal dispõe duas importantes premissas: as pessoas não são livres para causarem mal a esse indivíduo e tampouco possuem permissão para limitar suas escolhas como bem quiserem.

Ambas as restrições visam a proteger os bens mais importantes de uma pessoa, quais sejam, sua vida, seu corpo, e sua liberdade, impondo, para tanto, limites às ações dos demais indivíduos. Dentro dessa visão, uma autorização generalizada para lesar interesses de outros não se sustenta.

Não há nenhuma razão, do ponto de vista lógico, que justifique que o desnível entre as capacidades mentais dos seres vivos legitime uma diferença na consideração atribuída a seus interesses e necessidades. “O princípio da igualdade dos seres humanos não é a descrição de uma suposta igualdade de fato existente entre seres humanos: é a prescrição de como devemos tratar os seres humanos”.²⁶

Tal entendimento faz surgir um princípio fundamental em defesa dos animais: o da igualdade na consideração de interesses. O ponto central desse princípio consiste em atribuir o mesmo peso a sofrimentos comparáveis, independentemente da natureza do ser vivo que o detém. Assim, ao se efetuar considerações morais, necessário considerar em pé de igualdade os interesses semelhantes daqueles seres afetados pelas ações humanas.²⁷

É importante apontar onde deve ser traçada a fronteira justa da consideração de interesses. Segundo Peter Singer²⁸, se um indivíduo é capaz de sentir prazer ou felicidade,

²² Ibid., p. 42-43.

²³ Id. *Libertação Animal*: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos animais. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Rita Paixão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.8.

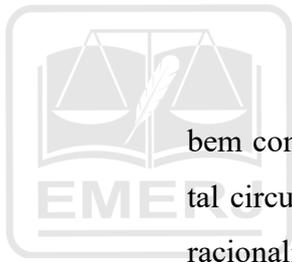
²⁴ Ibid.

²⁵ REGAN, Tom. *Jaulas vazias*: encarando o desafio dos direitos animais. Tradução Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 47.

²⁶ SINGER, op. cit. 2010, p.9.

²⁷ Id., 1993, p. 19.

²⁸ Id., 2010, p. 15.



bem como de experimentar sofrimento, não há qualquer motivo que legitime o desprezo por tal circunstância. Estabelecer a linha divisória com base em outras características, tais como racionalidade ou inteligência, seria traçá-la de maneira arbitrária.

A capacidade de sofrer e de sentir prazer é não só um requisito para que um ser possua interesses, como também motivo suficiente para protegê-los²⁹. Dispensa maiores explicações o estabelecimento da premissa segundo a qual o sofrimento é negativo e o bem-estar é positivo. Portanto, apenas o especismo explica o porquê de as sociedades humanas banalizarem e aprovarem a imposição de dor e tormento a animais por motivos que não seriam suficientes a embasar conduta similar se dirigida a humanos.

Dessa forma, o princípio da igual consideração de interesses opera como se fosse uma balança que pesa os interesses de maneira imparcial. A partir dessa perspectiva, a raça é irrelevante, pois o que conta são os interesses em si. Atribuir menor importância a uma determinada intensidade de dor apenas porque essa é sentida por um animal não humano seria estabelecer uma distinção arbitrária e especista.

Tomando por base um ponto de vista isento, a raça é insignificante no que tange ao caráter indesejável da dor. O reconhecimento e a deferência pelos interesses dos demais seres não deve se sujeitar à demonstração de alta capacidade mental ou qualquer outra característica, a não ser à aptidão de possuir interesses próprios.

Poder-se-ia objetar que não é possível comparar o sofrimento de distintas espécies e que, por isso, o princípio da igualdade não serve de orientação quando interesses de humanos e de animais entram em conflito. No entanto, embora tal afirmação possa ser verdadeira, e a comparação do sofrimento entre duas espécies seja imprecisa, importa destacar que precisão não é crucial aqui. Afinal, tampouco é possível aferir e contrastar com exatidão o sofrimento experimentado por diferentes pessoas.

De qualquer forma, independentemente da discussão acerca de quais seres experimentam sofrimento mais intenso, homens ou animais, necessário reconhecer a enorme quantidade de sofrimento desnecessário que é diariamente infligido a animais não humanos. Grande parte desses tormentos físicos e mentais poderiam ser evitados sem graves prejuízos a interesses humanos ou, ao menos, a interesses não supérfluos.

Ainda que fosse o caso de poupar os animais apenas naquelas situações em que os seus interesses básicos colidissem com interesses humanos que possuem notadamente menor relevância, as sociedades seriam forçadas a promover mudanças radicais no tratamento

²⁹ Ibid., p. 13.



dispensado a essas criaturas. Isso repercutiria na dieta alimentar, nos métodos de criação de animais, nos procedimentos experimentais em muitos campos da ciência, na indústria do entretenimento, no o uso de couro e pele, etc.

CONCLUSÃO

A proposta desta pesquisa foi refletir sobre o domínio e a exploração dos humanos sobre outros animais, bem como se debruçar sobre as bases argumentativas utilizadas para justificar o tratamento dispensado a estes. Buscou-se, também, realizar uma análise ética acerca da utilização de animais como meros instrumentos para a consecução de fins benéficos exclusivamente aos humanos.

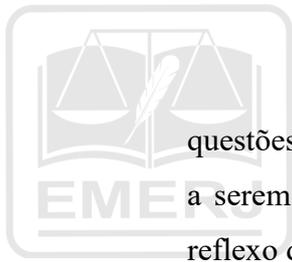
Primeiramente, foi feita uma abordagem do tema Especismo, termo utilizado para se referir ao preconceito alicerçado na concepção de espécie. Foi apontado que as sociedades humanas de um modo geral são fortemente marcadas pelo pensamento antropocêntrico e elevam os seres humanos a uma categoria muito superior a das demais espécies.

Essa visão antropocêntrica banaliza o tratamento discriminatório dispensado a animais não-humanos, que não são percebidos como sujeitos titulares de interesses e direitos. Sua existência acaba por ser pensada em função dos proveitos que podem ser extraídos em benefício do homem. A vida animal é situada num status de sujeição aos interesses de uma espécie tida como dominante, e as espécies animais são despidas de qualquer valor intrínseco.

Com base em uma premissa arbitrária e parcial, qual seja, o pertencimento ou não a uma espécie, são reconhecidos direitos fundamentais a todo e qualquer indivíduo humano, enquanto as outras espécies ficam excluídas de uma consideração jurídico-moral equivalente. Assim, muitas espécies animais são vistas como meros recursos, os quais são consumidos ou explorados sem qualquer análise crítica, com a consequente reprodução e perpetuação de hábitos humanos patentemente discriminatórios.

Diante de uma insensibilidade moral tão intensa em relação a seres não humanos, o debate acerca dos direitos dos animais é frequentemente ridicularizado e tido como desprovido de real importância. Além disso, o embasamento filosófico-lógico que sustenta a defesa de direitos animais é constantemente repellido.

Por isso, nessa pesquisa foram trazidas e refutadas algumas das objeções mais reiteradas ao reconhecimento de uma Ética Animal. Opositores sustentam que existem



questões morais merecedoras de maior atenção, apontando que ainda existem muitas questões a serem resolvidas no campo da efetivação de direitos humanos. Essa argumentação é um reflexo de uma forma simplista e antropocêntrico de olhar a temática.

Essa lógica excludente falha em perceber que a interação homem-animal pode e deve ser mais ética e respeitosa, com observância aos interesses de ambos. A colisão entre direitos individuais sempre existirá, e é preciso reconhecer que os tribunais diariamente são chamados a dirimir conflitos que surgem entre direitos humanos. Assim, a composição de interesses humanos é realizada a todo tempo, por meio de um sistema de sopesamento de princípios e preservação do núcleo essencial de direitos fundamentais.

Logo, resta evidente que, embora conflitos eventuais sejam inevitáveis, direitos humanos e direitos animais não são mutuamente excludentes. Em um mundo tão plural e complexo os choques de interesse são constantes, o que não justifica a validação do reconhecimento de direitos fundamentais a um número reduzido de sujeitos, em uma escolha de base discriminatória.

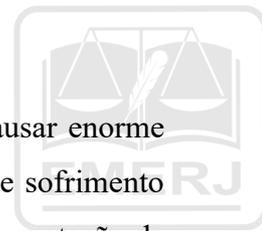
Outro argumento comumente usado para antagonizar a extensão de direitos fundamentais é a de que animais são seres irracionais e despidos de consciência. Contudo, um eventual desnível de capacidade mental existente entre os diversos tipos de animais não legitima uma preterição quanto à consideração atribuída a seus interesses e necessidades.

Afinal, a aplicação do princípio da igualdade não exige a comprovação de uma igualdade fática existentes entre os integrantes desse círculo de proteção moral, pois de um ponto de vista ético, esse princípio visa apenas a prescrever a necessidade de tratamento igualitário. De acordo com o filósofo Peter Singer, a extensão do princípio da igualdade para além da espécie humana se baseia no princípio da igual consideração de interesses.

O cerne desse princípio consiste em atribuir o mesmo peso a sofrimentos equiparáveis, independentemente da espécie animal que os detenha. Dessa forma, quando interesses animais puderem ser afetados por ações humanas, é necessário colocar na balança todos os interesses envolvidos, sopesando-os de forma imparcial e equânime.

E não há uma razão lógica para que esse princípio moral básico, o qual possibilita a defesa de uma forma de igualdade que abrange todos os seres humanos, com todas as suas diferenças, se restrinja somente a essa espécie animal. Isso porque a única fronteira da consideração de interesses que pode ser traçada de forma eticamente defensável é a da capacidade de sentir prazer e experimentar sofrimentos.

Desse modo, é indispensável incluir os animais na esfera de consideração moral, parando, por conseguinte, de tratá-los como vidas descartáveis, exploradas para qualquer



propósito banal. Afinal, a tirania de homens sobre animais é responsável por causar enorme quantidade de dor e sofrimentos a milhões deles. E, se é um consenso que dor e sofrimento são um mal em si mesmo, não há justificativa plausível para se estabelecer que a proteção de animais dependa de qualquer outra característica que não a capacidade de vivenciar padecimentos físico ou mental.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 217 (III) A. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Mensagem nº 219*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/emenda-vaquejada-constitucional.pdf> Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 5 fev. 2019.

NACONECY, Carlos, *Ética & animais: um guia de argumentação filosófica*. Porto Alegre: Edipucrs (Livros Digitais), 2016.

_____. As (des)analogias entre racismo e especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, ano 5, v. 6, p. 184, jan./jun. 2010.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. *Direito dos Animais: aspectos morais e jurídicos*. 2009. 132 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SINGER, Peter. *Libertação Animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos animais*. Tradução Marly Winckler, Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Rita Paixão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.



. *Ética Prática*. Tradução: Álvaro Augusto Fernandes. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Animal rights: current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004.

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA E A TRANSGRESSÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Amanda Beatriz Mattos de Paula

Graduada pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. Advogada.

Resumo – o processo penal deve se revelar no maior instrumento de garantia ofertado ao réu, de forma que a atuação do magistrado quando da prolação da sentença penal deve observar os limites impostos pelo princípio da correlação entre a acusação e a sentença e também pela própria legislação processual penal, como ocorre com os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*. A não observância desses institutos acarretará inúmeros prejuízos ao réu, uma vez que compromete diretamente a sua defesa, além de evidenciar a transgressão aos princípios constitucionais processuais. Esse trabalho tem como objetivo abordar a violação dos princípios constitucionais processuais ante a não observância do princípio da correlação entre acusação e sentença, demonstrar a relevância dos princípios em questão na defesa do réu e expor a delimitação da atuação do magistrado diante das hipóteses de *emendatio* e *mutatio libelli*.

Palavras-chave – Processo Penal. Princípio da Correlação. *Emendatio libelli*. *Mutatio libelli*. Sentença Penal. Garantias Constitucionais.

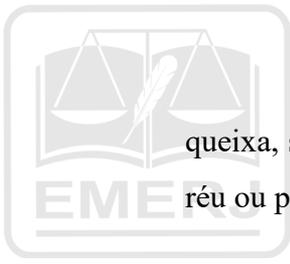
Sumário – Introdução. 1. Sistema Acusatório e os Princípios Constitucionais Processuais. 2. A *Emendatio libelli* e a *Mutatio libelli* como limitadores da atuação do magistrado 3. Os reflexos da violação dos limites da atuação do magistrado na prolação da sentença e os prejuízos ofertados diretamente ao réu. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a violação do princípio da correlação entre acusação e sentença. Esta violação representa uma transgressão ao sistema acusatório adotado pelo constituinte, haja vista que ao juiz é conferido o poder de julgar, ao Ministério Público, promover a denúncia nos crimes de ação penal pública, e, ao querelante, promover a queixa, nos crimes de ação penal privada ou ação penal privada subsidiária da pública quando houver inércia do Ministério Público.

O réu se defende dos fatos a ele imputados na denúncia ou queixa e não da capitulação contida no Direito Penal, a qual classifica o fato narrado. Entretanto, havendo a possibilidade de erro material quanto à capitulação dada, o legislador previu o instituto da *emendatio libelli*, segundo o qual o magistrado poderá alterar a classificação dada ao crime para se amoldar ao fato narrado na denúncia ou queixa.

Em regra, a *emendatio libelli* deverá ocorrer no momento da sentença, porém, há uma discussão acerca da sua ocorrência quando da prática do ato de recebimento da denúncia ou



queixa, sendo admitida pela jurisprudência e doutrina quando a alteração ensejar benefício ao réu ou para permitir a correta fixação da competência ou do procedimento a ser adotado.

É ainda possível que, no curso da instrução processual, apareça prova nova, alguma elementar ou circunstância que não havia sido narrada expressamente na denúncia ou queixa, implicando na alteração da tipificação dada inicialmente ao fato narrado. Esse instituto é denominado de *mutatio libelli* e foi expressamente previsto pelo legislador no Código de Processo Penal.

Quando se tratar de *mutatio libelli*, o Ministério Público, após o encerramento da instrução processual, poderá aditar a denúncia ou queixa no prazo de 5 dias. Após o aditamento, será oportunizado ao defensor que se manifeste no prazo de 5 dias, sendo permitido o arrolamento de até 3 testemunhas. O juiz poderá, ainda, receber ou rejeitar o aditamento. Em sendo aceito, haverá designação de nova data para continuação da audiência, com a inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado e realização de debates e julgamento.

Observa-se que, em ambos os institutos, não há prejuízo ao réu, uma vez que há respeito aos princípios constitucionalmente previstos, quais sejam: princípio acusatório; princípio da inércia da jurisdição; princípio do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, a prática forense tem evidenciado uma atuação jurisdicional em sentido contrário, de forma que o juiz, ao proferir a sentença criminal, tem violado o sistema acusatório na medida em que, havendo prova nova de elemento ou circunstância da infração no curso da instrução processual e que não esteja contida na acusação, procede com a alteração do tipo penal inicialmente imputado ao acusado, usurpando a função exclusiva do Ministério Público, haja vista tratar-se da hipótese de *mutatio libelli*, cuja alteração do tipo penal deve se dar pelo aditamento e ensejar na observância de todos os seus desdobramentos legais.

Diante desse ato, nota-se que a atuação do magistrado contrária ao disposto nesses institutos enseja grandes prejuízos ao acusado, violando diretamente os princípios constitucionais que norteiam o tema, bem como prejudicando consideravelmente a sua defesa, de forma que a resposta estatal obtida na sentença prolatada estará eivada de arbitrariedades, o que é incompatível com o nosso atual Estado Democrático de Direito.

O primeiro capítulo do trabalho abordará os princípios constitucionais atinentes ao tema central e a repercussão dos efeitos negativos de sua violação na aplicação da resposta estatal, ensejando graves prejuízos ao réu.

O segundo capítulo abordará os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* como limitadores da atuação do magistrado acerca da alteração da capitulação conferida na denúncia

ou queixa no que tange ao fato narrado, bem como o procedimento legal que deve ser seguido quando houver a necessidade de aplicação de tais institutos.

O terceiro capítulo terá como finalidade expor os reflexos da violação dos limites da atuação do magistrado na prolação da sentença e os prejuízos ofertados diretamente ao réu em decorrência da violação dos princípios que norteiam o tema.

Com relação às técnicas metodológicas, a pesquisa terá como método o hipotético-dedutivo, mediante a análise de decisões judiciais proferidas nesse sentido, bem como estatísticas e estudos sobre o tema, a fim de comprovar ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco, bem como a legislação, doutrina e jurisprudência, com a finalidade de respaldar a sua tese.

1. O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NORTEADORES DO TEMA

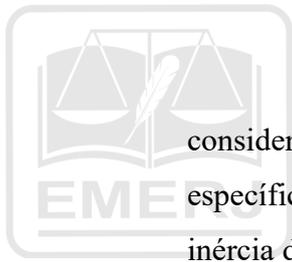
A existência da correlação entre a acusação e a sentença, inicialmente, pressupõe a adoção do sistema acusatório no processo penal, no qual as tarefas de acusar, defender e julgar estão separadas em figuras distintas, a saber: autor; juiz e réu.

A separação de funções que embasa a existência do sistema acusatório é necessária para que seja garantida a imparcialidade do juiz na aplicação da lei, bem como a vedação da atuação de ofício, tendo em vista que a sua manifestação estará condicionada à provocação do autor, figura competente para proceder com a acusação, ou do réu, ao qual será lícito usar de todos os meios admitidos em direito em busca de sua defesa.

Desse modo, consoante o disposto no artigo 129, I¹, da CRFB, extrai-se a adoção do sistema acusatório ao Direito Pátrio, tendo em vista que o constituinte conferiu ao Ministério Público, privativamente, a função de acusar, e, em casos específicos, ao particular. Portanto, é imprescindível que haja a preferência pelo sistema acusatório para que seja viável a interdependência entre a acusação e a sentença.

Assim sendo, uma vez adotado o sistema acusatório no processo penal, a correspondência que deve ser estabelecida entre a acusação e a sentença fundamenta-se, em

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.



considerável parte, nos preceitos contidos em três princípios processuais constitucionais específicos, quais sejam: princípio do contraditório; princípio da ampla defesa e princípio da inércia da jurisdição.

Nos termos do artigo 5º, LV², da CRFB, aos acusados em geral será assegurado o direito ao contraditório. Esse princípio estabelece que deve ser dado ao acusado a oportunidade de contradizer as afirmações que lhe foram imputadas pelo órgão que promoveu a acusação. Segundo o ensinamento de Aroldo Plínio Gonçalves, citado por Paulo Rangel³:

Contudo, há que se ressaltar que contraditório não é apenas “dizer” e “contradizer” sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes.

Assim, observa-se que o contraditório exige que seja dada publicidade da existência da ação e dos atos praticados, bem como deve ser conferido ao sujeito que está acusado a oportunidade de se defender. Dessa forma, segundo Gustavo Badaró⁴, “uma das maneiras de se assegurar o respeito ao princípio do contraditório é evitar que o juiz, na sentença, possa julgar tendo em vista um fato não imputado ao réu”.

No que tange ao princípio da ampla defesa, embora este princípio esteja conectado ao princípio do contraditório, eles não se fundem, de modo que este último abrange tanto o órgão responsável pela acusação, quanto à defesa, enquanto que a ampla defesa alude unicamente aquele que está sendo acusado.

Desse modo, verifica-se que uma das formas de se efetivar o contraditório é garantindo a ampla defesa a ser exercida pelo acusado. Para isto, faz-se necessário a concessão de um prazo a ser iniciado a partir do conhecimento de determinado ato praticado no processo, bem como a existência de meios que assegurem a sua defesa.

Ao tratar do tema, a promotora de justiça do MPRJ, Maria Cristina Faria Magalhães⁵, esclarece que:

² Ibid. Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³ FERNANDES apud RANGEL, Paulo. *Curso de Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.17.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁵ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. *A Correlação entre Acusação e Sentença nas Ações Penais Condenatórias. A conformidade entre a Lei Processual Penal e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30.



O princípio da ampla defesa implica no dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, incluindo a defesa pessoal (autodefesa) e a defesa técnica (efetuada por defensor), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LV e LXXIV).

Observa-se, assim, que o processo penal será o espaço em que haverá o confronto entre o direito de punir do Estado em oposição à liberdade do acusado, devendo ser garantida a paridade de armas, de forma que o acusado deve ter conhecimento dos fatos que lhe estão sendo imputados, a fim de exercer a sua ampla defesa.

Em decorrência da ampla defesa, seria um *contra sensu* admitir que o julgador, ao proferir uma sentença condenatória, levasse em consideração os fatos não imputados e aos quais não foi oportunizado ao acusado o direito de se defender, sob pena de estarmos diante de uma sentença incongruente com a acusação⁶, eivada de nulidade pela transgressão dos princípios constitucionais processuais.

Acerca desse cenário, o doutrinador José Frederico Marques⁷ enfatiza que:

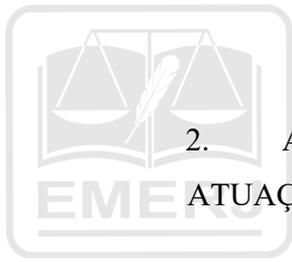
Na sentença condenatória, não pode o juiz fugir dos limites que lhe são traçados pela imputação, de acordo com os princípios e as regras que regulam as relações entre o pedido acusatório e a condenação... Mas, ir além, no julgamento da ‘res in iudicium deducta’, do perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório, constitui violação insanável do direito de defesa do réu.

Em relação ao princípio da inércia da jurisdição, este se associa muito ao fundamento do sistema acusatório, uma vez que, separadas as funções dos sujeitos no processo penal, o juiz só poderá agir quando provocado pelas partes, sendo-lhe vedado exercer o direito de ação. Desse modo, não é permitido que o juiz se manifeste sobre questões que sequer foram ventiladas pelas partes.

Com isso, é imperioso reconhecer que a correlação entre a acusação e a sentença perpassa pelo respeito aos princípios constitucionais processuais supracitados, de modo que, a divergência entre o que foi narrado na acusação e a decisão proferida denota explícita transgressão aos princípios, que enseja na absoluta nulidade da decisão pronunciada.

⁶ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 48. Benedito Pozzer esclarece que: “Qualquer inobservância dessas regras, com conhecimento de fatos não acusados, nem contrariados, para a absolvição ou condenação, implicará incongruência entre acusação e julgamento. Como consequência, teremos a nulidade absoluta da sentença penal, por ofensa a mandamento constitucional, porque manifesto o prejuízo causado pelo desrespeito ao devido processo penal, com todos os seus corolários”.

⁷ MARQUES apud ibidem, p. 49.



2. A EMENDATIO LIBELLI E A MUTATIO LIBELLI COMO LIMITADORES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo penal deve se revelar na maior ferramenta de garantia de direitos ao réu. Para isso, é preciso que todos os procedimentos a serem adotados observem as regras legais, bem como os atos sejam praticados em consonância com os princípios constitucionais norteadores do processo penal.

Com isso, a fim de se efetivar os direitos conferidos ao acusado, o legislador previu a incidência de dois institutos no processo penal, os quais têm por objetivo limitar a atuação do magistrado no que tange à nova classificação dada ao fato narrado, resguardando os direitos do réu, são eles: *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.

A *emendatio libelli* possui previsão expressa no artigo 383⁸, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Penal, cuja redação conferiu ao magistrado o poder de alterar a classificação dada ao fato narrado na peça acusatória. Entretanto, esse poder não é absoluto, haja vista que o parâmetro a ser utilizado é a descrição fática narrada na denúncia ou queixa, tendo em vista que são estes fatos que vinculam a prestação jurisdicional.

Assim, o juiz, após a leitura da dinâmica fática narrada na peça acusatória, caso não concorde com a classificação penal dada pelo Ministério Público ou querelante, poderá proceder com a alteração dessa classificação, sem que isso implique em aditamento da denúncia ou queixa, haja vista a inexistência de modificação dos fatos processuais.

Embora prevaleça a concepção de que, no processo penal, o réu se defende dos fatos e não da capitulação dada a esses fatos, observa-se que a nova classificação conferida pelo magistrado terá reflexo direto em sua defesa, podendo se traduzir em graves prejuízos.

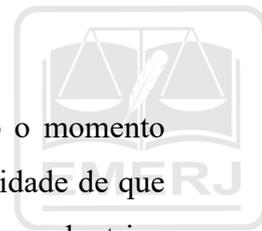
Com base nesse entendimento, Weber Martins Batista⁹ afirma que “[...] não há dúvida de que o réu se defende dos fatos, não de números, mas a verdade é que a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que no processo penal – não se pode esquecer – não é apenas defesa, simples defesa, mas ampla defesa”.

⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019. Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

⁹ BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 163.



Diante disso, nota-se que, embora o legislador não tenha determinado o momento processual ao qual deve ser realizada a *emendatio libelli*, nem mesmo a possibilidade de que haja vista dos autos ao réu, a fim de possibilitar sua manifestação acerca desse ato, a doutrina tem se manifestado pela alteração da classificação tão logo seja recebida a denúncia pelo magistrado, assim como pela ciência do réu sobre a alteração.

Fábio Capela¹⁰, ao tratar sobre o tema, manifesta-se no mesmo sentido, conforme se observa abaixo:

[...] imprescindível que o magistrado ao visualizar possível alteração na definição jurídica dos fatos, antes de sentenciar, determine a intimação das partes para que tenham possibilidade de se manifestar acerca da nova capitulação legal. Este imperativo não encontra respaldo na legislação ordinária e sim nos princípios constitucionais. Destarte, o juiz, ao dar nova definição jurídica, não pode se descuidar dos possíveis prejuízos que sua atividade pode causar ao acusado. Não se está negando aqui o uso desta correção e sim, apenas quando for utilizada deve-se possibilitar às partes discussão sobre a classificação jurídica no sentido de implementar-se o contraditório para se garantir até mesmo o direito à ampla defesa. Já que surpresas a qualquer das partes não é aceitável em um processo penal democrático.

Assim, nos casos em que os fatos narrados na denúncia ou queixa divergirem da classificação penal dada, o magistrado deve proceder com a alteração da imputação o quanto antes, a fim de possibilitar ao acusado a efetiva ampla defesa, e, ainda, o desenvolvimento regular do processo penal durante todo o seu curso, podendo tal alteração ocorrer, inclusive, quando do recebimento da denúncia.

Desse modo, não deve ser sustentada a aplicação do instituto somente no momento da prolação da sentença, sob o fundamento de ausência de previsão legal acerca do momento e pela localização topográfica do instituto, o qual está previsto no capítulo que trata da sentença penal, ante os argumentos acima explicitados.

A *mutatio libelli*, por sua vez, possui previsão expressa no artigo 384¹¹, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Penal e confere ao Ministério Público ou ao querelante a

¹⁰ CAPELA, Fábio. *Correlação entre Acusação e Sentença*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89.

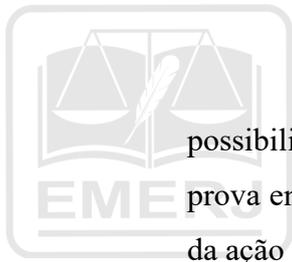
¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.



possibilidade de aditar a denúncia ou queixa quando, após o oferecimento daquelas, sobrevier prova ensejadora de alteração fática processual, da qual não se tinha ciência quando do início da ação penal, a fim de sanar essa supressão.

Constata-se uma preocupação do legislador em definir os limites de atuação do magistrado, tendo em vista que o aditamento deve ser feito exclusivamente pelo Ministério Público ou querelante, nas ações penais de sua competência.

O parágrafo primeiro, do artigo 384¹², do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de o juiz remeter os autos ao procurador-geral de justiça quando o membro do Ministério Público não proceder com o aditamento, o que sugere um aditamento provocado pelo juiz. Entretanto, essa interpretação não é correta, devendo ser analisada a evolução do instituto no ordenamento jurídico.

Antes da reforma do Código de Processo de 2008, produzida pela Lei nº 11.719/2008, era prevista a possibilidade do aditamento provocado, de forma que, se o Ministério Público não concordasse com a hipótese de aditamento invocada pelo juiz, este aplicava o artigo 28 do mesmo diploma legal, e remetia os autos ao procurador-geral de justiça, a fim de que este sanasse o impasse gerado.

Ocorre que, atualmente, não é mais possível sustentar essa postura, de forma que o aditamento é tido como ato voluntário do Ministério Público ou querelante, como bem assevera Gustavo Badaró¹³:

[...] diante da nova redação do *caput* do art. 384, que deixa claro não mais haver provocação pelo juiz, o aditamento da denúncia pelo Ministério Público será sempre espontâneo, isto é, independentemente de determinação judicial. Não haverá, portanto, oportunidade ou possibilidade de o juiz discordar do não aditamento.
[...] Em conclusão, diante do *caput* do art. 384, não há como se dar aplicação ao §1º do mesmo dispositivo, por ser claramente incompatível com o sistema acusatório, não sendo mais cabível qualquer forma de provocação, pelo juiz, do aditamento.

Desse modo, verifica-se que o aditamento da denúncia ou queixa não pode ser realizado, em nenhuma hipótese, pelo magistrado, sob pena de usurpação de atribuição conferida constitucionalmente, bem como em observância ao sistema acusatório.

Assim, em virtude de uma mudança dos fatos processuais, é imprescindível ao trâmite regular do processo que sejam efetivadas as garantias constitucionais conferidas ao réu, de

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

¹² Ibidem.

¹³ BADARÓ, op. cit., p. 157.

forma que, neste caso, há previsão expressa no tocante à oitiva do defensor do acusado acerca do aditamento.

E, uma vez admitido o aditamento, as partes poderão requerer produção de provas, bem como uma nova data para a continuação da audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhadas, se procederá com novo interrogatório do réu, além de serem realizados os debates e o julgamento.

Porém, caso o magistrado entenda que, diante das provas juntadas aos autos e não contidas na acusação, estas não sejam hábeis a ensejar numa modificação do fato processual, não sendo, portanto, hipótese de aditamento da acusação, poderá não receber o aditamento.

Desta forma, o processo seguirá nos termos da denúncia ou queixa e aos quais o magistrado deverá estar vinculado quando da prolação da sentença, em respeito ao princípio da correlação entre acusação e sentença.

3. OS REFLEXOS DA VIOLAÇÃO DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E OS PREJUÍZOS OFERTADOS DIRETAMENTE AO RÉU

A sentença criminal deve estar correlacionada com os fatos constantes na imputação, a fim de que haja a identidade com o objeto do processo e que a sentença não seja caracterizada como *ultra* ou *extra petita*, de modo a observar os limites estabelecidos pelo princípio da correlação entre acusação e sentença.

Entretanto, em alguns casos, pode acontecer situações que, durante a instrução processual, haja o descobrimento de provas novas, demonstrando a ocorrência de novos fatos que até então não haviam sido imputados ao réu por desconhecimento do titular da ação penal em questão e tais fatos ensejarão na alteração do objeto do processo.

Diante dessa situação, Gustavo Badaró¹⁴ precisamente esclarece que:

O objeto do processo veiculado já no momento inicial, com a acusação, deve estar presente de forma inalterada na sentença. Porém, se no curso do processo a instrução revelar a existência de fatos diversos, que alterem o objeto do processo, para que tais fatos possam ser considerados pelo juiz, é necessário respeitar determinadas regras que visam a evitar surpresas para a defesa, assegurar o respeito ao princípio do contraditório e, até mesmo, evitar que o juiz venha a julgar, quebrando o princípio da inércia da jurisdição.

¹⁴ Ibidem, p. 97-98.



Nota-se que, diante da existência de prova nova existente nos autos, mas inexistente na acusação, o magistrado deve observar os limites conferidos pelo legislador no que tange a sua atuação quando da prolação da sentença, a fim de se evitar prejuízos ao acusado e onerações ao próprio judiciário na prestação jurisdicional.

Observa-se que uma sentença prolatada em dissonância com as regras processuais será nula de pleno direito, entretanto, para que haja o reconhecimento dessa nulidade, as partes deverão utilizar a via recursal, demonstrando o vício e requerendo a providência processual e materialmente correta. Verifica-se que todos esses atos ensejarão numa movimentação da máquina judiciária que poderia ter sido evitada, caso as regras processuais tivessem sido observadas e respeitadas.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, desproveu um agravo¹⁵ interposto pelo Ministério Público Federal, o qual ficou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. ROUBO TENTADO. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE ESTUPRO. NOVA CAPITULAÇÃO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NULIDADE. MUTATIO LIBELLI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.
2. A decisão do Juízo de primeiro grau não observou o princípio da correlação ao condenar o réu pela prática do delito de estupro tentado, quando a denúncia narra o crime de tentativa de roubo, sem que sejam descritos todas as elementares descritas no artigo 213 do Código Penal.
3. Salvo a "violência ou grave ameaça", comum aos dois tipos, os demais elementos dos crimes apontados são diversos, não havendo narrativa clara na exordial acusatória do verbo "constranger" ou de "praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", impossibilitando a ampla defesa, o que afasta a hipótese de emendatio libelli.
4. A alteração do tipo penal requer a observância do procedimento especificado no artigo 384 do Código de Processo Penal.
5. Agravo regimental desprovido.

Nos termos do voto do relator, a denúncia oferecida pelo Ministério Público foi julgada procedente, na qual o acusado foi condenado pelo crime de estupro na modalidade tentada, embora tenha sido denunciado por roubo na modalidade tentada.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL n° 1.377.430*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente= ATC & sequencial=90694842&num_registro=201301246912&data=20190312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Ocorre que a sentença foi anulada pelo Tribunal *a quo* em decorrência do reconhecimento da modificação dos fatos pelo juízo de primeiro grau, caracterizando uma verdadeira usurpação da atribuição do Ministério Público, tendo em vista que se tratava de caso de *mutatio libelli*, ocasião em que o aditamento da denúncia ou queixa deve ser oferecido pelo titular da ação penal em questão, nos exatos limites do que dispõe o artigo 384¹⁶ do Código de Processo Penal.

O *Parquet*, inconformado, interpôs recurso especial sob o fundamento de violação ao disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, pois entendeu se tratar de *emendatio libelli*, requerendo o provimento do recurso para que a sentença fosse mantida. Entretanto, por decisão monocrática, negou-se provimento ao recurso especial, o que ensejou a interposição do agravo regimental mencionado, o qual, por unanimidade, foi desprovido.

O ministro relator explicitou a motivação do seu voto¹⁷ na violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença, conforme se observa a seguir:

Conforme consignado na decisão agravada, o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa, no sistema processual penal, uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

Com isso, percebe-se que o desrespeito ao princípio da correlação, diante de situações que demandam procedimentos específicos a serem observados pelo magistrado, constitui um vício tão grave que a sentença proferida em desconformidade com esses institutos merece ser anulada.

O que se constata é que por trás do reconhecimento dessa nulidade tem-se a violação de diversos princípios constitucionais processuais penais, como o princípio acusatório, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e inércia de jurisdição, os quais devem nortear toda a tramitação do processo criminal, a fim de garantir a efetivação dos direitos daquele que está sendo acusado na ação penal.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

Esta pesquisa averiguou, como problemática essencial, a prolação de decisões judiciais em dissonância com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. A sentença deve se correlacionar com a narrativa fática da peça acusatória, ou, eventual aditamento da acusação, caso haja prova nova após a instrução processual, mas não contida na acusação.

Os princípios constitucionais processuais devem permear por todo o processo penal, a fim de garantir a efetiva defesa daquele que figura no polo passivo da ação penal. Em decorrência disso, o magistrado encontra limitações advindas de princípios constitucionais processuais e da própria legislação processual.

Em que pese a positivação acerca das limitações do magistrado no que concerne à prolação da sentença em consonância com a peça acusatória, alguns magistrados atuam em total inobservância no que tange a tais limitações, prolatando sentenças que se revelam em verdadeiro constrangimento ilegal em face do réu.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é que o processo penal deve se revelar no maior instrumento de garantias ao réu, de modo que é preciso respeitar os ditames constitucionais, bem como todo o procedimento processual, haja vista que somente dessa forma é que se oportunizará ao réu a efetiva ampla defesa acerca do delito que lhe está sendo imputado.

Quanto à questão que se demonstrou ao longo do segundo capítulo, nota-se que o legislador se preocupou em limitar a atuação do magistrado no âmbito penal diante de situações que foram previstas e são passíveis de ocorrer com dada frequência no processo. Com base no exposto, deve-se evidenciar a força do sistema acusatório para que o juiz não usurpe a atribuição constitucional conferida ao membro do Ministério Público, que é a de julgar, transgredindo o instituto da *mutatio libelli*. Ademais, no que tange à *emendatio libelli*, há de ser observada a necessidade de inalteração do contexto fático narrado na peça acusatória, de forma que o magistrado poderá proceder com a alteração da imputação dada originariamente aos fatos narrados se estes evidenciarem nova capitulação.

A limitação da atuação do magistrado propicia a aplicabilidade dos princípios constitucionais, de modo que se o magistrado não observar os seus limites, implicará, necessariamente, na violação da defesa do réu, acarretando prejuízos incalculáveis, e, por vezes, insanáveis.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a sentença penal deve se correlacionar com a peça acusatória nos seus exatos limites, observados os casos que ensejarem na aplicação

da *emendatio e mutatio libelli*, cujos procedimentos devem ser seguidos criteriosamente, a fim de que o réu proceda com a sua ampla defesa e materialize o processo penal como o seu maior instrumento de garantias constitucionais.

Restou cristalino, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há como resguardar os direitos e garantias do réu que está sendo acusado da prática de algum delito ultrapassando-se os limites de atuação judicante conferidos pelo legislador processual e pelos princípios constitucionais processuais no que tange à prolação da sentença.

Deve haver uma considerável preocupação do magistrado na aplicação da lei penal em sede de sentença, harmonizando-se com a finalidade do próprio direito penal, sob a ótica constitucional, resguardando-se os direitos e garantias conferidos ao réu no decorrer de todo o processo, oportunizando ao acusado o direito à efetiva ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. *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: 29 ago. 2018

_____. *Lei nº 11.719*, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.377.430*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90694842&num_registro=201301246912&data=20190312&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2019.

CAPELA, Fábio Bergamin. *Correlação entre Acusação e Sentença*. Paraná: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. *A Correlação entre Acusação e Sentença nas Ações Penais Condenatórias*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Amanda dos Santos Pereira Ribeiro

Advogada. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo – Os vínculos parentais podem originar-se tanto em virtude de um vínculo biológico como de um vínculo puramente afetivo, a chamada parentalidade socioafetiva. Entendia-se que na hipótese de existirem vínculos parentais de natureza biológica e socioafetiva, um deveria prevalecer sobre o outro. Contudo, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e da fixação da tese de repercussão geral n. 622, houve o reconhecimento da multiparentalidade, atribuindo-se todos os efeitos jurídicos a ambos os vínculos parentais. Embora a referida decisão tenha sido um grande avanço, muitas questões permanecem em aberto, em especial no âmbito do Direito de Família e no Direito das Sucessões, uma vez que o Código Civil brasileiro foi sistematizado com base na biparentalidade, não havendo regras específicas para famílias multiparentais. O presente trabalho pretende demonstrar as possíveis soluções para as controvérsias instauradas a partir do reconhecimento da multiparentalidade, demonstrando que é possível aplicar as normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro às hipóteses de multiparentalidade.

Palavras-chave – Direito de Família. Direito das Sucessões. Parentalidade socioafetiva. Afeto. Multiparentalidade. Efeitos jurídicos.

Sumário – Introdução. 1. O reconhecimento da multiparentalidade no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e na fixação da tese de repercussão geral nº 622. 2. Efeitos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade no âmbito do Direito de Família. 3. Efeitos jurídicos do reconhecimento da multiparentalidade no âmbito do Direito das Sucessões. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisará os efeitos jurídicos no âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e na fixação da tese de Repercussão Geral nº 622.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho conceituando o termo “multiparentalidade”, o qual será o cerne do presente trabalho. Passa-se então a analisar os principais reflexos trazidos pelo julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e pela fixação da tese de Repercussão Geral nº 622 para o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: (i) o reconhecimento do instituto da paternidade socioafetiva mesmo ante a ausência de registro; (ii) inexistência de hierarquia entre a paternidade biológica e a parentalidade socioafetiva; (iii) reconhecimento da multiparentalidade no sistema jurídico brasileiro.



No segundo capítulo serão analisados os efeitos jurídicos no âmbito do Direito de Família decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade. Serão analisadas, ainda, as possíveis soluções para as controvérsias que surgirão na aplicação das normas de Direito de Família às famílias multiparentais.

No terceiro capítulo serão analisados os efeitos jurídicos no âmbito do Direito das Sucessões decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade. Serão analisadas, ainda, as possíveis soluções para as controvérsias que surgirão na aplicação das normas de Direito das Sucessões às famílias multiparentais.

A presente pesquisa demonstrará, então, que é possível aplicar as normas do Código Civil brasileiro às famílias multiparentais, buscando interpretações que busquem que ponderem o melhor interesse do menor, bem como a boa-fé dos envolvidos a fim de evitar reconhecimentos de vínculos parentais com interesses meramente patrimoniais.

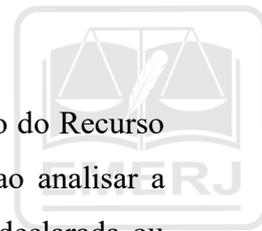
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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 RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060 E NA FIXAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 622

Inicialmente, convém conceituar o termo “multiparentalidade” ou “pluriparentalidade”, o qual será o cerne do presente trabalho. A multiparentalidade ou pluriparentalidade, de acordo com a Ilustre Maria Berenice Dias¹ é o “estabelecimento do vínculo de filiação com mais de um pai ou mais de uma mãe”. Esse fenômeno é encontrado, principalmente, em famílias em que há dois pais ou duas mães, sendo um vínculo decorrente de consanguinidade (mãe ou pai biológico) e outro decorrente da afetividade (mãe ou pai socioafetivo), sem que um vínculo parental exclua o outro.

¹DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\) MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075) MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.



Em 22 de setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060², proferiu decisão inovadora a respeito desse tema ao analisar a Repercussão Geral nº 622 e fixar a seguinte tese: “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”.

De acordo com Anderson Schreiber³, as principais consequências jurídicas da referida decisão foram: (i) o reconhecimento do instituto da paternidade socioafetiva mesmo ante a ausência de registro; (ii) estabeleceu entendimento pela inexistência de hierarquia entre a paternidade biológica e a parentalidade socioafetiva; (iii) abriu as portas para a multiparentalidade no sistema jurídico brasileiro. De acordo com o referido autor, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal foi “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”.⁴

Isso porque a referida decisão foi em sentido oposto ao modelo biparental adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual essa decisão traz inúmeras consequências não apenas para o Direito de Família e Direito das Sucessões, mas para diversos outros campos do Direito, como o Direito Penal, Direito Previdenciário, Direito Empresarial, entre outros.

Em relação à primeira consequência trazida pelo referido julgamento, qual seja, o reconhecimento da paternidade socioafetiva até mesmo em casos ausência de registro, têm-se que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a referida tese, firmou entendimento no sentido de que o afeto é suficiente para gerar o vínculo parental, não sendo necessário, para o seu reconhecimento, a existência de registro. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Relator Luiz Fux ao proferir seu voto: “A filiação socioafetiva, porém, independe da realização de registro, bastando a consolidação do vínculo afetivo entre as partes ao longo do tempo, como sói ocorrer nos casos de posse do estado de filho”.⁵

De acordo com Christiano Cassettari⁶, os requisitos para a configuração da parentalidade socioafetiva são os seguintes: (i) laço de afetividade; (ii) tempo de convivência; (iii) existência de sólido vínculo afetivo, a ponto de ser comparado ao existente entre pais e

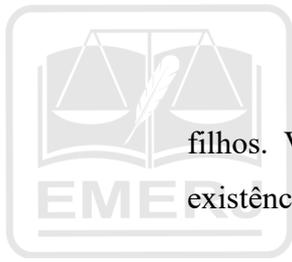
²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

⁴Ibidem.

⁵BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e paternidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, [e-book], p.870.



filhos. Veja-se, que dentre os requisitos elencados pelo referido autor, não se encontra a existência de registro.

A segunda consequência trazida pelo referido julgamento refere-se à fixação do entendimento de que inexiste hierarquia entre a parentalidade biológica e a parentalidade socioafetiva, de modo que não há regra de prevalência de uma sobre a outra. Em relação a esse ponto, o Ministro Relator Luiz Fux ressaltou em seu voto que o artigo 1.593 do Código Civil⁷, ao estabelecer que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” reconhece que a consanguinidade concorre com outras formas de parentesco, dentre elas, o parentesco originado pelo vínculo socioafetivo.

A terceira consequência é a possibilidade de existência concomitante das parentalidades socioafetiva e biológica, ou seja, o reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Este, sem dúvida, foi o ponto de maior relevância da tese fixada, bem como o que gerará maiores controvérsias, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro foi sistematizado com fundamento na biparentalidade.

Em relação a este ponto, cumpre ressaltar que o Ministro Relator Luiz Fux fundamentou seu voto no sentido de que o princípio constitucional da dignidade humana e o direito à busca da felicidade impõem o reconhecimento pelo ordenamento jurídico dos mais diversos modelos de famílias. Em suma, é o ordenamento jurídico que deve se amoldar à realidade e não o contrário.

Cabe colacionar um trecho do voto do Ministro Relator⁸ em relação a este ponto:

O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, §7º, da Constituição.

Outro ponto destacado pelo Ministro Relator em relação à necessidade de reconhecimento da multiparentalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro reside no fato de que o objeto de tutela nesses casos é o melhor interesse da prole. Assim, ao analisar os casos concretos deve-se verificar se o reconhecimento do vínculo parental com mais de um pai ou mais de uma mãe atenderá o melhor interesse do filho. Se no caso concreto, o melhor interesse da criança for no sentido de reconhecimento concomitante de ambos os vínculos,

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

⁸Idem, op. cit., nota 2.

deve ser reconhecida a multiparentalidade, atribuindo-se efeitos jurídicos à ambos os vínculos.

Nesse sentido, ressaltou o Ministro Luiz Fux:⁹

[...] nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

Outra consequência advinda deste julgamento é que a pré-existência de um vínculo parental socioafetivo reconhecido, não exime o pai biológico, reconhecido posteriormente, de assumir com as suas obrigações parentais, em atenção ao princípio da paternidade responsável disposto no art. 226, 7º, da CRFB. Nesta esteira, o Ministro Relator Luiz Fux citou em seu voto a jurisprudência da Suprema Corte de Louisiana, a qual, no julgamento do caso *Smith v. Cole* (553 So.2d 847, 848)¹⁰, de 1989, decidiu que:

[...] a aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade.

[...] The presumed father's acceptance of paternal responsibilities, either by intent or default, does not ensure to the benefit of the biological father. (...) The biological father does not escape his support obligations merely because others may share with him the responsibility.

No mesmo sentido, leciona Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann:¹¹

Reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, Não há outra forma de resguardar o seu melhor interesse e assegurar proteção integral. Neste sentido o enunciado nº 9 do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz com o respeito à dignidade e à afetividade. (...) Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a quem exerce funções parentais é fomentar a irresponsabilidade me nome de um bem que nem se sabe bem qual seria.

Dessa forma, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a multiparentalidade, adequando o ordenamento jurídico à realidade de diversas famílias brasileiras que aguardavam a tutela estatal, atribuindo os direitos e deveres decorrentes dos diversos vínculos parentais. Nesta esteira, cumpre salientar que no Tribunal de Justiça do

⁹Ibidem.

¹⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte de Louisiana. *Smith v. Cole* (553 So. 2D 847, 848) Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹¹DIAS, OPPPERMANN, op. cit., p. 3.



Estado do Rio de Janeiro¹² é possível encontrar diversas decisões reconhecendo a existência de mais de um vínculo de maternidade ou paternidade, determinando a inclusão no registro de nascimento e estabelecendo os direitos e deveres daí decorrentes, tais como pensão alimentícia e guarda compartilhada.

2. EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

No X Congresso Brasileiro de Direito de Família foi aprovado o Enunciado nº 9¹³ do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) o qual dispõe o seguinte: “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”. O referido enunciado servirá como diretriz para a doutrina e para jurisprudência no âmbito de Direito de Família no Brasil.

O primeiro efeito que podemos destacar advindo do reconhecimento jurídico da multiparentalidade é a possibilidade de registro na certidão de nascimento do nome de mais de um pai ou de mais de uma mãe. Nesse sentido, cumpre salientar que a Lei nº 11.924/2009¹⁴ alterou a Lei de Registros Públicos, passando a prever, no §8º do art. 57¹⁵, a possibilidade de o enteado ou enteada averbar o nome da família do padrasto ou da madrasta em seu registro de nascimento. Além disso, foi editado o Provimento nº 63¹⁶ pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual estabelece um modelo único de certidão de nascimento a serem adotados pelos órgãos de registro civil de pessoas naturais, bem como dispõe a respeito do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, dispensando a necessidade de provimento judicial a respeito. É necessário salientar, contudo, que o Provimento nº 63 do CNJ, em seu art. 14, estabelece que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva não implicará no registro de mais de duas mães ou mais de dois pais, limitando, assim, o número de pais e mães que poderão constar no registro de nascimento.

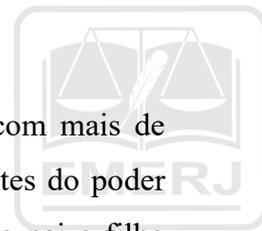
¹²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0282687-28.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.40960>>. Acesso em: 31 mar. 2019. *Apelação Cível nº 0128515-55.2017.8.19.0001*. Relator: Desembargador José Acir Lessa Giordani. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700172917>>. Acesso em: 31 mar. 2019. *Apelação Cível nº 0022714-79.2015.8.19.0209*. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700106319>>. Acesso em: 31 mar. 2019. *Apelação Cível nº 0013384-47.2013.8.19.0203*. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201600176389>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹³ IBDFAM. *Enunciados serão diretrizes para decisões de Família e Sucessões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 11.924*, de 17 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁵ Idem. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁶ Idem. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 31 mar. 2019.



Reconhecida a existência de vínculo de paternidade ou maternidade com mais de uma mãe ou mais de um pai, todos passam a ter as responsabilidades decorrentes do poder familiar. De acordo com Maria Berenice Dias¹⁷, “o vínculo de parentesco entre pai e filho confere a este a posse do estado de filho e ao pai as responsabilidades decorrentes do poder familiar”.

De acordo com o art. 1.634 do CC/02¹⁸, compete aos pais o exercício do poder familiar, que consistirá nos seguintes deveres em relação aos filhos: dirigir sua criação e educação; exercer a guarda de forma unilateral ou compartilhada; conceder ou negar consentimento para casarem; conceder ou negar consentimento para viajarem para o exterior; conceder ou negar consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico; representá-los judicial e extrajudicialmente nos atos da vida civil até os 16 anos e, prestar-lhes assistência, após essa idade; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade ou condição.

Nas famílias multiparentais, o poder familiar é exercido, portanto, por todos os pais ou mães em conjunto, seja o vínculo de filiação biológico ou socioafetivo. Assim, todos os deveres e direitos elencados no art. 1.634 do CC/02 serão exercidos por cada um dos pais ou mães. O poder familiar só não será exercido por algum destes nas hipóteses de extinção do poder familiar, previstas no art. 1.635 do CC/02.

O art. 229 da CRFB¹⁹ dispõe que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. No mesmo sentido dispõe o art. 22 do ECA²⁰, ao prever o seguinte:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

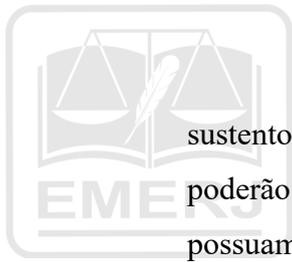
Incumbe aos pais, portanto, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, deveres estes decorrentes do poder familiar. Não havendo distinção ou hierarquia entre os pais em virtude da origem do vínculo de filiação, entende-se que todos possuem o dever de

¹⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁹ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰ Idem. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.



sustento da prole. Diante disso, conclui-se que os filhos inseridos em famílias multiparentais poderão exigir a prestação de alimentos por parte de todos os pais ou mães com quem possuam vínculo filial. Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias:²¹

Reconhecida a existência do duplo vínculo – biológico e afetivo –, o registro retratará essa dupla verdade, passando a constar no registro do filho o nome de ambos os pais e de todos os avós. Assumem eles, de forma solidária, os deveres inerentes ao poder familiar. Desse modo, o filho terá direito com relação aos dois pais e aos avós. Como direito a alimentos e direitos hereditários. Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a todos que exercem as funções parentais é fomentar a irresponsabilidade em nome de um bem que nem se sabe qual seria.

Contudo, da mesma forma que um filho poderá pleitear alimentos em face de todos com quem possua vínculo de filiação, também é possível que ocorra o inverso, ou seja, que todos os pais lhe solicitem a prestação de alimentos, com fundamento no princípio da solidariedade e no disposto no art. 229, da CRFB. Nesse sentido, destaca Anderson Schreiber²²:

Outra pergunta que se impõe, na mesma direção, é a seguinte: o que ocorre se os múltiplos pais vierem a necessitar de alimentos? O filho, a rigor, deve ser chamado a prestar alimentos aos seus múltiplos pais, podendo a multiparentalidade vir a se converter em ônus elevado àquele personagem que costuma ser visto como “beneficiado” nas decisões judiciais que reconhecem a multiparentalidade.

A multiparentalidade traz mais um efeito para a entidade familiar, qual seja, a ampliação dos impedimentos matrimoniais, elencados no art. 1.521 do Código Civil²³. Por exemplo, o inciso I do referido dispositivo estabelece a impossibilidade de casamento entre descendentes e ascendentes. Por óbvio, tal dispositivo se aplica tanto aos pais e filhos biológicos, como aos pais e filhos socioafetivos. Cumpre salientar que tal dispositivo não se aplica apenas aos ascendentes e descendentes de primeiro grau (pais e filhos), mas a todos os graus, o que acarreta a impossibilidade de que netos e avós, sejam biológicos ou socioafetivos, constituam matrimônio.

Já o inciso II do artigo 1.521 do Código Civil traz a impossibilidade de casamento entre parentes afins em linha reta, não havendo limite de grau. Isso significa que o cônjuge ou companheiro de alguém que possua mais de um pai ou mais de uma mãe estará impedido de se casar com todos os sogros e sogras que eventualmente possua. Como não há limite de graus, este cônjuge ou companheiro também estará impedido de se casar com todos os avós de seu parceiro ou parceira, sejam eles decorrentes de vínculo biológico ou socioafetivo.

²¹DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 215.

²²SCHREIBER, op. cit., nota 3.

²³BRASIL, op. cit., nota 7.



O inciso IV do referido artigo estabelece a impossibilidade de constituir matrimônio com irmãos, sejam eles bilaterais ou unilaterais, bem como com colaterais até o terceiro grau. Tal dispositivo também é plenamente aplicável às famílias multiparentais, o que significa que a pessoa que possua mais de um pai ou mais de uma mãe não poderá se casar com os filhos de nenhum destes, independentemente da origem do vínculo de filiação. Em relação aos colaterais, tal dispositivo implica que o filho de uma família multiparental não poderá constituir matrimônio com seus tios, inclusive socioafetivos.

Outro efeito advindo da multiparentalidade é que todos os pais, sejam biológicos ou socioafetivos, terão direito à visitação dos filhos, caso não estejam em sua guarda, conforme estabelece o artigo 1.589 do Código Civil.²⁴ Cumpre salientar que, conforme estabelece o parágrafo único do referido dispositivo, o direito à visitação estende-se aos avós, inclusive os socioafetivos.

3. EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Um importante efeito jurídico decorrente do reconhecimento da multiparentalidade é a possibilidade de herdar de mais de um pai ou mais de uma mãe. Tendo em vista que não há qualquer hierarquia ou diferenciação entre os diversos tipos de vínculos de filiação, o filho inserido em uma entidade familiar multiparental terá direito à herança de todos aqueles com quem possua vínculo de filiação.

É possível que, em virtude disto, existam demandas pleiteando o reconhecimento da multiparentalidade com fim exclusivamente patrimonial. Nesses casos, caberá ao Judiciário diferenciar se o pleito de reconhecimento do vínculo de filiação decorre de interesse exclusivamente econômico ou se no caso concreto se verifica a existência de fato de um vínculo afetivo entre o genitor e o filho.

A respeito do tema, Anderson Schreiber e Paulo Lustosa²⁵ lecionam:

Evidentemente, ações de investigação de paternidade movidas por interesse exclusivamente patrimonial, como a participação na herança, sempre existiram e continuarão a existir, haja ou não multiparentalidade. O motivo íntimo do autor, contudo, não pode servir de obstáculo à procedência do reconhecimento de uma paternidade que, de fato, existe e produz, por força de expresse comando constitucional, integral efeito. O que continua disponível ao intérprete – como também sempre esteve – são os remédios gerais de coibição do abuso do direito e do comportamento contrário à boa-fé objetiva.

²⁴ Ibidem.

²⁵ SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo. *Efeitos jurídicos da multiparentalidade*. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824/pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.



O direito de herança nas famílias multiparentais traz uma outra controvérsia a ser enfrentada pela doutrina e pelos tribunais pátrios, qual seja, como deverá ser distribuída a herança nos casos em que o filho vier a falecer antes dos pais.

Conforme dito alhures, o Código Civil brasileiro foi sistematizado com base na biparentalidade, de modo que algumas regras podem gerar interpretações diferentes quando aplicadas aos casos de famílias multiparentais, e este é o caso do art. 1.836 do Código Civil.²⁶

De acordo com o referido artigo, na ausência de descendentes, a herança será partilhada entre o cônjuge sobrevivente em concorrência com os ascendentes. O §2º do referido dispositivo estabelece que havendo igualdade de grau e diversidade de linha, os ascendentes da linha paterna herdarão metade, enquanto os da linha materna herdarão a outra metade. No caso das famílias biparentais, o pai herdaria metade e a mãe herdaria a outra metade. Contudo, no contexto das famílias multiparentais, haverá mais de um pai ou mais de uma mãe, de modo que a regra do §2º do art. 1836 do CC/02 não poderia ser aplicada. É o caso, por exemplo, do falecido que deixa um cônjuge e três pais. Neste caso, Anderson Schreiber e Paulo Lustosa entendem que a herança deveria ser repartida em partes iguais entre o cônjuge sobrevivente e os ascendentes de primeiro grau, ficando cada um com um quarto da herança.

A respeito do tema, cabe colacionar os esclarecimentos feitos por Anderson Schreiber e Paulo Lustosa:²⁷

Reconhecida a multiplicidade de laços parentais, há, ainda, algumas questões sucessórias que precisam ser enfrentadas, como a que se refere ao quinhão dos herdeiros na hipótese em que o filho morre deixando cônjuge e três pais. Por evidente, o legislador do Código Civil de 2002, elaborado na década de 1970, não previu regra específica para a concorrência entre cônjuge e múltiplos ascendentes. Não obstante, aplica-se à hipótese aventada a ratio do art. 1.837 do Código, de maneira que a solução consiste em repartir a herança em partes iguais, ficando o cônjuge, assim como os três ascendentes em primeiro grau, com um quarto cada.

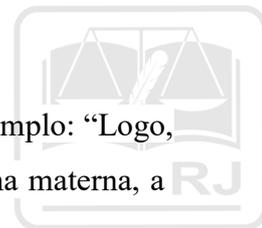
Na hipótese de concorrência entre cônjuge com apenas um ascendente ou com ascendentes de maior grau, o artigo 1.837 do Código Civil estabelece que metade da herança caberá ao cônjuge, cabendo a outra metade aos ascendentes. Nos casos de famílias multiparentais, Anderson Schreiber e Paulo Lustosa²⁸ entendem que a repartição entre ascendentes de maior grau deve se dar por linha e não por cabeça, seguindo o que estabelece o § 2º do artigo 1.836 do Código Civil:²⁹ “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna”. Para

²⁶BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ SCHREIBER; LUSTOSA, op. cit., p. 861-862.

²⁸Ibidem, p. 862.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 7.



melhor compreensão, Anderson Schreiber e Paulo Lustosa³⁰ citam o seguinte exemplo: “Logo, se o falecido deixa quatro avós de duas linhas paternas e apenas um avô da linha materna, a este caberá um terço da herança, ficando os avós paternos com um sexto cada.”

É importante salientar que o reconhecimento da filiação ou parentalidade *post mortem* é objeto de crítica na doutrina, como, por exemplo, Paulo Luiz Netto Lôbo³¹. A respeito do tema, Christiano Cassettari³² entende que as normas de direito sucessório devem ser plenamente aplicadas à filiação socioafetiva, ressaltando, porém, que nos casos em que a pessoa possua um pai socioafetivo, e dele já tenha recebido herança, e, ainda não tenha tido nenhum contato com o pai biológico em vida, esta não possuiria direito à herança do pai biológico:

[...] serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Porém, devemos ver com cautela o direito sucessório, pleiteado *post mortem*, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral, e dele já ter recebido herança. Acreditamos que a tese da socioafetividade deve ser aplicada às avessas, ou seja, também para gerar a perda de direito, pois, se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela.

Anderson Schreiber e Paulo Lustosa³³, embora reconheçam as críticas feitas pela doutrina quanto ao reconhecimento da parentalidade *post mortem*, parecem, contudo, discordar da referida posição, afirmando que a Constituição estabeleceu a isonomia entre os filhos, razão pela qual um vínculo parental não poderia ter menor importância ou menos efeitos do que outro:

Parece, todavia, que o reconhecimento jurídico da multiparentalidade associado à constitucional isonomia entre filhos assegura àquele que tem o vínculo parental biológico estabelecido, ainda que na presença de outro vínculo parental de origem socioafetiva, o direito pleno à herança de ambos os pais. A sofisticada tese de que o problema se resolve por meio da reparação do dano decorrente do descumprimento de deveres parentais perde força diante da decisão do STF que vem dizer justamente o oposto: inexistência de paternidade de segunda categoria ou de menor hierarquia, ou, ainda, paternidade com efeitos parciais.

Em que pese a relevância da crítica doutrinária a respeito deste tema, o entendimento fixado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e na fixação da tese de Repercussão Geral nº 622 foi no sentido de que, nas hipóteses de existência de múltiplos

³⁰SCHREIBER; LUSTOSA, op. cit., p. 862.

³¹LÔBO apud SCHREIBER; LUSTOSA, op. cit., p. 860.

³²CASSETTARI, op. cit., p. 137.

³³SCHREIBER; LUSTOSA, op. cit., p. 860.



vínculos parentais, não é possível estabelecer uma hierarquia ou preferência entre eles, ou selecionar os efeitos atribuíveis a cada um deles. Sendo reconhecido o vínculo de parentalidade, deve-se atribuir todos os efeitos dele decorrentes.

É importante salientar que, em que pese o presente trabalho tenha analisado tão somente os efeitos e as controvérsias originadas pelo reconhecimento da multiparentalidade no âmbito do Direito de Família e no Direito das Sucessões, é certo que as consequências desta afetarão diversos outros ramos do Direito, como bem salientaram Anderson Schreiber e Paulo Lustosa:³⁴

Nota-se que, além dos efeitos no campo do Direito de Família e no Direito de Sucessões, o vínculo de parentalidade repercute também no Direito das Obrigações (por exemplo, na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores e no regime aplicável aos contratos de doação ou compra e venda entre pais e filhos), bem como em diversos outros ramos jurídicos, tais como o Direito Administrativo (vedação ao nepotismo), Eleitoral (regras de inelegibilidade), Processual (regras de suspeição do juiz e de produção de prova testemunhal), Penal (circunstância agravante da pena) e Previdenciário (benefícios para dependentes).

É necessário, portanto, que a doutrina dos diversos ramos do Direito passe a se debruçar sobre as regras que serão afetadas pelo reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tais casos a cada dia se tornam mais comuns na sociedade e gerarão cada vez mais controvérsias e debates nos tribunais pátrios.

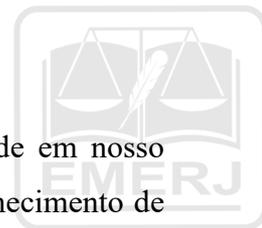
CONCLUSÃO

Na presente pesquisa foi possível constatar a importância do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 pelo STF, o qual atribuiu efeitos jurídicos às famílias multiparentais, as quais, embora tenham se tornado um modelo familiar muito comum na sociedade brasileira, ainda não possuíam reconhecimento no âmbito jurídico.

Assim, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, o STF fixou a tese de repercussão geral nº 622, a qual dispõe que “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”.

Com isso, em uma só decisão, o STF afirmou que não existe hierarquia entre vínculos parentais de origem biológica e socioafetiva, atestou a possibilidade de existência de mais de dois vínculos parentais, reconheceu a multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico, bem como atribuiu-lhe todos os efeitos jurídicos.

³⁴Ibidem, p. 856.



Tendo o referido julgamento aberto as portas para a multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico, certo é que surgirão muitas demandas pleiteando o reconhecimento de mais de dois vínculos parentais concomitantes e, com isso, também surgirão controvérsias a respeito da aplicação das normas brasileiras a este modelo familiar.

O presente trabalho dedicou-se a analisar, em especial, as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade no âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões, como a possibilidade de pleitear alimentos em face de todos os pais e mães com quem possua vínculo parental; bem como a possibilidade de herdar o patrimônio de todos os pais e mães. Além disso, o presente trabalho analisou quais seriam as soluções às controvérsias jurídicas que surgirão em virtude disso, como, por exemplo, como será feita a divisão da herança nos casos em que o filho falecer antes dos pais e não deixar descendentes.

Não se pode esquecer, contudo, que as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade não se restringem ao âmbito do Direito de Família e Direito das Sucessões, mas, produzirá efeitos também no Direito das Obrigações, Direito Processual, Direito Penal, Direito Eleitoral e Direito Previdenciário.

Diante disso, destacou-se a importância de que a doutrina passe a analisar a aplicação das normas de nosso ordenamento jurídico às famílias multiparentais, eis que estas já são uma realidade em nossa sociedade e que nosso ordenamento, sistematizado com base na biparentalidade, ainda não possui todas as respostas para as controvérsias que poderão surgir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.924*, de 17 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.



_____. *Provimento n° 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 898.060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0282687-28.2012.8.19.0001*. Relator: Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.40960>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0128515-55.2017.8.19.0001*. Relator: Desembargador José Acir Lessa Giordani. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700172917>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0022714-79.2015.8.19.0209*. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700106319>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0013384-47.2013.8.19.0203*. Relator: Fernando Cerqueira Chagas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201600176389>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e paternidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte de Louisiana. *Smith v. Cole* (553 So. 2D 847, 848) Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1670353/smith-v-cole/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

IBDFAM. *Enunciados serão diretrizes para decisões de Família e Sucessões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo. Efeitos jurídicos da multiparentalidade.
Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824/pdf>> Acesso em: 31 mar.
2019.



A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Amanda Ferreira Almeida

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica.
Advogada.

Resumo – o Direito Processual Penal passou por inúmeras transformações, podendo-se considerar a maior delas advinda da Lei nº 9.099/95. Com esta, foram regulamentados os Juizados Especiais Criminais e inseridas medidas voltadas a proporcionar uma justiça restaurativa, já utilizada - há tempos - por outros países. A essência do trabalho é abordar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal, bem como identificar o desdobramento procedimental gerado a partir da escolha da corrente jurídica adotada. Com isso, será possível concluir os limites da atuação dos membros do Ministério Público nos crimes de ação penal privada.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Legitimidade. Ministério Público. Transação Penal. Ação Penal Privada.

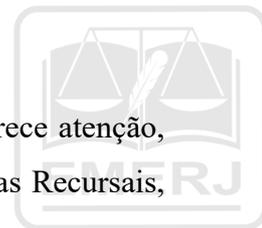
Sumário – Introdução. 1. A aplicação das medidas despenalizadoras trazidas pela Lei nº 9.099/95 nos crimes de ação penal privada. 2. A divergência acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal. 3. O Ministério Público como proponente da transação penal na ação penal privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o membro do Ministério Público propor transação penal ao acusado nos delitos perseguidos por ação penal privada. Procura-se demonstrar que a inexistência de proposta gera consequências muito relevantes de ordem penal ao futuro réu e a conseqüente necessidade de ponderação de princípios.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir a relevância do papel do Ministério Público, ainda que não seja parte, na ação penal privada.

A Constituição Federal de 1988 ordenou a criação dos Juizados Especiais Criminais e a Lei nº 9.099/95 passou a regular os institutos adequados ao procedimento adotado no Órgão, dentre eles, a transação penal, com o fim de pôr em prática a justiça negociada. Será tratado, ainda, a discussão acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade, aplicável ao Ministério Público.



O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que traduz situação recorrente nos Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as correntes acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal e a influência direta que a corrente adotada pelo julgador repercutirá no procedimento penal do acusado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a função das medidas despenalizadoras introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.099/95 e aplicáveis aos crimes de ação penal privada, especialmente a transação penal.

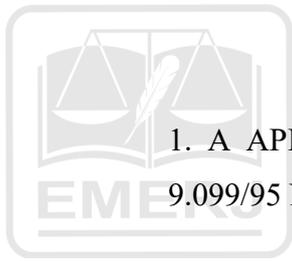
Segue-se elencando, no segundo capítulo, a divergência acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal e as diversas correntes defendidas pelos doutrinadores. Ainda, será analisada qual destas prevalece nos Tribunais superiores atualmente e se estão em conformidade com os princípios protetores ao réu.

O terceiro capítulo busca, de fato, analisar a legitimidade do *Parquet* em propor a transação penal quando o acusado responde pelo cometimento do crime e a parte ofendida - polo ativo da ação penal - decide por não oferecer a proposta. Neste sentido, na medida em que a escolha da teoria acerca do assunto será determinante para compreender a possibilidade de atuação do MP, faz-se necessária prévia discussão e aferição da legalidade/constitucionalidade de tal consequência.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende desenvolver situações hipotéticas, por meio das quais será viável compreender e analisar o objeto da pesquisa, objetivando comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Adota-se a natureza exploratória para permitir a familiarização com o assunto abordado. As fontes primárias utilizadas se materializam nos dispositivos legais, enquanto as secundárias nos livros de doutrinadores renomados no ramo do direito processual penal, bem como em trabalhos acadêmicos anteriormente produzidos e jurisprudência dos Tribunais superiores.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, traduzindo-se em uma compilação e análise de conceitos, teorias, bibliografia de referência sobre o tema específico da pesquisa e aplicações práticas dos institutos tratados.



1. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 9.099/95 NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, previu a necessidade da criação dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Contudo, deixou de conceituar o objeto da norma, delegando tal função ao legislador infraconstitucional.

A Lei nº 9.099/95¹ pode ser definida como um marco ao processo penal brasileiro no que tange a ideologia da solução de conflitos criminais, haja vista tenha adotado uma série de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras. Assim, a norma regulou efetivamente o funcionamento do Juizados, bem como introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os institutos da composição civil dos danos, da transação penal, da representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa e da suspensão condicional do processo. Ainda, suprimindo a omissão anteriormente mencionada, definiu as infrações penais de menor potencial ofensivo como as contravenções e crimes aos quais a lei penal comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, da Lei nº 9.099/95² – alterada pela Lei nº 11.313/06³).

Com o advento da Lei:

[...] princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso [...].⁴

Neste sentido, ganhou relevância a chamada “Justiça Penal Negociada” – igualmente conhecida como *plea bargaining* – por meio da qual o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa.⁵ Há quem afirme⁶, portanto, que os institutos atrelados à essa justiça consensual importariam em uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade regrada,

¹ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

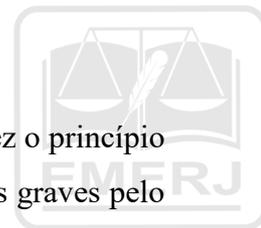
² Ibid.

³ Idem. Lei nº 11.313/06, de 28 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em 06 mai. 2019.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal - volume único*. 5. ed. rev., ampl., e atual. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1437.

⁵ ORTEGA, Flávia Teixeira. *Qual a diferença entre as justiças restaurativa, reparatoria e negociada?* Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/366954356/qual-a-diferenca-entre-as-justicas-restaurativa-reparatoria-e-negociada>>. Acesso em: 29 out. 2018.

⁶ SILVA, José Alfredo de Paula. *Princípio da obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3300/principio-da-obrigatoriedade-na-lei-n-9-099-95>>. Acesso em: 29 ago. 2018.



vinculado ao Ministério Público. A Resolução nº 181/17, do CNMP sepultou de vez o princípio ao regulamentar o acordo de não-persecução penal nos delitos considerados menos graves pelo legislador.

Apesar de facilmente identificáveis as inúmeras vantagens da justiça negociada, esta também é alvo de críticas. Minoritariamente, na doutrina, entende-se que há violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, que de interventor necessário se torna mero expectador do conflito, o qual não possui mais controle jurisdicional e nem se submete ao limite da legalidade, limitando-se a homologar o acordo. Desta forma, o juiz estaria se beneficiando, pois seu volume de trabalho é reduzido e a sua produção quantitativa aumenta.

A reprimenda segue no sentido de que a justiça negociada “contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor. (...) a Lei nº 9.099/95 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social.”⁷ Por fim, seria o instituto um instrumento de pressão, que ensejaria em autoacusações falsas, testemunhos caluniosos desigualdade de tratamento e insegurança.

Em juízo contrário, porém, é amplamente aceito que os Juizados buscam observar os critérios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, com o fim de beneficiar o jurisdicionado.

Impende ressaltar que os institutos da transação, composição civil dos danos e *sursis* processual não se limitam ao âmbito do Jecrim, isto é, são aplicáveis a quaisquer infrações penais cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos. Tal abrangência acaba gerando discussão doutrinária acerca da natureza da competência do Juizado. Segundo Ada Pellegrini⁸, esta “é de ordem material e tem base constitucional, portanto é absoluta”. Já doutrina mais moderna entende diversamente⁹, pois, apesar de ser absoluta a fixação de competência com base no interesse público, pode ser modificada pela lei e pela vontade das partes.

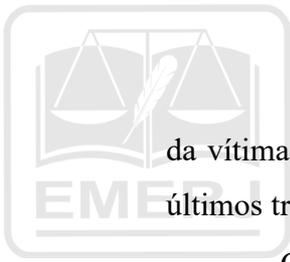
No que tange ao procedimento dos Juizados, em regra, noticia-se o fato em repartição policial, onde será lavrado termo circunstanciado e o encaminhamento ao Jecrim. A justa causa – autoria e materialidade -, por sua vez, é extraída do termo ou da queixa-crime – ação privada.

A perseguição dos crimes elencados no ordenamento jurídico, em regra, se dá por meio de Ação Penal Pública Incondicionada. Nos casos em que o legislador decidiu por bem excepcioná-la, o fez expressamente. Existem, portanto, dispositivos que exigem a representação

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 781.

⁸ GRINOVER apud NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 541.

⁹ LIMA, op. cit., p. 1450.



da vítima, como, também, os que informam que o delito se procederá mediante queixa. Estes últimos traduzem, portanto, os crimes de Ação Penal Privada.

Como exemplo mais comum, encontra-se a figura da injúria, calúnia e difamação, classificados como crimes contra a honra. São eles de competência do Jecrim, haja vista possuírem como pena detenção de, no máximo, 2 (dois) anos, e/ou multa. Portanto, em regra, a estes delitos se aplicam os institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95.

Em sede de audiência preliminar, que poderá ser presidida pelo juiz togado ou pelo conciliador, a lei impõe a presença do MP, suposto autor do fato, vítima, advogados e, se possível, do responsável civil. Contudo, não são raros os casos em que o Ministério Público não está presente e as propostas de transação penal/suspensão condicional do processo são apostas em formulário nos autos, ferindo o princípio da ampla defesa e direitos humanos fundamentais. Igualmente periódicos são as situações de audiência do defensor, ocasião em que o acordo é feito sem a devida intervenção de defesa técnica. Neste contexto, a audiência deve ser considerada nula.

10

A composição civil dos danos – prevista nos arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95¹¹ - é primeira tentativa de solução consensual, “de modo que o acordo entre imputado e vítima, com vistas à reparação dos danos decorrentes do delito, gera um título executivo judicial”.¹² Possui como principal efeito a extinção da punibilidade e a renúncia do direito de queixa ou representação, obstando a instauração do processo criminal ou acarretando a sua extinção. Alguns autores¹³ consideram seu cabimento apenas nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação. Homologado o acordo, a sentença terá natureza de título executivo judicial, capaz de ensejar execução no juízo cível.

Frustrada a tentativa de composição civil, há possibilidade de oferecimento da transação penal - art. 76 da Lei¹⁴ -, a qual pressupõe o oferecimento, do MP ao acusado (em regra), de cumprimento de pena de multa ou restritiva de direitos em troca da não instauração de processo criminal. Com o seu advento, nasceram, também, muitas controvérsias acerca de sua natureza jurídica e o comportamento do juiz em razão do seu não oferecimento – que serão tratadas no Capítulo 2 -, bem como problemas relativos ao seu descumprimento.

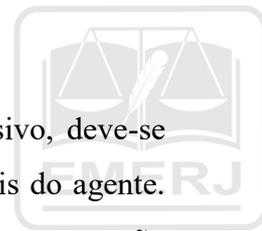
¹⁰ NICOLITT, op. cit., p. 546.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² AURY, op. cit., p. 753.

¹³ BATISTA apud NICOLITT, op. cit., p. 546.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



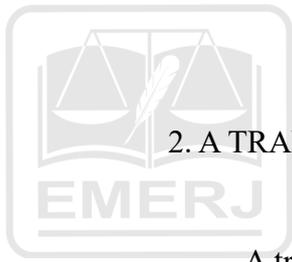
Vale ressaltar que por mais que o crime seja de menor potencial ofensivo, deve-se verificar a relevância jurídico-penal da conduta, bem como características pessoais do agente. Quanto a estas, algumas impedem a concessão do instituto, como: a reincidência, a concessão anterior há menos de 5 anos, bem como se os antecedentes, conduta social e personalidade do agente forem desfavoráveis. Ora, tais requisitos devem ser analisados de forma atenta, pois poderia caracterizar um *bis in idem*, violação ao princípio da presunção de inocência, privilegiar o direito penal do autor, entre outros retrocessos.¹⁵

A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei¹⁶, poderá ser proposta pelo *Parquet* no caso dos delitos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, suspendendo-se o processo pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que preenchidas certas condições. Após o período de prova, o juiz declara extinta a punibilidade e o processo. Caso haja descumprimento, o processo volta a tramitar de onde parou.

O *sursis* processual abrange delitos que não necessariamente são da competência dos Juizados, ampliando, assim, a sua incidência. Deve haver, portanto, proporcionalidade entre o delito cometido e a submissão ao período de provas. Na prática, muitos juízes acabam fixando o lapso temporal abaixo do mínimo previsto em lei, pois não seria proporcional estabelecer restrições por 2 (dois) anos por um crime apenado em meses – o que está longe de ser pacífico nos Tribunais. Mesmo tendo caráter negocial, representa um ônus, possuindo, assim, caráter punitivo – apesar de não ser pena.

¹⁵ AURY, op. cit., p. 753.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.



2. A TRANSAÇÃO PENAL E A DIVERGÊNCIA ACERCA DE SUA NATUREZA JURÍDICA

A transação penal é um instituto do processo penal aplicável aos delitos de menor potencial ofensivo, isto é, a crimes ou contravenções penais cujas penas máximas não ultrapassam 2 (dois) anos. Prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95¹⁷, trata-se de um acordo entre órgão acusador e acusado antes mesmo do início da ação penal propriamente dita, a fim de evitar a instauração do processo e substituir eventual cumprimento de pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ou multa.

Alvo de críticas, o instituto já chegou a ser entendido como inconstitucional logo no início da vigência da Lei por alguns doutrinadores, como Geraldo Prado¹⁸, pela razão de que “devido processo legal” da transação não existiria, pois o instituto consistiria exatamente em o imputado “abrir mão” do devido processo legal:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo mas por conta da culpabilidade. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas.

Todavia, quando a Carta Magna instituiu os Juizados, ela legitimou a transação penal no que se refere à aplicação antecipada de pena. Ademais, a medida se justifica em razão da ampla defesa do agente. Defende Polastri¹⁹ que:

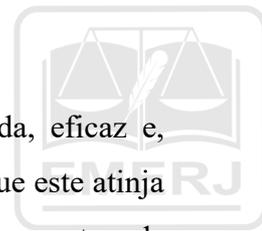
O procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional, um procedimento consensual e célere, em que se visa à não-propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições estabelecidas na lei. O Estado propõe um acordo que é aceito pelo autor do fato para ser beneficiado por um procedimento com consequências mais leves, ou seja, pagamento de uma multa ou cumprimento de uma pena restritiva de direito, e, após o cumprimento das condições, terá extinta a punibilidade. Por outro lado, aqui não se afere culpa e, assim, não há se falar em descumprimento do princípio da não-culpabilidade.

Norteados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, o benefício é capaz de evitar a morosidade do judiciário e, ao mesmo tempo, diminuir a sensação de impunidade da população em relação a esses delitos menores. Por meio

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁸ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

¹⁹ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1011.



desta, busca-se uma compensação pelo suposto crime cometido de forma rápida, eficaz e, principalmente, consensual. A lei, com o intuito de regulamentar o instituto para que este atinja a sua finalidade correta, exigiu, para tanto, o preenchimento de alguns pressupostos de admissibilidade na realização do acordo.

O primeiro deles, já mencionado, é a necessidade de se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo. São elas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não é superior a 2 (dois) anos. No entanto, vale ressaltar que a Súmula nº 536 do STJ²⁰ vedou a formulação do acordo em se tratando de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha²¹.

Em segundo lugar, para ser beneficiado, o autor da infração não pode ter sido condenado à pena privativa de liberdade por outro crime. Nesta hipótese, há necessidade de trânsito em julgado do delito. Note-se que o doutrinador não optou por dizer “reincidente”, pois esta redação restringiria por demais a aplicação do instituto. Assim, aqueles já condenados por crimes, mas apenados com pena restritiva de direitos ou multa, fazem jus ao benefício.

Igualmente não pode ter sido o agente beneficiado por outra transação penal nos 5 anos que antecederam a nova proposta formulada. Esta é uma das desvantagens do instituto, que, por outro lado, possui como vantagens não gerar reincidência ou maus antecedentes, bem como não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidades.²²

Por fim, o último pressuposto é que os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente e circunstâncias do delito sejam favoráveis ao acusado. Trata-se, portanto, de requisito subjetivo a ser analisado pelo ofertor antes de formular a proposta.

Impende salientar que o legislador ambiental exigiu, no art. 27 da Lei nº 9.605/98²³, que em se tratando de crime ambiental, somente será proposta a transação penal se tiver havido prévia composição do dano à natureza, salvo se comprovada a sua impossibilidade.

O momento de oferecimento do acordo é, em regra, em sede de audiência preliminar, ou mesmo antes desta. Segundo o art. 79 da Lei nº 9.099/95²⁴, deverá, ainda, haver nova tentativa de conciliação e transação no curso do processo, isto é, a oferta pode ser renovada no início da

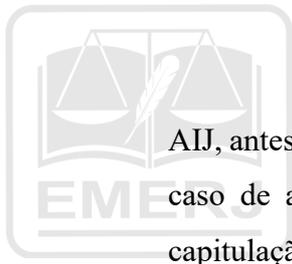
²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 536 do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=91>> Acesso em: 01 abr. 2019.

²¹ Idem. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

²² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 755/756.

²³ BRASIL, *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

²⁴ Idem., op. cit., nota 1.



AIJ, antes do recebimento da denúncia pelo magistrado, ou, como defendido por Brasileiro²⁵, em caso de alteração da classificação do fato delituoso - *emendatio libelli* -, sendo esta nova capitulação uma infração de menor potencial ofensivo. O doutrinador Gustavo Badaró²⁶ também destaca a possibilidade de, quando a nova definição jurídica ocorrer em segundo grau, ou seja, mesmo após o recebimento da denúncia, ser o julgamento convertido em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada a audiência para a efetivação da transação penal.

Contudo, antes da análise da legitimidade acerca de seu oferecimento e do procedimento propriamente dito, é necessário debruçar acerca da natureza jurídica do instituto, tema de grande divergência doutrinária.

Minoritariamente, Geraldo Prado²⁷ defende que a transação penal é uma discricionariedade da acusação. Segundo o autor, “o espaço de decisão do Ministério Público, fora dos parâmetros estritamente ajustados pelo legislador, é bastante pequeno. É mínimo, todavia existe!” Para ele, portanto, não há qualquer incompatibilidade entre o não oferecimento da proposta e o princípio da obrigatoriedade, que estará abarcada tanto no ato de denunciar ou de transacionar. O que seria uma situação jurídica de vantagem acaba se convertendo em direito a ser punido.

Por outro lado, corrente amplamente majoritária entende que se trata de um direito subjetivo do réu. O doutrinador Eugênio Pacelli²⁸ leciona que:

Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. (...) segundo o comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal (...) A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa.

Acompanhando o entendimento majoritário, Aury Lopes²⁹ ensina que “É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal. Dessa forma é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever”. Segue a mesma

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal* - 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1464.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152

²⁷ PRADO, op. cit., p. 156.

²⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 783.

²⁹ LOPES JR., op. cit., p. 752.

direção Renato Brasileiro³⁰, que se refere ao instituto da transação penal como sendo um “direito público subjetivo do autor do fato delituoso”. Ainda, Polastri³¹, entende que:

se trata de poder-dever do Ministério Público e não mera faculdade de propositura da transação, uma vez que, presentes os requisitos objetivos e subjetivos legais, deverá o *parquet* apresentar a proposta.” (...) “e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu direito subjetivo, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *jus puniendi* original) mais benéfica.

Neste sentido, aqueles que defendem tal corrente ainda ressaltam a necessidade de fundamentação do Ministério Público no caso de recusa ao oferecimento da proposta, com fulcro no art. 43, III, da Lei n° 8.625/93³², podendo, ainda, ser provocado em caso de omissão.

Portanto, verifica-se que o primeiro posicionamento acaba, naturalmente, por diminuir a aplicação do acordo, que se torna mero arbítrio da acusação. No entanto, a corrente que se filia ao direito público subjetivo do réu é, de fato, mais protetiva a este, devendo ser adotada.

Por meio de uma interpretação ampla do microssistema do processo penal, conclui-se, então, que a intenção do legislador era reconhecer o direito do acusado, desde que este preencha os requisitos que entendeu necessários, posição esta que já vem sendo adotada pelos tribunais. Observa-se que, em sede do julgamento do HC n° 75.343-4/MG³³, o STF reconheceu que não há discricionariedade do MP e, em caso de recusa, a solução é a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP³⁴ (Súmula n° 696 do STF³⁵), por analogia, remetendo-se o feito ao Procurador-Geral de Justiça.

³⁰LIMA, op. cit., p.1464.

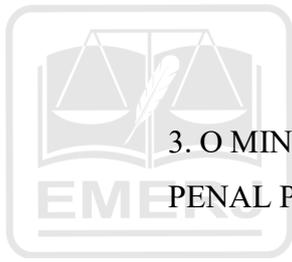
³¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

³² BRASIL, Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

³³ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n° 75.343-4. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75917>>. Acesso em 01 abril 2019.

³⁴ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

³⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 696 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>>. Acesso em 01 de abr. 2019.



3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PROPONENTE DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Conforme verificado anteriormente, a lei expressamente legitima o *Parquet* a oferecer a proposta de transação aos crimes de menor potencial ofensivo perseguidos por ação penal pública. Contudo, silencia acerca dos crimes de ação penal privada, nos quais é o particular o titular da ação.

Assim, surge o seguinte questionamento: a omissão do legislador foi proposital por não entender cabível o instituto a tais casos – silêncio eloquente - ou trata-se de simples lacuna por mero esquecimento?

A doutrina se divide acerca do cabimento do instituto nas ações penais privadas, uma vez que, em tese, o poder punitivo pertence ao Estado, não devendo o particular se imiscuir na questão. Pollastri³⁶ - e ao seu lado Ada Pellegrini Grinover³⁷, Damásio de Jesus³⁸ e Mirabete³⁹ - se manifesta no seguinte sentido:

Não comungamos da posição dos autores supracitados, que entendem ser possível, com socorro da analogia, a aplicação da transação em relação à ação privada. (...) a vítima não tem interesse na aplicação da pena, pois, como já vimos, tal interesse é do Estado, e daí não ter o dispositivo legal se referido à ação penal privada e tão-somente à pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente, o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão.

Por outro lado, posição mais protecionista ao réu entende ser aplicável o instituto nas ações penais privadas, como Pacelli⁴⁰, ao afirmar que “a exclusão procede por incompatibilidade lógica entre o regime da transação penal e a recomposição civil dos danos (art. 74, da Lei 9099/95⁴¹).” Renato Brasileiro⁴² defende o mesmo ao conceituar o instituto em seu Manual: “acordo celebrado entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso (...)”.

³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1010.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 122-123 e 133.

³⁸ JESUS, Damásio Evangelhista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.84.

⁴⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 789.

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 15 abr. 2019.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1459.

Até mesmo os tribunais superiores se posicionam de maneira controversa, uma vez que o STJ⁴³ entende, majoritariamente, pela admissibilidade da transação nas ações privadas e o STF⁴⁴, por sua vez, costuma julgar contrariamente.

Entendendo-se pelo cabimento, certos doutrinadores lecionam que a formulação da proposta deve ser feita pelo próprio particular, pois, neste caso, ele é quem detém a titularidade da ação penal, sendo o MP mero fiscal da norma jurídica.

Coaduna com este posicionamento Pacelli⁴⁵, ensinando que “quando cabível, a transação penal nas ações privadas haverá de exigir a sua propositura por parte do querelante, que é, na realidade, o legitimado para a iniciativa penal, ou titular do direito de ação”.

Renato Brasileiro⁴⁶ esclarece que “sendo cabível a transação penal (...) é dever do Juiz suscitar a manifestação do querelante, porquanto a legitimidade para o oferecimento da proposta é exclusivamente dele.” Também diz o autor, acompanhando o STJ⁴⁷:

Nas hipóteses de ação penal privada, recai sobre o querelante a legitimidade para o oferecimento da proposta de transação penal. Assim, na fase preliminar, deve o magistrado questionar o ofendido ou seu representante legal acerca do oferecimento da proposta de transação. Como o juiz não pode conceder o benefício de ofício, nem tampouco se admite a formulação de proposta pelo MP, a recusa do querelante em oferecer a proposta inviabiliza por completo a concessão do referido benefício.⁴⁸

Situação outra pode ser presenciada caso o particular se negue a ofertar a proposta. Nesta hipótese, para que seja possível identificar o procedimento adequado a ser seguido, faz-se imperioso acolher uma das correntes acerca da natureza jurídica da transação penal.

Caso o entendimento adotado seja o da discricionariedade do acusador – neste caso, o querelante – procede-se à análise da queixa-crime pelo juízo e seu eventual recebimento, dando início à ação penal. Aury Lopes⁴⁹, adepto a esta corrente, defende que:

no processo penal o acusador não exerce “pretensão punitiva” alguma, muito menos há substituição processual. O acusador (público ou privado) é titular do *ius ut procedatur*, ou seja, o poder de proceder contra alguém. Diverso é o poder punitivo, que está nas

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 634/RJ*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj/inteiro-teor-21606556?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 2.969 – AgR/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725161>>. Acesso em: 15 abril 2019.

⁴⁵ PACELLI, op. cit., p. 789-790.

⁴⁶ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1461.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no HC 33.929/SP*. Relator: Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2-stj/relatorio-e-voto-13014606?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁸ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1464.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 758.



mãos do Estado-juiz e que somente pode ser efetivado após o pleno exercício da pretensão acusatória (e não punitiva). Assim, não vemos obstáculo algum a que a transação penal se opere na ação penal de iniciativa privada, posição, aliás, que vem merecendo abrigo jurisprudencial nos últimos anos.

Inversamente, optando-se pela ideia de que subsiste um direito subjetivo do acusado, apesar de o querelante não ofertar a proposta, deverá o próprio Ministério Público fazê-lo. Aury Lopes⁵⁰ é adepto desta possibilidade de aplicação do instituto.

O Enunciado nº 112⁵¹, aprovado no XXVII FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, realizado em Palmas/TO dispõe que: “Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.”

Apesar de não ser vinculante, os enunciados do FONAJE possuem caráter elucidativo aos aplicadores do direito, servindo como uma orientação formada pelo estudo e extração do melhor sentido da norma.

Na hipótese de o Parquet também entender que não merece o acusado ser beneficiado pelo instituto e, discordando o juiz, há quem defenda que o feito deveria ser remetido ao PGJ, como analogia ao art. 28 do CPP⁵². Polastri⁵³ aplica, expressamente, este dispositivo aos crimes de ação penal pública, ao lado de Ada⁵⁴, respeitando o princípio da obrigatoriedade.

Mirabete⁵⁵, contudo, entende contrariamente, pois o MP teria discricionariedade para simplesmente rejeitar o oferecimento da transação, bastando que justifique sua escolha e somente comunicando o ato ao PGJ.

Critica-se tal procedimento, pois a última palavra passa a ser do Ministério Público, podendo ofender o direito subjetivo do acusado, bem como nega a garantia de jurisdição, pois afasta do juiz a proteção das garantias do acusado. Neste sentido, Aury⁵⁶ e Renato Brasileiro⁵⁷.

Minoritariamente, há quem defenda, ainda, que o próprio juiz seria legitimado ao oferecimento da transação penal, respeitando-se totalmente o direito subjetivo do acusado, uma vez preenchidos todos os requisitos exigidos pela lei. Aury⁵⁸ pontua que:

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ BRASIL. *FONAJE*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵³ LIMA, op. cit., nota 31, p. 1013.

⁵⁴ GRINOVER, op. cit., p. 126

⁵⁵ MIRABETE, op. cit., p. 80-84.

⁵⁶ LOPES, op. cit., p. 756-757.

⁵⁷ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1464,

⁵⁸ LOPES, op. cit., p. 759 (2017)



Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito à transação pena) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.

Com relação à ação penal pública, Weber Martins Batista e Luiz Fux⁵⁹ também entendem que o juiz pode tomar a iniciativa de oferecer a transação mesmo tendo o MP ofertado a denúncia, desde que preenchidos os requisitos exigidos. Damásio de Jesus⁶⁰, no mesmo sentido, leciona que o juiz pode propor a medida de ofício caso o *Parquet* não o faça.

Apesar desses autores não se manifestarem expressamente sobre a ação penal privada, melhor entendimento seria estender tal possibilidade a este procedimento, uma vez que a lógica seria idêntica.

Não admitem tal postura do juiz Ada⁶¹, Polastri⁶² e Pacelli⁶³, este último concluindo que “não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de ao menos duas partes. É por isso que não se pode permitir que o próprio juiz realize, com o réu, a transação penal, A presença do Ministério Público é indispensável.” Segundo este autor⁶⁴, a alternativa correta - e prevista em lei - a ser adotada pelo juiz em caso de discordância seria a rejeição da denúncia por ausência de justa causa ou de interesse de agir.

⁵⁹ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 322.

⁶⁰ JESUS, op. cit., p. 67.

⁶¹ GRINOVER, op. cit., p. 125-126.

⁶² LIMA, op. cit., nota 31, p. 1012.

⁶³ PACELLI, op. cit., p. 783.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 783-784



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do papel das partes no processo penal, mais especificamente, do Ministério Público no que pertine as ações penais privadas.

Em tese, causaria estranheza a atuação do *Parquet* em tais procedimentos, uma vez que o titular da ação é o querelante. Todavia, no decorrer do presente trabalho, foi possível verificar a possibilidade de interferência de outras figuras que não somente a vítima e autor do fato.

O passo principal dado para chegar a esta conclusão foi o esclarecimento acerca das vertentes existentes sobre a definição da natureza do instituto da transação penal. De um lado, uns defendem que se trata de mera faculdade do membro do MP. De outro, há que defenda a preponderância de um direito subjetivo do réu.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a segunda corrente deve ser adotada, pois decidir em sentido diverso ofenderia a lógica dos Juizados Especiais Criminais, bem como direitos protegidos constitucional e, até, internacionalmente.

Partindo-se deste pressuposto, verificou-se que, em se tratando de um direito subjetivo do réu, nos casos de a ação penal ser privada, ainda que a lei não se manifeste expressamente neste sentido, deve ser conferido ao querelante o oferecimento da proposta. Se este não o fizer, não há se falar em qualquer ofensa ao ordenamento jurídico a legitimidade exercida pelo *Parquet* para que o faça.

Vislumbrou-se, ainda, a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 do CPP, o qual prevê a remessa dos autos ao PGJ, que decidirá sobre a questão. Apenas doutrinadores em grande minoria defendem que o juiz também poderia fazê-lo.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a lei não deve ser interpretada de forma que a omissão se torne uma proibição. Ao contrário, constatou-se que a justiça restaurativa vem ganhando cada vez mais força por ensejar resultados céleres, eficazes e benéficos para a sociedade como um todo.

Ficou evidente, por essas razões, que o Ministério Público possui legitimidade para a propositura da transação penal nas ações penais privadas caso o querelante não o faça e o querelado atenda aos requisitos – subjetivos e objetivos – previstos em lei.

Felizmente, este tem sido o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, que parecem caminhar no sentido de uma evolução ideológica da justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. *FONAJE*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Lei n° 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *APn 634/RJ*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj/inteiro-teor-21606556?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no HC 33.929/SP*. Relator: Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corporus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2-stj/relatorio-e-voto-13014606?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq. n° 2.969 – AgR/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725161>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 696 do STF*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>>. Acesso em 01 de abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 75.343-4*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75917>> . Acesso em 01 abr. 2019.



FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOVSTTI, Sheila Mayra Lustoza de Souza. *Justiça penal negociada*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Alfredo de Paula. *Princípio da obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3300/principio-da-obrigatoriedade-na-lei-n-9-099-95>>. Acesso em: 29 ago. 2018.



A DECISIVA PARTICIPAÇÃO DAS CORTES DE SOBREPOSIÇÃO NA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Amanda Sivieri Naves

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

Resumo – a duração razoável do processo bem como a eficácia da prestação jurisdicional frequentemente entra em colisão quando se verifica a demora na prestação jurisdicional. A tutela satisfativa demandada pela parte no exercício do direito constitucional de ação na maioria das vezes não é prestada pela demora do julgamento. Em segundo grau de jurisdição o problema se torna ainda mais grave, tendo em vista a necessidade de uniformização de entendimento e de segurança jurídica. A essência do trabalho é abordar os motivos e as consequências práticas que a violação constitucional enseja nas relações jurídicas que versam sobre o mesmo tema.

Palavras-chave – Direito Processual. Órgãos Colegiados. Poderes do Relator.

Sumário – Introdução. 1. A duração razoável do processo e a estabilização das situações jurídicas. 2. O pedido de vista e sua produção de efeitos. 3. A maximização da Corte diante da espera da decisão final. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as consequências negativas da morosidade das decisões na suprema corte e seus impactos na democracia. Para tanto, o que se propõe no presente artigo são formas de minimizar o poder abusivo dos instrumentos processuais que impedem o julgamento célere e eficaz das demandas propostas nos Tribunais Superiores.

Procura-se demonstrar que o julgamento tardio de uma demanda traz consequências graves à democracia e, sobretudo, ao país; seja na seara da economia ou na seara dos direitos fundamentais.

Para que seja possível uma discussão sobre as consequências acima mencionadas, serão abordadas discussões e conceitos doutrinários acerca dos instrumentos processuais contidos no Código de Processo Civil, dos princípios na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, bem como nas disposições dos regimentos internos dos Tribunais, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal. Também serão discutidos os papéis da jurisdição constitucional e da suprema corte nos tempos atuais.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 5º, LXXVIII, o direito fundamental a razoável duração do processo para as partes em litígio. No entanto, na realidade dos tribunais, a duração dos processos se estende por prazos longos, prejudicando as



partes. Em se tratando de processos objetivos como as Ações de Declaração de Inconstitucionalidade, os efeitos danosos atingem não só grande parte da sociedade, mas também a própria democracia.

Diante disso, surgem as reflexões: é possível obter um julgamento eficaz e célere com prazos estabelecidos na legislação? Seria possível o controle de constitucionalidade acerca dos julgamentos feito por decisões monocráticas no STF? É possível um julgador manter a parcialidade e não se valer dos instrumentos processuais que demonstram uma simpatia à determinada causa, como no pedido de vistas ou julgamento de liminar sem afetá-la ao pleno?

O tema é bastante polêmico uma vez que as consequências dos julgamentos feitos por meio de liminares produzem efeitos não só no objeto do processo, mas também em todo o ordenamento jurídico e nas relações dos brasileiros. Tem-se, portanto, efeitos macro processuais e micro processuais.

Para melhor compreensão do tema, analisaremos alguns importantes julgamentos de liminares feitos no Supremo Tribunal Federal sob a ótica dos prazos para análise do pleno e suas consequências na ordem democrática do direito.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma análise sobre a duração razoável do processo e a estabilização das situações jurídicas. Pretende-se discutir os efetivos danos causados diante da procrastinação do julgamento tanto para as partes quanto para um julgamento de mérito satisfatório como a jurisdição deve ser prestada.

Segue-se, no segundo capítulo, demonstrando a importância do pedido de vista no âmbito de um julgamento pelo colegiado e na formação da jurisprudência. Também nesse capítulo será feita uma análise segundo o Código de Processo Civil e seus impactos na celeridade processual.

O terceiro capítulo busca demonstrar o papel de destaque que a corte ocupa diante da do seu exercício da jurisdição. A sociedade se volta para o pronunciamento da palavra final da Corte, bem como para a estabilização da jurisprudência e a consequente 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.

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 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ESTABILIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

A Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVI¹, tornando direito fundamental a duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação. É consabido que a doutrina já o considerava princípio implícito. O professor Alexandre Câmara² sobre o assunto assevera que a duração razoável está ligada à efetividade e à economia processual, e que não pode ser apenas visto como critério temporal, embora a percepção do tempo seja muito importante por seus efeitos deletérios:

[...] a solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º do CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito (o que significa dizer que não basta obter-se a sentença em tempo razoável, devendo ser tempestiva também a entrega do resultado de eventual atividade executiva). A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença do processo de conhecimento [...].

Importante questão a ser enfrentada é a eficácia das decisões quando há a violação do princípio da duração razoável do processo. No caso do STF, a demora é especialmente revelada por meio do pedido de vista quando esse é desvirtuado de seu papel original. Como se sabe, o pedido de vista é um curto período de tempo em que o ministro estuda melhor a questão para se posicionar sobre o assunto. Entretanto, tem sido a principal fonte de adiamento do julgamento da questão pelo pleno e, como consequência, consolidar no tempo esse ou aquele *status quo*.

Em tema de processo civil, quanto mais tempo se passar antes de uma solução definitiva, tanto maior será o prejuízo imposto às partes e, em especial, a quem tem seu direito tutelado pelo ordenamento. Mas não só isso. A doutrina³ cunhou o termo danos marginais para explicitar que ambas as partes sofrem com a demora processual. Voltando a atenção à Corte Constitucional, os exemplos de prejuízos socioeconômicos são fartos, processos que se protraem no tempo imobilizam bens e capitais, quebram empresas, inutiliza a tutela à parte que não pode esperar.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c-civil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

²CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.19.

³DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 209.



É certo que há o tempo necessário de desenvolvimento válido do processo para oportunizar às partes as garantias constitucionais de ampla defesa, contraditório e paridade das armas. A duração razoável deve levar em conta também a complexidade do litígio e o modo da prestação de serviço das autoridades envolvidas. Esse artigo pontua que se a decisão final for inútil, por não produzir nenhum efeito benéfico e eficaz, então a morosidade processual se tornou um dano socioeconômico.

No âmbito do STF, com a procrastinação do julgamento, os efeitos das situações tendem a causar danos aos jurisdicionados, e muitas das vezes danos irreversíveis. A segurança jurídica fica abala por causa da suspensão dos processos decorrentes da repercussão geral da questão em julgamento, que atinge grande número de jurisdicionados.

Para que uma questão seja julgada pelo órgão do plenário do STF e assim confira à decisão estabilidade e aos jurisdicionados segurança jurídica, o relator deverá liberar o processo para julgamento no pleno. Posteriormente, o Presidente do STF deverá incluir o processo na pauta para julgamento e quando do julgamento, caso algum ministro decida exercer seu direito de pedir vistas, que observe o prazo regimental.

De tudo isso, é necessário verificar a eficácia da decisão quando o julgamento é obstaculizado pelos meios judiciais acima mencionados. O exame de eficácia das decisões proferidas pelo STF, até mesmo no controle de constitucionalidade, deve passar por uma crítica democrática baseada no princípio da segurança jurídica, que está intimamente relacionada com o princípio da duração razoável do processo.

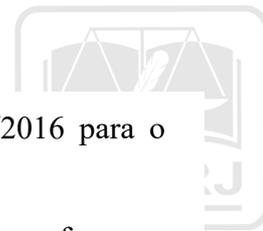
O propósito deste trabalho não é aferir um juízo de valor sobre a decisão proferida pelo ministro, mas sim analisar a razoabilidade entre o tempo de duração das referidas ações e a eficácia da decisão prolatada pelo eminente ministro, diante do princípio da duração razoável do processo.

A célebre assertiva de Rui Barbosa⁴, citado pelo Des. Alexandre Câmara, sintetiza o diagnóstico que já aquela época pesava sobre o sistema judiciário brasileiro, obtemperou em discurso a turma de 1920 da USP: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

Um exemplo de efeito prejudicial pode ser percebido com a demora no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566471⁵. Autuado no Supremo em 09/10/2007 sob a relatoria do

⁴BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635659/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 3 abr. 2019.



Ministro Marco Aurélio de Melo, teve o pedido de vista deferido em 28/09/2016 para o Ministro Alexandre de Moraes e liberado para julgamento em 01/08/2018.

O mencionado recurso versa sobre a obrigatoriedade da União em fornecer medicamentos de alto custo. O tema afeta milhões de brasileiros em situações similares que necessitam de remédios caros que não são custeados pelo Sistema Único de Saúde e que os cidadãos em sua grande maioria não dispõe de recursos para custear.

De um lado tem-se o interesse do cidadão que depende dos referidos medicamentos para sua sobrevivência, o que vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, e, do outro lado, o interesse da União diretamente relacionado ao impacto da decisão nos cofres públicos e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Seja qual for a decisão tomada pelo pleno, impactará diretamente na vida de milhares de jurisdicionados. No entanto, a decisão deve ser tomada a fim de conferir segurança jurídica ao tema e pôr termo a longa espera pela decisão do Supremo.

Em uma análise de ponderação entre a razoabilidade e de outro lado a eficácia das decisões, não se mostra razoável a demora - por mais de 10 (dez) anos - do julgamento de um processo com vistas a sanar possíveis erros de Políticas Públicas. Depreende-se de tudo isso que o silêncio do Tribunal a respeito dos temas alta importância é tão ou mais prejudicial quanto o julgamento pela improcedência do objeto.

Como se vê, após tanto tempo torna-se impossível modificar certas situações consolidadas pelo tempo, justamente em decorrência da demora do julgamento. O longo caminho até a decisão final traz tantos impactos que quando possível, para minimizar os efeitos da mora do julgamento, a técnica conhecida como modulação de efeitos é um paliativo válido.

A questão se torna mais acentuada quando há deferimento de tutela de urgência em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela de urgência cumpre importante papel ao dirimir partes dos riscos advindos da demora do trâmite processual, entretanto sua concessão gera impactos à outra parte da relação processual.

No particular, merece ser notado que no âmbito da Suprema Corte em que os litígios têm alta carga política, a tutela de urgência, via de regra, é deferida de modo singular, pelo relator do processo. A questão torna-se tormentosa quando a decisão liminar não é referendada pelo colegiado. Sob essa ótica, os efeitos superam a simples retirada da questão de cunho político dos congressistas, o tratamento legal da situação é dada pelo íntimo convencimento motivado de um ministro, quer de entendimento majoritário ou minoritário na matéria em julgamento.



E esse é um acentuado problema a ser enfrentado, a “crise do sistema colegiado” que impacta diretamente nas relações entre os particulares e muitas vezes desestimulam investimentos econômicos no país. Trata-se das decisões monocráticas que deveriam ser submetidas ao pleno e, no entanto não são. A imagem que se cria é a de que o colegiado é exercido e o entendimento que prevalece se divide em tantos ministros quantos os que compõem os Tribunais. A consequência desse isolamento de decisões se materializa na insegurança jurídica, a depender de qual ministro será sorteado como relator e as possibilidades de prevalecer essa ou aquela orientação antes da palavra final do pleno.

2. O PEDIDO DE VISTA E SUA PRODUÇÃO DE EFEITOS

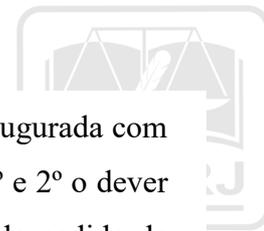
O pedido de vista nos órgãos colegiados dos tribunais é um importante instrumento a serviço da formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, e isso se adequa ao art. 926 do CPC. O referido instituto processual é utilizado, em sua normalidade, quando é submetida à apreciação dos julgadores uma questão de grande complexidade técnica-jurídico.

Como se sabe, as decisões proferidas pelos Tribunais devem ser decisões nas quais conste a participação do colegiado, ou seja, que todos os membros possam votar conforme sua convicção acerca do tema. O pedido de vista permite ao ministro analisar as controvérsias debatidas nos autos para formar seu convencimento acerca do assunto em discussão no plenário ou rever a sua decisão.

É salutar o debate entre concepções de Direito e sua incidência no caso, entretanto o que somente deve prevalecer é o entendimento do colegiado a fim de que a efetivação do precedente seja inteligível e aplicável. E isso também contribui para imparcialidade dos julgadores e afasta os deletérios efeitos de manipulação processual para ver prevalecer argumentos de vaidade do julgador.

Por conseguinte, o trâmite prolongado para responder as questões jurídicas com várias implicações econômicas e sociais e para a formação de jurisprudência dominante é prejudicial aos jurisdicionados, a demora processual dificulta a formação de precedentes coerentes, a disputa por ponto de vistas dos julgadores dificulta a identificação da *ratio decidendi*.

Ao retirar o feito do debate, a norma permissiva pressupõe que o julgador esteja em dúvida ou lhe falte convicção para o voto. Todavia, o desrespeito reiterado ao regimento interno ou ao prazo fixado no CPC, permite ao julgador o manejo do tempo de duração do processo, propor o debate em outra fase de repercussão social, escolher a composição do órgão fracionado ou pleno.



Nesse contexto, é digna de nota a evolução da sistemática processual inaugurada com o CPC de 2015⁶. O artigo 940 abaixo transcrito disciplina nos seus parágrafos 1º e 2º o dever do presidente do órgão colegiado de imprimir a devida marcha processual. Se do pedido de vista decorrer 10 dias e renovado ainda outros 10 dias a pedido do julgador, o feito deve ser requisitado pelo presidente e o julgamento prosseguir.

Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.

§ 2º Quando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal.

Em que pese os prazos processuais conferidos aos magistrados ser impróprios, uma vez que a fluência do prazo não impõe consequências processuais, fato é que como resultado dessa complexidade o novo rito processual procurou ser mais rígido na busca pela celeridade processual e legitimou a requisição pelo presidente dos autos ociosos.

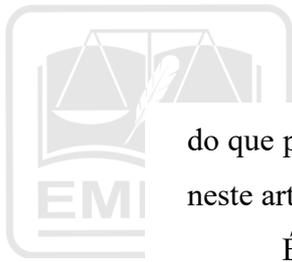
É necessário compreender que qualquer dilação além dos prazos previstos é resistência a por um fim ao caso em julgamento. Trata-se de um desserviço ao jurisdicionado que almeja ver sua causa finalizada qualquer que seja a decisão. E se a demora do pedido de vista é tão significativa que se chega a perder o objeto da ação, pouco importa o esmero do voto de quem pediu a pausa.

Também é verdade que a celeridade processual deve ser tratada conjuntamente com o duplo grau de jurisdição. Diversas são as razões que legitimam a existência do direito do jurisdicionado a ter sua causa reapreciada por outro órgão. A doutrina⁷ elege duas como primordiais; a irresignação que é própria do ser humano diante de uma derrota, e a falibilidade humana que pode acarretar *erro in iudicante* por parte do julgador solitário.

Divagações de cunho filosóficas não será objeto desse trabalho, conquanto a existência das várias críticas da validade ou não dos argumentos em que apoia o duplo grau de jurisdição são respeitáveis e merecem estudos. Aferir se a decisão revisora é a que foi equivocada, se a postura do primeiro julgador da causa é a mais afinada com a lei. E de outro lado o aspecto de irresignação pode representar maior grau de desconfiança das soluções do aparelho judiciário

⁶BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04. fev. 2019.

⁷FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 731.



do que propriamente a natureza humana. Temas esses de Teoria Geral do Direito não tratados neste artigo.

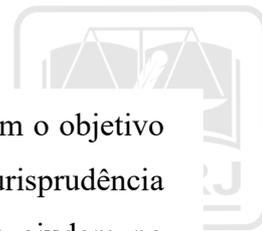
É no duplo grau de jurisdição que se exerce o pedido de vista. A experiência tem demonstrado que a morosidade no julgamento não é garantia de um acórdão mais justo ou com melhores argumentos jurídicos. O órgão colegiado, a rigor, toma conhecimento da mesma causa em momentos diferentes, julga a lide diante de circunstâncias econômico-sociais- dissociadas, inclusive do próprio órgão que pode já não manter sua composição que primeiro apreciou a lide.

O que diferencia o uso produtivo do pedido de vista e a acumulação infrutífera das causas nos tribunais é o respeito ao prazo estabelecido para sua duração. Nesse contexto, prevalecendo o desrespeito infrutífero aos prazos, há falar ainda em lesão ao direito do jurisdicionado em razão dos tramites burocráticos e contra os quais hoje não há instrumentos claros e hábeis a reversão de tal prejuízo.

Embora o código de processo civil viabilize alguns instrumentos a fim de remediar as mazelas do tempo, cita-se o pedido de tutela antecipada, as medidas cautelares e o pedido de efeito suspensivo a alguns recursos. Fato é que para sustar os efeitos de uma decisão ou de deferimento de liminar o trâmite é extremamente moroso, tais pedidos podem ser apreciados no momento de admissibilidade e se vinculado via petição no desenvolver do processo no tribunal, a apreciação será em sessão de julgamento na maioria esmagadora das vezes o que será inviabilizado se os autos não estiverem conclusos, como é o caso do pedido de vista.

O pedido de vista tangência também a formação de jurisprudência dominante que seja coerente e coesa como meio de qualificar e dar celeridade ao julgamento das causas repetitivas que congestionam o Poder Judiciário. Tem-se um estado de incerteza somado a elevados índices de congestionamento de causas no primeiro grau, o que faz sobejar críticas às instituições e aos órgãos de sobreposição. As divergências de interpretações do direito positivo, sem a preocupação por parte dos julgadores de atingir um ponto comum, impõem consequências complexas na sociedade que reclama soluções em tempo hábil.

Ainda antes do novo código de processo civil não havia dúvidas de que o entendimento da súmula de jurisprudência de qualquer tribunal era de observância obrigatória para o julgador de primeiro grau. A independência do juiz é garantia as partes de igualdade de tratamento na forma do devido processo constitucional, não significa de modo algum chancela estatal ao arbítrio do julgador. Nesse contexto, a manifestação dos órgãos colegiados é importante viés de garantia de imparcialidade no direito positivo em prol da igualdade.



E isso é construído com o apreço pelo colegiado da matéria de direito com o objetivo que vise à construção de um ponto de vista comum para a formação de uma jurisprudência dominante. Que o pronunciamento seja construído com balizas objetivas que ajudem no enfrentamento das questões de direito positivo que tem efeito multiplicador nas demandas. O benefício advindo é a maior rapidez no julgamento das causas, o que confere efetividade aos princípios da eficiência e igualdade estabelecidos como matriz constitucional.

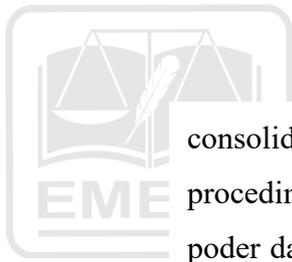
Reitera-se que a independência e autonomia estritamente vinculadas ao pedido de vista, não podem ser consideradas como licenciosidade utilizada pelo magistrado para fazer prevalecer percepção individual do que seria justo no caso concreto e descumprir o princípio da colegialidade, tudo isso acarreta insegurança jurídica e falta de previsibilidade dos efeitos jurídicos de atos decisórios. Como exemplo, veja-se que a partir do momento em que o STF declara uma Lei constitucional não cabe mais ao aplicador do direito se abster de aplicá-la, fixado enunciado de súmula vinculante o descumprimento do entendimento ali estampado é supedâneo de reclamação as cortes de sobreposição⁸.

No que se refere aos órgãos colegiados, o espírito da nova legislação processual civil é a produção de jurisprudência que funcione como um dos fatores que imprima celeridade, justiça e segurança jurídica, isso porque quaisquer que sejam as partes envolvidas na causa, se dentro do contexto fático apresentado, esse se emoldurar àquela debatida e consolidada no tribunal, é obrigatório que a solução a ser dada tenha respaldo na interpretação jurisprudencial do direito positivo em conflito.

O pedido de vista desmedido importa em prejuízos sociais e defasagem naquilo que produtivamente se propõem a realizar em termos do instituto; o exame do caso concreto em suas minúcias, a avaliação das provas produzidas e os fatos controvertidos, bem como as normas jurídicas aplicáveis ao caso. O magistrado que lançar mão de tal faculdade deve procurar se manifestar no sentido de assegurar clareza na análise da questão e no pronunciamento judicial. A construção da cognição aprimorada diante da complexidade da causa que ensejou o pedido de vista passa pela demonstração do contexto fático e a forma de incidência da Lei ao caso concreto.

É extremamente benéfico ao Poder Judiciário a adesão dos membros de órgãos colegiados ao entendimento de que a manutenção da súmula de jurisprudência clara e

⁸BRASIL. op. cit. nota 6. Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.



consolidada favorece a igualdade de tratamento aos jurisdicionados, a simplificação dos procedimentos, a produtividade eficiente em tempos de sobrecarga social e política nesse poder da República. Não se justifica a alternância de entendimento conforme composição do órgão, o que muitas vezes leva a mudança da jurisprudência pela renovação de um único julgador, em especial quando a maioria é formada em quórum apertado. A alternância deve ser acompanhada por mudanças sociais ou legislativas.

Assim, o pedido de vista deve ser visto com a primordial função de contribuir em aspectos do caso e da incidência do direito positivo em sua solução, com o especial fim de obter uniformização da jurisprudência que ajude as instâncias inferiores no enfrentamento da crescente litigiosidade social e na imperiosa necessidade de atender ao comando constitucional de razoável duração do processo.

3. A MAXIMIZAÇÃO DA CORTE DIANTE DA ESPERA DA DECISÃO FINAL

Para prosseguir na discussão acerca dos efeitos da espera das decisões é necessário ponderar sobre a supremacia da Corte Suprema no que se refere ao desempenho de sua função constitucional no Estado democrático brasileiro, e o conseqüente crescimento do Poder Judiciário em relação aos poderes legislativo e executivo.

O fenômeno da expansão global do judiciário não é uma característica brasileira, nem tampouco da América latina. Tal fenômeno pode ser percebido em diversos países, embora cada qual tenha seu próprio sistema jurídico.

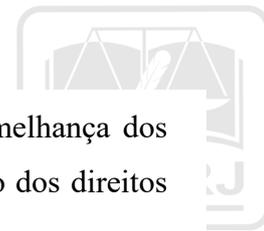
O ponto de enlace que aproxima esses diferentes países do mencionado fenômeno é a constatação de que os poderes eleitos democraticamente violam direitos fundamentais sob a chancela da lei criada por eles⁹.

Diante disso, houve a necessidade de positivizar os direitos fundamentais nas Constituições dos países democráticos, bem como a necessidade de criar Tribunais com a principal função de garantir a observância e o respeito a esses direitos¹⁰.

No Brasil não foi diferente. A positivação dos direitos fundamentais está atualmente elencada no artigo 5º da CRFB/88 de forma exemplificativa, uma vez que não é possível considerar todos os direitos fundamentais do homem na Carta Magna.

⁹BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 4.

¹⁰Ibid., p 4-8.



No entanto, não houve a criação de um Tribunal Constitucional à semelhança dos países europeus com a função de julgar casos em que se constataram a violação dos direitos fundamentais ou afronta a carta constituinte.

Essa função de guarda da constituição foi delegada ao Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102, I, “a” da CRFB/88¹¹, exercendo assim a função de órgão contramajoritário, anulando os atos dos outros Poderes em favor das minorias, que muitas vezes são alijadas dos projetos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Importante ressaltar que além da função contramajoritária exercida pela Suprema Corte, essa desempenha outros dois papéis, quais sejam o representativo e em algumas ocasiões o papel iluminista. O papel representativo pode ser percebido quando a Corte atende aos reclames sociais não concretizados pelo Poder Legislativo. O papel iluminista, por sua vez, é exercido pela Corte quando, por meio de seus julgados, promove avanços sociais e consequentemente muda a forma de como a sociedade é conduzida ideologicamente, o que faz aproximar o convívio nacional das situações jurídicas dos países europeus que maximizam os direitos fundamentais dos indivíduos¹².

A Corte ganha papel de destaque entre os outros poderes, uma vez que desempenha a função judicante, ou seja, de julgar e poder dizer o que está ou não está conforme a carta constitucional e que certamente produz efeitos nas outras esferas de poder republicano.

A despeito das funções da Corte ser exercidas pelo órgão colegiado, em muitas vezes o poder de tomar decisões se concentra nas mãos de alguns ministros de forma individual. Esse poder concentrado pode ser percebido quando as decisões são tomadas apenas por um ministro e não pelo órgão colegiado, violando assim o princípio da colegialidade.

Um exemplo recorrente é o caso das decisões liminares exaradas pelos ministros no bojo de uma medida cautelar em um processo objetivo. Essas decisões monocráticas e de natureza precária proferidas por apenas um ministro possuem uma carga decisória bastante modificativa da realidade. Suas consequências, sejam de ordem patrimonial ou não, transformam a realidade e por serem decisões pendentes de confirmação pelo colegiado acabam produzindo efeitos que ao final pode ou não ser confirmados pelo pleno.

Outra maneira de concentrar o julgamento nas mãos de um ministro e, dessa forma, obstar o julgamento pelo Tribunal pleno seria o exercício por parte dos ministros do direito de pedir vista dos autos a fim examiná-los mais detalhadamente para a prolação da decisão final.

¹¹BRASIL. op. cit. nota 1.

¹²Barroso, Luis Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Aheadofprint. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. p. 3.



Atualmente, no Supremo Tribunal Federal há 235 processos com pedidos de vista no plenário¹³, um número considerado baixo se analisado o volume de processos que a Corte julga anualmente, entretanto são processos com alta carga política e que impactam a vida da sociedade brasileira.

Assim, a espera dos julgamentos tem o efeito sobre a Corte de maximizá-la em relação aos demais Poderes, uma vez que a partir de sua decisão é que os atos desses poderes serão considerados válidos e eficazes quando submetidos ao controle judicial.

Cite-se, por exemplo, o julgamento do Recurso Extraordinário – RE 635659/SP¹⁴ - sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que está em pauta para julgamento em 5 de julho de 2019.

Não há dúvidas de que o julgamento é esperado para dar fim a enorme controvérsia que gira em torno da questão, qual seja se o porte de drogas para uso pessoal configura crime, sendo certo que o teor da decisão impactará em centenas de processos no país.

Autuado em fevereiro de 2011, o mencionado Recurso Extraordinário havia sido objeto de pedido de vista por parte do Ministro Teori Zavascki em setembro de 2015 e somente liberado para julgamento pelo Ministro Alexandre de Moraes em novembro de 2018 e incluído na pauta para julgamento em dezembro de 2018. O julgamento ainda poderá ser interrompido caso algum ministro solicite vista dos autos.

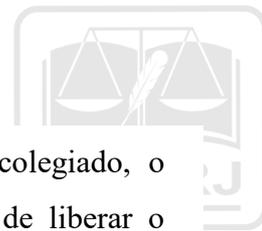
Como se vê, a espera prolongada do julgamento fomenta a imagem do Judiciário na sociedade brasileira, o que de certa forma estabelece uma desconfiança e insegurança jurídica em todos os envolvidos, quando a suprema corte por meio de seus onze ministros julga a demanda sem qualquer indicativo de que rumo tomará e quando será.

A espera pela decisão do Supremo também percorre um longo caminho que é decidido a princípio por apenas um ministro, o relator do processo¹⁵. Ante a ausência de uma medida liminar, o julgamento de um processo pelo pleno ainda passa por uma espécie de triagem. Distribuída a ação no Supremo Tribunal Federal, o ministro relator decide se a questão está apta a ser julgada pelo órgão colegiado, turma ou plenário.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. *Pedido de vista*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>> Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 635659/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pauta/verTema.asp?id=94206#>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁵ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-3002018000100013&script=sci_abstract&tlng=pt>



Após o relator ter liberado o processo para julgamento do órgão colegiado, o Presidente da Corte decidirá o dia para julgamento. Essa discricionariedade de liberar o processo para o julgamento do órgão colegiado consiste no denominado poder de agenda que o Presidente da Corte possui¹⁶.

O julgamento ainda poderá ser obstado caso algum ministro exerça o seu direito de pedir vistas como se viu, que poderá durar meses ou até anos. O pedido de vista em meio ao julgamento de uma demanda que levou meses ou até anos para ser levado ao pleno deixa dúvidas quanto ao real propósito do pedido.

Tal questão para alguns críticos doutrinários¹⁷ é vista como uma arma poderosa a fim de evitar medidas que podem comprometer determinados setores da sociedade e, de outro lado, para atender interesses diversos, bem como adiar ainda mais o julgamento definitivo da questão. E cabe ressaltar, como já dito, o pedido de vista é um instrumento legítimo a disposição dos julgadores quando não desvirtuado de sua finalidade, a fim de se evitar decisões temerárias e desconexas com a realidade.

Com efeito, a espera pelo julgamento e pela decisão final do Supremo Tribunal Federal ainda produz outro efeito negativo, exalta a imagem do Poder Judiciário em relação aos outros poderes. A expectativa de solução de conflitos, até mesmo em questões políticas, acaba gerando na sociedade um sentimento de descrédito em relação aos outros poderes e, ao mesmo tempo, ao sentimento de que somente a suprema corte poderá de fato governar e dizer o caminho a ser seguido, certamente um desserviço à Democracia.

A consequência mais gravosa desse cenário de crescente maximização da corte sinaliza para o declínio da independência dos poderes, quando o próprio Supremo Tribunal começa a decidir matérias que a princípio caberiam ao executivo ou legislativo.

Apesar de representar um descompasso na balança dos Poderes, o Poder Judiciário não estará isento de decidir sobre questões políticas e cada vez com maior frequência. Isso se dá com o fenômeno da judicialização das questões políticas. Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso:¹⁸

[...] a judicialização, portanto, constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. Esse arranjo, inclui o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento. Desnecessário dizer que a judicialização é

¹⁶O poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos. *Ibid.*, p. 6.

¹⁷ARGUELHES. op. cit. nota 15.

¹⁸BARROSO, Luis Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Aheadofprint. Disponível em: <<http://www.publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 14 fev. 2019 p. 10



potencializada nos países de Constituições analíticas, sobretudo as que consagram direitos econômicos e sociais, como é o caso da África do Sul, da Colômbia e do Brasil, por exemplo. [...].

Assim, tanto na tomada de decisão política, quando na tomada de uma decisão liminar, o julgamento pela corte ou por um ministro acaba elegendo o Poder Judiciário como o Poder mais influente e em certa medida, o mais estável.

Em um Estado democrático de direito, questões políticas acabam por fazer parte de decisões jurídicas. O que não se deve aceitar é que instrumentos processuais acabem tendo seus fins desvirtuados para preterir um ou outro demandado.

CONCLUSÃO

A pesquisa fomenta o princípio da duração razoável do processo, a análise da atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do pedido de vista quando do julgamento do órgão colegiado, especialmente em relação às questões de repercussão geral e que geram insegurança jurídica, bem como sobre os efeitos da tutela antecipada, serviu de laboratório para esse trabalho.

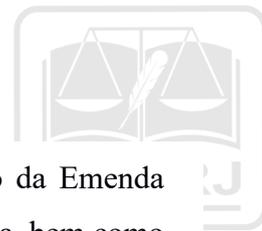
A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 incluiu como direito fundamental do cidadão a duração razoável do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Com isso, a Carta Magna assegura que o processo administrativo ou judicial não se arraste por anos nos tribunais a ponto do resultado ser ineficaz às partes, e nem que seja julgado num espaço de tempo insuficiente para dirimir a questão que foi submetida ao judiciário.

Dessa forma, busca-se evitar possíveis erros provenientes de um julgamento superficial, com cognição sumária, distante da realidade provada nos autos e manifestamente contrária ao que foi demandado.

Esse direito fundamental foi recebido pelo ordenamento jurídico como um princípio a ser atendido pelos poderes judiciário e executivo. Há também certa preocupação na aplicação do princípio da duração razoável no que tange à elaboração das leis pelo poder legislativo.

Percebe-se, assim, que o mencionado princípio tem uma importância fundamental nas três esferas de poder da república, tendo em vista que as consequências da sua não observância resultam em graves prejuízos.



A positivação do princípio da duração razoável do processo por meio da Emenda Constitucional nº 45/2000 teve como fundamento a proteção da dignidade humana, bem como prestigia o Estado Democrático de Direito eleito pela Carta Magna de 1988, com o poder Judiciário estruturado em uma ordem Republicana que tem como fundamento a defesa dos direitos humanos.

Dessa forma, os princípios da duração razoável do processo, da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal a todos garantidos constitucionalmente, constituem o que se chama de efetiva proteção judicial, instrumento indispensável aos governados para que se possa viver a democracia plena.

Ao mesmo tempo em que a demora excessiva do julgamento afeta substancialmente o resultado da demanda e a qualidade da prestação jurisdicional, não é possível estabelecer o tempo certo do julgamento dos processos, ou seja estabelecer aritmeticamente quando o juízo ou o órgão colegiado concluirá os trabalhos para que possa enfim, proferir uma sentença de mérito.

O volume de processos submetidos aos magistrados e ministros é grande, cada litígio representa uma questão de direito material que demanda cuidado pelo julgador, por mais simples que seja a questão em apreciação para julgamento. É necessário levar em conta que as relações humanas se adiantam no tempo e que o direito positivo não possui todas as respostas prontas na Lei, de sorte que do julgador será exigido muito esforço na interpretação do ordenamento jurídico a fim de compor a lide com qualidade e em tempo exíguo.

É, portanto, imprescindível um olhar atento às questões jurídicas submetidas ao julgamento, bem como nas mudanças das relações humanas para que se possa diante do caso concreto aplicar uma resposta que seja a correta.

O mesmo olhar se dá em relação aos pedidos de tutela antecipada deferidos ou indeferidos pelo relator do processo no órgão colegiado. O deferimento ou o indeferimento do pedido acaba, ao final do processo, sendo inútil ou causando danos irreparáveis às partes conforme o tempo decorrido para o julgamento de mérito da matéria.

A conclusão a que se chega ao final é sobre a necessidade de ponderação entre a eficácia da prestação jurisdicional e o tempo para a prolação de uma decisão final, no alcance da expressão razoável.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: Decisões*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e iluminismo: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, Aheadofprint. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIERLE, José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 209.

FALCÃO, Joaquim; Hartmann, Ivar Alberto; Chaves, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

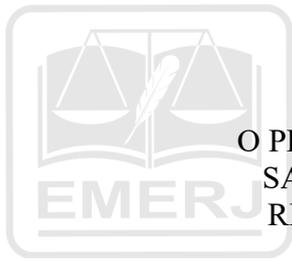
PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Direito processual civil: princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.



SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014.

SILVA, Mario Teixeira da. *Recursos cíveis e poderes do relator*. 2.ed. atual, Curitiba: Juruá, 2006.



O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A PROBLEMÁTICA DO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS CASOS DOS TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO, EXPERIMENTAIS OU NÃO PREVISTOS NA LISTA NO SUS

Ana Carolina Barradas Soares de Melo

Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec). Advogada.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar as questões atinentes aos limites do ativismo judicial na política pública de acesso à saúde à luz da CRFB, bem como analisar a dicotomia existente entre o argumento da reserva do possível e do mínimo existencial e, por fim, a possibilidade e os impactos das decisões do judiciário que determinam o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, de alto custo ou experimentais. Trata-se de matéria extremamente relevante e atual, na medida em que, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, a saúde pública vivência uma crescente crise, com falta de leitos em hospitais públicos, e obsolescência dos tratamentos e medicamentos disponibilizados à população carente. Nesse contexto, busca-se demonstrar a necessidade de adoção, por parte do Judiciário, de medidas enérgicas a fim de garantir direito fundamental previsto na Constituição, de forma a preservar o núcleo essencial do mínimo existencial, sem que isso signifique violação ao princípio da separação dos poderes.

Palavras Chave: Direito Constitucional. Direito à saúde. Separação dos poderes. Custeio de medicamentos e tratamentos pela administração pública.

Sumário: Introdução. 1. A dinamização da separação dos poderes e o enfraquecimento da democracia representativa como fatores para o protagonismo do judiciário na implementação do direito à saúde. 2. A aplicação das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial nas demandas que envolvem o direito à saúde. 3. A posição dos Tribunais Superiores acerca de casos polêmicos que envolvem o dever de custeio e garantia do direito à saúde pela Administração Pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, cujo tema aborda o protagonismo do judiciário na prestação do direito à saúde, tem por objetivo discutir a atuação do Poder Judiciário na política pública de acesso à saúde implementada pelo executivo, à luz do princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Procura-se demonstrar o crescente número de ações propostas em face da administração pública demanda, cada vez mais, uma atuação do judiciário a fim de assegurar àqueles que buscam sua ajuda o direito à saúde e à vida digna.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o judiciário pode ou não intervir no mérito administrativo, de forma a impor ao estado obrigações de prestar adequadamente o serviço de saúde pública.

A Constituição Federal de 1988 ressalta em seu primeiro artigo a adoção ao Princípio da Separação dos Poderes, impedindo que qualquer dos seus Poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário, intervenham um no outro. No entanto, a mesma Constituição confere ao Judiciário o dever de pacificação social de conflitos, devendo resguardar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais lá elencados, dentre eles o direito à saúde.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que a saúde pública é direito assegurado pela Constituição Federal e essencial para garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico de todo o ordenamento.

Para sua melhor compreensão busca-se delimitar o papel e atuação do Poder Judiciário à luz da CRFB e especialmente do Princípio da Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos. Procura-se, ainda, Analisar o confronto entre a limitação da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, de forma a verificar em qual dos polos se encontra o direito à saúde. E, por fim, apontar a possibilidade de intervenção do judiciário na política pública de acesso à saúde, de forma a garantir aos cidadãos uma vida digna.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a função e delimitando a atuação do poder judiciário, que, em regra, não pode se imiscuir nas políticas públicas, nem mesmo impor ao executivo obrigações de fazer ou pagar quando ligadas à questões atinentes à discricionariedade administrativa.

Segue-se ponderando no segundo capítulo, no entanto, que o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal, sendo imprescindível para preservação da dignidade da pessoa humana, e, como tal, faz parte do seletor rol denominado mínimo existencial, não podendo ser mitigado pela reserva do possível, principal argumento utilizado para não prestação adequada do serviço de saúde pública à população.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra a possibilidade de atuação do judiciário a fim de suprir as omissões da administração pública e garantir uma vida digna aos cidadãos. No entanto. Procura-se, também, fazer um contrassenso entre as decisões razoáveis e não razoáveis tomadas pelo Judiciário, com o fito de garantir a saúde, demonstrando que não é qualquer tratamento que deve ser custeado pela administração pública.

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 DINAMIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO FATORES PARA O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu segundo artigo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, ratificando a adoção das Constituições anteriores pelo princípio da separação dos poderes, símbolo do estado democrático de direito, tendo este sido erigido à cláusula pétrea (art. 60, §4º)¹, de forma a demonstrar a força e importância da independência e autonomia dos poderes.

Nos últimos anos, entretanto, o Poder Judiciário brasileiro tornou-se palco de inúmeros debates, levantando-se questionamentos acerca dos limites de sua atuação. É fato que a separação e independência absoluta dos poderes não foi o objetivo do poder constituinte, na medida em que a Carta Magna adotou o sistema de freios e contrapesos, imprescindível para conter eventuais abusos². No entanto, também não se pode afirmar que a interferência de um poder no outro pode ser feita irrestritamente, sob pena de violação da própria Constituição.

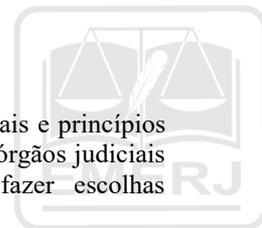
Assim, no que concerne à função típica do Judiciário, esta cinge-se à pacificação dos conflitos sociais, distribuindo justiça quando as partes não conseguem, por si só, encontrar solução para seu litígio. Segundo Luiz Roberto Barroso³:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Art. 60, CRFB. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

² PEREIRA, Wilson Medeiros. *Judicialização das políticas públicas de saúde* – Belo Horizonte: D’Plácido, 2015.p 44.

³ BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.



casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.

Com o enfraquecimento atual da democracia representativa, entretanto, gerada pelos grandes escândalos de corrupção e pela perda da moral do Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais destaque, de forma a aplicar seu alcance. Isso porque tanto o Legislativo quanto o Executivo vem passando por uma crise valorativa e simbólica, já que não são capazes de entregar à sociedade as respostas desejadas, como, por exemplo, a garantia do mínimo existencial. Segundo Ricardo Duarte Cavazzani:

[...] os partidos políticos, que poderiam ser vistos como um meio de levar os ideais do povo até as casas legislativas e lá efetivá-los, passou a ser uma central do poder político, visando mantê-lo nas mãos de uma minoria detentora e mantenedora do poder no Brasil, afastando-se de qualquer ideal democrático e de qualquer espécie de representatividade política, contribuindo para a crise da democracia representativa.⁴

Assim, com a crescente derrocada da democracia representativa, o judiciário passou a figurar como protagonista no papel de concretizar as políticas públicas⁵, como guardião de promessas e como última via para alcance da democracia.

Segundo João Carlos Medeiros de Aragão⁶ a judicialização da política no Brasil

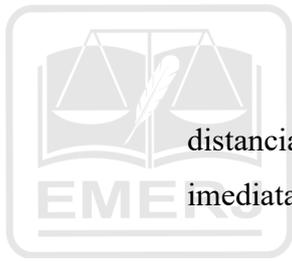
[...] despontou a partir das alterações constitucionais advindas da promulgação da Constituição de 1988, a qual modificou os instrumentos de proteção judicial e possibilitou que os tribunais se tornassem protagonistas na solução de questões polêmicas. A partir daí, políticos, autoridades, associações civis, governos estaduais e municipais passaram a recorrer a esses órgãos para fazer valer seus interesses.

Apesar de o Judiciário ser o único dentre os poderes cujos representantes não são eleitos pelo povo, suas decisões gozam de legitimidade e efetividade, conferidas pela própria Constituição, diante da coercibilidade de sua atuação muitas vezes contramajoritária e representativa, na medida em que invalida atos de outros Poderes em nome da Constituição e, em certas circunstâncias, atende à demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso. Assim, enquanto o Legislativo e o Executivo realizam suas funções típicas de maneira

⁴ CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do estado*. Acesso em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, programa de pós-graduação em direito. Defesa. Curitiba, 2011. p. 86.

⁶ CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. *A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 106



distanciada da vida do povo, o Judiciário possui uma atuação que os afeta direta, e imediatamente.

Dessa forma, os juízes são cada vez mais instados a participar de questões abarcadas pela função típica dos outros Poderes, sendo instigados a adentrar no mérito administrativo e forçar a implementação de políticas públicas ou até mesmo suprir omissões legislativas. Para Luiz Werneck Viana, tal fenômeno é decorrente, como já defendido, do enfraquecimento dos poderes que supostamente deveriam representar a população. Nesse sentido, Werneck Viana defende que⁷:

As razões de fundo do crescimento exponencial da litigação nos tribunais, tão bem descrita em artigos deste jornal por José Renato Nalini, ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, não encontram sua explicação apenas no comportamento de atores singulares, até porque litigar tem custos, ao menos de tempo, e os resultados são sempre incertos e, em regra geral, demorados. Elas, ao contrário, derivam da perda de credibilidade e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos, não restando outro recurso a uma cidadania desamparada e fragmentada senão recorrer à Justiça. O atual gigantismo do Judiciário e a monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface, como consensualmente registra a bibliografia, da falta de República e de suas instituições.

Nesse aspecto, a omissão e distanciamento dos Poderes Legislativo e Executivo acabaram por dar força à judicialização das políticas públicas, na medida em que a sociedade clama pela concretização rápida e eficaz dos direitos sociais elencados pelo art. 6º da Constituição Federal⁸.

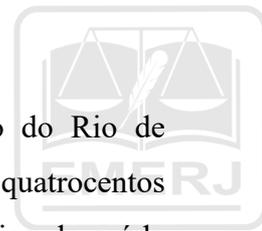
Para Luiz Roberto Barroso⁹, é perfeitamente possível ao judiciário atuar quando não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou então quando leis ou atos administrativos não são devidamente cumpridos. No entanto, nas hipótese em que há lei e atuação da administração pública de forma a implementar a Constituição, a “[...] interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.”

Dentre os direitos sociais previstos pela Constituição, encontra-se o direito à saúde e, intrinsecamente, o direito à vida, a qual o judiciário vem sendo constantemente provocado a interferir de forma a concretizar ou os garantir satisfatoriamente aos cidadãos.

⁷VIANNA, Luiz Werneck. *Não há limites para a patológica judicialização da política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁸BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁹BARROSO, op.cit, p 22.



Segundo dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁰, até julho de 2018, este mesmo Tribunal possuía 50.482 (cinquenta mil quatrocentos e oitenta e dois) processos em seu acervo, cujo objeto era a prestação do serviço de saúde pública. Dentre tais demandas, o pedido mais recorrente é de fornecimento de medicamentos e de internação hospitalar. No mais, rotineiramente depara-se com reportagens acerca da escassez de leitos, remédios, médicos, não sendo rara, infelizmente, a morte de pacientes enquanto aguardam atendimento.

Diante de tais fatos, fica claro que as políticas públicas implementadas pelo Executivo, especialmente quanto à saúde, não são suficientes para suprir a demanda da sociedade, motivo pelo qual busca-se, cada vez mais, a tutela jurisdicional, a fim de dar efetividade aos direitos tutelados pela Constituição, na tentativa de garantir uma vida digna a todos.

Assim, ainda que *prima facie* pareça que o Judiciário esteja se imiscuindo em questões que estariam fora de sua alçada, não se pode ignorar a necessidade de efetivação dos direitos sociais, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana à sociedade, epicentro axiológico da Constituição, o que possibilita sua atuação sem que haja afronta ao princípio da separação dos poderes.

Desse modo, atualmente, o Judiciário possui o papel de garantidor e concretizador dos direitos sociais não implementados ou mal implementados pelo Legislativo e Executivo, de maneira a suprir as demandas na sociedade e assegurar o mínimo existencial. Por outro lado, apesar da concretização dos direitos sociais ser uma necessidade, não se pode ignorar que o orçamento público possui limites, que estão cada vez mais diminuídos em razão da grave crise que assola o país, originando a Teoria das Escolhas Trágicas, tema que será abordado com maior profundidade no próximo capítulo.

2. A APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NAS DEMANDAS QUE ENVOLEM O DIREITO À SAÚDE.

Conforme exposto no capítulo anterior, as ações que buscam a efetivação do direito à saúde são cada vez mais corriqueiras. Por sua vez, o direito à saúde, e conseqüentemente à vida, é um dos direitos mais importantes, na medida que sem sua garantia os demais não possuem qualquer aplicabilidade, sendo este um pressuposto elementar para o exercício dos demais.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Comitê Estadual de Saúde*: dados estatísticos. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos?inheritRedirect=true>>. Acesso em: 04 set. 2018.



Sobre tal correlação, até mesmo o Supremo Tribunal Federal¹¹ já se manifestou:

[...] o direito à vida – bem essencial da pessoa humana, sem o qual é sequer possível cogitar de outros direitos – não pode ser encarado, ao menos para efeito da discussão que ora se trava, sob uma perspectiva meramente individual, devendo, ao revés, ser pensado como um direito comum a todos os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública.

Nesse sentido, o direito à saúde encontra-se inserido na segunda dimensão dos direitos fundamentais, devendo, portanto, o estado atuar ativamente para que este seja garantido, de forma a reduzir as desigualdades no plano fático.

No entanto, por ser este um dever prestacional do estado, encontra-se necessariamente dependente de recursos orçamentários. Portanto, pode-se dizer que a porcentagem de concretização desse direito pelo Executivo e Legislativo é diretamente proporcional ao quanto do orçamento é a ele destinado. Os recursos financeiros do estado são finitos, cabendo aos representantes eleitos pelo povo a escolha de como será manejada a verba pública e quais serão as prioridades, sendo certo que nos termos do art. 2º da EC 86/2015, há um piso de quanto deve ser dirigido à saúde.

Assim, não raro, o estado alega em sua defesa que não possui orçamento suficiente para arcar com tratamentos ou procedimentos médicos quando instado a tal pelo Judiciário. Mas será que, de fato, tal argumento pode ser acolhido?

Tanto a doutrina como jurisprudência defendem que nenhum direito fundamental é absoluto. Não à toa que é possível, por exemplo, tirar uma vida sem ser penalizado por tal ato, nos casos de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e estado de necessidade. Assim, se até mesmo o direito à vida pode ser limitado, como deve funcionar com o direito à saúde?

A reserva do possível, diga-se, o argumento de inviabilidade de concretização do direito em razão de ausência de orçamento, deve ser analisada sob três aspectos: 1) disponibilidade fática; 2) disponibilidade jurídica; e 3) razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

A primeira encontra-se intrinsecamente ligada à limitação e escassez dos recursos materiais disponíveis para atendimento da demanda. A segunda, por sua vez, encontra-se relacionada à autorização orçamentária para cobrir os gastos. Por fim, a terceira compreende na razoabilidade e proporcionalidade do requerimento feito pelo titular do direito.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n°3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 29 mai. 08. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm> >. Acesso em: 06 mai. 2019.

Assim, conforme conclui Marcelo Novelino¹²:

[...] as limitações orçamentárias que dificultam ou impedem a implementação dos direitos fundamentais sociais por parte do Estado só poderão ser invocadas com a finalidade de exonerá-lo de suas obrigações constitucionais diante da ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. (...).

Mas, então, poderia a reserva do possível ser utilizada como argumento para indeferimento de medidas garantidoras do direito à saúde pelo Judiciário? Ana Paula de Barcellos¹³ indica que o direito à saúde é integrante do seletor rol de direitos incluídos no mínimo existencial, que são, na realidade, conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida digna.¹⁴

Segundo Celso de Mello¹⁵, o mínimo existencial é absoluto, não podendo a reserva do possível impedir sua concretização:

IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDESSER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191--197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. [...]

Seria, contudo, contraditório afirmar que o mínimo existencial é absoluto, na medida em que nem mesmo o direito à vida o é. Assim, frisa-se, não há como se afirmar que o mínimo existencial é absoluto, mas sim que apesar de poder ser relativizado, o núcleo essencial dos direitos por ele englobados, deve permanecer íntegro. Isso porque, caso comprovado cabalmente que a administração pública, de fato, não possui disponibilidade jurídica ou fática para implantar determinada política pública, ou para garantir certo tratamento médico, não haveria como condená-lo, já que esta seria uma obrigação de cumprimento impossível.

Nesse contexto, merece ser observado o princípio da vedação ao retrocesso. Concretizado o direito, este não poderá mais ser suprimido, passando a ser, inclusive, um direito subjetivo do ser humano. Desse modo, deverá haver apenas evolução sobre a matéria – dever de progressividade, tanto no aspecto legislativo, quanto na implementação de políticas públicas, sendo considerado igualmente como retrocesso a sua estagnação.

¹² NOVELINO, Marcelo. *Curso De Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 483

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.



Nas hipóteses, portanto, em que há omissão ou inércia da administração pública na concretização do direito à saúde, caberá ao judiciário se imiscuir na temática, tutelando e garantindo a intangibilidade do núcleo essencial desse direito. Frisa-se que tal interferência do Judiciário não gera qualquer violação à separação dos poderes, na medida em que se está apenas conferindo eficácia ao texto constitucional. Sobre o tema, inclusive, já se manifestou do Supremo Tribunal Federal¹⁶:

Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a RE 482.611 / SC eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Ademais, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal¹⁷ possui entendimento consolidado no sentido de que é solidária a responsabilidade dos entes federados em matéria de saúde.

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.

Nesse aspecto, ainda que um dos entes não possua recurso financeiro para arcar com determinado tratamento, deverão os outros garantir a efetivação de tal direito.

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais ditos como mínimo existencial, e que apesar de nem mesmo tais direitos serem absolutos, não podem ter seu núcleo essencial atingido, nem mesmo pela alegação da reserva do possível. Além disso, a tutela do direito à saúde, assim como a dos demais direitos fundamentais, não permite retrocesso, devendo estar em constante evolução.

Esclarecendo-se tal ponto, surge, contudo, questionamento acerca de quais são os tratamentos médicos que devem ser custeados pela administração pública e o que seria razoável e proporcional de se exigir do estado, temática que será abordada no próximo capítulo.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

¹⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178 RG*. Tema 793. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 5 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 06 mai. 2019.



3. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DE CASOS POLÊMICOS QUE ENVOLVEM O DEVER DE CUSTEIO E GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Dentre inúmeras questões debatidas jurisprudência acerca do dever da administração pública em garantir o direito à saúde, pode-se destacar três temas extremamente relevantes: 1) o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS; 2) o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo; e 3) o custeio de tratamentos experimentais.

No que tange ao fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, em razão das repetidas demandas, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, em sede de repercussão geral, critérios cumulativos para que fosse possível impor o estado tal obrigação:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.¹⁸

Importante ressaltar que houve modelação de seus efeitos, podendo tais requisitos serem exigidos somente nos processos distribuídos a partir da data de publicação do acórdão, dia 04/05/2018¹⁹, de forma a preservar a segurança jurídica daqueles que não haviam se preparado para apresentar em juízo as provas exigidas pelo STJ.

Apesar de apaziguar uma grande controvérsia e conferir segurança jurídica para aqueles que pretendem requerer fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, é certo que não será fácil o preenchimento de todos os requisitos. Isso porque, muitas vezes, aqueles que procuram o fornecimento de medicamento não possuem conhecimento sobre tais exigências, sendo possível afirmar que será necessário o retorno ao consultório médico para que se possa requerer que no laudo médico estejam dispostos todos os requisitos estabelecidos pelo STJ, sob pena de indeferimento de seu pleito.

Assim, por um lado se conferiu segurança jurídica, mas por outro houve a criação de barreiras acerca da rápida solução da questão e garantia do direito, especialmente quando o requerente depende de atendimento em Clínicas da Família ou hospitais públicos, onde, em sua maioria, há grande espera para realização de consulta.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº1657156*. Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 06 mai. 2019.

¹⁹ *Ibidem*.



No que concerne aos tratamentos ou medicamentos de alto custo, a temática também foi afetada pelo Supremo Tribunal Federal, para julgamento em sede de repercussão geral, não tendo, contudo, sido concluído. Apesar disso, merece destaque o voto-vista proferido pelo Min. Luiz Roberto Barroso, em que sustentou que o direito à saúde, apesar de ser garantia constitucional devendo ser assegurado pelo estado, não haveria impor à administração o dever de custeio de todo e qualquer medicamento ou tratamento. Veja-se:

Para que se tenha uma ideia, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões em 2011, o equivalente a um aumento de mais de 10.000%. Já em 2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde com determinações judiciais chegou a R\$ 843 milhões. Essa preocupação é ainda mais evidente no caso dos remédios de elevado custo unitário ou que representem maior impacto financeiro. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas²⁰.

Recentemente, ganhou notoriedade a notícia de que um menino de cinco anos, após diagnosticado com doença rara, retornou ao Brasil após três anos vivendo nos Estados Unidos, tendo em vista a impossibilidade de continuidade em seu tratamento. No caso, a União havia sido condenada ao custeio do tratamento no exterior²¹.

Nesse panorama, até que haja uma decisão final do STF sobre o tema, os Tribunais locais continuarão decidindo com base em critérios distintos, acabando, por muitas vezes, em beneficiar alguns em detrimento de outros, já que enquanto uns têm tratamento garantido no exterior, outros morrem nas filas de hospitais públicos, o que ressuscita, segundo Min. Luiz Roberto Barroso²², a discussão acerca da justiça na distribuição dos recursos sanitários entre os indivíduos.

Ainda, conforme o Ministro²³:

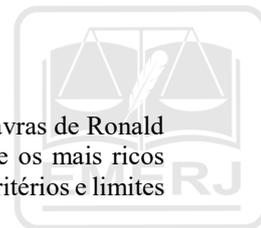
Não há dúvida de que a saúde é um dos direitos mais valiosos aos seres humanos. Igualmente, é evidente que a prestação da assistência de saúde não pode depender unicamente da capacidade do indivíduo de custeá-la, sobretudo em uma sociedade com extrema desigualdade e concentração de riquezas, como a brasileira. Porém, parece claro que não é possível nem razoável que o Estado ofereça a todos os seus

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

²¹ GLOBO. *Davi Miguel desembarca no Brasil após 3 anos nos Estados Unidos e será tratado em hospital em SP*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/04/12/davi-miguel-desembarca-no-brasil-apos-3-anos-nos-estado-unidos-e-sera-tratado-em-hospital-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

²³ Ibidem.



cidadãos todos e quaisquer medicamentos que solicitem. Ou, nas palavras de Ronald Dworkin, “[n]ão podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si”. Daí a necessidade de estabelecer critérios e limites para a distribuição desses bens e para racionalizar a sua prestação.

Importante, destacar que o projeto de lei do Senado (PLS) 120/2017²⁴, de autoria do senador Zeze Perrella (PMDB-MG), pretendia regular o tratamento de doenças pelo SUS no exterior. Nele, havia previsão do custeio das despesas com procedimentos médicos, gastos com deslocamento e estadia do paciente e de dois acompanhantes. Como critérios para sua autorização, eram estabelecidos requisitos cumulativos: i) que a realização do tratamento no exterior deveria ser a única alternativa, ou seja, que não houvesse tratamento no Brasil; ii) que o tratamento não fosse experimental; iii) que o tratamento fosse oferecido em pelo menos três países; e iv) que fosse resolutivo, com efetividade cientificamente comprovada. No entanto, tal projeto não ganhou força e acabou sendo arquivado no final de 2018²⁵.

Por fim, no que concerne ao custeio de tratamentos experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, segundo decisão proferida, em sede de recurso repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, e Enunciado nº 09 da III Jornada de Direito da Saúde²⁶:

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Em 2016 a discussão acerca da pílula do câncer ressurgiu. Isso porque, após a proibição de sua venda em 2014, o Congresso Nacional elaborou a Lei 13.269/2016, que autorizava sua venda. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, considerou a lei inconstitucional²⁷, por entender ter sido violado o direito à saúde, já que não haviam testes em humanos, bem como a separação de poderes, por ser dever do executivo a tutela da saúde.

²⁴ BRASIL. Senado Federal. *Dê sua opinião*: projeto prevê tratamentos no exterior pagos pelo SUS. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/24/de-sua-opinio-projeto-preve-tratamentos-no-externo-pagos-pelo-sus>> Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁵BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 5501 MC/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 19 mai. 2016 (Info 826). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.



Nesse aspecto, verifica-se que a tutela da saúde é temática muito sensível, na medida em que a decisão negativa do judiciário a qualquer dos requerimentos feitos, seja para custeio de medicamento ou de tratamento, pode colocar em risco a vida, bem como a dignidade, do ser humano, o que leva, muitas vezes, a concessão de decisões favoráveis, sem maiores análises acerca da consequências que gerarão.

Não à toa a Lei nº 13.655/2018, acrescentou à LINDB o art. 20, dentre outros, o qual dispõe expressamente acerca da necessidade de se observar o consequencialismo jurídico das decisões na esfera pública, pois ao conferir a um o direito a determinado tratamento, este não pode ser negado aos demais em situação similar, sob pena de afronta ao Princípio da Igualdade.

Assim, deve o juiz, portanto, analisar casuisticamente cada caso, sem olvidar as consequências que sua decisão trará para os cofres públicos e utilizando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para tomar a decisão mais justa, na medida em que muitas vezes não há parâmetro vinculante pré-estabelecido pelos Tribunais Superiores.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre o direito à saúde, como garantia constante do texto constitucional, e a falta de atuação da Administração Pública, que deixa, cada dia mais, de implementar políticas públicas voltadas à saúde, gerando uma atuação ativa e protagonista do judiciário, a fim de preservar o mínimo existencial à sociedade.

O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a discricionariedade da administração pública em optar por implementar ou não determinadas políticas e o dever do judiciário de preservar e garantir a aplicação imediata do texto constitucional.

De um lado, a Administração Pública justifica sua inércia em virtude da impossibilidade orçamentária, a chamada reserva do possível, defendendo a possibilidade de mitigação do direito à saúde em razão da falta de verba para garanti-lo à todos. De outro, o Poder Judiciário entende que apesar de ser válido o argumento da reserva do possível, ele não pode ser utilizado para atingir o núcleo dos direitos compreendidos como integrantes do mínimo existencial.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que os Poderes Executivo e Legislativo estão, cada vez mais, enfraquecidos, em razão da existência de forte crise da democracia representativa, de forma que

a sociedade não os enxerga mais como seus representantes e garantidores de direitos, fato que decorre, principalmente, dos constantes escândalos de corrupção.

Assim, procura-se no Judiciário, um meio de concretizar os direitos constitucionalmente garantidos, especialmente à saúde, por meio de ações cujos pedidos são, em sua maioria, de custeio de tratamento e medicamento, gerando um protagonismo de sua atuação.

Atualmente, os hospitais públicos encontram-se superlotados, sem vagas, com poucos médicos e em estado precário. Por outro lado, em razão da forte crise que atingiu o Brasil, a demanda por tratamentos custeados pelo estado cresceu, já que os planos de saúde passaram a ser artigo de luxo.

Assim, o entendimento que chegou esta pesquisadora é de que apesar de se admitir o aumento da demanda, também não se pode permitir que o estado se acomode e continue a alegar a reserva do possível como forma de se eximir de sua responsabilidade. É necessário que o estado aumente a verba destinada à saúde e passe a implementar políticas públicas efetivas, que alcancem todos os que precisam de seu apoio. Em conjunto, também é necessário que se atualize os tratamentos e medicamentos oferecidos pelo SUS, de forma a englobar aqueles mais atuais e eficazes, evitando sua obsolescência.

Tais medidas, certamente, além de servirem como forma de ajuda à superação da crise representativa do Legislativo e Executivo, também auxiliarão na redução do número de demandas no Judiciário, encerrando ou reduzindo a discussão acerca da possibilidade ou de interferência de tal poder na implementação e efetivação de políticas públicas.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, a possibilidade de o judiciário intervir no mérito administrativo quando não há efetivação de direitos garantidos constitucionalmente, sem que isso seja visto como afronta à separação dos poderes, mas apenas como um dos deveres lhe impostos pela Constituição.

Ainda, objetivou-se defender que a reserva do possível pode ser alegada, mas desde que não alcance o núcleo dos direitos integrantes ao mínimo existencial, como o direito à saúde. Ademais, para que a reserva do possível possa ser sustentada, é necessário que se demonstre, efetivamente, a ausência de disponibilidade jurídica ou fática em arcar com o tratamento ou medicamento, não sendo suficiente, para tal, a mera alegação genérica.

Por fim, sustentou-se, também, que não é qualquer tratamento ou medicamento que deve ser custeado pelo estado, de forma que será necessária a observância e análise do caso concreto e a utilização de princípios como razoabilidade e proporcionalidade, além de ser



essencial a observância das consequências de decisão proferida, para que não se corra o risco de proteger maximamente o direito de uns e precariamente o direito de outros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, programa de pós-graduação em direito. Defesa. Curitiba, 2011.

BRASIL. Senado Federal. *Dê sua opinião: projeto prevê tratamentos no exterior pagos pelo SUS*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/24/de-sua-opinioao-projeto-preve-tratamentos-no-externo-pagos-pelo-sus>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº 1657156. Rio De Janeiro*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 29 mai 08. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/do http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm_documento/informativo508.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/do_http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm_documento/informativo508.htm)>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 482.611 Santa Catarina*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178 RG. Tema 793*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 5 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal *Recurso Extraordinário nº 566.471 Rio Grande Do Norte*. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Vista Min Luiz Roberto Barroso. Não julgado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Dados estatísticos do Comitê Estadual de Saúde*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos>>. Acesso em 04 set. 2018.



CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do estado*. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

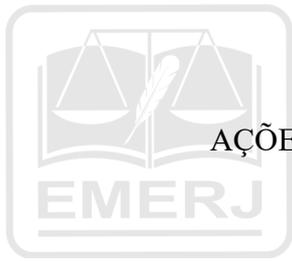
CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. *A crise do sistema único de saúde e o fenômeno da judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

GLOBO. *Davi Miguel desembarca no Brasil após 3 anos nos Estado Unidos e será tratado em hospital em SP*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/04/12/davi-miguel-desembarca-no-brasil-apos-3-anos-nos-estado-unidos-e-sera-tratado-em-hospital-em-sp.ghml>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso De Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM. 2017.

PEREIRA, Wilson Medeiros. *Judicialização das políticas públicas de saúde*. Belo Horizonte: D'Plácido. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. *Não há limites para a patológica judicialização da política*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 23 set. 2018.



AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA PONDERAÇÃO ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

Ana Carolina Costa de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A essência do trabalho objetiva examinar de modo crítico a temática das ações afirmativas, na modalidade específica de cotas raciais, bem como realizar a análise minuciosa a eleição dos fatores de discrimen. Pretende-se aferir se o critério puramente étnico-racial alcança e promove o princípio da igualdade em seu viés material, tendo em vista a realidade socioeconômica brasileira. Busca-se realizar ao longo da pesquisa um cotejo entre os aspectos jurídicos e sociais que permeiam as políticas afirmativas, principalmente a questão da hipossuficiência e o caráter multirracial preponderante no Brasil. Ao tracejar os principais fundamentos e dissonâncias, tende-se então a aclarar a eficiência e a efetividade do critério étnico-racial frente a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre os indivíduos.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Ações afirmativas. Cotas raciais. Princípio da igualdade. Cotas Sociais.

Sumário: Introdução. 1. Princípio da Igualdade e a Viabilidade Constitucional das Ações Afirmativas. 2. A Inserção das Ações Afirmativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3. A Desigualdade Social como justificativa para o Sistema de Cotas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática das ações afirmativas, com o objetivo de analisar de forma crítica e minuciosa os critérios adotados no momento da eleição do fator discrimen, e, após essa escolha verificar a efetiva possibilidade da promoção do direito da igualdade em seu viés material. Busca-se sobretudo aferir se o critério puramente étnico-racial promove a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, apresentando por seguinte o porquê da necessária consideração de uma eleição conjunta entre fatores para o discrimen, ante complexa realidade social brasileira.

Sabe-se que as ações afirmativas são medidas temporárias e especiais de políticas públicas inseridas pelo Estado, que tem por objetivo garantir a promoção do princípio constitucional da igualdade. Este princípio possui duas concepções: a formal e a material, salientando-se que as ações afirmativas *prima facie* é um meio de restauração do equilíbrio entre grupos historicamente excluídos e o restante da sociedade.

No Brasil percebe-se que não há uma uniformidade na adoção desses critérios pelas diversas instituições de ensino, e, é preciso considerar que o Brasil é um país miscigenado.

Neste contexto, demonstra-se a relevância de uma ponderação entre o critério puramente racial e critérios sociais adotados pelas políticas de cotas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as ações afirmativas, e, o questionamento acerca da viabilidade constitucional de se adotar no Brasil a política de cotas puramente raciais, ressaltando que será traçado não só o aspecto jurídico, mas também o aspecto social que permeiam as políticas afirmativas.

Traceja-se também o escopo de tais políticas públicas inserido no princípio constitucional da igualdade, de forma a aprofundar o que se entende, e o que se busca com este valor tão caro à sociedade.

No segundo capítulo a pesquisa se atém ao cenário brasileiro, realizando-se um cotejo sobre a forma as ações afirmativas foram inseridas no ordenamento pátrio, bem como, os seus avanços com o decurso do tempo. Colaciona-se como a questão foi tratada no âmbito do Legislativo, bem como, a problematização do tema até a chegada ao Superior Tribunal Federal.

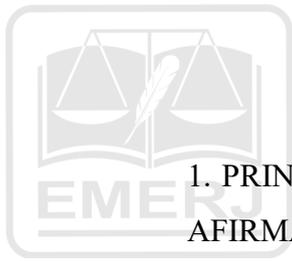
É trazido os principais questionamentos e argumentos acerca das políticas raciais, analisando-os de forma crítica, bem como, o entendimento que se consolidou acerca da constitucionalidade das cotas raciais.

Por último, o terceiro capítulo trata sobre o critério social, mais especificamente quanto a questão da hipossuficiência, e a sua viabilidade e eficiência na promoção da igualdade substancial. Busca-se realizar um paralelo entre o critério racial e o critério social, e, a coexistência entre ambos como parâmetro para fazer jus a inserção do indivíduo na política afirmativa.

Questionou-se a admissão da adoção de um critério puramente racial para promoção do equilíbrio de oportunidades entre indivíduos que se encontram inseridos em um país multirracial e subdesenvolvido como o Brasil, de maneira a aclarar a eficiência e efetividade das políticas afirmativas.

Com relação às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do trabalho científico, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos e análises estatísticas, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras doutrinárias sobre o tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.



1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A redução das desigualdades regionais e sociais e a erradicação da pobreza são objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, e, se extraem de diversos dispositivos constitucionais, dentre eles o 3º, incisos I, II, III e IV e art. 5º, *caput*, todos da Constituição Federal.

Veja-se o teor do princípio da igualdade disposto no *caput* do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil¹: 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.

Cumprido ressaltar que a igualdade à que se aspira não é a igualdade formal, ao revés, o Princípio da Igualdade determina que se dê tratamento igual aos que se encontrem, em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os que se encontrem em situações desiguais, na medida de sua desigualdade, ou seja, deve-se aspirar a vertente da igualdade substancial ou material.

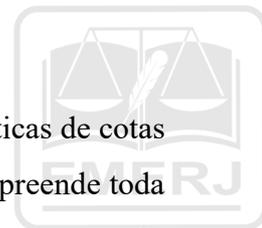
Neste sentido, o princípio da igualdade vai de encontro aos privilégios que demarcam a sociedade, de modo que não há o que se falar em vedação a adoção de tratamentos diferenciados, entre indivíduos que guardem distinções de natureza social, de sexo, profissão, entre outras, desde que o parâmetro diferenciador adotado seja razoável.

Logo, enfatiza-se o papel primordial do princípio da igualdade no cenário jurídico e social brasileiro, sobretudo em seu viés substancial, o qual deve ser de parâmetro para a atuação estatal.

A partir de tais premissas, inserem-se as ações afirmativas, as quais se tratam de um rol de políticas ou programas que pela concessão de um tratamento diferenciado, objetivam que os integrantes de determinada minoria ou grupo social passem a compor setores sociais, que hodiernamente gozam de pouca ou nenhuma representação.

Infere-se que a viabilidade constitucional das ações afirmativas no Brasil se concentra no fato de serem meios necessários para o alcance da redução das desigualdades entre os diversos grupos que compõem a sociedade, de modo a promover a integração social, e, também a igualdade material.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.



Posto isso, cabe trazer à baila que as expressões ações afirmativas e políticas de cotas raciais não são sinônimas. Pode-se dizer que ação afirmativa é o gênero que compreende toda e qualquer política que busque reduzir desigualdades sociais e regionais mediante a concessão de um tratamento beneficiário às minorias ou determinado grupo, enquanto as políticas de cotas raciais enquadram-se como espécie de tal gênero.

Cada espécie de programa afirmativo deve passar pelo crivo da constitucionalidade, e, neste sentido vejamos as lições de Kaufmann²:

Pode-se, então, afirmar que o princípio da igualdade não funciona, em tese, como limitador à adoção de programas afirmativos, entretanto, a constitucionalidade ou não de programas positivos não pode ser diagnosticada em abstrato, deve ser analisada no caso concreto, a partir de cada medida específica. Em princípio, sabe-se que é próprio das normas estabelecerem critérios diferenciadores entre as pessoas, desde que a eleição de tais critérios seja justificável.

A priori, não é simples compreender o correto sentido do direito a igualdade, haja vista que se faz necessário anteriormente verificar com precisão qual é a realidade social em que se objetiva assegurar a igualdade, e, assim qual será o fator de discriminação eleito.

Sabe-se que a igualdade entre os indivíduos é um valor raro e perquirido pelas sociedades desde a Antiguidade. Desta feita, o princípio constitucional da igualdade deve ser aplicado de modo a reconhecer as particularidades dos indivíduos e conceder um tratamento diferenciado viabilizando o amplo acesso a bens fundamentais, dentre eles a educação, ensejando em outro valor fundamental constitucional, a dignidade da pessoa humana.

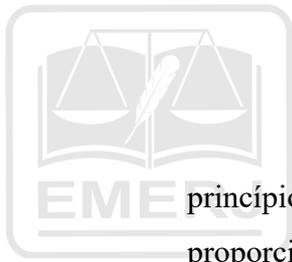
Acerca do princípio da igualdade, leciona Alexandre de Morais³:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Conforme os ensinamentos do jurista supracitado, deve se atentar para a razoabilidade do fundamento eleito em um programa afirmativo, para que não ocorra o efeito reverso à que se espera, ou seja, a ampliação da desigualdade que se pretende combater, e, assim desestabilizar ainda mais as relações sociais.

² KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 268.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65.



Nesse mesmo sentido, depreende-se das lições do Ministro Gilmar Mendes⁴, que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que a adequação propõe a verificação da eficácia do meio escolhido para se alcançar o fim desejado; a necessidade impõe que a escolha do meio eficaz implique no menor número de restrições possíveis, ou seja, aquela que for menos gravosa aos demais indivíduos. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito procura aferir se os resultados obtidos pela medida adotada e os danos por ela causados estão dentro dos limites da razoabilidade.

No que tange a política de cotas raciais o critério de *discrímén* eleito é a raça, e, o que se busca analisar é se a eleição de tal critério de forma exclusiva, em um país miscigenado como o Brasil, é suficiente para promover a igualdade substancial.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, para ser compatível com o princípio da igualdade, o tratamento diferenciado outorgado a determinado grupo deve se justificar por haver uma correlação lógica entre o fator de *discrímén* adotado e o respectivo regramento. Porém, se inexistir esta relação de congruência lógica, a norma de inclusão será incompatível com o princípio da igualdade.

A adoção de programas com a finalidade de atender a igualdade substancial implica em inevitável restrição aos outros indivíduos, ante o tratamento privilegiado conferido aqueles que se enquadrem no critério de discriminação eleito. Assim, se faz necessário questionar se a adoção da raça como fator de *discrímén* exclusivo promove a diminuição das desigualdades.

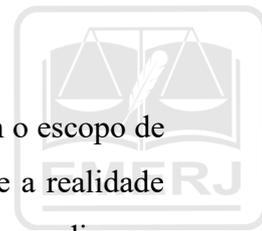
Nesse sentido, o jurista Guilherme Pena de Moraes⁶, afirma:

A constitucionalidade material das ações afirmativas é submetida à análise do fator de diferenciação de tratamento, como também à avaliação da correspondência entre este e a distinção implementada, ao teor do princípio da razoabilidade. Por exemplo, malgrado a cota de até 45% para estudantes carentes oriundos da rede pública de ensino, negros e pessoas com deficiência no acesso às Universidades Públicas do Estado do Rio de Janeiro tenha sido lastreada em fator de diferenciação de tratamento individualizado, comungamos da opinião de que a norma inserida no art. 1º da Lei Estadual nº 4.151/03 é materialmente inconstitucional, uma vez que não apresenta correspondência entre aquele e a distinção implementada, de acordo com o princípio da razoabilidade, tendo as ações afirmativas na área da educação dado ensejo à “discriminação invertida” no acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, em desapeço à norma inserida pelo art. 208, inc. V da Constituição da República.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3, ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 81.

⁶ MORAES apud CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006, p. 158.



Assim, as ações afirmativas enquanto gênero, estão em consonância com o escopo de promoção da igualdade substancial, contudo há de se levar em consideração que a realidade social brasileira é complexa, e a eleição de um único critério, qual seja, a raça, não condiz com tamanha complexidade e diversidade.

É imprescindível que se analise minuciosamente como se colocam as ações afirmativas no mundo dos fatos, tendo sempre como parâmetro a razoabilidade e a proporcionalidade na adoção dos critérios e juízos de valor. Somente a partir dessas premissas, haverá conformidade com os direitos protegidos constitucionalmente.

2. A INSERÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As ações afirmativas, segundo o jurista Joaquim B. Barbosa Gomes⁷ são: “políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades que todos os seres humanos têm direito”.

Destaca-se que a positivação das ações afirmativas no cenário nacional se deu com o advento da Lei nº 10.558/02, denominada como “Lei das Cotas”, que se trata de uma norma geral, cuja finalidade precípua é a implementação de estratégias para a promoção do acesso amplo ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos discriminados na sociedade, dentre eles cita-se: os afrodescendentes e os indígenas. Ou seja, a regulamentação deste tipo de política pública, sistema de cotas, fica a cargo do legislador estadual.

A questão da constitucionalidade da política de cotas raciais para o acesso à universidade pública chegou ao Superior Tribunal Federal no ano de 2012, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 do Distrito Federal⁸, proposta pelo Partido Democrata (DEM) em face da Universidade de Brasília (UNB), a qual à época reservada 20% das vagas do seu vestibular para estudantes negros, e, com o julgamento do Recurso

⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, p. 41. Guilherme Peña de Moraes apresenta, por sua vez, o seguinte conceito de ações afirmativas: “políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, índios, mulheres e negros...”. (MORAES, Guilherme Peña. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, 298-315, p. 300).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>> Acesso em: 02 fev. 2019.



Extraordinário nº 597285⁹, acerca da casuística de um aluno do Rio Grande do Sul, o qual embora tenha alcançado nota superior às dos cotistas, fora eliminado do vestibular para o ingresso na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em síntese, os pontos controvertidos levantados acerca da política de cotas foram: (i) adotar o critério raça em um país miscigenado como o Brasil e (ii) a situação de hipossuficiência socioeconômica dos indivíduos. Contudo, os ministros entenderam por unanimidade que as ações afirmativas são proporcionais e razoáveis ante a desigualdade histórica entre os negros e os brancos.¹⁰

Logo, entendeu a Suprema Corte¹¹ que o sistema de cotas para negros adotados pelas Universidades está em consonância com os ditames constitucionais. Porém, em que pese tenha se firmado entendimento acerca da constitucionalidade da política de cotas raciais, tais decisões não solucionam questões sociais de suma importância.

Neste contexto, verifica-se a ausência de critérios objetivos para a aferição do preenchimento dos requisitos para saber quem serão os beneficiários do sistema de cotas, gerando assim total insegurança e descrédito do sistema de inclusão.

Outrossim, a adoção de ações afirmativas tendo como critério exclusivo a raça, restringe de forma errônea o escopo dessas políticas públicas de inclusão, o qual é muito mais amplo do que as desigualdades relacionadas unicamente à raça.

O que se busca enfatizar é a ideia de que as políticas de inclusão devem ter como objetivo precípuo as pessoas que se inserem em grupos vitimados pela exclusão socioeconômica, independentemente se a causa dessa exclusão seja advinda do passado ou o presente.

Desde logo, critica-se a ineficiência do sistema de cotas para solucionar efetivamente a causa da desigualdade que se apresenta de forma categórica no Brasil. A política atinge o resultado da desigualdade e não a sua causa, tendo em vista que o indivíduo permanece dependente de ações governamentais para o acesso efetivo de seus direitos sociais.

Esmiúça-se de forma crítica as causas de discriminação e a viabilidade das soluções propostas para a sua erradicação. Isso porque, se o objetivo primordial das políticas afirmativas é a inclusão das minorias discriminadas da sociedade, de modo a conceber uma composição

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 597.825*, do Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>> Acesso em: 02 fev. 2019.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Publicado acórdão de ADPF sobre cotas raciais na UnB*. Notícia STF, 21 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>> Acesso em: 29 mar. 2019.

¹¹ Ibid.

mais igualitária, deve-se ter também como direcionamento a questão da desigualdade econômica que segrega e restringe o campo de oportunidades dos cidadãos brasileiros.

Assim, ao examinar os critérios passíveis de indicar uma legítima desequiparação na lei entre indivíduos que compõe uma mesma sociedade, primeiro deve-se ter como parâmetro a vedação imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro a discriminação em qualquer forma, e, especificamente a de origem, raça, sexo, cor e idade. Segundo, o *discrimen* legal eleito deve, portanto, promover a igualdade substancial prevista na Constituição Federal.

Vislumbra-se assim a precariedade e insegurança em eleger o critério racial para promoção de inclusão de minorais e erradicação de desigualdade, tendo em vista a realidade histórica segregacionista brasileira.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello¹² leciona de forma acertada como o fator *discrimen* deve ser escolhido:

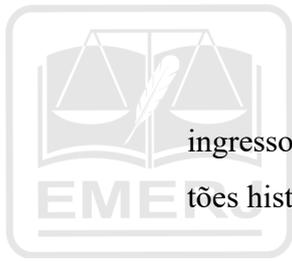
a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

A miscigenação é característica da sociedade brasileira, por diversos fatores, dentre eles: a presença dos povos indígenas; a colonização do país pelos portugueses; o histórico escravocrata, e, a chegada dos imigrantes. Ou seja, a diversidade cultural e racial brasileira se trata de uma herança.

Diante de tamanha dificuldade em aplicar o critério racial, verifica-se que as Instituições promovem os seus concursos e vestibulares através da autodeclaração, a qual cinge-se em uma manifestação unilateral do próprio candidato, se autodeclarando negro ou pardo. Ora, é inegável tamanha insegurança e subjetividade deste sistema.

Constata-se ainda que no Brasil a regra no sistema de avaliação para ingresso nos cursos de ensino superior é o critério meritório, o que significa dizer que são avaliados os conhecimentos do aluno, por meios objetivos que impedem que o critério de raça seja considerado em sua admissão. Em outras palavras, a causa de discriminação não está no processo seletivo e

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 41.



ingresso, seja para o ensino superior, seja para um concurso a cargo público, mas sim em questões histórico-sociais e educacionais pertinentes no país.

Com relação as ações afirmativas, deve-se atentar para que a discriminação positiva não gere o efeito contrário que se pretende, ou seja, ao invés de promover a igualdade material, se crie mais desigualdades ante a não observância do limite necessário ao reestabelecimento do equilíbrio social entre os indivíduos.

Conforme elucida Alexandre Vitorino Silva¹³:

A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução aventada é a de reduzir as chances de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela. Com isso, há no mínimo uma aparente violação ao princípio da igualdade formal, que precisa ser analisada no caso concreto segundo o mecanismo de ponderação de princípios para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

Neste contexto, as medidas de discriminação positiva para que sejam legítimas devem ser dotadas de temporariedade e especialidade, com o objetivo específico de eliminar uma certa desigualdade social existente entre o grupo majoritário e a minoria cuja inclusão se pretende promover.

Pelo exposto, o critério exclusivamente racial de política de cotas suscita controvérsias que não podem ser ignoradas, visto que a divisão entre os indivíduos pela raça cria ínsita por si só discriminação e preconceito segregacionista.

Desta feita, para que se considere constitucional a implantação do sistema de ações afirmativas deve haver uma adequação entre o fim almejado e o instrumento proposto, e, deve ser necessária a implantação de tal sistema, por não haver outro meio menos oneroso a direito individual e proporcionalidade estrita.

Ressalta-se que o estabelecimento de cotas como um todo deve possuir um caráter paliativo, pois de longe soluciona o problema in concreto que afeta a sociedade, qual seja, a desigualdade social e racial. Logo, somente se constata a validade de um sistema de ação afirmativa se este for temporário e se limitar ao grupo que se pretende conceder inclusão. Para as gerações futuras, somente se vislumbra a desnecessidade desses sistemas de inclusão, quando houver meios que propiciem o exercício pleno dos direitos sociais de todas as camadas integrantes da sociedade, independente da raça ou classe social que venham a pertencer.

¹³ SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002, disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

3. A DESIGUALDADE SOCIAL COMO JUSTIFICATIVA PARA O SISTEMA DE COTAS

Ao longo da discussão acerca do princípio da igualdade e seus consectários, bem como a viabilidade constitucional do sistema de ações afirmativas e as controvérsias acerca da política de cotas raciais, pretende-se elencar e resgatar a essência do instituto das ações afirmativas, tendo como pressuposto as desigualdades sociais.

Cardoso¹⁴ considera que as desigualdades sociais, tendo em vista as diferenças educacionais, econômicas e culturais, justificam as políticas de ações afirmativas. Assim, essas ações são medidas de caráter social que possibilitariam a igualdade de oportunidade e colocariam em condição igualitária os indivíduos de uma sociedade e o acesso aos direitos e garantias fundamentais.

Há duas teorias que se destacam para justificar a adoção das políticas afirmativas: a Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva.

Guilherme Pena¹⁵ ensina:

Para a Justiça Compensatória as desvantagens competitivas atualmente verificadas entre os afrodescendentes são produto das discriminações ocorridas no passado. Assim, propõe a adoção de medidas favoráveis aos indivíduos que sofreram essas discriminações com o fim de reequilibrar as relações sociais, isto é, tal teoria tem por escopo a reparação a um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo, no caso em análise os afrodescendentes, com o fim de reequilibrar as relações sociais.

Infere-se que pela justiça compensatória, as cotas raciais seriam um instrumento para reparação de uma dívida histórica advinda da escravidão. Ou seja, seria meio necessário para reconduzir os negros ao patamar que estariam caso não houvessem sido submetidos a anos de escravatura e discriminação.

Contudo, cabe salientar que essa teoria mostra-se insuficiente quando se analisa o atual contexto de desigualdade social e econômica que marca o Brasil. Outrossim, a real situação dos negros não decorre somente do fator racial e do preconceito, mas sim de toda uma conjuntura socioeconômica.

¹⁴CARDOSO, C. B. *Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão*. 2008. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Educação da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil, 2008.

¹⁵MORAES, Guilherme Pena de. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. JusPodivm, 2006, p. 143.



Logo, a identificação dos reais beneficiários de um programa compensatório é fundamental para que não se atinja um resultado diverso daquele que se espera, e, viole ainda mais a igualdade substancial entre os indivíduos.

Camargo¹⁶, traz o conceito acerca da Teoria da Justiça Distributiva, veja-se:

A Teoria da Justiça Distributiva tem por fundamento uma redistribuição proporcional de bens, direitos e responsabilidade entre os indivíduos, propondo uma distribuição do ônus na promoção da igualdade substancial a todos os membros da sociedade. Assim, a justiça distributiva propõe a distribuição de benefícios e incentivos aos menos favorecidos, concedendo-lhes um tratamento privilegiado em detrimento da camada social mais favorecida, que, por sua vez, deve arcar com o ônus decorrente deste incentivo.

Desta feita, verifica-se que a Teoria da Justiça Distributiva fundamenta a política de ações afirmativas, na medida em que vai ao encontro da promoção de igualdade material, ao defender a igualdade de oportunidades e reconhecer as desigualdades sociais, bem como a responsabilidade do Poder Público na distribuição do acesso aos direitos fundamentais.

Com o advento da Lei Federal nº 12.711/12¹⁷, tornou-se obrigatório a reserva de vagas para alunos egressos de escolas públicas, de baixa renda e autodeclarados pretos, pardos ou indígenas nas instituições federais de ensino superior e ensino técnico. Verifica-se um grande avanço, quando se compara as primeiras experiências de políticas de cotas no Brasil.

Isso porque, a nova lei traz critérios objetivos baseado nas desigualdades socioeconômico-financeiras dos indivíduos, o que se mostra acertado ante a complexidade social e racial predominante no país. Outrossim, a real situação dos negros não decorre somente do fator racial e do preconceito, mas sim de toda uma conjuntura socioeconômica.

É essencial que se leve em consideração a desigualdade de renda que permeia a sociedade, a qual desencadeia no desequilíbrio ao acesso as oportunidades, que atingem tanto os cidadãos brancos, quanto os cidadãos negros de forma indistinta.

Cabe frisar que não se nega a existência do preconceito racial e dos malefícios do período da escravidão, porém não cabe ao instituto das ações afirmativas sanar o problema do racismo da sociedade. A seleção do critério racial materializa-se em a chamada discriminação reversa.

Em relação as chamadas cotas sociais, estas dão relevância ao aspecto da hipossuficiência econômica, convergindo assim com os ideais de justiça e igualdade material. Além disso,

¹⁶ CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006. Capítulo VII, p. 150.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº. 12. 711*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

a eleição de critérios objetivos, fomentam a transparência necessária a qualquer política pública estatal, propiciando a segurança jurídica que se espera em qualquer certame.

Observa-se que todo e qualquer programa de políticas públicas, especialmente as ações afirmativas, não estão isentos de adequações com o decurso do tempo e as mudanças sociais, deve-se atender sempre a razoabilidade. As ações afirmativas devem se vincular a outros programas de implantação do acesso aos direitos sociais, de modo que com o tempo seja cessada a sua aplicação, por se tornar desnecessária.

Neste mesmo raciocínio, se encontra a necessidade da medida, que deve beneficiar de forma temporária e especial um determinado grupo minoritário, propiciando a igualdade deste com o grupo da maioria, se alicerçando assim as bases da igualdade social em sua plenitude.

Em outras palavras, o que se deve perquirir sempre é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos de forma indistinta. As ações afirmativas em sentido amplo, se configuram como instrumentos necessários para o alcance da almejada igualdade material, devendo ser aplicadas de forma razoável e proporcional, até que se tornem desnecessárias.

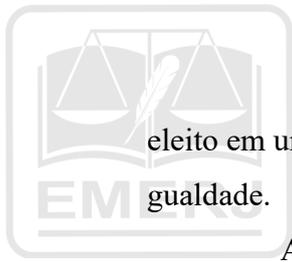
CONCLUSÃO

A pesquisa exposta objetivou verificar de que forma os critérios de *discrímen* eleitos nas ações afirmativas, em sua especialidade cotas raciais, podem se coadunar com o Princípio da Igualdade em seu viés material previsto na Constituição Federal. Pretendeu-se aferir se o critério puramente étnico-racial promove efetivamente a igualdade de oportunidades entre os indivíduos inseridos no contexto socioeconômico brasileiro.

Inicialmente, ressaltou-se o contexto em que se inserem as ações afirmativas e a sua viabilidade no Estado Democrático Brasileiro. Necessariamente, abordou-se o escopo fundamental do instituto, qual seja, o alcance e a efetividade do Princípio da Igualdade em seu viés material.

A tomada de conhecimento desses aspectos iniciais e gerais sobre as ações afirmativas revelou-se possível diante da Constituição que vigora no ordenamento jurídico pátrio e o princípio da igualdade contido nele.

Buscou-se, ainda, realizar um paralelo para demonstra que, as ações afirmativas enquanto gênero, estão em consonância com o escopo de promoção da igualdade substancial, contudo há de se levar em consideração que a realidade social brasileira é complexa, e a eleição de um único critério, qual seja, a raça, não abarca tal complexidade. Assim, atenta-se para a razoabilidade do fundamento



eleito em um programa afirmativo, para que não cause o efeito reverso, ou seja, a ampliação da desigualdade.

Ato contínuo, pretendeu-se demonstrar o cenário em que se inserem as ações afirmativas no Brasil. Realizando um panorama geral, desde a origem das ações afirmativas pelo advento da Lei nº 10.558/2002, até a chegada da questão no Superior Tribunal Federal para avaliação da constitucionalidade do objeto da lei.

A partir destes fatos, passou-se a centralizar os apontamentos das ações afirmativas no que tange ao contexto socioeconômico brasileiro. Dessa forma, ponderou-se a questão da razoabilidade, proporcionalidade e adequação do critério racial como sendo exclusivo para a política de cotas.

Assim, não obstante seja legítima a implantação de tais programas de inclusão no Brasil por hora, deve-se buscar para as gerações futuras meios que propiciem o exercício pleno dos direitos sociais de todas as camadas integrantes da sociedade, tornando àqueles desnecessários.

Já no terceiro capítulo abordou-se as teorias que justificam a aplicação das cotas raciais, a Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva, relatando a insuficiência da Teoria da justiça compensatória, e por sua vez, a consonância da Teoria da justiça distributiva com o ordenamento jurídico pátrio.

Destacou-se a eleição de um critério de *discrîmen* que esteja em a par do princípio da igualdade, sob pena de distribuição desproporcional de benefícios e correspondente ônus, já que a situação social dos afrodescendentes no Brasil não se explica somente pelo fator racial, mas também por questões socioeconômicas.

Ao eleger exclusivamente a raça como critério de escolha dos beneficiários das ações afirmativas na modalidade cota racial, alcança-se uma discriminação reversa, uma vez que há outros indivíduos na mesma situação socioeconômica precária e que também precisam de uma política afirmativa inclusiva, que reestabeleça o equilíbrio e a igualdade material.

Por fim, no terceiro capítulo concluiu-se pelo fundamento acertado das desigualdades sociais para justificarem as ações afirmativas, elencando o advento da Lei 12.711/2012, a qual promove as chamadas cotas sociais, que elege critério objetivos de aferição para os beneficiários das ações afirmativas.

Sendo assim, restou inequívoca para esta pesquisadora a necessidade e a legitimidade das ações afirmativas no Brasil, haja vista a realidade desigual que predomina na sociedade. Contudo, o sistema de cotas que utiliza o critério *discrîmen* racial de forma exclusiva vai de encontro a busca pela promoção do princípio da igualdade material. Isso porque, ponderar a questão da hipossuficiência econômica dos indivíduos é determinante para minimizar as desigualdades em um país multirracial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CARDOSO, C. B. *Efeitos da política de cotas na Universidade de Brasília: uma análise do rendimento e da evasão*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Educação da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil, 2008.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social*. A Experiência dos EUA. Renovar; Rio de Janeiro/São Paulo, 2001.

_____. *Lei nº 10.558*, de 2002, de 13 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10558.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. *Lei nº 12. 711*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Notícias STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 597.825*, do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>> Acesso em: 17 fev. 2019.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: desequiparação proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Pena de. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.



PENA, Marcelo Raposo Guimarães. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade: a questão das cotas raciais nas universidades públicas*.30f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro– EMERJ, Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, Marina Jacob Lopes da. *Igualdade e ações afirmativas sociais e raciais no ensino superior: o que se discute no stj?*.97f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito)-Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2009.

SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002, disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BUSCA ATIVA: O USO DA IMAGEM COMO FACILITADOR DA ADOÇÃO

Ana Carolina Pettersen Godinho
Muratore

Graduada pela Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio
de Janeiro – UERJ. Advogada.

Resumo – A existência de um perfil de crianças e adolescentes idealizado pelos habilitados para a adoção faz com que, embora o número dos segundos supere em muito o dos primeiros, parcela considerável dessas crianças nunca encontre um lar. Para solucionar a questão vem sendo utilizados mecanismos de busca ativa, que propõem a divulgação da disponibilidade para a adoção de determinadas crianças e adolescentes, de perfis tipicamente preteridos. Nesse contexto, pretende-se analisar em que consiste a busca ativa, e a legalidade do seu uso; a necessidade de consentimento para a divulgação da imagem; e, por fim, como aferir o melhor interesse da criança para fins de busca ativa. Conclui-se pela utilidade do mecanismo, prestigiando seu sucesso prático, porém com ressalvas, pontuando a necessidade de análise individualizada de cada caso.

Palavras-chave – Direitos da Criança e do Adolescente. Direitos da personalidade. Adoção. Busca ativa.

Sumário – Introdução. 1. A busca ativa e o seu uso. 2. O uso da imagem da criança e do adolescente e a necessidade de consentimento. 3. O melhor interesse da criança: ponderação da celeridade e proteção integral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda, como adverte o título, o uso da imagem e das redes sociais em processos de adoção e sua harmonização com direitos da personalidade da criança e do adolescente. Há um aparente conflito, pois, embora o uso da imagem tenha como propósito a colocação mais ágil em família substituta, é necessário considerar que a vulnerabilidade da criança e do adolescente, exacerbada quando se trata daqueles retirados de sua família biológica, os faz merecedores de uma proteção ainda maior. Ademais, a publicidade da disponibilidade da criança parece estar na contramão do sigilo imposto a adoção em si, na forma do art. 189, II, do Código de Processo Civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente como um todo, mas particularmente seu art. 1º, estabelecem o direito das crianças e adolescentes à proteção integral e impõem ao Estado, à família e à sociedade como um todo a observância ao princípio da atenção ao melhor interesse dessas pessoas. A adoção, portanto,



medida excepcionalíssima na forma do art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve orientar-se segundo essas diretrizes, promovendo a proteção dos direitos do menor de idade enquanto pessoa em formação.

Ocorre que, apesar do número de pessoas habilitadas a adoção ser significativamente superior ao número de crianças disponíveis (44.356 e 9.047, respectivamente, segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção), muitas dessas crianças não têm perspectiva de serem adotadas. Isso se deve às discrepâncias entre o perfil das crianças e adolescentes existentes e o perfil idealizado pelos habilitados.

Atentos a essa realidade e buscando dar maior visibilidade aos perfis preteridos, Tribunais de Justiça como o de Pernambuco e o do Espírito Santo passaram a realizar a chamada “busca ativa”. Essa busca inverte o ponto de partida dos processos de adoção, procurando pais que se adaptem ao perfil da criança ou adolescente, ao contrário do procedimento tradicional, que busca crianças dentro do perfil, por vezes bastante restrito, dos habilitados.

Uma das ferramentas pela qual se faz a “busca ativa” é o uso de fotos, vídeos e depoimentos dos menores, disponibilizados nos sites dos Tribunais ou até mesmo em redes sociais, como YouTube e Facebook. Tal uso da imagem das crianças apresenta considerável sucesso prático, contudo, há de se questionar se não há aí violação aos direitos da personalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a ferramenta de “busca ativa” e diferentes formas como ela é utilizada, questionando sua legalidade e necessidade, em particular quando confrontada com a situação de excepcional vulnerabilidade da criança ou adolescente à espera de família substituta.

O segundo capítulo trata da necessidade de consentimento para o uso de sua imagem no contexto da adoção, considerando tratar-se de pessoa relativa ou absolutamente incapaz.

O terceiro capítulo, por fim, aborda a questão do melhor interesse da criança, ponderando a maior celeridade do processo de adoção com a defesa da intimidade e privacidade, considerando a proteção integral da criança e do adolescente.

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.

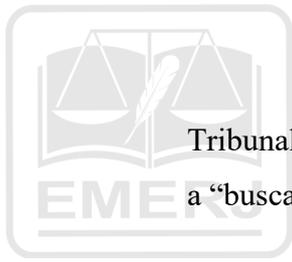
1. A BUSCA ATIVA E O SEU USO

O Cadastro Nacional da Adoção¹ traz o passo-a-passo da adoção que, dentre outras etapas, ocorrerá da seguinte forma:

- 1) Eu quero – Você decidiu adotar. Então, procure a Vara de Infância e Juventude do seu município e saiba quais documentos deve começar a juntar. (...)
- 2) Dê entrada! (...)
- 3) Curso e Avaliação (...)
- 4) Você pode – Pessoas solteiras, viúvas ou que vivem em união estável também podem adotar; a adoção por casais homoafetivos ainda não está estabelecida em lei, mas alguns juízes já deram decisões favoráveis.
- 5) Perfil – Durante a entrevista técnica, o pretendente descreverá o perfil da criança desejada. É possível escolher o sexo, a faixa etária, o estado de saúde, os irmãos etc. Quando a criança tem irmãos, a lei prevê que o grupo não seja separado.
- 6) Certificado de Habilitação (...)
- 7) Aprovado – Você está automaticamente na fila de adoção do seu estado e agora aguardará até aparecer uma criança com o perfil compatível com o perfil fixado pelo pretendente durante a entrevista técnica, observada a cronologia da habilitação. (...)
- 8) Uma criança – A Vara de Infância vai avisá-lo que existe uma criança com o perfil compatível ao indicado por você. O histórico de vida da criança é apresentado ao adotante; se houver interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer ou não continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela mora; dar pequenos passeios para que vocês se aproximem e se conheçam melhor. Esqueça a ideia de visitar um abrigo e escolher a partir daquelas crianças o seu filho. Essa prática já não é mais utilizada para evitar que as crianças se sintam como objetos em exposição, sem contar que a maioria delas não está disponível para adoção.
- 9) Conhecer o futuro filho (...)
- 10) Uma nova Família! (...)

O problema encontra-se nos itens 5 e 7 desse passo-a-passo: a descrição de um perfil idealizado pelo pretendente adotante. A “busca ativa” inverte o ponto de partida da aproximação entre a criança ou adolescente em busca de uma família substituta e os habilitados para a adoção. Isso é feito com a divulgação da imagem das crianças ou adolescentes, divulgação esta que foi feita de diversas formas por diferentes órgãos. Nesse contexto, sobressaem-se as iniciativas do

¹BRASIL. *Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passa-a-passo-da-adocao>>. Acesso em: 29 ago. 2018



Tribunal de Justiça de Pernambuco e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que promoveram a “busca ativa” por meio de redes sociais.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco foi pioneiro no uso de ferramentas online para facilitar a adoção², em especial aquela de crianças com perfis preteridos, como as mais velhas, aquelas com deficiências ou com irmãos. Destaca-se o uso da rede social Facebook³, através da qual são disponibilizadas as “fotos e os anseios dos que aceitam participar da campanha, com autorização judicial para isso”⁴.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo criou a campanha “Esperando Por Você”, que, segundo o próprio Tribunal⁵:

[...] quer mudar o futuro de crianças e adolescentes que vivem há anos em instituições de acolhimento do Espírito Santo, especificamente crianças mais velhas, com alguma condição especial de saúde ou que fazem parte de grupos de irmãos.

A campanha dá voz a esses meninos e meninas, órfãos ou destituídos de suas famílias de origem e que já estão prontos para a adoção.

Eles revelam suas qualidades, habilidades, potencialidades e sonhos. E não desejam apenas ganhar uma nova família, querem construir junto.

Todos concordaram em participar do projeto e foram devidamente autorizados pelos magistrados responsáveis, coordenadores das instituições de acolhimento e guardiões legais.

Os vídeos produzidos são disponibilizados no YouTube⁶ e no site do Tribunal.

Dito isso, fica o questionamento quanto à possibilidade do uso das ferramentas supramencionadas em face do ordenamento jurídico atual. Isto é, a “busca ativa” pelas redes sociais e a decorrente divulgação da imagem do menor encontra amparo legal?

Em princípio, há de se ressaltar que a busca ativa não está prevista expressamente na nossa legislação, em que pese exista um projeto de lei⁷ que pretende a inclusão dessa ferramenta no Estatuto da Criança e do Adolescente.

²MOURA, Renata. 'Você quer ser minha família?': como as redes sociais têm incentivado a adoção de jovens 'esquecidos' nos abrigos. *BBC News Brasil*, 2018. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/voce-quer-ser-minha-familia-como-as-redes-sociais-tem-incentivado-a-adocao-de-jovens-esquecidos-nos-abrigos,c543356bf3a28af96376cadef608d333cipmifd0.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

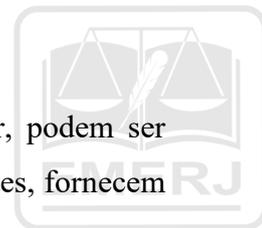
³BRASIL, Tribunal De Justiça de Pernambuco. *Ceja-PE*. 24 set. 2018. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/cejapernambuco/>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁴MOURA, op. cit., nota 2.

⁵BRASIL, Tribunal De Justiça do Espírito Santo. *Esperando por você*. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁶Id. *Esperando por você*: Leidiane. Youtube, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ij-NjFWXEMY&t=1s>>. Acesso em: 24 set. 18

⁷BRASIL. *Projeto de Lei nº 938 de 2019*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre programas de



Enquanto a busca ativa não é expressamente regulada pelo legislador, podem ser utilizados os parâmetros sugeridos pela ABRAMINJ⁸ que, embora não vinculantes, fornecem importante norte para o uso desse mecanismo, ainda bastante novo.

É certo que a lei não proíbe a divulgação da imagem de crianças e adolescentes nas redes sociais. Desse modo, não existe óbice legal ao uso dessas imagens e depoimentos para fins de busca ativa. Contudo, mesmo em casos de crianças sob o poder familiar, não se exclui a possibilidade de abusos, cometidos até mesmo pelos próprios pais. Violações ao direito de imagem perpetradas pelos pais foram investigadas, por exemplo, no caso dos MCs mirins⁹.

Se para crianças e adolescentes inseridas no seio familiar a divulgação da imagem mostra-se assunto tormentoso, com mais razão deveria ser especialmente cuidadoso o uso da imagem daquelas que estão à espera de uma família substituta, considerando sua maior vulnerabilidade.

O menor de idade, embora civilmente incapaz¹⁰, é inegavelmente titular de direitos da personalidade, tais como o direito à imagem, à privacidade e ao respeito. Ocorre que, na hipótese do uso da busca ativa através de redes sociais, tais direitos parecem sofrer se não uma violação, ao menos uma relevante restrição, o que se contrapõe à lógica da proteção integral.

Inicialmente, há de se considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, em seus artigos 39 a 52-D, não estabelece com precisão o trâmite da adoção. Contudo, é enunciada a necessidade de elaboração de um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e pode ser extraída do art. 50, §7º, do ECA, a *contrario sensu*, uma obrigação de sigilo, conforme abaixo:

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

estímulo à adoção por meio de busca ativa de pessoas interessadas em adotar crianças e adolescentes. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dn=7919704&ts=1559285482926&disposition=inline>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁸ALMEIDA, Daniel Konder de; PRADO, Katy Braun do. *Diretrizes para os procedimentos de busca ativa nas varas de infância e juventude dos tribunais de justiça do Brasil*. Disponível em: <http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁹SENRA, Ricardo. Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de MC Melody. *BBC News Brasil*, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>. Acesso em: 5 mai. 2019.

¹⁰BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 set. 2018. Art. 3º e 4º, I.

¹¹Id. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018. Art. 1º.



(...)

§ 7º As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema.

Ora, se somente as autoridades estaduais e federais terão acesso integral aos cadastros, o acesso de todos os demais deveria, em tese, ser restrito. Tal lógica parece ser reforçada pelo sigilo conferido aos processos que envolvem adoção¹², sigilo este que é esvaziado pela ampla publicidade da disponibilidade da criança ou adolescente.

Acrescente-se a isso a maior vulnerabilidade do menor de idade, de modo geral, e do menor à espera de família substituta, em particular, e o uso de redes sociais exsurge como medida desproporcional. A publicidade permitida pelas redes sociais é a mais ampla conhecida, em especial com a possibilidade de viralização de vídeos e imagens, e não permite a remoção dessas mídias uma vez compartilhadas. Sabendo que o número de habilitados supera o de crianças e adolescentes em proporção superior a quatro por um¹³, não seria necessária medida tão grave para a busca de novos interessados na adoção.

Dáí não se extraía, contudo, uma completa rejeição ao modelo da busca ativa. Ao contrário, é necessário reconhecer a grande vantagem que representa essa ferramenta, com a possibilidade de uma mais ágil colocação em família substituta. Exemplo de iniciativa que buscou equilibrar valores de proteção à intimidade e imagem dos adotandos com a celeridade da busca ativa é o programa “Quero uma Família”, do Ministério Público do Rio de Janeiro¹⁴. Essa iniciativa restringe o acesso ao banco de dados apenas aos previamente habilitados à adoção, garantindo maior controle sobre quem acessa dados tão sensíveis.

¹²Id. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

¹³BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴BRASIL, Ministério Público Do Rio De Janeiro. *Apresentação*. Disponível em: <<http://queroumafamilia.mprj.mp.br/apresentacao>>. Acesso em: 5 mai.2019.

2. O USO DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO

O art. 20, do Código Civil de 2002¹⁵ deixa claro que a imagem é um direito da personalidade e seu uso, em regra, dependerá do consentimento do titular desse direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ reforça a preservação da imagem em seu art.17, deixando claro que essa proteção decorre do direito ao respeito de que gozam as crianças e adolescentes.

Dito isso, questiona-se como será feita a publicidade da imagem na utilização da busca ativa, e se haverá necessidade de consentimento do menor de idade para tanto.

Inicialmente, é importante rememorar que os menores de 18 anos são incapazes, relativa ou absolutamente¹⁷. Dessa forma, dependeriam, em tese, da representação ou assistência¹⁸ de um responsável para validamente consentirem com a divulgação de sua imagem. Na ausência de pais ou responsáveis legais, caberia ao juiz suprir o consentimento.

Contudo, autores como Gustavo Tepedino defendem que o regime de incapacidades se volta para a prática de atos patrimoniais, sendo inaplicável a situações como a ora analisada, que envolve direitos da personalidade e situações jurídicas existenciais. Nesses casos, defende o Autor que a autonomia do incapaz ganha maior relevo, devendo ser preservada tanto quanto permitir seu discernimento, pois “ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas, a sua personalidade”¹⁹.

De fato, de modo geral, o titular de um direito será o melhor juiz de seus próprios interesses e “o consentimento se apresenta como uma barreira contra as intervenções indevidas sobre a vida, patrimônio e direito de autodeterminação pessoais”²⁰. No entanto, atribuir precocemente a autonomia e as responsabilidades dela decorrentes a uma criança ou adolescente pode ser tão prejudicial quanto negar essa autonomia a quem pode e deseja exercê-la.

¹⁵BRASIL, op. cit. nota 10.

¹⁶BRASIL, op. cit. nota 11.

¹⁷BRASIL, op. cit. nota 10. Art. 3º e 4º, I.

¹⁸Ibid. Art. 1634, VII.

¹⁹TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 865-885.

²⁰MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília. Jul/Set 2011.p.354



Para solucionar o impasse, nos Estados Unidos, foi desenvolvida a teoria do menor maduro, admitindo que menores de idade possam consentir ou não com determinados tratamentos médicos:

O fundamento da Doutrina do Menor Maduro repousa sob a compreensão de que os direitos de personalidade (direito à vida, à saúde, à liberdade...), e outros direitos civis, podem ser exercitados pelo indivíduo a partir do momento em que ele é capaz de desfrutá-los, o que poderá ocorrer, e normalmente ocorre, antes dos 18 anos de idade, desde que ele demonstre: idade, habilidade, experiência, educação, capacidade de decisão, conduta e apreciação de riscos e consequências relevantes a seu caso, o que significa dizer que ele deverá possuir raciocínio lógico-formal, perspectiva de socialização e conduta moral. Essa Doutrina, portanto, reconhece que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos e concede-lhes a capacidade processual de exercer e reivindicar seu direito à autonomia.²¹

Nesse sentido, parece adequado que se considere que a evolução da criança ou adolescente é gradual, com a paulatina aquisição de maior discernimento. Portanto, é necessário que a participação na tomada de decisões acompanhe tal desenvolvimento. Lembre-se, ainda, que o regime de incapacidade civil existe justamente para a proteção do menor, e não deve constituir óbice à realização do seu melhor interesse. Tal aparenta ter sido a inspiração da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto 99.710/90²²:

Artigo 5

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

(...)

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

²¹MUNHOZ, Luciana Batista. *O Princípio Da Autonomia Progressiva E A Criança Como Paciente*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.p.132-133.

²²BRASIL. *Decreto 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

No mesmo sentido, as “Diretrizes para os procedimentos de busca ativa”, da ABRAMINJ²³:

- 1º Diretriz: A criança e o adolescente, respeitado o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão, deverão ser informadas sobre a possibilidade de inclusão em programa de busca ativa e da forma como este se operacionaliza (art. 1º, III; art. 5º, XIV; XXXIII; art. 227 da CF/88; art. 1º e art. 13 do Dec. n.º 99.710/1990.; art. 100, I e XI da Lei n.º 8069/90.);
- 2º Diretriz: A criança, respeitado o seu estágio de desenvolvimento, deverá ser ouvida para sua inclusão em programa de busca ativa (art. 100, XII da Lei n.º 8069/90);
- 3º Diretriz: O adolescente deverá consentir com sua inclusão no programa de busca ativa, garantindo-se o direito de participar das decisões que envolvam sua inclusão e os limites de sua exposição pessoal, respeitando sempre os princípios e valores estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 29, art. 45, §2º e 110, XII da lei n.º 8069/90);

A participação da criança e do adolescente na decisão quanto à utilização da busca ativa e exposição de sua imagem é essencial, aplicando-se analogicamente a regra do art. 28, §§1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e exigindo-se o consentimento do adolescente. Essa solução, embora não seja perfeita, pois não leva em consideração o desenvolvimento pessoal de cada criança e adolescente, estabelece um critério objetivo e confere razoável autonomia ao adolescente, ao mesmo tempo em que mantém para as crianças o direito de participar de decisões que lhes afetarão diretamente.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o que se pretende preservar é menos as opções do que o poder de optar. Em outras palavras, “[o] que tem valor intrínseco não é ter opções, mas ser reconhecido como o tipo de criatura que é capaz de fazer escolhas”²⁴, entendimento que prestigia o reconhecimento da criança como sujeito de direitos.

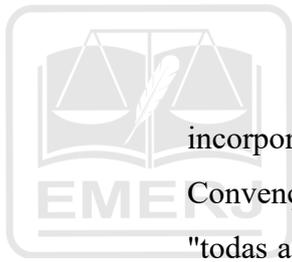
3. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: PONDERAÇÃO DA CELERIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL

O melhor interesse da criança estaria expresso no art. 100, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵, embora doutrinadores apontem que esse princípio estaria implícito na doutrina da proteção integral acolhida pelo art. 227, da Constituição de 1988 e teria sido

²³ ALMEIDA, op. cit. nota 8.

²⁴ DWORKIN apud MARX NETO, op. cit., nota 20, p.359.

²⁵ BRASIL, op. cit nota 11.



incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 99.710/90, que internalizou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e cujo art. 3.1 estabelece: "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança"²⁶.

Apesar da importância do princípio do melhor interesse para o Direito da Criança e do Adolescente, verifica-se que sua definição é bastante difícil, dependendo de um trabalho interpretativo voltado à realidade do caso concreto. Também por isso admite-se que em situações aparentemente muito similares o julgador chegue a conclusões diversas, ambas fundamentadas no melhor interesse da criança. Sobre a dificuldade de precisar o conteúdo desse princípio e o risco decorrente de submeter a criança ou adolescente ao arbítrio judicial, leciona Tânia da Silva Pereira²⁷:

A aplicação deste princípio enfrenta, na realidade, inúmeras dificuldades. Cabe um alerta no sentido de não se conceder ao Juiz um poder discricionário ilimitado; com base em uma interpretação sistemática e nas normas constitucionais e legais, deverão os operadores de Direito tratar com atenção os conflitos que envolvem crianças, adolescentes e suas famílias. Não se pode desprezar a aplicação desta regra também quando se enfrentam as questões que envolvem a prática do ato infracional. Com isto deve-se evitar um processo judicial demorado e muitas vezes bastante dispendioso, o que é prejudicial às crianças e aos seus pais, acabando por ser um convite ao Juiz para confiar em seus próprios valores e em suas preferências. Ademais, a conclusão de um Tribunal deve ir além dos valores pessoais de cada um dos julgadores. A falta de clara definição para o princípio que resguarda a oitiva da criança aliada ao poder discricionário muito amplo por tal princípio autorizado podem gerar resultados injustos para as crianças, assim como fazer com que o número de litígios aumente, fornecendo aos juízes elementos vagos que podem comprometer suas próprias decisões.

A dificuldade narrada acima também é percebida na utilização da busca ativa para a facilitação da adoção, ante a ausência de normatização específica para essa situação. Ademais, nessa situação em particular a definição do melhor interesse torna-se mais complexa ante o aparente conflito entre princípios da celeridade e da proteção integral.

A proteção integral consiste em:

²⁶GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 236. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_breves_consideracoes_sobre_o_principio_do_melhor_interesse_da_crianca_e_do_adolescente.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁷PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

(...) 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 opressão²⁸.

Dito isso, deve se reconhecer que o uso da busca ativa restringe o direito da criança à sua imagem e privacidade, o que impacta sua dignidade e pode vir a ter consequências deletérias. Reforça essa conclusão o fato do autor do Projeto de Lei nº 938 de 2019²⁹, que pretende regulamentar o uso da busca ativa, ter incluído no texto alterações aos arts. 241-C, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰ e 141, do Código Penal³¹.

Por outro lado, é inegável a importância da colocação em família substituta como instrumento de promoção da dignidade das crianças e adolescentes em condições de serem adotados. De fato, a busca ativa potencializa as chances de se encontrar potenciais adotantes, e dá concretude a pessoa desses jovens, criando empatia e alcançando pessoas que não buscavam adotar ou não buscavam aquele perfil.

Nota-se, portanto, que, se por um lado a busca ativa pode levar a um incremento nas chances de colocação em família substituta e na celeridade com que essa inclusão ocorre, por outro também pode expor a consequências deletérias uma pessoa particularmente vulnerável (em especial quando considerado que o perfil das crianças e adolescentes que mais necessitam do mecanismo da busca ativa).

Dito isso, é fundamental que a apreciação do melhor interesse da criança ou do adolescente leve em consideração suas peculiaridades, a vontade manifestada pela criança e oportunize a intervenção do Ministério Público, enquanto *custos legis*.

Nesse sentido, as diretrizes para os procedimentos de busca ativa da ABRAMINJ³²:

3º Diretriz: O adolescente deverá consentir com sua inclusão no programa de busca ativa, garantindo-se o direito de participar das decisões que envolvam sua inclusão e os limites de sua exposição pessoal, respeitando sempre os princípios e valores

²⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁹BRASIL, op. cit. nota 7.

³⁰BRASIL, op. cit. nota 11.

³¹Id. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

³²BRASIL, op. cit. nota 8.



estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 29, art. 45, §2º e 110, XII da lei nº 8069/90);

(...)

12ª Diretriz: Deve ser assegurado a qualquer momento mecanismos de suspensão ou exclusão imediata do programa de busca ativa, em respeito à vontade manifesta da criança e ou adolescente, ou sempre que o programa não se mostrar favorável ao seu desenvolvimento individual, psíquico, moral, social e espiritual (art. 5, II e art. 227 da CF/88);

17ª Diretriz: O Ministério Público, como fiscal da lei, deverá ser ouvido nos procedimentos que envolvam programas de busca ativa de crianças e adolescentes (art. 127 da CF, art. 202 e 204 da lei nº 8069/90);

Necessário pontuar, ademais, que nenhum direito é absoluto, sendo recomendável a ponderação de princípios como forma de garantir o melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a questão do conflito entre o uso da busca ativa como forma de dar celeridade às adoções e os direitos da personalidade das crianças e adolescentes. O debate toma forma pela constatação de que o ordenamento pretende garantir às crianças proteção integral, contudo, justamente para aquelas em situação de vulnerabilidade excepcional, sugere-se o uso de um mecanismo que mitiga seus direitos à intimidade e imagem. Entram em conflito, nessa hipótese, a maior celeridade e grande sucesso prático da busca ativa e a necessidade de defesa à vida privada e aos direitos da personalidade dessas crianças e adolescentes.

A partir das reflexões desenvolvidas na pesquisa, chegou-se à conclusão de que a ferramenta da busca ativa traz, de fato, grandes benefícios. Contudo, seu uso demanda normatização, tendo em vista a ausência de lastro legal que o admita expressamente, bem como o estabelecimento de pressupostos que permitam aferir ser esse instrumento adequado ao melhor interesse da criança ou adolescente no caso concreto. Nesse sentido, observamos que foi proposto um Projeto de Lei para a regulamentação da busca ativa, que trouxe também inovações em matéria penal, reconhecendo que embora o mecanismo seja bastante efetivo, seu uso pode vir a causar danos às crianças que se pretende beneficiar.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o melhor interesse da criança somente poderá ser aferido casuísticamente, devendo ser possibilitado à criança ou adolescente influir na decisão pelo uso ou não da busca ativa

conforme lhe permita seu desenvolvimento pessoal. Acrescente-se a isso a ideia trabalhada no primeiro capítulo, de que o ordenamento sugere o sigilo do trâmite da adoção e a proteção da imagem da criança como consequência da sua proteção integral, o que se excepciona somente quando mais benéfico para determinada criança em particular a maior publicidade da adoção.

Nesse sentido, a tese da autora é no sentido de que, observadas as peculiaridades do caso concreto e conscientes de que nenhum direito é absoluto, parece adequada a mitigação do direito à imagem e intimidade para que se atenda ao superior interesse de célere colocação em família substituta. Contudo, por um critério de proporcionalidade, defende-se a desnecessidade do uso das redes sociais, sugerindo-se o uso da busca ativa nos moldes propostos pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, em seu programa “Quero uma família”, evitando, dessa forma, a exposição descontrolada da imagem de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Konder de. PRADO, Katy Braun do. *Diretrizes Para Os Procedimentos De Busca Ativa Nas Varas De Infância E Juventude Dos Tribunais De Justiça Do Brasil*. Disponível em: <http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/diretrizes_para_os_procedimentos_de_busca_ativa_pdf.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. *Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Decreto 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.



_____. Projeto de Lei nº 938 de 2019. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre programas de estímulo à adoção por meio de busca ativa de pessoas interessadas em adotar crianças e adolescentes. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7919704&ts=1559285482926&disposition=inline>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. CEJA-PE. 24 set. 2018. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/cejapernambuco/>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Esperando por você*. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Esperando por você*: Leidiane. Youtube, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ij-NjFWXEMY&t=1s>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passa-a-passo-da-adocao>>. Acesso em: 29 ago. 2018

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 236. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília. Jul/Set 2011.p.354

MOURA, Renata. 'Você quer ser minha família?': como as redes sociais têm incentivado a adoção de jovens 'esquecidos' nos abrigos. *BBC News Brasil*, 2018. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/voce-quer-ser-minha-familia-como-as-redes-sociais-tem-incentivado-a-adocao-de-jovens-esquecidos-nos-abrigos,c543356bf3a28af96376cadcf608d333cipmifd0.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

MUNHOZ, Luciana Batista. *O Princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 865-885.



REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE
CONSCIÊNCIA DO MÉDICO SERVIDOR PÚBLICO PERANTE O DIREITO DE
CONSTITUIR FAMÍLIAS MONO E HOMOPARENTAIS

Ana Carolina Saavedra Losada Lopes
Graduada pela Universidade Cândido
Mendes. Advogada.

Resumo – O presente estudo tem como foco o direito de mulheres e pessoas com úteros, solteiras ou em casais homoafetivos ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida. Abordam-se os direitos fundamentais dessas famílias, ao planejamento familiar e à saúde, que geram deveres ao Estado. Explana a omissão legislativa, com a decorrente regulação pelo Conselho Federal de Medicina e a possibilidade dada pelo Conselho, para que médicos se abstenham de realizar as reproduções humanas, por questões internas. Trata-se das consequências do conflito entre o direito do médico de objetar consciência e o direito fundamental ao planejamento familiar, destacando-se as particularidades dos médicos agentes estatais e a sua responsabilidade. Enfatiza-se a necessidade de mais hospitais fornecendo o tratamento, concluindo que a objeção de consciência atualmente cria barreiras para o acesso à saúde e aprofunda desigualdades vedadas pela Constituição Federal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Reprodução Humana Assistida. Planejamento Familiar. Objeção de consciência. Princípios da Administração Pública. Responsabilidade do Estado. Desigualdade socioeconômica e regional.

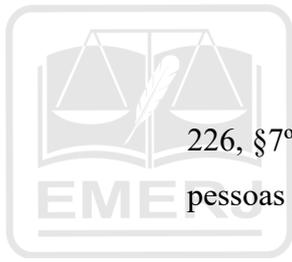
Sumário – Introdução. 1. Planejamento familiar, o direito à inseminação artificial de mulheres solteiras e casal lésbico em hospitais públicos. 2. Os princípios da administração pública e o direito de objeção de consciência do médico, funcionário público 3. Monoparentalidade e homoparentalidade feminina e o direito à objeção de consciência e a responsabilidade estatal-administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente artigo tem-se como objetivo central analisar e debater a possibilidade de se aplicar a objeção de consciência do médico nos casos de inseminação artificial para famílias mono e homoparentais, especialmente, femininas e de pessoas com útero.

O trabalho é justificado tanto pelo conflito de direitos do médico e das pacientes, quanto pelas consequências sociais e constitucionais desse conflito. Mas também, pela necessidade de amplo debate e de regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida, em especial, as afeitas às pessoas com útero, uma vez que são derivados de direitos fundamentais.

O direito fundamental, que genericamente se relaciona ao tema é o da saúde. Mas, especificamente tem-se o direito fundamental ao planejamento familiar está previsto no artigo



226, §7º sendo regulado na Lei nº 9.263 de 1996. O intuito da lei é fornecer meios para que as pessoas possam planejar sua família, com proteção estatal.

O legislador criou deveres para o Estado, no que tange fornecer os instrumentos adequados para que as pessoas formem as suas famílias. Essas obrigações ganham especial relevância com o avanço tecnológico, em especial, na área da medicina e das reproduções humanas assistidas.

A regulação da reprodução humana assistida, hodiernamente, é só feita pela resolução do CFM, realizada levando em conta questões técnicas. Mas, que pode ignorar existentes demandas de mulheres e homens solteiros e casais homoafetivos.

Como exemplo; pela regulação do CFM, o médico pode objetar realizar o procedimento, sob a alegação de consciência. Previsão que entra em conflito com o dever do médico que é funcionário público, atuando em nome do Estado.

A situação se mostra mais sensível, tendo em vista que são pouquíssimos hospitais públicos que fornecem o tratamento. Sendo assim, mulheres são obrigadas a se deslocar de estados e ficar em longas filas de espera, sem certeza de que receberão o tratamento, pois o médico pode se negar.

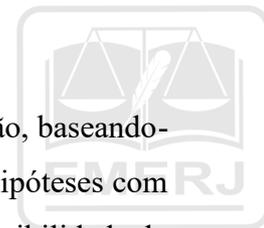
Dessa forma, o trabalho é desenvolvido em três capítulos que exploram os pontos pertinentes, mas não únicos, sobre o tema.

O primeiro capítulo tem como foco a análise dos direitos decorrentes do planejamento familiar, em especial, os da inseminação artificial feminino. Abordando os direitos reprodutivos de mulheres solteiras e casais femininos, os cotejando com os deveres do Estado, representado em cada um de seus Poderes. Assim como, apontando as ausências de atuação estatal.

O segundo capítulo trata inicialmente da regulamentação do Conselho Federal de Medicina, quanto à ética médica, problematizando o direito de objeção de consciência do médico dentro do contexto da Administração Pública e dos princípios que a regem. Apresentando algumas soluções propostas, pela lei e por Mayara Costa, que trata de aborto legal, mas cujo texto se aplica ao presente trabalho.

No terceiro e último capítulo, analisa-se o conflito entre o direito ao tratamento e o direito de negativa, debatendo algumas consequências práticas, diante da existência de poucos hospitais que fornecem o tratamento de inseminação artificial. Assim como, as questões constitucionais resultantes dos agravamentos de diferenças regionais e sociais.

Como se observa, a pesquisa é qualitativa, necessariamente e pelo método hipotético-dedutivo. O examinador realiza leituras diversas sobre os temas, atentando para as opiniões



formuladas e os métodos aplicados pelos autores dos materiais investigados. Então, baseando-se nas obras, cotejando-as com as regulações e legislações pertinentes, formula hipóteses com o objetivo de fundamentar sua posição, ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade de opiniões diversas e conflitos de direitos constitucionais.

1. PLANEJAMENTO FAMILIAR, O DIREITO ÀS REPRODUÇÕES HUMANAS ASSISTIDAS DE MULHERES SOLTEIRAS E DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS FEMININAS

O planejamento familiar é direito fundamental, previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal¹, relacionado com outro direito fundamental: o da saúde. Como se sabe, por se tratarem de direitos e garantias fundamentais é preciso que sejam efetivados.

O Estado – e seus três poderes – tem a obrigação constitucional e legal de fornecer os instrumentos mais adequados para concretude dos direitos fundamentais, em razão da “eficácia radiante” desses direitos². Por isso, por um lado, o legislador criou a Lei nº 9.263³, conhecida como “Lei do Planejamento Familiar”.

Por outro lado, o legislador tem se omitido em regular um importante avanço biomédico: as técnicas de reprodução humana assistida, ferramentas eficientes e seguras para efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos – e do planejamento familiar.

Muitos projetos de lei tramitam, alguns inclusive datando 1995, mas nenhum ainda se tornou leis. Então, hodiernamente, é somente o Conselho Federal de Medicina – CFM – que tem regulamentado essas técnicas.

Já o Poder Executivo tem agido no sentido de fornecer o tratamento de inseminação artificial nos hospitais públicos. No entanto, ainda o faz muito timidamente.

Até o momento, são em torno de 12 os hospitais que fornecem tratamento gratuito pelo SUS para infertilidade, dos quais: 1 no Rio de Janeiro, 1 em Brasília, 1 em Minas Gerais, 2 em Porto Alegre, 4 em São Paulo, 1 em Natal⁴. Existia em Pernambuco⁵ um hospital, mas

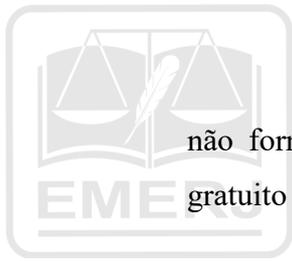
¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 fev. 2019.

² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

³ BRASIL. *Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴ O GLOBO. *Confira locais que oferecem tratamento para infertilidade no SUS*. Disponível em: < <https://gshow.globo.com/programas/mais-voce/noticia/confira-locais-que-oferecem-tratamento-para-infertilidade-no-sus.ghtml>> Acesso em: 29 dez. 2018.

⁵ VILELA, Silvano. *Inscrições para fertilização gratuita no SUS, algumas opções*. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>> Acesso em: 29 dez. 2018.



não fornece mais o tratamento. Existe um hospital em Goiana, no entanto, não diz se é gratuito e um hospital em São Paulo que o fornece a baixo custo.

Já hospitais particulares, em rápida pesquisa no *Google*, encontraram-se 18 nosocômios no Rio de Janeiro que fornecem tratamentos para infertilidade, alguns em diversas localidades do Estado.

Quanto ao Poder Judiciário incumbe julgar os processos conjugando os direitos individuais, as demandas sociais, assim como as questões técnicas. Para isso, usa de princípios, que regem as relações individuais e familiares, dentre eles:

O da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da Carta Magna⁶, pois abarca todos os demais princípios, implicando direitos básicos para vida qualitativa, dentro de Estado Democrático de Direito.

O princípio da não discriminação, também previsto na Constituição⁷, no artigo 3º, IV, muito relacionado ao princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública.

O terceiro é o princípio da igualdade e da diferença, cujo nome apresenta aparente contradição, mas que em verdade se complementam. Como dita o trecho do acórdão do Recurso Especial (REsp) nº 1.286.879-SP⁸, de 2015, no qual o Ministro Relator Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se manifestou sobre dever de alimentos entre ex-companheiros de mesmo gênero:

[...]A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

Os princípios assumem especial relevância, quando se trata da inseminação artificial - uma das técnicas de reproduções humanas assistidas - isso porque não se estabilizou quem são as pessoas que as acessam e tampouco quais as consequências jurídicas da sua utilização.

Inicialmente, o CFM falava somente em casal heteroafetivo. Mas, na sua última Resolução nº 2.168⁹, o Conselho com base na decisão do Supremo Tribunal, passou a permitir

⁶ BRASIL, op.cit., nota 1

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.286.879-SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisiones/toc.jsp?processo=1.286.879&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁹ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 08 fev. 2019.

a inseminação artificial para casal homoafetivo e mulheres solteiras, ressaltando a objeção de consciência.

É importante frisar, que, apesar de reconhecido formalmente o direito, é inegável como pessoas com útero vivenciam a violência em graus diferentes, incluída a violência médica. E, a ressalva feita pelo CFM, pode acabar por legitimar essa forma de violência – tema a ser estudado adiante.

Elas e eles têm o direito, garantido pela Constituição, de terem filhos. A interferência do estatal deve ser positiva, no sentido de garantir os meios necessários para realização da maternidade ou paternidade e será negativa – se abster - de discriminar pessoas por sua orientação sexual e/ou configuração familiar.

No entanto, essa não tem sido a realidade, conforme constata-se do relato do casal lésbico em entrevista pela Globo¹⁰:

A criança hoje tem sete meses de idade e, segundo Lusiene, é a materialização de um sonho antigo do casal. "A inseminação artificial era uma vontade antiga nossa, mas por questão financeira não conseguimos. Então procurei o método tradicional, para realizar o sonho de sermos mães", disse Lusiene, que encontrou um doador anônimo disposto a ajuda-la.

"O governo não dá alternativas para inseminação artificial na saúde pública. Se houvesse esta hipótese, não teríamos de ter passado por essa situação constrangedora", avalia Lucélia que, ao lado da companheira, procurou o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e Ações Estratégicas (NDDH) da Defensoria Pública onde, além do direito à dupla maternidade garantido em cartório, o casal aproveitou para oficializar a união.

De qualquer forma, em termos técnicos, o tratamento é igual para todos, em que o doador do material genético não tem nenhum direito sobre a criança, sendo o poder familiar estritamente da ou do ou das ou dos pacientes das técnicas da reprodução humana. Isto é, a ligação do doador com a prole é estritamente genética, jamais jurídica.

No entanto, o acesso dos cidadãos é diferenciado, em razão de classe, de gênero e orientação sexual. Assim, como o acesso pode ser dificultado por outros preconceitos sociais, tais como o racismo e a gordofobia, contra pessoas deficientes, idosas, entre outras.

Mecanismos que também operam para negativa de fornecimento, com a consequente violência médica, deixando pessoas com seus direitos fundamentais violados.

¹⁰ O GLOBO. *Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará.* <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.



Em suma, nesse capítulo, entende-se que as pessoas, por serem cidadãos e viverem em um Estado Democrático e plural, têm direitos básicos. Dentre eles, direito à saúde reprodutiva e a possibilidade de maternidade ou paternidade protegida e segura.

Para assegurar esse direito, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida, atualmente regulada pelo Conselho Federal de Medicina, que prevê como pacientes pessoas solteiras e casais homoafetivos.

Mas, não basta haver a autorização formal ao mesmo tempo em que se possibilita ao médico abster-se de fornecer o tratamento, baseado em seus preconceitos pessoais. Sob pena de cometer violência médica contra as pacientes.

A questão se torna especialmente sensível, tendo em vista a disparidade de acesso a tratamentos pela classe social, que será tratado no terceiro capítulo, depois de se estudar a objeção de consciência e os princípios da Administração Pública.

2. OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO, FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Como dito no capítulo anterior, o Conselho Federal de Medicina regula, atualmente, as técnicas de reprodução humana assistida. Mas, a função do Conselho não se restringe a isso, serve também como diretriz e código de ética para os médicos brasileiros, conforme se depreende dos artigos 2º e 10 do seu Regimento Interno¹¹.

As Resoluções do CFM, portanto, se aplicam aos médicos que atuam na área privada e na área pública. O Código de Ética atual¹² prevê dois princípios que não são necessariamente contraditórios, mas podem ser: a não discriminação e a autonomia de consciência, este último nos seguintes termos:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.¹³

¹¹ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.998*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2019.

¹² BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética*. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹³ Ibid.

Ainda, conforme o Código¹⁴ supracitado é direito do médico se eximir de realizar procedimentos médicos que lhe contrariam a consciência. E, ao falar de direitos humanos, veda que o médico trate outro ser humano com discriminação.

Há conflito entre a liberdade de consciência do médico – muitas vezes traduzidas em preconceitos – e a vedação à discriminação.

Foi dentro dessa lógica que o CFM tratou das técnicas de reprodução humana assistida. Por um lado, permitiu a inseminação artificial por casais homoafetivos e por outro, deixou a critério subjetivo do médico – sua consciência – se realizará ou não os procedimentos.

O Conselho Federal de Medicina resolve o conflito, apresentando as hipóteses em que não se aplica a objeção de consciência: urgência e emergência, em que está em risco a saúde da ou do paciente.

Mas, a inseminação artificial não é um caso de emergência, o que levaria a presunção de que pelo Conselho, o médico poderia deixar de realizar os procedimentos.

Maynara Costa¹⁵, em seu artigo, define o que é objeção de consciência do médico e ajuda a resolver o conflito. A autora visa compatibilizá-lo com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, especificamente no que tange o direito de aborto, que não é o tema deste trabalho.

Contudo, a autora aborda pontos relevantes sobre a objeção de consciência, aplicáveis às técnicas de reprodução assistida: (i) não se trata de achismo, mas de um direito subjetivo do médico, que deve ser sopesado com outros valores e (ii) não pode ser acionado em todos os casos.

Além dessas limitações ao subjetivo de todos os médicos, é vital lembrar que os médicos públicos, como agentes estatais, devem obedecer a regimentos específicos e devem se sujeitar às normas da Administração Pública, no caso em especial, a Lei nº 8.080 de 1990 – conhecida como “Lei do SUS”¹⁶.

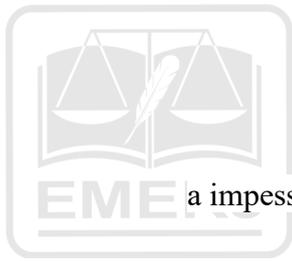
Nos termos da lei os serviços públicos devem respeitar alguns princípios, elencados no artigo 7º, dentre eles cabe destacar o inciso IV: “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;”¹⁷.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

¹⁵ COSTA, Maynara. *Objecção de consciência dos profissionais de saúde e responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/maynara-costa-advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446>> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹⁶ BRASIL, *Lei nº 8.080* de 19 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L80-80.htm> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹⁷ Ibid.



Esse princípio decorre dos princípios vetores da Administração Pública: a isonomia e a impessoalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal¹⁸.

Com base neles, a Administração Pública Direta e Indireta – e seus agentes - têm o dever de tratar todos com igualdade, seja tratando de maneira igual ou de maneira a tornar igual – isonomia formal e material - e sem privilegiar ou perseguir ninguém.

Dentro desses deveres, conforme visto no primeiro capítulo, deve o Estado concretizar os direitos reprodutivos, uma vez que é direito constitucional de todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual ou estado civil ou raça.

O Estado compreendido como os seus Poderes e também seus agentes. O médico é, no presente caso, quem lida direta e primeiramente com a concretização desse direito. Já que é com ele que as ou os pacientes lidam para fazer a inseminação artificial.

Assim sendo, o dilema dado no âmbito privado, se torna mais sensível e demanda soluções diferentes, quando confrontada com os deveres estatais e com a impessoalidade administrativa.

De um lado, tem-se o direito subjetivo do médico, de ter suas convicções pessoais e de outro lado, há o dever de fornecer as técnicas adequadas para que as pessoas formem sua família, alcançando sua felicidade; o dever de dar saúde, incluindo a reprodutiva sem nenhuma forma de discriminação.

Assim sendo, o CFM visando garantir direitos e deveres para os médicos, resultou em aparente conflito entre a possibilidade de negar, por consciência, e a impossibilidade de gerar discriminação.

O Conselho é aplicável tanto para os médicos privados, quanto para os médicos públicos. No entanto, para esses últimos é preciso maior sensibilidade, pois atuam em nome de Estado e tem obrigações diferentes das dos médicos particulares.

Diante do exposto, como fica a questão da objeção de consciência, no caso específico do médico servidor público ou do médico privado conveniado do SUS.

É possível aplicar a objeção de consciência para que não realize as técnicas de reprodução humana assistida? A omissão do médico ou sua recusa para o tratamento geram responsabilidade civil para o Estado? É a questão apresentada no próximo capítulo.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1

3. MONOPARENTALIDADE, HOMOPARENTALIDADE FEMININA, O DIREITO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL-ADMINISTRATIVA

Nos dois capítulos anteriores foram apresentados dois direitos, planejamento familiar e objeção de consciência, que aparentemente se chocam e podem resultar em graves prejuízos aos indivíduos.

A objeção de consciência não é um tema novo para agentes estatais, sendo um dos atributos clássicos do exercício da magistratura. Por exemplo, os juízes podem se declarar suspeitos, por razão de foro íntimo, sem precisar justificá-lo, nos termos do artigo 145, parágrafo 1º do Código de Processo Civil¹⁹. Uma vez que o magistrado precisa ser imparcial, o conflito de consciência é um peso negativo em sua decisão, de forma que o foro íntimo resguarda tanto a si quanto as partes da demanda.

No entanto, a mesma mentalidade não se aplica à profissão do médico, cujo ofício é mais de ordem técnica do que decisória. Em outros termos, a discordância subjetiva do médico não o deveria afetar na aplicação das técnicas médicas. A não ser que a objeção se deva, justamente, ao método mais apropriado, o que não é o tema deste trabalho.

O conflito, entre os direitos, afeta não apenas o plano teórico, mas o plano prático, do dia-a-dia de mulheres – ou pessoas com úteros – homoafetivas, de classes sociais mais desfavorecidas. Considerando o que já foi apresentado, de que forma é possível resolver tal impasse?

O embate em questão não pode ser resolvido igualmente na esfera privada e na esfera pública. Os médicos, ao atuarem no regime particular, devem observar apenas os regramentos impostos pela CFM, enquanto a atuação na área pública impõe, também, regramento pela CRFB²⁰/1988 e pela Lei do SUS²¹.

Apesar de a Lei nº 8.080²² não trazer, em seu texto, a ressalva de consciência, veda o tratamento discriminatório. Uma vez que os regulamentos produzidos pelo Conselho Federal de Medicina também se prestam a complementar a legislação estatal, ao regularem a profissão, também são aplicáveis ao exercício público da medicina. Assim, ao menos em tese, a objeção de consciência seria um direito do médico atuante.

¹⁹ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-201-8/2015/Lei/L13105.htm > Acesso em: 09 fev. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1

²¹ BRASIL, op. cit., nota 11

²² Ibid.



Entretanto, quando se trata de médico público, por ser agente estatal, a regulação do Conselho deve ser lido pelo viés constitucional e interpretado em conjunto com os vetores da Lei nº 8.080²³. Em outros termos, a análise fria e básica da legislação não é forma ideal de interpretação: o direito deve ser sempre sopesado com os direitos constitucionalmente protegidos.

A objeção de consciência, exercida de forma sigilosa e sem exigir que o profissional explicithe seus motivos, permite a recusa do tratamento pautada em preconceitos. Tal atuação viola o direito subjetivo da paciente, constitucionalmente garantido, assim como representa uma violação no dever constitucional de a Administração Pública fornecer tratamentos sem a diferenciação por raça, gênero etc.

Como se sabe, o dano causado pelo agente é de responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal²⁴. Portanto, quando o médico nega fornecimento, por mera discriminação, gera para o Estado o dever de indenizar.

Ao analisar a forma do tratamento fornecido em hospitais públicos, podemos dimensionar o dano provocado pelo Estado, por meio de seu profissional. Analisaremos, brevemente, os três fatores mais importantes para a consideração da extensão do dano.

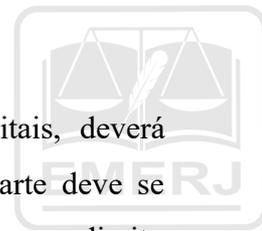
Primeiro, são em torno de 12 hospitais públicos que fornecem a inseminação artificial, divididos em 6 estados brasileiros; ou seja, somente 6 dos 26 Estados fornecem o tratamento de forma gratuita. Dessa forma, casais de qualquer tipo, incluindo os heterossexuais em que o homem é infértil, dos outros 20 Estados-membros precisam se deslocar para receber tratamento gratuito.

No caso dos casais homoafetivos e das mulheres solteiras, a mobilização adquire contornos mais gravosos. Isso, porque, além deverem se deslocar por grandes distâncias, ainda podem ter o tratamento negado por nenhum outro motivo além de preconceito de ordem de gênero ou sexual.

Segundo, o tratamento dura, em média, um mês. Ao rememorar o primeiro ponto, conclui-se que o gasto é elevado, pois o potencial paciente deve prover seu deslocamento e sua estadia no destino, dois serviços custosos. Para minorar o prejuízo financeiro, algumas decisões judiciais têm obrigado os entes federativos a fornecer transporte gratuito para tratamento, em alguns casos. No entanto, o próprio esperar pelas decisões judiciais pode levar considerável tempo, como sabido popularmente.

²³ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



Terceiro, mesmo que a interessada consiga localizar um dos hospitais, deverá enfrentar uma fila do sistema, para que inicie o tratamento. Novamente, a parte deve se deslocar por grandes distâncias, custear estadia, esperar na fila para, ao final, ver seu direito violado por uma conclusão preconceituosa do médico.

Fica clara a disparidade entre a objeção de consciência no âmbito privado e no âmbito público. No Estado do Rio de Janeiro, se um médico particular nega, as pacientes podem recorrer a outros 17 hospitais. Por outro lado, se um médico público nega, as pacientes precisaram se deslocar para outro estado, correndo o risco de receber a mesma negativa.

Existem motivos teóricos de resolução de conflitos e consequências práticas, que afastam a possibilidade do médico público negar o tratamento de inseminação artificial. Por conseguinte, até que mais hospitais forneçam o tratamento, o direito profissional de objeção de consciência deve ser submetido ao direito fundamental ao planejamento familiar, sob pena de perpetuação da violência social.

CONCLUSÃO

A concepção de família está sempre em mudança, tanto pelos avanços tecnológicos, quanto pelas configurações familiares fáticas. Isso afeta o Direito, que deve buscar se reconstruir com as demandas sociais e biomédicas, tanto para regula-las, como para garanti-las.

Nesse contexto, destaca-se a relevância das técnicas de reprodução humana assistida, já que é importante instrumento para satisfação do direito constitucional e fundamental de planejamento familiar, ao permitir que casais tenham filhos com ajuda de médicos, inclusive, casais que não poderiam gerar vidas.

Dessa feita, o direito de constituir família cria para o Estado alguns deveres, dentre eles, os de fornecer os meios e instrumentos adequados para controle de prole, seja para auxiliar a ter filhos ou para evita-los.

Ao falar de Estado, não o restringe ao Poder Executivo, a quem incumbe fornecer de forma gratuita o tratamento médico. Ao contrário, fala-se também dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O Poder Legislativo tem sido omissivo quanto a regulação das técnicas de reprodução humana assistida. Ainda que tenham diversos Projetos de Lei tramitando hoje, a omissão é parcialmente resolvida pelo Conselho Federal de Medicina.



O que, por seu turno, tem gerado intenso debate, já que o Conselho é um órgão médico, de suma importância, mas que, por seu caráter técnico, pode não atender as demandas.

Nesse sentido, destaca-se a resolução que cuida das técnicas de reprodução humana assistida, no que tange as técnicas de inseminação artificial. Atendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, o CFM permitiu que mulheres solteiras e casais homoafetivos se utilizassem das técnicas, ressalvando o direito de consciência do médico.

Ao dispor desse modo, criou, pelo menos aparentemente, conflito entre dois direitos: de um lado, o direito de planejamento familiar de pessoas com útero, solteiras ou casais e de outro, o direito do médico a fornecer o tratamento necessário.

A conduta do Conselho se releva temerária, ainda mais que, conforme visto nos capítulos, se aplicaria aos médicos privados e públicos, gerando barreiras de acesso à saúde e violando dispositivos constitucionais.

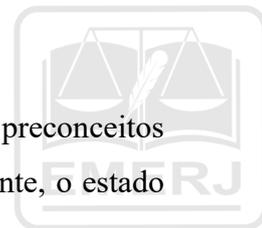
A objeção de consciência não é uma garantia estranha ao Direito, inclusive, é aplicável a juízes, para evitar que profiram decisões parciais. Mas, ela ganha contornos distintos quando se fala de saúde. Isso porque, a consciência do médico não deve intervir sobre o seu procedimento, exceto nos casos em que haja discussão sobre a melhor técnica – o que não foi o foco deste trabalho.

Esse direito médico, garantido pelo Conselho Federal de Medicina, acarreta, ainda que sem intenção, em aumento da desigualdade social e regional, uma vez que somente 12 hospitais fornecem o tratamento pelo SUS, concentrado em 6 estados do Brasil – em oposição aos hospitais que particulares, que só no Rio de Janeiro tem mais de 18 clínicas, algumas localizadas em mais de uma região, que fornecem o tratamento.

Como somente 6 dos 26 estados – excluído o Distrito Federal, que tem um hospital – se uma pessoa ou um casal de mulheres homoafetivas deseja fazer inseminação artificial, mas não tem condições de arcar com o tratamento, deverá se inscrever na extensa fila de espera de um hospital de outro estado.

Para se inscrever, deverão gastar com transporte para o estado que forneça tratamento. Mas e se não tiverem como arcar? Por vezes, a justiça condena o estado a arcar com custo de transporte para tratamento, mas não é regra. Fora o gasto com estadia no estado que forneça o tratamento. Toda a espera pode culminar com a negativa de fornecimento do tratamento pelo médico, sob alegação de objeção de consciência.

A CRFB/88 veda qualquer forma de discriminação, incluindo, a de região. O médico público, que por opiniões privadas, se obsta de fornecer direito fundamental, viola o direito a



igualdade, a não discriminação e o planejamento familiar e o faz com base em preconceitos particulares, tais como a homofobia e machismo, dentre outros. Conseqüentemente, o estado está violando seus deveres constitucionais.

Além disso, como dito, algumas vezes os estados são condenados a arcar com as custas de transporte para o tratamento, então, a negativa do médico acaba por gerar mais gasto para o próprio estado, sem que as pessoas tenham tido efetivo tratamento.

Em suma, não se pretende violar o direito a consciência dos médicos, sejam eles atuantes na esfera pública ou privada, mas chamar atenção para as conseqüências do exercício desse direito sem que haja implementação do tratamento nos 26 estados, assim como expansão para mais hospitais dentro de cada estado e do Distrito federal.

Quando o Estado tiver condições de fornecer o tratamento para todas as pessoas com útero, gratuitamente, tendo mais hospitais e mais médicos habilitados. Somente então, cessará o conflito entre os direitos e o médico poderá apresentar sua objeção de consciência, sem aprofundar ainda mais as desigualdades sociais e regionais.

Até então, o que se tem com a objeção de consciência é que o preconceito contra mulheres – e pessoas com útero – e casais lésbicos, permite que o médico se abstenha de seus deveres legais, reforçando outras formas de discriminação: o regionalismo e o classismo.

Por fim, ressalta-se a necessidade de uma lei que aborde especificamente a inseminação artificial no âmbito de hospitais público, diante das peculiaridades decorrentes da relação entre médico público e seus pacientes e o médico particular e seus pacientes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 09 fev. 2019.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 ago. 2018.

_____, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168* Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.998*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2019.



_____, Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética*. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/in-dex.php/cem-atual>> Acesso em: 08 fev. 2019.

_____, *Lei do SUS*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____, *Lei do Planejamento Familiar*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L-EIS/L9263.htm> Acesso em: 22 ago. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

COSTA, Maynara. *Objecção de consciência dos profissionais de saúde e responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/maynara-costa_advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446> Acesso em: 08 fev. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O GLOBO. *Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará*. <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Confira locais que oferecem tratamento para infertilidade no SUS*. Disponível em: <<https://gshow.globo.com/programas/mais-voce/noticia/confira-locais-que-oferecem-tratamento-para-infertilidade-no-sus.ghtml>> Acesso em: 29 dez. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

OBSERVATÓRIO DA SAÚDE. *Infertilidade: SUS oferece tratamento gratuito*. Disponível em: <<http://observatoriodasauderj.com.br/infertilidade-sus-oferece-tratamento-gratuito>> Acesso em: 22 ago. 2018.

RESENDE, Frederico Ferri. *Objecção de consciência do médico e autonomia do paciente*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46>. Acesso em: 22 ago. 2018.

VILELA, Silvano. *Inscrições para fertilização gratuita no SUS, algumas opções*. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>> Acesso em: 29 dez. 2018.

LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO: PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Ana Paula Pontes da Silva

Graduada Pela Faculdade de Direito UNIABEU.
Advogada.

Resumo – As decisões tomadas pela Administração Pública são de grande repercussão social e seu controle, notadamente pelo Poder Judiciário, é de grande importância, principalmente devido à observância do sistema de freios e contrapesos. No entanto, o controle dos atos administrativos discricionários gera grandes discussões no que tange ao limite a ser adotado, pois há um limiar delicado nesse controle sobre o mérito administrativo, tendo em vista a observância da legalidade em sentido amplo e a liberdade de escolha do administrador público. De forma mais específica sobre o mérito administrativo, é que se adentra na adoção do princípio da deferência administrativa, que traz os parâmetros de análise das decisões tomadas por agente com conhecimento específico sobre o tema, que por sua vez, necessita de maior liberdade de atuação quanto à posição por ele adotada. Portanto, o objetivo deste trabalho é apresentar a importância e as consequências práticas na aplicação dos desígnios do princípio em questão quanto às decisões do agente público com especificidade sobre o tema a se posicionar.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Intervenção do Judiciário. Limites. Atos discricionários da Administração. Princípio da Deferência administrativa.

Sumário – Introdução. 1. A importância do sistema de freios e contrapesos e controvérsia quanto à atuação do Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública. 2. Breve discussão sobre as hipóteses de intervenção necessária nos atos administrativos discricionários. 3. Princípio da Deferência Administrativa: respeito às decisões proferidas – análise quanto à sua legalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os parâmetros de liberdade das decisões da Administração que sejam mais técnicas e objetivas, para que não haja violação do poder da Administração, e assim, evita-se a atuação, de certa forma, indevida do Judiciário na opção política do Administrador concedida pela Constituição, por meio de uma visão sistêmica.

Desse modo, para o exercício de suas atribuições, a Administração Pública dispõe de poderes, que são assegurados como posição de supremacia sobre o particular para que assim o Estado possa atingir seus fins. No entanto, essa supremacia é exercida dentro dos limites legais para impedir a ocorrência de arbitrariedades e abusos.

E esse limite legal é exercido em diversos aspectos da atividade da Administração. Assim, tem-se o poder vinculado da Administração, que é aquele em que a lei determina a Administração a tomar determinada forma, sem margem de opção ao Administrador. Com relação a esse poder, não há qualquer dúvida e sequer divergência doutrinária quanto à



atuação do Judiciário, já que este atuará ao corrigir os atos que forem praticados de forma diferente da estrita determinação legal.

Há também o poder discricionário, em que a lei concede margem de decisão diante de certo caso concreto, em que a Administração adota uma dentre várias opções válidas de acordo com critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. Contudo, esta liberdade de atuar é limitada, pois com relação à competência, a forma e a finalidade – esta última, no sentido restrito, a lei impõe limitações.

Assim, a escolha ou decisão feita pela Administração deve ser respeitada quando dentro de sua discricionariedade. E tal discricionariedade é também de premente importância no que tange ao respeito das decisões administrativas que atentam ao princípio da deferência administrativa. Esse princípio é considerado, de certa forma, atual e se baseia na observância de decisões mais específicas, com conhecimentos técnicos.

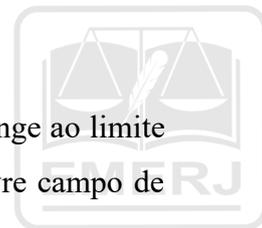
Desse modo, a aplicação desse princípio cria um divisor de águas para que decisões proferidas por autoridades que detenham conhecimento específico, mais notadamente, conhecimentos técnicos, sejam respeitadas e não sejam controladas por qualquer outro Poder, em especial o Judiciário, com a existência de limites para sua atuação no mérito administrativo, mais notadamente, nos atos da Administração em que se entende pela aplicação do princípio da deferência administrativa, para que se tenha menos excesso no controle de decisões discricionárias afetas ao conhecimento técnico do administrador.

Portanto, tal abordagem é no intuito de fortalecer o objeto de estudo do Direito Administrativo com a devida observância das regras impostas ao Estado para a realização do fim desejado pela ordem jurídica, qual seja, o bem comum, o que, por certo, contribui para a eficiência da Administração pelo fato de o administrador não ser punido de forma irrestrita.

Por conseguinte, obtém-se também maior estabilidade social, já que, assim, o administrador público, tem a devida liberdade e segurança de atuação, o que contribui para a sociedade por resultar na melhor decisão, por ser esta a melhor aplicada ao caso concreto, já que é o administrador que desvenda as situações que se depara na prática do seu dia-a-dia.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o motivo e a importância do sistema de freios e contrapesos por meio da aplicação do princípio da separação de poderes e apresenta as controvérsias quanto à atuação do Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública, com a explicitação dos motivos da controvérsia entre doutrina e jurisprudência sobre essa questão.

Segue-se ponderando no segundo capítulo as hipóteses de intervenção nos atos administrativos discricionários que seriam consideradas necessárias ao deixar claro os limites



do Judiciário no mérito administrativo; além de denotar a controvérsia no que tange ao limite do Judiciário quanto ao mérito administrativo, e assim, clarear o que seria o livre campo de atuação do Poder Administrativo.

O terceiro capítulo conclui pelo que se caracteriza como Princípio da Deferência Administrativa mediante a proteção de sua aplicação para obtenção de maior respeito às decisões da Administração proferidas com conhecimentos técnicos específicos, deixando claro o limite de respeito das decisões do administrador sem deixar de se ater à legalidade.

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

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 IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E CONTROVÉRSIA QUANTO À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

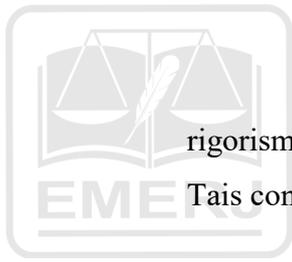
O art. 2º, da Constituição Federal de 1988¹ enuncia a existência de poderes independentes, e ao mesmo tempo harmônicos entre si por meio do princípio da divisão funcional do Poder². É de grande importância essa coexistência de poderes, já que, desse modo, cada um exerce seu papel primordial na sociedade, com o devido respeito dos limites da função essencial que compete a cada um.

No entanto, nem sempre houve essa igual importância e imparcialidade dos Poderes existente em um Estado, pois antes, quando do constitucionalismo clássico, o Poder Legislativo predominava sobre os demais pelo fato de ditar as leis a serem aplicadas de ofício pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, neste, em concreto no caso a ele apresentado.

Contudo, essa visão de ter o Legislativo maior grau de importância foi alterada, já que o Executivo passou a poder expedir medidas provisórias e foi constatado que o excesso e

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1074.



rigorismo na produção de leis não seriam a base para solução de todo e qualquer problema. Tais concepções se deram graças à Carta constitucional de 1988³.

Apesar das críticas apresentadas por Uadir⁴ à organização de Poderes exposta na Constituição Federal de 1988, ao afirmar que não segue exatamente a tipologia clássica de Aristóteles, considera-se um avanço à visão anteriormente concebida. Este autor entende que essa crítica apresentada, de certa forma, não deve prevalecer, pois acontecimentos negativos que ocorrem no Brasil, como por exemplo, a corrupção, fazem com que a extrema divisão de Poderes não seja adotada, o que foge do exato modelo de Montesquieu – que segue a mesma linha de raciocínio de Aristóteles.

Assim, atualmente, a divisão de Poderes, no Brasil, é relativa, já que cada Poder tem a sua função típica, mas exerce também, atipicamente, parte da função de cada um dos outros dois Poderes. No entanto, essa relatividade não faz com que deixe de existir o respeito à atividade /função que cada Poder deve exercer, devendo haver mútuo respeito entre eles.

Desse modo, verifica-se a importância do sistema de freios e contrapesos, por meio da interferência de um poder sobre outro, como forma de função complementar, em que não se despreza a função própria de cada um dos Poderes, mas se permite certa interferência de um sobre o outro para que não haja excesso no exercício da atribuição inerente a cada Poder Estatal. Tal sistema garante e confirma a devida separação de funções previstas na Constituição e contribui para o devido equilíbrio entre eles⁵.

Mais especificamente com relação ao controle do Judiciário sobre o Poder Administrativo, deve ser ressaltado que esta intromissão é exercida dentro dos limites legais para impedir a ocorrência de arbitrariedades e abusos.

No que tange ao ato vinculado da Administração, não há divergência quanto a essa limitação pelo Judiciário, que corrigirá os atos que forem praticados de forma diferente da estrita determinação legal no que tange a todos os elementos componentes do ato, já que nesses casos a lei determina a Administração a tomar determinada forma, sem margem de opção ao Administrador.

Os atos administrativos discricionários, que são aqueles que o agente adota uma ou outra opção segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, a atuação do Judiciário é limitada, pois com relação à competência, à forma e à finalidade – esta última, no

³ Ibidem.

⁴ Ibidem, p. 1075.

⁵ MATOS, Francisco de Castro. *Separação dos poderes: sistemas de freios e contrapesos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52803/separacao-dos-poderes-sistemas-de-freios-e-contrapesos>>. Acesso em: 23 out. 2018.

sentido restrito, a lei impõe limitações, que acaso não cumpridos, serão observadas pelo Judiciário⁶.

No entanto, há divergência doutrinária⁷ sobre a interferência nos atos administrativos discricionários, já que, há quem entenda que pode haver controle do ato discricionário para que não ultrapasse os limites da discricionariedade, o que ocasionaria em ilegalidade. Os autores que assim se fundamentam são: Fernando Rodrigues Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸.

Hely Lopes Meirelles e Carvalho Filho⁹ entendem pela impossibilidade de controle dos atos discricionários, pois afirmam que, caso contrário, o Judiciário estaria adentrando no campo opinativo do Administrador Público. Nesse caso, o juiz estaria avaliando o mérito de conveniência e oportunidade, que estariam reservados pela lei apenas ao administrador.

Importante aclarar que essa divergência se refere ao fato de que os autores¹⁰ que entendem pela impossibilidade de controle do ato discricionário não se referem ao controle de legalidade dos elementos vinculados dos atos discricionários, que são a competência, a forma e a finalidade em sentido estrito¹¹.

A divergência consiste apenas quanto ao mérito administrativo, quais sejam, os motivos e objeto acerca da conveniência e oportunidade. Nesse aspecto, atualmente, para os autores que entendem pelo controle do Judiciário no mérito administrativo, deu-se ensejo ao princípio da legalidade *latu senso*, que se justifica pela atuação na competência discricionária, pelos seguintes motivos: teoria dos motivos determinantes; abuso de poder; verificação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a observância da moralidade administrativa¹².

Portanto, restou demonstrado que, com relação a esse poder discricionário meritório, que antes era considerado como intocável pelo Poder Judiciário, após a Constituição de 1988, não só a doutrina como também a jurisprudência passou a elaborar diversas teorias para o controle do Judiciário nos atos ditos de mérito. E, conforme já mencionado, tal análise,

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 252-262.

⁷ ALVES, Luciana Calixto. *Os princípios constitucionais no controle do mérito do ato administrativo discricionário*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56123/os-principios-constitucionais-no-controle-do-merito-do-ato-administrativo-discricionario>>. Acesso em: 23 out. 2018.

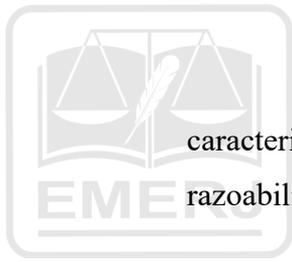
⁸ Ibidem.

⁹ MEIRELLES; CARVALHO apud Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MENDES, Caroline Veras G; CAMPOS, Jéssica Mendes. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: possibilidades e limites*. Disponível em:<http://www.academia.edu/16875321/CONTROLE_JUDICIAL_DA_DISCRICIONARIEDADE_ADMINISTRATIVA_POSSIBILIDADES_E_LIMITES>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹² Ibidem.



caracteriza-se como relativos à legalidade em sentido amplo, bem como à observância da razoabilidade.

A jurisprudência se posicionou, nos últimos anos, quanto à aceitação do controle do Judiciário nos atos ditos discricionários da Administração, mais notadamente o STF e o STJ. No entanto, deve ser ressaltado que não há entendimento pacífico sobre o tema.

Para corroborar a existência de posição da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, traz à colação o seguinte excerto:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. 5. Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais¹³.

Conforme mencionado no julgado acima, denota-se que houve menção da análise do ato administrativo em seu amplo aspecto, o que denota maior alcance do mérito, mas somente no que tange à legalidade *latu sensu*, conforme um dos motivos elencados dentre os previstos na página 4 (quatro) deste artigo. Assim, não há interferência no mérito propriamente dito, que se refere aos motivos e objeto acerca da conveniência e oportunidade em seu núcleo duro.

2. BREVE DISCUSSÃO SOBRE AS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO NECESSÁRIA NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Diante do disposto no capítulo anterior, convém dissecar sobre as possibilidades de intervenção nos atos administrativos discricionários, que são caracterizados pelos que defendem tal aplicação como necessários, são eles: teoria dos motivos determinantes; abuso de poder; verificação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a observância da moralidade administrativa¹⁴.

De forma resumida pode-se descrever como justificativa da teoria dos motivos determinantes, em que certo ato adotado deve valer-se pelos motivos que o ensejaram, de

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1341775*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=analise+do+merito+administrativo+pelo+Poder+Judiciario+legalidade+sentido+amplo&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁴ ALVES, Luciana Calixto. *Os princípios constitucionais no controle do mérito do ato administrativo discricionário*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56123/os-principios-constitucionais-no-controle-do-merito-do-ato-administrativo-discionario>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

forma que caso sejam inexistentes ou falsos possibilitará a atuação do Judiciário para limitá-los.

No que tange ao abuso de poder, este divide-se em excesso e desvio de poder, em que o primeiro ocorre quando o agente excede a competência que por lei foi a ele atribuída e o segundo ocorre quando se atinge fim diverso do permitido.

Com relação à verificação da razoabilidade e proporcionalidade, tem-se que deve se verificar o que é razoável dentro do que normalmente ocorre e deve a Administração agir de forma proporcional ao fim que determinou sua atuação. Também deve ser analisada a moralidade na atuação do administrador público, que deve pautar sua decisão por meio do que é ordinariamente admissível na sociedade.

Por fim, acura-se a devida observância aos princípios constitucionais como meio de adentrar no mérito administrativo, qual seja, a análise do mérito, pelo administrador deve pautar-se pela norma que lhe deu causa, atendendo-se, desse modo, o princípio da finalidade de forma ampla, bem como os demais princípios explícitos e implícitos previstos na CRFB/88, notadamente os relativos aos direitos e garantias fundamentais.

São esses os objetivos a serem alcançados como fundamento para doutrina que defende a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, caracterizando como hipóteses necessárias da respectiva intervenção. Por tais motivos, não se verifica qualquer invasão do mérito em seu aspecto de liberdade de escolha¹⁵.

Os que assim entendem podem ser citados Di Pietro; Mattos; Lucia Valle Figueiredo¹⁶, em que esta última, defende que o magistrado deve esmiuçar o ato administrativo para alcançar o limite que poderá o Judiciário atuar. Portanto, denota-se uma vinculação entre os atos administrativos e os princípios constitucionais para com o mérito administrativo, em que esta baliza considerar-se-á como critério objetivo a ser aplicado.

Desse modo, verifica-se que há análise inclusive da oportunidade e conveniência para a devida observância dos ditames constitucionais, em que estes devem prevalecer. Este é o limite de atuação do Judiciário nesta seara. Contudo, há posicionamento diferente que entende que pode haver tal intervenção no mérito administrativo, e que essa intervenção não tem limites, ao afirmar que deve haver apenas um comportamento a ser adotado pela

¹⁵ FALCÃO, Rafael de Lucena. *Ato administrativo discricionário e o controle jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ato-administrativo-discricionario-e-o-controle-jurisdicional,40217.html>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹⁶ FIGUEIREDO apud Ibidem.



Administração, que é considerado como o ótimo comportamento e assim, afirmam não haver margem de escolha¹⁷.

Ao adotar esse entendimento, estar-se-ia abstendo da aplicação da discricionariedade. Desse modo, caso haja inobservância do princípio constitucional da moralidade, o administrador não poderia usar da arbitrariedade que certa lei lhe tenha atribuído; já que, o Judiciário não agiria de forma limitada, apenas atendo-se à inobservância do referido princípio, mas agiria de forma ilimitada, atando sobre todo o ato discricionário adotado pela Administração.

Portanto, a moralidade que deveria ser observada pelo administrador e caso não tenha sido, faria com que este não pudesse agir discricionariamente, já que o Judiciário é quem tomaria a decisão nessa hipótese, não deixando qualquer margem à Administração, dentro do que ele poderia atuar, qual seja, apenas corrigindo o que no mérito houvesse o administrador ultrapassado.

Essa hipótese faz com que em observância à máxima atuação da moralidade prevista constitucionalmente, o administrador saísse “de cena” e não mais opinasse de forma alguma. Tal posicionamento é minoritário¹⁸. Em relação a este posicionamento pode-se citar, como exemplo, julgados, notadamente do STJ, que assim se posicionaram, como o seguinte excerto:

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigir-Ia. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido¹⁹.

Contudo, tal situação é excepcional e não é esse o posicionamento majoritário tanto da doutrina quanto da jurisprudência, que entende pelo controle Judicial dos atos discricionários com limites, conforme já exposto, notadamente, por meio dos princípios administrativos e constitucionais. Caso contrário, considerar-se-á como invasão indireta do mérito, já que o magistrado não pode substituir a atuação discricionária do administrador

¹⁷FAJARDO, Maria Costa Val. *Controle dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15926>. Acesso em: 23 fev. 2019.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 493811*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/8/docs/stj_julgamento_da_acao_civil_publica_da_comarca_de_santos.pdf>. Acesso em: 23 fev 2019.

público²⁰. Desse modo, há um controle de legalidade em sentido amplo e não um controle típico do mérito administrativo.

De qualquer forma, deve ser observado que, entre os autores que admitem a análise e controle do ato discricionário pelo Judiciário, não há divergência de que, de nenhuma forma, haverá controle do Poder Judiciário se o mérito administrativo é exercido dentro da legalidade.

Por fim, para desfecho do capítulo, conclui-se que, apesar da divergência existente, a ideia que prevalece é de aplicação de limites ao Judiciário nos atos discricionários, podendo haver ampliação desse controle, mas sempre haverá um limite para que não haja invasão na esfera de um Poder sobre o outro²¹.

E essa ampliação do controle judicial se deve pela existência de princípios e valores, que são aplicados aos 3 (três) poderes do Estado, o que por conseguinte, inclui não só os atos vinculados da Administração. É a submissão do princípio da legalidade ao Direito.

Portanto, na prática, o juiz deve analisar, no caso concreto se se trata de situação a se aplicar a possibilidade de opção à Administração ou não, conforme a norma aplicável ao fato. Assim, o termo indeterminado deve ser primeiramente interpretado para se concluir quanto à liberalidade ou não de opção da Administração Pública²².

Conforme Di Pietro²³, a noção de discricionariedade se alterou durante o tempo, havendo maior redução de seu conceito, o que não se confunde, de acordo com entendimento contrário, acima já mencionado, de que inexistente a discricionariedade da Administração. Na realidade, apenas houve evolução de seu conceito de acordo com o conceito de legalidade, que, nos últimos tempos, ampliou sua atuação.

Tal restrição da discricionariedade administrativa se deu entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito. No primeiro, havia maior margem de discricionariedade à Administração Pública, pois a legalidade se restringia apenas às violações aos direitos fundamentais; posteriormente, com o Estado Social de Direito com a ampliação das funções do Estado, este passou a deter poder normativo, e assim, o âmbito da legalidade passou a abranger também os atos normativos baixados pelo Executivo. Por fim, no Estado Democrático de Direito a legalidade passou a significar sujeição ao Direito (conceito que abarca lei, valores e princípios)²⁴.

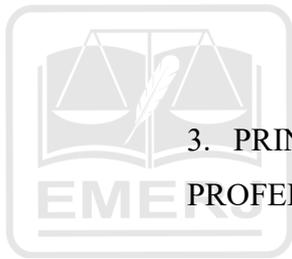
²⁰ FALCÃO, opus citatum.

²¹ DI PIETRO, opus citatum, p. 36.

²² Ibidem, p. 37.

²³ Ibidem, p. 38.

²⁴ Ibidem, p. 39.



3. PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA: RESPEITO ÀS DECISÕES PROFERIDAS – ANÁLISE QUANTO À SUA LEGALIDADE

O princípio da deferência administrativa imiscui-se em outro aspecto da discricionariedade administrativa diferente daquela genérica informada nos capítulos anteriores, já que afirma pela especificidade do tema, por se tratar de decisões proferidas por autoridades com conhecimento específico, principalmente na seara técnica²⁵.

Por se tratar de matéria técnica ou científica, não há interferência do Judiciário, e sim uma falta de aconselhamento dessa intromissão, que apenas ocorre em casos flagrantemente desarrazoados²⁶.

Tal aplicação é feita, de forma clássica, pelos tribunais norte-americanos, que surgiu como ideia de diminuição da judicialização por meio da doutrina elaborada pela Suprema Corte Americana em 1984, a partir do julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc., vs. Natural Resources Defense Council*, em que se estabeleceu o grau de deferência administrativa, denominado nos EUA de *administrative deference*, que deve ser observado por uma agência no que tange a lei que esta deve obedecer²⁷.

A Suprema Corte Americana firmou-se no sentido de que o Judiciário deve rejeitar formulações administrativas que forem de encontro à intenção do legislador, mas caso haja lacunas legislativas, sejam elas explícitas ou implícitas, caberá à agência administrativa formular políticas públicas e as respectivas regras a serem por ela aplicadas.

O Judiciário apenas poderá intervir na interpretação dada pela Administração Pública caso seja manifestamente arbitrária e contrária à lei. Desse modo, esse julgado da Corte Americana passa-se a reconhecer o princípio da deferência administrativa, principalmente pelo fato de o Judiciário não fazer parte das políticas do governo e por isso não ser especialista no campo em questão. Assim finaliza que o Judiciário apenas poderia interferir na política adotada pela agência se esta for contrária ao que o Congresso Nacional tiver sancionado.

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

²⁶ SCOCUGLIA, Livia. *Incertezas científicas: Decisão mantém proibição de bronzamento artificial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-16/sentenca-reafirma-validade-norma-proibe-bronzamento-rtificial>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

²⁷ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *Processo e Administração: O devido processo legal administrativo – uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF>. Acesso em: 17 mar. 2019.

A aplicação desse princípio já foi feita em julgados brasileiros, mas é muito rara, conforme voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso²⁸ no julgamento sobre idade mínima para ingresso no ensino infantil e fundamental, a seguir:

Na sessão de hoje, o ministro Luiz Fux leu o relatório da ADPF 292. Em seguida, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto-vista na ADC 17, no sentido de que é constitucional a orientação normativa firmada pelo Ministério da Educação. Ele entendeu que o ingresso no ensino fundamental deve ser com 6 anos completos, além de considerar razoável a data de 31 de março como marco final. O ministro Barroso acompanhou o entendimento do relator, ministro Edson Fachin, considerando legítima a decisão do legislador que exige a idade de 6 anos para o ingresso no ensino fundamental. Porém, divergiu na parte em que o relator considerou inconstitucional a resolução questionada.

Ele ressaltou que o Judiciário não é a sede mais adequada para decidir determinadas matérias de natureza técnica ou de natureza científica e, no caso, a resolução do Conselho Nacional de Educação é respaldada por parecer do Conselho Federal de Psicologia. “Como regra geral, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas políticas tomadas pelo Legislativo e para com as decisões técnicas tomadas pelos órgãos especializados competentes”, afirmou. De acordo com o ministro, a decisão (do Ministério da Educação) só deve ser alterada nos casos de usurpação de competência, inobservância de devido processo legal ou manifesta falta de razoabilidade do ato proferido.

No Brasil, com o Estado Democrático de Direito, houve ampliação da função normativa da Administração Pública, por meio das agências, tendo em vista a sua função reguladora²⁹.

Há disposições antagônicas sobre o tema. Os adeptos à reforma da Administração Pública, que defendem uma maior discricionariedade do dirigente (técnico no assunto), afirmam que deve este ter maior liberdade de decisão. Há uma substituição da administração burocrática para a gerencial. Desse modo, aos que defendem tal posição, não pode o Judiciário analisar decisão de cunho de discricionariedade técnica, já que envolve questão técnica.

Inversamente, há os adeptos firmados no direito positivo e na Constituição. Os que assim se firmam, prezam por maior controle da discricionariedade administrativa, em que a decisão do administrador público deve limitar-se pela lei e pelos princípios constitucionais implícitos e explícitos, o que geraria a apreciação pelo Poder Judiciário e resultaria na inconstitucionalidade de leis e nulidade de atos administrativos.

Para os defensores dessa segunda corrente, há a intervenção do Poder Judiciário, e não a sua abstenção quanto à análise da decisão administrativa, já que não se estaria diante de

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 17*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=379469>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

²⁹ DI PIETRO, opus citatum, p. 39.



típico ato discricionário, em que haveria liberdade do dirigente e sim a existência de uma única solução a ser tomada. Tal posição se dá pelo fato de se tratar de questão técnica, e por isso, deve ser decidido com ajuda de peritos, sem haver qualquer margem de discricionariedade³⁰.

No entanto, para maior crescimento econômico, ao dar maior liberdade de escolha ao agente público em sua área específica, notadamente em questões de política pública seria de certa forma, dar concretude ao princípio da eficiência, pois este princípio tem como um dos focos maior liberdade de atuação³¹.

Nesse tocante, a tendência atual é dar maior repressão aos atos da Administração, sem imiscuir quanto à sua especificidade. Não há o devido cuidado da repercussão que tal posição pode ocasionar, notadamente, a desconfiança daqueles que porventura vierem a contratar com a Administração.

Assim, o exercício da discricionariedade administrativa deve respeitar o que for, na visão técnica do agente público, a que melhor decisão que se adequa ao caso. Desse modo, não se aplica o conceito clássico no sentido de que a decisão a prevalecer seria a melhor, apenas na acepção de ser aquela que se adequa ao interesse público.

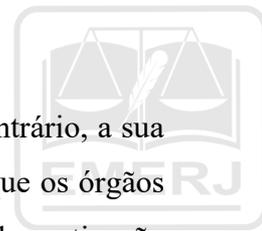
Portanto, não há como outro órgão sugerir qual seria a melhor decisão a ser tomada, já que há diversos administradores públicos que atuam nas diversas categorias técnicas existentes e por isso cada qual adotará a que for aconselhável ao caso apresentado. Como é o administrador que enfrenta, na prática, as situações a ele apresentadas, só ele pode conceber a melhor posição a ser tomada.

A melhora do crescimento econômico com maior atuação será observada caso se dê importância ao princípio da deferência, pois caso contrário, ter-se-ia dificuldade em aplicar a decisão cabível ao caso apresentado tal qual o informado pelo administrador público, por ser este a quem a lei atribuiu tal função precípua (dever de decidir). Caso assim não se aplique, haverá desestímulo dos administradores no atuar de sua função.

Desse modo, as decisões técnicas, devidamente especializadas, principalmente as tomadas por agências reguladoras não carecem de controle, pois são específicas daquele tomador da decisão. Trata-se de autoridades com competências específicas, cujas decisões não podem ser desrespeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais, e aí reside a importância da aplicação do princípio da deferência, já que é esta a sua sede.

³⁰ Ibidem, p. 40.

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 17 mar. 2019.



A aplicação do princípio da deferência não fere a legalidade, mas ao contrário, a sua observância tem como pano de fundo o princípio da separação de poderes, em que os órgãos externos podem controlar a existência do devido processo legal e da coerência da motivação da decisão, mas não pode interferir no núcleo duro da decisão discricionária.

Nessa posição, sequer há tolerância a arbitrariedades, pois, o que há é respeito a decisões com competência específica atribuída a determinados agentes públicos, que deve agir com a garantia de respeito e segurança nas suas decisões. É notadamente um aproveitamento lícito pela aplicação do respectivo princípio.

Ademais, é de bom alvitre a aplicação do direito comparado, o que não há qualquer irregularidade nesse sentido, pois é produtiva a observância das experiências jurídicas de outros países, mediante a avaliação das coerências frente o Direito Brasileiro, mediante prévia análise das divergências e as similitudes administrativas de ambos os países³².

Assim como diversos princípios, notadamente norte-americanos, foram adotados no Direito Brasileiro, não há qualquer óbice para a aplicação do princípio da deferência administrativa, inclusive devido ao contexto mundial atual, cada vez mais globalizado, em que a contextualização dos sistemas jurídicos além de trazer benefícios ao país adotante por meio de uma evolução social, traz maior aproximação em possível conflito existente.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou a divergência doutrinária existente quanto ao controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário, em diversos aspectos, no que tange ao controle do mérito administrativo quanto à ocorrência de ilegalidade em seu amplo aspecto, conforme notadamente exposto no primeiro capítulo.

Também foram observadas as formas quanto a esse limite de controle, que asseverou, no segundo capítulo, ser notadamente uma análise do Judiciário quanto aos seus exatos termos de controle, que por fim, imiscui naquilo que o Judiciário entender como correto.

Assim, por meio da análise das discussões expostas, foi possível concluir que a análise do Judiciário quanto ao mérito administrativo é, de certa forma, limitado e que é perfeitamente cabível devido a existência do sistema de freios e contrapesos, tendo em vista entendimento majoritário.

³² ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *Processo e Administração: o devido processo legal administrativo – uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF>. Acesso em: 17 mar. 2019.



Toda essa exposição foi importante para demonstrar todo o desenrolar em torno dos limites no atuar do Judiciário nos atos da Administração, notadamente dos atos administrativos discricionários e apresentar as discussões sobre o tema, bem como suas repercussões.

Mediante essa concepção, adentrou-se, por fim, no tema atinente às decisões administrativas técnicas, que é tratado e protegido, de forma especial pelo princípio da deferência administrativa, por se referir à discricionariedade administrativa em uma visão especial e não aquela comumente conhecida, conforme as discussões acima informadas e apresentadas nos dois primeiros capítulos.

Ao ter sido destacada a importância desse princípio, foi apresentado que, por meio dele, abriu-se uma nova visão na análise das decisões tomadas pelos administradores públicos com conhecimento específico sobre o assunto a se pronunciar, notadamente por ser um assunto técnico. Essa nova perspectiva se deu por aqueles que defendem uma maior liberdade de decisão do agente especializado, em que não caberia ao Poder Judiciário adentrar nos meandros adotados por aquele dirigente técnico no assunto quanto ao norte de sua posição tomada.

Foi apresentado que, apesar desse entendimento, há posicionamento contrário, ou seja, uma maior intromissão do Judiciário o atuar da Administração, com uma maior inspeção de suas decisões meritórias mediante a análise genérica que ocorre nos atos discricionários mediante o controle da legalidade em sentido amplo, sem se diferenciar tratar-se de uma decisão técnica e mais específica, que requer outra ótica de controle.

Concluiu-se que para maior eficiência no atuar da Administração Pública é de se dar maior liberdade nas decisões do administrador público que possui conhecimento específico e técnico sobre a matéria que tenha analisado, pois é ele que atua e denota as questões práticas apresentadas, já que cotidianamente enfrenta os problemas que ocorrem, e, por conseguinte, possui concepção geral do que é melhor a ser decidido.

O entendimento deste pesquisador foi no sentido da adoção da corrente que trata as decisões da Administração com observância do princípio da deferência administrativa como uma visão diferente de outras tomadas pelo administrador, em que se deve dar maior liberdade à posição que tenha sido tomada, abrindo maior leque de opções ao tomador da decisão especializada, principalmente ao se referir às agências reguladoras.

Por lógico, não se pretendeu fomentar a total liberdade e a deferência de tomada de decisões arbitrárias, mas sim uma posição adotada pelo administrador público com firmeza do

impacto que acarretará, mediante a análise dos pontos positivos e negativos que enfrenta no atuar em sua área ou ramo profissional específico.

Esta pesquisa sustentou que o apoio da atuação do administrador público mediante a aplicação do princípio da deferência não fere a legalidade, mas apenas um maior respeito e garantia das decisões com competência específica, visto que pode haver controle do devido processo legal e da coerência da motivação da posição adotada pelos órgãos externos de controle.

Portanto, ao adotar o posicionamento de que se deve dar maior liberdade ao posicionamento abraçado pela Administração Pública em suas decisões técnicas e com observância dos parâmetros que o princípio da deferência administrativa exige, nos moldes assinalados, estar-se-ia trazendo maior confiança àqueles que contratam com a Administração e, por conseguinte, maior crescimento econômico.

Tal posicionamento vem de encontro à tendência atual de maior ingerência e repressão nos atos da Administração, mas com o devido destaque de que essa maior liberdade seria em aspectos particulares por se tratar de temas específicos e técnicos, o que conduz a um posicionamento adotado com maior eficiência.

REFERÊNCIAS

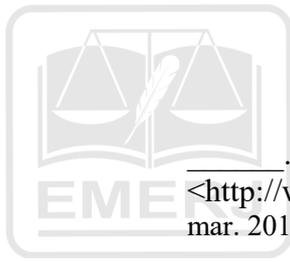
ALVES, Luciana Calixto. *Os princípios constitucionais no controle do mérito do ato administrativo discricionário*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56123/os-principios-constitucionais-no-controle-do-merito-do-ato-administrativo-discricionario>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *Processo e Administração: O devido processo legal administrativo – uma alternativa eficaz à judicialização, um requisito à globalização*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.22.05.PDF>. Acesso em: 17 mar. 2019.

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. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1341775*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=analise+do+merito+administrativo+pelo+Poder+Judiciario+legalidade+sentido+amplo&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 493811*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <http://www.mpgp.mp.br/portalweb/hp/8/docs/stj_julgamento_da_acao_civil_publica_da_comarca_de_santos.pdf>. Acesso em: 23 fev 2019.



. Supremo Tribunal Federal. *ADC 17*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=379469>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAJARDO, Maria Costa Val. *Controle dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15926>. Acesso em: 23 fev. 2019.

FALCÃO, Rafael de Lucena. *Ato administrativo discricionário e o controle jurisdicional*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ato-administrativo-discricionario-e-o-controle-jurisdicional,40217.html>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

MATOS, Francisco de Castro. *Separação dos poderes: sistemas de freios e contrapesos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52803/separacao-dos-poderes-sistemas-de-freios-e-contrapesos>>. Acesso em: 23 out. 2018.

MENDES, Caroline Veras G; CAMPOS, Jéssica Mendes. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: possibilidades e limites*. Disponível em: http://www.academia.edu/16875321/CONTROLE_JUDICIAL_DA_DISCRICIONARIEDADE_ADMINISTRATIVA_POSSIBILIDADES_E_LIMITES>. Acesso em: 23 out. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SCOCUGLIA, Livia. *Incertezas científicas: Decisão mantém proibição de bronzeamento artificial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-16/sentenca-reafirma-validade-norma-proibe-bronzeamento-artificial>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL FACE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

André Phelipe Nogueira Sampaio

Graduado pela Universidade Salgado de Oliveira.

Resumo – A Constituição Federal de 1988, de maneira implícita, como se pode observar no artigo 129, I, que determina a função acusatória do Ministério Público, adotou sistema acusatório como modelo de sistema processual penal. Sua preferência acarreta inúmeras consequências para a atuação não só do magistrado, mas também de promotores e defensores. O contexto social hodierno, influenciado em grande parte pela mídia e pelo senso de injustiça que atinge grande parte da população, provoca o judiciário a uma forma de agir que pode vir a extrapolar os limites impostos pelo conjunto de elementos que formam a estrutura escolhida pela Magna Carta. O princípio da verdade real, que decorre da busca pela realidade dos fatos, pode acabar fazendo com que se retroceda ao, já abolido, sistema inquisitorial. O presente trabalho almeja analisar, de maneira crítica, a compatibilidade entre a participação do magistrado na produção de provas e o sistema acusatório, sopesando os valores constitucionais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Função Acusatória. Princípio da Verdade Real. Sistema Inquisitorial.

Sumário – Introdução. 1. A evolução sistêmica do Processo Penal. 2. A imparcialidade do Juízo e o Sistema Acusatório. 3. Da busca pela verdade processual face aos preceitos constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática do ativismo judicial probatório existente na seara processual penal. Há um aparente conflito, pois o legislador constituinte adotou o sistema acusatório, que impõe uma determinada postura ao julgador, e grande parte dos magistrados acaba deixando de lado essa imposição, para que, teoricamente, a justiça se estabeleça, sob o prisma da busca pela verdade real.

Nos dias de hoje, o Judiciário é chamado a uma forma de agir que pode vir a extrapolar os limites impostos pelo conjunto de elementos que formam a estrutura escolhida pela Magna Carta. O princípio da verdade real, que decorre da busca pela realidade dos fatos, pode acabar fazendo com que se retroceda ao, já abolido, sistema inquisitorial.

A Constituição Federal, implicitamente, determina a função acusatória do Ministério Público, sendo uma clara manifestação da adoção pelo sistema acusatório como modelo de sistema processual penal.



Sua preferência por esse sistema acarreta inúmeras consequências para a atuação do magistrado, como a vedação a atuação probatória ativa no processo penal, tendo em vista que ele não é mais gestor das provas, devendo essas serem produzidas pelas partes.

Há uma emblemática discussão sobre a possibilidade de atuação positiva do magistrado no sistema acusatório. O debate fica por conta da maculação da imparcialidade do julgador ao sair da inércia. Acredita-se que se um magistrado atua *ex officio* estará se movendo contra o réu, pois o mesmo goza de presunção de inocência, e o magistrado não inerte está à procura de provas para condenação do acusado.

Entretanto, é necessário analisar até que ponto uma atuação probatória ativa do órgão julgador, em uma visão publicista do processo penal, é incompatível com o sistema acusatório. Assim, busca-se afastar a presunção, equivocada, de que uma atuação fora da inércia é sempre inconcebível com a estrutura acusatória, ao menos em sua versão atenuada, não pura.

Antes de adentrar no campo das provas, é preciso traçar as premissas básicas sobre os sistemas processuais penais, o princípio da verdade real e, principalmente, no que se refere a parcialidade do juízo.

Nesse passo, é crucial o estudo sobre o que é ser imparcial, para que se possa avançar ao cerne desse trabalho, que é a possibilidade de produção de provas *ex officio*, pautada no papel do judiciário, sem que se corrompa o sistema acusatório.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os sistemas processuais penais existentes, sendo traçado o aspecto histórico de cada um, destacando os seus pontos positivos e negativos e as consequências inerentes a cada um dos sistemas.

O segundo capítulo trata sobre o princípio da verdade real e a sua compatibilização com o sistema acusatório, tendo em vista a busca da verdadeira realidade dos fatos e a estrutura do *adversarial system*.

O terceiro capítulo aborda questão da imparcialidade, confrontando o princípio da busca pela verdade real e os ditames constitucionais estabelecidos para limitar a atuação do judiciário, no que tange a produção de provas.

Com relação as técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do trabalho, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos, análises estatísticas e casos concretos, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

1. A EVOLUÇÃO SISTÊMICA DO PROCESSO PENAL

Contemporaneamente, o Brasil adota o sistema acusatório como regente das relações processuais penais, tendo em vista a sua melhor adequação para a condução do processo penal.

Com destino a melhor compreensão sobre o tema, é fundamental que se entenda uma das acepções da palavra sistema. Um de seus inúmeros conceitos, mas, talvez, o mais elucidativo, é que sistema é um “conjunto ordenado de elementos que se encontram interligados e interagem entre si”¹. Para Kant², “sistema é o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única.” Juridicamente, pode-se definir um sistema como o regramento jurídico que possui normas que se relacionam, formando uma estrutura organizada e lógica.

Desse modo, percebe-se que um sistema, nada mais é do que um conjunto de elementos que se relacionam de modo a formar uma estrutura, tendo como vetor um elemento base, que servirá de apoio para todos os outros, que devem existir e funcionar de acordo com o elemento substancial. Assim, denomina-se substancial por dar conteúdo e significado a todos os outros elementos, que devem ser interpretados a partir do núcleo sistêmico, regente de toda a estrutura funcional.

Nessa esteira, leciona Paulo Rangel³ que “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Em se tratando de Direito Processual Penal, existiram sistemas que apresentavam elementos bem distintos, sendo responsáveis por uma aplicação do direito penal de uma forma completamente diferente da que se aplica hoje na maioria dos países no século XXI.

Cronologicamente se apresentam na seguinte ordem: Sistema Acusatório Privado; Sistema Inquisitivo; Sistema Acusatório Formal (misto); Sistema Acusatório. Esses dois últimos sistemas apresentados — misto e acusatório — são apontados pela doutrina como contemporâneos.

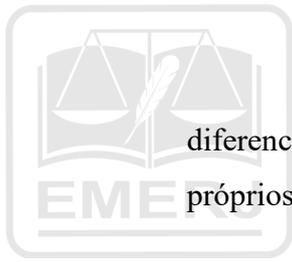
Conforme os estudos de Ferrajoli⁴, o sistema acusatório tem sua origem na antiguidade. Na Grécia antiga, o processo penal era feito por todos aqueles que eram considerados cidadãos, tendo uma participação direta na aplicação do direito. Havia uma

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2014, p. 845.

² KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2002, p. 48.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 520.



diferenciação clara sobre os papéis de acusador, sendo esse pertinente a livre iniciativa dos próprios cidadãos, que também deveriam compor os polos do julgamento e da defesa do réu.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁵:

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Esse sistema era caracterizado pela participação ativa dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, sendo um grande debate, realizado oralmente e de maneira pública. Até mesmo as provas eram exercidas de modo exclusivo pelos cidadãos encarregados da acusação.

Nota-se que, assim como nos tempos de hoje, para que houvesse, por parte do Estado, uma cominação de sanção aquele que era tido como réu, deveria haver o pressuposto da acusação. Até mesmo na Antiguidade era necessário um processo, mesmo que pautado em uma atuação irrestrita, isto é, livre das partes, iniciado por uma pessoa, que ficava encarregada de provar suas alegações, podendo resultar na condenação do acusado, o que qualificava atuação Estatal.

Porém, o sistema em análise não conseguiu se manter, tendo sido substituído pelo sistema inquisitivo, muito por conta de liberdade acusatória, inerente a república livre, e em razão do decaimento do sentimento cívico.

Com a queda do sistema acusatório privado, o sistema inquisitivo ganha força a partir do século XII, sendo adotado pela ampla maioria dos países, em uma clara tentativa de melhorar o combate aos crimes praticados nessa época. Assim ocorreu, pois o sistema anterior não estava sendo suficiente nesse enfrentamento, por conta de uma fraca atividade acusatória, prestada por particulares. A ineficiência probatória, somada as discricionariedades existentes no âmbito do início do processo penal, culminaram em seu sepultamento.

É importante destacar que a mudança entre os sistemas foi paulatina, isto é, os juízes, ao observarem a ineficiência das partes na promoção das provas, e até mesmo no prosseguimento da marcha processual penal, saem de sua inércia, maior característica do sistema acusatório privado, e passam a atuar positivamente, inclusive na gestão de provas. Assim, surge a figura do juiz-inquisidor.

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

Nesse sentido, aduz Aury Lopes Jr.⁶:

O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório.

Tornando-se protagonista do processo, o magistrado passa a ser possuidor de poderes quase que ilimitados. Eram aptos a determinar o início do processo penal, um exercício *ex officio*, e até mesmo a tortura de um suspeito, em busca de uma suposta “verdade”, pois ele, suspeito, era a principal fonte de prova, em um processo marcado por procedimentos secretos e escritos.

Não há como se falar em sistema inquisitivo e não tecer breves comentários sobre a sua utilização no processo penal canônico. A igreja católica teve grande influência na formação desse sistema, pois é cediço que a doutrinação política se misturava com a religiosa, em razão da força imperativa do comando clérigo.

Com propriedade, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁷ expõe a relevância da igreja na formação do processo penal inquisitivo:

Embora se tenha notícia da existência do sistema inquisitivo anterior ao século XIII, tal como no direito romano, por exemplo, cuidaremos aqui especialmente do sistema inquisitivo criado pela Igreja Católica, o qual nos é mais importante conhecer dado ter sido ele um dos maiores influenciadores dos ordenamentos processuais penais atuais.

Nesse seguimento, o professor Aury⁸ sustenta que “o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”.

Apesar da demora para que percebessem o erro que era colocar nas mãos do órgão julgador a atribuição de todos os poderes, inclusive os instrutórios, com a Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, inspirada pela ideologia iluminista, que evidenciou axiomas, até então obscuros, apesar de fácil percepção atualmente, o sistema inquisitorial foi abandonado.

⁶ LOPES JR. op. cit., p. 25.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.



Atualmente, dois são os sistemas processuais penais que dominam os ordenamentos jurídicos de diversos países. São eles: O Sistema Acusatório Formal e o Sistema Acusatório, também chamados de sistemas contemporâneos.

Com o fim do sistema inquisitorial, devido ao domínio dos ideais iluministas consagrados pela revolução francesa e com a queda do poderio da igreja católica, passado para a figura do monarca, nasce o sistema acusatório formal, também denominado de sistema misto, por possuir características de seus antecessores. Tem-se registro de seu uso como modelo processual a partir do século XIX até os dias de hoje.

Há certo equívoco⁹ em chamar o sistema acusatório formal de sistema misto, pois, atualmente, não há nenhum modelo puro atribuído a um sistema processual penal vigente, sendo uma mera referência de tempos passados, o que torna todos os sistemas vigentes mistos, por possuírem uma ou algumas características dos seus sucedidos.

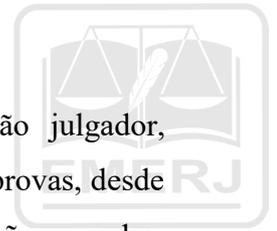
Historicamente, atribui-se ao Código Napoleônico de Processo Penal — *Code d'Instruction Criminelle* — criado em 1808, a adoção do sistema acusatório formal. Por conta de sua grande influência, conquistada pela valorização da geração de direitos de primeiro grau, o código passa a ser precursor em sua época, tornando-se paradigma das relações processuais penais e, com isso, conquistou vários adeptos. Países como a Alemanha, Espanha, Itália, Rússia, Grécia, o inseriram em seus ordenamentos jurídicos.

Do ultrapassado sistema monofásico, passa-se ao sistema bifásico, isto é, cria-se uma fase pré-processual, como forma de separar o momento da investigação, sendo esta uma fase específica para colheita de provas que fundamentem a denúncia, do momento do julgamento, onde as provas obtidas por meio da fase investigativa serão valoradas, e, em tese, ter-se-ia um julgamento mais justo.

Importante destacar que o sistema acusatório pode ter duas feições distintas. São elas: *Adversarial System* e o *Inquisitorial System*. Tratam-se de roupagens que, considerando as características de cada ordenamento e seu desenvolvimento processual, serão adequadas para melhor aplicação do direito, sabendo que o processo penal é o instrumento adequado para a concretização de garantias fundamentais.

O *Adversarial System* consiste na premissa de que a gestão probatória é de competência exclusiva das partes, devendo o magistrado permanecer inerte a todo momento, mesmo que presencie falhas gritantes na produção de provas. É a modalidade que mais se aproxima do sistema acusatório privado, puro.

⁹ LOPES JR. op. cit., p. 28.



Em contrapartida, o *Inquisitorial System* atenua a inércia do órgão julgador, facultando-lhe a possibilidade de determinar, ex officio, a produção de algumas provas, desde que se respeite o seu aspecto subsidiário, pois o titular da gestão probatória é o órgão acusador, como bem preceitua o sistema acusatório. E, apesar do nome remeter ao sistema inquisitorial, estes não se confundem, tendo em vista que o órgão acusador é o responsável pela produção probatória e o órgão julgador tem sua atuação restrita as hipóteses previstas pelo legislador.

De acordo com o que foi visto até o momento, infere-se que o sistema acusatório é o que mais se aproxima dos caros valores humanísticos, pois conserva em sua composição regras que privilegiam o ser humano, garantindo direitos fundamentais.

É importante destacar que não existe nenhum dispositivo legal na Constituição que expresse sua aderência ao sistema acusatório¹⁰. Grande parte da doutrina¹¹ entende que, considerando as características marcantes do sistema contemporâneo, o sistema regente é o acusatório com as vestes do Adversarial System.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUÍZO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Como visto até o presente momento, o sistema acusatório nada mais é do que um sistema composto por elementos que se comunicam de maneira harmônica. Didaticamente, pode-se imaginar um quebra-cabeça com peças que se encaixam, formando um todo ao final da montagem.

Uma de suas mais valiosas peças, isto é, um dos seus elementos mais centrais é o da imparcialidade, que deve habitar todo o órgão decisório, considerando que uma decisão desvinculada desse pressuposto processual é nula de pleno direito. O veredito corrompido pode ser revisto a todo tempo: desde a sua prolação, por meio dos recursos processuais pertinentes, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, por meio do instituto da revisão criminal.

Nota-se que por conta de sua essencialidade, a falta da imparcialidade é inconcebível em um julgamento decretado pelo Estado Democrático de Direito, que deve se embasar nos valores conquistados principalmente pela revolução francesa¹².

¹⁰ Grande parte da doutrina extrai do artigo 129, I da Constituição Federal a adoção ao sistema acusatório. Em sintonia a esse entendimento, o artigo 4º do Projeto de Lei nº 156, que dispões sobre a reforma do Código de Processo Penal, dispões que "o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória de órgão de acusação".

¹¹ LOPES JR. op. cit., p. 68.

¹² Esse ciclo revolucionário ocorrido na França que demarcou o fim do absolutismo, teve seus valores difundidos por todo o mundo. Os vetores axiológicos buscados pela revolução (liberdade, igualdade e fraternidade) ecoam até hoje em todos os Estados que buscam proporcionar o bem-estar social a sua população, afastando-se das discricionariedades de governos autoritários.



Em se tratando de um pressuposto subjetivo de uma relação processual válida, a ausência de um juiz imparcial macula a justeza do processo constitucional, pois a parcialidade avilta o instrumento, sendo tratada como um erro insanável e sua inobservância gera nulidade absoluta, por ausência de um pressuposto processual.

Pode-se dizer que imparcial é o juiz que não tem qualquer interesse na relação formada pelas partes do processo, devendo ter como guia apenas a devida prestação jurisdicional, respaldada em ditames constitucionais¹³, como a paridade de armas, ampla defesa, contraditório. Significa dizer que o juiz imparcial é aquele que estabelece as regras do jogo e se deixa influenciar por ambas as partes para, no fim da instrução, chegar a um resultado equânime, punindo, na devida proporção, aqueles que desobedecem aos preceitos penais e absolvendo os merecedores.

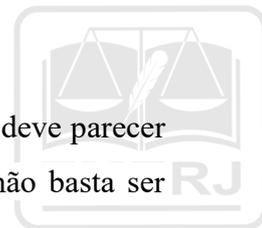
Por óbvio, não se renega a carga emocional existente em um processo, os valores e reflexos das decisões, porém, o magistrado é o longa manus do Estado¹⁴, e suas decisões devem trazer pacificação social. Logo, a sua atuação em um Estado Democrático de Direito deve observar esse importantíssimo pressuposto, tendo em vista que a relação jurídica formada lhe é indiferente.

Não se quer dizer que a questão levada ao judiciário é irrelevante, muito pelo contrário. Todas as demandas são cruciais, por envolver valores por trás delas. No entanto, o juiz deve decidir de acordo com o ordenamento jurídico, que serve de substrato para suas decisões, independentemente dos seus sentimentos pessoais.

Existem algumas situações em que o legislador compreendeu por bem descrevê-las expressamente na lei como incompatíveis com uma atuação isenta, acima de qualquer

¹³ Existem diversos dispositivos na Constituição que privilegiam a imparcialidade do juízo como: 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; XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Há também na Magna Carta dispositivos que assegurem uma atuação isenta e independente e comandos que determinem uma atuação proba, vedando determinadas condutas. São eles: Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I e parágrafo único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária. IV- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V- exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96.



suspeita¹⁵. Importante ressaltar que não basta que um magistrado seja isento, ele deve parecer ser isento, o que remete a um famoso brocardo jurídico: “a mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta”.

O devido processo legal é incompatível com a mácula da parcialidade, porém não é errado dizer que nenhum magistrado é neutro. Neutralidade e imparcialidade possuem conceitos diferentes, o que importa em longas discussões doutrinárias. De acordo com Benedito Cerezzo Pereira Filho¹⁶:

Aquela imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz.

Questões como a moral, ética e outros valores seriam negligenciadas nas decisões, por não terem influência naquele que decide. Não é preciso ir longe para lembrar o que o estrito cumprimento das leis pode levar o ser humano a fazer, tendo como exemplo o holocausto, pautado em um direito positivado, mas longe de ser o ideal, por estar afastado da moral, e vinculado exclusivamente ao positivismo¹⁷.

Em assim sendo, não é desejável que o magistrado se mostre indiferente a uma questão que lhe é levada para decidir. O desinteresse na vitória de uma das partes não significa que o juiz deva perder a sensibilidade quanto a matéria em discussão.

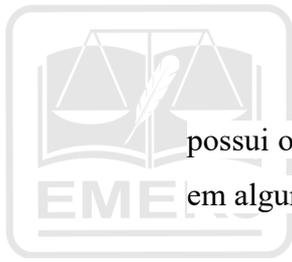
A imparcialidade, prevista no artigo 8.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica¹⁸, traduz-se em um juiz equidistante que, mesmo considerando seu traço humano, busca compatibilizar suas decisões com os mandamentos constitucionais, assegurando direitos e garantias fundamentais e, principalmente, deixando-se influenciar por ambos os atores processuais. Em outras palavras, é a não vinculação do magistrado com os sujeitos processuais e a matéria que lhe é entregue para decidir. Portanto, a afirmação de que magistrado imparcial é aquele que

¹⁵ As hipóteses de suspeição, ligadas a dogmática subjetiva dos magistrados, estão previstas nos artigos 96 até o 107 do código de processo penal. Por outro lado, as hipóteses de impedimento, fundadas em elementos objetivos, indo além da vontade do próprio juiz, estão dispostas nos artigos 252 até o 256 do mesmo diploma legal.

¹⁶ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O poder do juiz: ontem e hoje*. Artigo publicado nos anais do XIV encontro nacional do Conpedi, 2005, p. 200.

¹⁷ Por muito tempo permeou a ideia de que o Direito era um fim em si mesmo, devendo-se afastar da moral e outras disciplinas. Após os acontecimentos da segunda guerra mundial, onde boa parte das atrocidades cometidas estavam positivadas, isto é, previstas, precisou-se repensar o direito. Nesse passo, o positivismo cede pela necessidade de reaproximação do direito com a moral e a ligação entre diversos outros campos de estudo, como a filosofia, sociologia.

¹⁸ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. It. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>> Acesso em: 15 de jan. de 2019.



possui o signo da neutralidade é equivocada, por misturar conceitos que, apesar de se tocarem em alguns aspectos, não se confundem.

É impossível existir um magistrado que não esteja sob a influência de alguma ideologia. Em tempos em que até o óbvio precisa ser reafirmado, deve-se lembrar que até mesmo aqueles que dizem não comungar de ideologias, as comungam. Afinal, não ter uma ideologia já é uma ideologia, aqui empregada no sentido de um conjunto de valores que reflitam uma orientação de mundo.

Em assim sendo, não há como um ser humano em ação racional se desvencilhar de suas influências ideológicas. O que se veda são decisões baseadas estritamente em visões pessoais, alheias a norma cogente, privilegiando uma das partes. Tem-se como exemplo o agente incumbido da jurisdição que, no exercício de sua função, julga os jurisdicionados de acordo com suas escolhas políticas.

A doutrina de Luigi Ferrajoli¹⁹ preconiza que o magistrado deve ser um mero expectador desinteressado do processo. Atualmente, encarado como símbolo de uma nova ordem social resultante do constitucionalismo²⁰, o magistrado tem o dever de atuar sem pender para um dos lados do processo, devendo oportunizar as partes o direito de se manifestar e de influenciar seu julgamento, o que não quer dizer que deva se fechar a toda influência ideológica.

Conforme o entendimento de Frederico Valdez Pereira²¹:

A noção comum da imparcialidade aparece mais restrita à relação com as partes ou os interesses trazidos no litígio, ou seja, orienta a necessária desvinculação do juiz com a matéria e os sujeitos envolvidos no processo. O julgador não pode ter nenhum interesse, geral ou particular no resultado do processo, devendo ostentar a condição institucional de terceiro em relação aos sujeitos da causa, e de estranho com respeito aos interesses em discussão.

Portanto, a afirmação de que magistrado imparcial é aquele que possui o signo da neutralidade é equivocada, por misturar conceitos que, apesar de se tocarem em alguns aspectos, não se confundem.

É impossível existir um magistrado que não esteja sob a influência de alguma ideologia. Em tempos em que até o óbvio precisa ser reafirmado, deve-se lembrar que até mesmo aqueles que dizem não comungar de ideologias, as comungam. Afinal, não ter uma

¹⁹ FERRAJOLI. op. cit. p. 581.

²⁰ GARCEZ, Duarte Oliveira; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em 2 fev. 2019.

²¹ VALDEZ, Frederico Pereira. *Iniciativa probatória de ofício e o Direito ao Juiz imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75.

ideologia já é uma ideologia, aqui empregada no sentido de um conjunto de valores que reflitam uma orientação de mundo.

Em assim sendo, não há como um ser humano em ação racional se desvencilhar de suas influências ideológicas. O que se veda são decisões baseadas estritamente em visões pessoais, alheias a norma cogente, privilegiando uma das partes. Tem-se como exemplo o agente incumbido da jurisdição que, no exercício de sua função, julga os jurisdicionados de acordo com suas escolhas políticas.

A doutrina de Luigi Ferrajoli²² preconiza que o magistrado deve ser um mero expectador desinteressado do processo. Atualmente, encarado como símbolo de uma nova ordem social resultante do constitucionalismo²³, o magistrado tem o dever de atuar sem pender para um dos lados do processo, devendo oportunizar as partes o direito de se manifestar e de influenciar seu julgamento, o que não quer dizer que deva se fechar a toda influência ideológica.

3. DA BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL FACE AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O grande ponto discutido na doutrina é a mácula da imparcialidade do magistrado, e, conseqüentemente, a inviabilidade do prosseguimento da ação penal, devendo-se rever todos os atos praticados, além, claro, do afastamento daquele incumbido inicialmente de prestar a jurisdição. Pela amplitude do tema, será tratado apenas sobre a iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal.

No capítulo sobre os sistemas processuais, esclareceu-se que no ordenamento jurídico processual penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório, conforme se evidencia da inteligência extraída do artigo 129, I da CRFB/88, que estabelece o princípio acusatório.

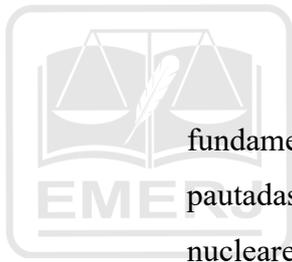
Responsável por direcionar a persecução penal ao Ministério Público, cabendo o direito de resistência à defesa e, por fim, ao magistrado prolatar uma decisão sufragada em princípios integrantes daquele sistema, inclusive o da imparcialidade, a lacuna existente é quanto à vertente adotada pelo sistema acusatório pátrio.

Por um lado, Geraldo Prado²⁴ insiste que o modelo processual adversarial – *adversarial system* – é o mais adequado, por trazer uma estrutura que privilegia os direitos

²² FERRAJOLI. op. cit. p. 581

²³ GARCEZ, Duarte Oliveira; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em: 2 fev. 2019.

²⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 250.



fundamentais. Em outras palavras, entende que esse modelo é o mais condizente com decisões pautadas no devido processo legal, ampla defesa, *in dubio pro reo*, entre outros mandamentos nucleares que pertencem ao sistema acusatório.

Segue argumentado que²⁵:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do juiz de iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Em contraponto, Barbosa Moreira discorda desse entendimento. A seu sentir, a inércia do magistrado é tão negativa quanto a atuação positiva, considerando que até mesmo um magistrado que não produz provas pode ser parcial, tendo em vista que irá beneficiar uma das partes.

Deve-se assegurar ao máximo as garantias do acusado para que as decisões não ganhem contornos alheios aos jurídicos. É dever do magistrado prezar pelo amplo debate, dando as mesmas oportunidades às partes e se dispondo a ouvi-las de modo a influenciarem em seu julgamento final. Sobre o tema, elucida Plauto Faraco de Azevedo²⁶:

Para que a imparcialidade, que consiste no abrir-se o juiz cuidadosa e honestamente às versões em confronto no processo, se possa configurar, é indispensável que possam as partes exprimi-las de modo tão cabal quanto possível, o que não se pode dar exaurindo-se seu exame de igualdade formal dos interesses em confronto

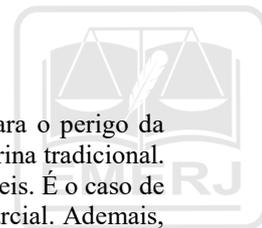
Nessa linha, não se pode esperar que o órgão decisório seja um mero expectador²⁷, assim como no sistema acusatório privado, no qual, consoante entendimento de Ferrajoli, o magistrado seria assemelhado a figura de um árbitro. Sobre o tema, Bedaque²⁸ esclarece:

²⁵ *Ibidem*, p. 129.

²⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 150.

²⁷ Cândido Dinamarco, que, em várias passagens de sua obra clássica, a instrumentalidade do processo, condena a figura do juiz espectador, alertando, porém, para o perigo da quebra da imparcialidade. Liebmann ao contrário, defende o total afastamento do juiz da atividade instrutória.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 114-116.



Alguns, embora defendam a iniciativa probatória oficial, acenam para o perigo da parcialidade, se levada a extremos. Não assiste razão, todavia, à doutrina tradicional. Em primeiro lugar, porque aceita a demanda verse direitos indisponíveis. É o caso de se perguntar se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do juiz parcial. Ademais, quando o Juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

O referido autor ainda sustentou interessante questionamento: não seria parcial o magistrado que, podendo esclarecer determinada dúvida sobre um fato obscuro, não o faz, mantendo-se inerte? Pensa-se que sim, pois a imparcialidade não pode resultar em uma decisão em desconformidade com o direito posto por ingerência do Estado. O deslinde completo dos fatos é essencial para a plenitude da prestação jurisdicional.

E mais. Como dito anteriormente, o magistrado não tem interesse na relação processual formada, a ponto de não pender para qualquer um dos lados. Se assim o é, a atividade jurisdicional só será plenamente realizada caso a norma de direito material, protegida pelo ordenamento pátrio, seja efetivamente resguardada, por meio de uma decisão que a privilegie, e isso só será possível com o devido conhecimento dos fatos.

Revela-se importante destacar que o juiz é o destinatário das provas no processo e a sua produção está ligada a necessidade de convencimento do juízo. Aquelas, provas, devem ser pautadas em consonância com o princípio da relativização. Logo, não há um escalonamento probatório como existia no sistema inquisitorial medieval, que considerava a confissão como a rainha das provas.

Abandonou-se a hierarquização das provas para o vigor de sua ponderação, baseada em axiomas constitucionais a serem balanceadas pelo magistrado de acordo com o caso concreto. Destaca-se que, apesar de certa discricionariedade na escolha das provas mais valiosas, o juiz deve expor a razões de dar mais valor a certa prova em detrimento de outra, em continência aos artigos 93, IX da CRFB/88 e 157 do CPP.²⁹

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como imbróglio central, a questão da imparcialidade do magistrado face uma atuação positiva no decorrer do processo penal, afastando-se da inércia absoluta.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millennium, p. 358.



Entende-se que o modelo pátrio adotado é o do *inquisitorial system*, que não deve ser jamais confundido com o sistema inquisitorial, como já devidamente abordado. Nesse passo, do magistrado espera-se uma atuação presente, por ocupar um papel complementar, mas de natureza integradora na produção das provas. Essa complementariedade não fere sua imparcialidade, sabendo que o juiz não possui clarividência, como alguns preceituam.

A produção de uma prova pode servir tanto para auxiliar a defesa quanto para embasar a acusação. O princípio do *in dubio pro reo* deve se manifestar quando o magistrado, atuando para elucidar os fatos, remanesce com dúvida e, não conseguindo saná-la, deverá decidir em favor do acusado. Porém, não pode esse princípio ser um obstáculo ao esclarecimento da verdade processual, o que inviabilizaria a devida prestação jurisdicional.

O certo é que, nesse modelo aderido, a responsabilidade pela elucidação dos fatos não é exclusiva das partes, sendo repartida também com o juiz que tem a incumbência de determinar a produção das provas e valorá-las. Assim, uma vez iniciada a persecução criminal pelo órgão responsável, por meio da denúncia, fica o juiz vinculado ao devido deslinde dos fatos para, assim, prolatar uma decisão correta.

O Estado, por ser o detentor exclusivo da persecução criminal, abre espaço para que as eventuais vítimas de crimes busquem respaldo no manto protetor do judiciário e que confiem em um julgamento justo, pautado na defesa de garantias constitucionais e também na melhor prestação da jurisdição. Isso não significa dizer que o magistrado deverá atuar como um investigador, mas deve atuar na busca pela realidade dos fatos, desde que sem esbarrar nos invioláveis direitos do acusado.

Ademais, o princípio do *in dubio pro reo* não pode inviabilizar a persecução criminal lastreada nos ditames constitucionais. Tornar o referido princípio um muro intransponível para o descobrimento da realidade dos fatos é ferir o princípio da isonomia. Conforme o entendimento do professor Robert Alexy, quando dois princípios estão em conflito, aplica-se a técnica da ponderação. Em assim sendo, a melhor forma de interpretar o princípio do *in dubio pro reo* na hipótese de fundada dúvida insanável por meios probatórios é decidir em favor do réu.

Desta forma, conclui-se que a não elucidação de fatos que poderiam ser revelados configura-se uma medida desproporcional e parcial, pois o magistrado tem o dever de não pender para nenhum dos lados no processo e de prestar a melhor jurisdição. Apenas aguardar as provas produzidas pelas partes não condiz com a mens legis da Constituição e do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. de 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2014.

GARCEZ, Duarte Oliveira. BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em 2 fev. 2019.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

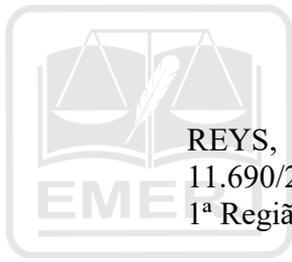
_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millennium.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O poder do juiz: ontem e hoje*. Artigo publicado nos anais do XIV encontro nacional do Conpedi, 2005.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. *A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.



REYS, Anamaria Resende. *Poderes Instrutórios do Juiz e persecução Penal* – Lei nº 11.690/2008. I Jornada de Estudos Direito Processual Penal. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, 2009.

VALDEZ, Frederico Pereira. *Iniciativa probatória de ofício e o Direito ao Juiz imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UMA ANÁLISE SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS E AS LACUNAS SOBRE SUAS HIPÓTESES DE FIXAÇÃO

Bárbara Carvalho de Castro

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Jr. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Advogada.

Resumo – os honorários advocatícios sempre foram um instituto de grande importância no processo brasileiro, pois remuneram uma das funções essenciais à Justiça: a advocacia. O Novo Código de Processo Civil trouxe uma relevante inovação em suas disposições, qual seja, os honorários advocatícios recursais. Apesar de ser um instituto muito interessante, percebe-se que o legislador limitou muito sua hipótese de incidência, prevendo apenas a majoração dos honorários fixados anteriormente. A essência do presente trabalho é abordar a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios recursais ainda que não haja condenação em primeira instância.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Honorários advocatícios recursais. Novo Código de Processo Civil. Hipóteses de fixação. Sucumbência recursal.

Sumário – Introdução. 1. A tramitação do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil e o objetivo do legislador com a criação dos honorários advocatícios recursais. 2. Controvérsias sobre a possibilidade de fixação dos honorários advocatícios recursais sob o prisma do conceito previsto no código de processo civil. 3. A sucumbência como parte integrante do interesse recursal e a possibilidade de fixação de honorários recursais mesmo na ausência de condenação em primeira instância. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a temática da fixação dos honorários advocatícios recursais no Novo Código de Processo Civil, trabalhando, principalmente, as lacunas existentes quanto a suas hipóteses de fixação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a refletir acerca do objetivo da criação dos honorários recursais, suas hipóteses de incidência, levando-se em consideração o conceito trazido pelo legislador, bem como a possibilidade de fixação dos honorários recursais mesmo quando não tenha havido condenação em primeira instância.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras inovações ao ordenamento jurídico pátrio. Dentre elas, merece destaque a sucumbência recursal, que passa a estar prevista no §11 do artigo 85. Prevê o artigo que o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários advocatícios anteriormente fixados levando em conta o trabalho adicional do advogado em grau recursal, observando-se o disposto nos §§2º e 6º, sendo vedado ao tribunal ultrapassar os limites estabelecidos nos §§2º e 3º para a fase de conhecimento.

O tema é controvertido a partir do momento em que o referido artigo prevê tão somente a hipótese de majoração dos honorários fixados anteriormente, ficando silente quanto a possibilidade de fixação dos honorários em sede recursal, mesmo na ausência de condenação anterior. Pelo presente trabalho, busca-se discutir se, mesmo diante da ausência na legislação, considerando os objetivos do legislador com a criação dos honorários recursais, seria possível sua fixação em segunda instância sem que tenha havido condenação anterior.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta as diversas alterações que o Projeto de Lei do Código de Processo Civil de 2015 sofreu até chegar a sua redação final, abordando os objetivos pretendidos pelo legislador quando da elaboração do Novo Código.

Seguindo, a abordagem gira em torno de em quais hipóteses se faz possível a fixação de honorários advocatícios recursais, levando-se em consideração o conceito previsto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil e o entendimento jurisprudencial construído sobre o tema.

O terceiro capítulo, levando em consideração tudo que fora discutido, pesquisa a sucumbência como parte integrante do interesse recursal e se, mesmo diante da lacuna legislativa, seria possível a fixação de honorários advocatícios recursais sem que havido condenação em primeira instância.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, que consiste na formulação de hipóteses e tentativas de confirmá-las ou falseá-las, partindo da premissa de que não é possível alcançar o conhecimento absoluto. Dessa forma, o pesquisador pretende estabelecer um conjunto de situações hipotéticas, as quais acredita serem adequadas à análise do objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende, por meio da bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema, fichadas na fase exploratória da pesquisa, analisar dados coletados, buscar conceitos e princípios, de forma a sustentar a sua tese.

1. A TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O OBJETIVO DO LEGISLADOR COM A CRIAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS

Em março de 2016 entrou em vigor a Lei Federal nº 13.105/15¹, que instituiu o novo Código de Processo Civil. O novo Código trouxe grandes inovações, sobretudo quanto aos honorários advocatícios, passando a prever sua incidência em âmbito recursal.

O trâmite do projeto do Novo Código teve início com a apresentação de um anteprojeto, proposto pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379 de 2009, destinada à substituição do Código de Processo Civil de 1973. Posteriormente, ainda no Senado, o anteprojeto foi convertido em projeto de lei, sob a denominação PLS nº 166/2010. Foi aprovado em dezembro de 2010, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados. Nesta casa, passou a tramitar como PL nº 8.046/2010, e foi aprovado em dezembro de 2013, quando foi devolvido ao Senado Federal. Em março de 2015, o projeto foi sancionado pela Presidência da República.

Durante o processo legislativo do novo Código, a redação do projeto, especificamente quanto aos honorários advocatícios recursais, foi muito alterada, questionando-se qual era a real intenção do legislador em instituí-los.

Ainda no anteprojeto, os honorários recursais já tinham previsão expressa nos parágrafos do artigo 73. Nos termos do § 1º do referido artigo, a verba honorária seria devida nos recursos interpostos cumulativamente. Já o § 6º² tinha a seguinte redação:

quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto no § 2º e o limite total de vinte e cinco por cento.

Percebe-se claramente que o legislador em momento algum fez menção ao trabalho extra realizado pelo advogado em grau recursal. Ademais, os honorários recursais estavam limitados à hipótese de não conhecimento do recurso ou de não provimento por unanimidade. Dessa forma, chega-se à conclusão de que a intenção do legislador, inicialmente, era tão

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

² Idem. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www2.sena do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 set. 2018.

somente evitar a interposição de recursos protelatórios ou infundados, e não a remuneração do trabalho extra realizado pelo advogado.

Com a conversão do anteprojeto no PLS nº 166/2010, na redação aprovada pelo Senado Federal, os honorários recursais passaram a ser disciplinados no § 7º do artigo 87, da seguinte forma: “A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento”³.

Com a nova redação, é possível notar uma significativa modificação no *mens legis*. Foi suprimida a limitação dos honorários recursais apenas à hipótese de o tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento ao recurso interposto contra sentença ou acórdão. Dessa forma, percebe-se que os honorários recursais passaram a estar muito mais voltados à remuneração da atividade exercida pelo advogado em grau recursal, do que propriamente a diminuição dos recursos protelatórios.

Após aprovação no Senado Federal, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, aonde tramitou como PL nº 8.046/2010. Só na referida Casa Legislativa, o projeto sofreu 900 emendas, dentre as quais os honorários recursais passaram a estar previstos no § 11 do artigo 85⁴, e o texto foi aprovado da seguinte forma:

o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º. É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Nota-se que o conteúdo do artigo foi novamente alterado. Porém, a Câmara dos Deputados manteve o objetivo do artigo trazido do Senado Federal, e evidenciou mais ainda a função precípua dos honorários advocatícios recursais: a remuneração do trabalho adicional realizado pelo advogado em grau recursal.

Por fim, o texto foi novamente votado pelo Senado Federal, em dezembro de 2014, e sancionado pela Presidência da República, em 16 de março de 2015. Percebe-se, portanto, que a criação dos honorários advocatícios na fase recursal teve, num primeiro momento, a intenção

³ Idem. *Quadro comparativo do Código de Processo Civil – Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados)*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁴ Idem. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem)*, “Código de Processo Civil”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C100E815612E058798C81946D7C9716.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 22 set. 2018.

tão somente de reduzir a quantidade de recursos protelatórios e infundados. Mas, com as alterações que o texto foi recebendo durante a tramitação legislativa, passou-se a evidenciar uma função muito mais voltada para a valorização e melhor remuneração do advogado.

Destaca-se que, em que pese as diversas alterações mencionadas, a intenção de inibir a interposição de recursos não foi totalmente afastada, sobretudo ante à nova visão que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, de um processo mais célere, com a obtenção da solução integral de mérito em prazo razoável como um direito das partes (artigo 4^o⁵). Dessa forma, é possível dizer que o legislador teve uma dupla intenção: a de diminuir a interposição de recursos e a de remunerar o trabalho exercido pelo advogado em sede recursal.

Ademais, Alexandre Câmara⁶ ressalta que os honorários advocatícios recursais não têm natureza sancionatória, de forma que a sua fixação não afasta a possibilidade de imposição de multas e outras sanções processuais, nos termos do § 12 do artigo 85⁷.

Importante ressaltar que as alterações sofridas pelo projeto de lei, voltadas a valorizar a atuação do advogado em segunda instância, foram um grande avanço sob a perspectiva do advogado. Certo é que, a Constituição Federal⁸, no artigo 133, bem como o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94⁹), no artigo 2º, preveem que o advogado é indispensável à administração da justiça. Dessa forma, torna-se essencial que o trabalho exercido pelo advogado, em qualquer fase do processo, seja devidamente remunerado.

Por outro lado, também é de suma importância a busca pela celeridade processual que o artigo em comento propõe. A morosidade na prestação jurisdicional é uma das grandes críticas da sociedade brasileira há muito tempo. Os processos se arrastam cada vez mais ao longo dos anos, o que tira totalmente a credibilidade do povo no Poder Judiciário, além de ferir flagrantemente o princípio constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal¹⁰.

Dessa forma, mostram-se legítimas as pretensões do legislador com a criação dos honorários advocatícios recursais.

⁵ Idem, opus citatum, nota 1.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 71.

⁷ BRASIL, opus citatum, nota 1.

⁸ Idem. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁹ Idem. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁰ BRASIL, opus citatum, nota 8.



2. CONTROVÉRSIAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS SOB O PRISMA DO CONCEITO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Existem três espécies de honorários advocatícios no direito brasileiro: os contratuais, os fixados por arbitramento judicial e os de sucumbência. Os honorários contratuais são aqueles combinados entre o próprio advogado e seu cliente. Já os honorários fixados por arbitramento judicial se dão no caso de ausência de estipulação ou de acordo, devendo ser estabelecidos em valor compatível com o trabalho exercido pelo advogado e com a questão tratada em juízo, de acordo com a tabela do Conselho Seccional da OAB. Por fim, os honorários de sucumbência são aqueles fixados pelo juiz na sentença, em favor do advogado da parte vencedora.

O artigo 85, do Código de Processo Civil¹¹ trata expressamente dos honorários advocatícios sucumbenciais, trazendo parâmetros específicos para sua fixação. O §11 do referido artigo trata dos honorários advocatícios recursais, uma das grandes inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, como já comentado.

Sabe-se que não é possível conferir eficácia retroativa a um novo instituto que possa vir a prejudicar um ato realizado pelas partes antes do início da vigência da nova lei. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 7¹², pacificando o entendimento de que o arbitramento dos honorários advocatícios recursais somente é possível nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, data em que entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil.

Ultrapassada a questão de direito intertemporal, a literal redação do §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil¹³, já explicitada anteriormente, sobretudo na expressão “majorará honorários fixados anteriormente”, dá a entender que é necessária a existência de uma condenação anterior em honorários advocatícios para que a verba recursal seja fixada.

A partir dessa premissa, fica afastada a possibilidade de fixação de honorários recursais em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória em ação de conhecimento, salvo se a decisão tenha fixado honorários na origem. É o que se nota de recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴:

¹¹ Idem, opus citatum, nota 1.

¹² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo nº 7*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 06 mar. 2019.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Idem. Tribunal de Justiça de São Paulo. *EMBDECCV: 21410712920188260000 SP 2141071-29.2018.8.26.000*. Relator: Gilberto dos Santos. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681380529/emb>>

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão verificada quanto ao pedido feito em contraminuta de arbitramento de honorários advocatícios recursais. Necessidade de completar a fundamentação do v. acórdão, mas sem alterar seu resultado. Não cabimento, no caso, de honorários advocatícios recursais. Agravo de instrumento contra decisão interlocutória sem prévia fixação de honorários. Embargos acolhidos para complementação do acórdão.

O tema também foi objeto de discussão na I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁵, tendo sido editado o Enunciado 8, nos seguintes termos: “ Não cabe majoração de honorários advocatícios em agravo de instrumento, salvo se interposto contra decisão interlocutória que tenha fixado honorários na origem, respeitados os limites estabelecidos no art. 85, §§ 2º, 3º e 8º, do CPC.”

Porém, importante ressaltar que, no caso de agravo de instrumento interposto contra sentença parcial de mérito, nos termos do art. 356, §5º, do Código de Processo Civil¹⁶, é possível a fixação dos honorários recursais, haja vista a possibilidade de condenação anterior.

Não há fixação de honorários advocatícios recursais em embargos de declaração ou em agravo interno. Isso porque o §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil¹⁷ fala em “tribunal”, o que dá a entender a necessidade de inauguração de um novo grau de jurisdição, o que não ocorre nos embargos de declaração e nem no agravo interno.

Quanto aos embargos de declaração, estes serão julgados pelo próprio órgão que prolatou a decisão. Já quanto ao agravo interno, segundo Didier Junior e Cunha¹⁸, quando o relator inadmite ou nega provimento a recurso por decisão isolada, ele próprio já aplica o §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil¹⁹, majorando os honorários sucumbenciais fixados pelo juiz. Dessa forma, rejeitado o agravo interno, o colegiado apenas confirma a decisão do relator, não havendo que se falar em outra majoração.

Nesse sentido, também vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça²⁰:

argos-de-declaracao-civel-embdeccv-21410712920188260000-sp-2141071-2920188260000?ref=serp>. Acesso em: 06 mar. 2019.

¹⁵ JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1, 2017, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁶ BRASIL, opus citatum, nota 1.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 158.

¹⁹ BRASIL, opus citatum, nota 1.

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgInt no REsp: 1658167 SP 2016/0253035-3*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617599925/embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-recurso-especial-edcl-no-agint-no-resp-1658167-sp-2016-0253035-3?ref=serp>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Cuida-se de embargos de declaração opostos ao fundamento de que o acórdão embargado se omitiu acerca da majoração dos honorários recursais. 2. A fixação de honorários advocatícios recursais apenas é cabível nos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir da entrada do CPC/15, na forma do enunciado administrativo nº 7/STJ. 3. Não se admite a fixação de honorários advocatícios recursais por ocasião de julgamento de agravo interno ou embargos de declaração, porque tais recursos não inauguram um novo grau de jurisdição. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados.

Também não se aplicam os honorários advocatícios recursais em sede de mandado de segurança. Isso porque, no processo de mandado de segurança, não cabe condenação em honorários de sucumbência, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/09²¹. Dessa forma, se não há condenação em honorários, não é possível sua majoração em caso de interposição de eventual recurso.

Ainda em relação ao cabimento dos honorários advocatícios recursais, questão polêmica surge quanto à remessa necessária. É que existe certa discussão na doutrina quanto a sua natureza jurídica. O artigo 496, do Código de Processo Civil²² traz as hipóteses em que a sentença não produzirá efeitos enquanto não for confirmada pelo Tribunal, estando sujeita, portanto, a duplo grau de jurisdição obrigatório.

Parte da doutrina, como por exemplo Didier Júnior e Cunha²³, entendem que a remessa necessária tem natureza jurídica de recurso de ofício. Por outro lado, o entendimento majoritário, capitaneado por autores como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²⁴, bem como por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²⁵, é no sentido de que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença, já que esta inibe o trânsito em julgado da sentença, tornando o duplo grau de jurisdição obrigatório. Além disso, para os autores, faltaria à remessa necessária uma característica essencial dos recursos: a voluntariedade.

Voltando a questão dos honorários advocatícios recursais, como o §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil²⁶ fala expressamente em “recurso”, tem-se entendido que não seria

²¹ Idem. *Lei nº 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

²² Idem, opus citatum, nota 1.

²³ DIDIER JUNIOR, opus citatum., p. 403.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 600.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 742.

²⁶ BRASIL, opus citatum, nota 1.

possível a fixação da verba recursal em sede de remessa necessária, haja vista a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença.

Ademais, mesmo autores que entendem que a remessa necessária tem natureza recursal, como Didier Junior e Cunha²⁷ afirmam que não deve haver a majoração dos honorários de sucumbência, já que, nas palavras do autor, a majoração dos honorários de sucumbência só é possível em caso de recursos voluntários, não se aplicando nos recursos de ofício, onde não estão presente a causalidade.

Por fim, muito já se discutiu a respeito se haveria ou não fixação de honorários advocatícios recursais caso a parte recorrida não apresentasse contrarrazões ao recurso interposto. A polêmica surgiu, afinal, em tese, não haveria trabalho adicional efetuado pelo advogado da parte contrária. Porém, a questão encontra-se atualmente pacificada na jurisprudência.

Na I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal²⁸, foi aprovado o Enunciado 7, o qual prevê que “a ausência de resposta ao recurso pela parte contrária, por si só, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC”.

Nesse sentido, também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do AO 2063 AgR/CE²⁹, fixou a seguinte tese: “É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado”. O tema está, inclusive, consubstanciado no Informativo do Tribunal, sob o número 865.

Quanto aos critérios de fixação dos honorários recursais, nos termos do §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil³⁰, é vedado ao tribunal ultrapassar os limites previstos no §2º (máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa) e do §3º (de 3% a 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido, de acordo com cada faixa), para a fase de conhecimento.

Dessa forma, é possível, por exemplo, que a parte seja condenada a pagar honorários sucumbenciais de 10% quando da sentença, que a verba seja majorada para 15% no acórdão da apelação e, por fim, para 20% quando do acórdão do recurso especial ou extraordinário. Porém, se os honorários sucumbenciais foram fixados em 20% já na sentença, não poderá haver

²⁷ DIDIER JUNIOR, opus citatum, p. 158.

²⁸ JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1, 2017, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

²⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *AO 2063 AgR/CE*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo865.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁰ BRASIL, opus citatum, nota 1.



majoração em grau recursal, ainda que a parte saia vencida, uma vez que os honorários já se encontram no patamar máximo.

Ressalta-se, por fim, que o tribunal fixará a verba honorária recursal levando em conta o trabalho adicional realizado pelo advogado da parte em grau recursal.

3. A SUCUMBÊNCIA COMO PARTE INTEGRANTE DO INTERESSE RECURSAL E A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS MESMO NA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

A partir da análise feita no capítulo anterior, sobre as hipóteses de fixação dos honorários advocatícios recursais, tendo como parâmetro o conceito previsto no §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil³¹, podemos chegar a simples conclusão de que somente haverá fixação dos honorários recursais caso já tenha havido condenação em primeira instância. Afinal, a lei é bem clara ao falar em “majorará os honorários fixados anteriormente”, e só é possível majorar algo que já existe.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Divergência 1.539.725/DF³², de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, fixou, dentre outras, as seguintes orientações a respeito dos honorários recursais:

[...] 5- É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente:

- a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo CPC;
- b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e
- c) condenação em honorários advocatícios desde a origem, no feito em que interposto o recurso; [...]

O Superior Tribunal de Justiça confirmou, portanto, que é imprescindível que haja condenação em honorários advocatícios na decisão recorrida para que, posteriormente, ocorra a majoração em sede recursal.

³¹ Idem. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

³² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos Embargos de Divergência nº 1.539.725/DF*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511550836/agravo-interno-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agint-nos-eresp-1539725-df-2015-0150082-1/inteiro-teor-511550842?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Entretanto, a decisão do Corte, bem como a interpretação literal do §11 do artigo 85, do Código Processo Civil³³, parecem esvaziar um instituto tão rico, e que pode ser melhor trabalhado na prática. Explico.

Como já comentado, o artigo 85, do Código de Processo Civil³⁴ traz parâmetros para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais. O *caput* do referido artigo consagra a regra da sucumbência, pela qual a condenação em honorários advocatícios se satisfaz com o resultado da demanda, de forma que a parte vencida deve arcar com os honorários de sucumbência, a serem pagos ao advogado do vencedor.

Ao mesmo tempo, o dispositivo também consagra a chamada teoria da causalidade, segundo a qual a obrigação de arcar com a verba honorária recai sobre aquele que, sem razão, deu causa à lide.

Evidentemente, na maioria das vezes, a parte vencida também é aquela que deu causa ao processo. Porém, importante ressaltar que nem sempre quem sai vencido no processo é quem deu causa a ele. Alexandre Câmara³⁵ destaca que existem casos em que o causador do processo, ao final, sai como vencedor da causa, citando o seguinte exemplo:

[...] É o que se dá, por exemplo, no caso em que é proposta uma “ação de consignação em pagamento” e o réu contesta alegando insuficiência do depósito. Valendo-se o autor de sua prerrogativa de complementar o depósito (art. 545), seu pedido de declaração da extinção da obrigação pelo depósito será julgado procedente, mas a ele, autor, será imposta a obrigação de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios (afinal, como facilmente se percebe, foi o autor – que a princípio não queria pagar o valor efetivamente devido – quem deu causa indevidamente à instauração do processo) [...].

Destarte, ainda segundo o autor, caberá ao magistrado, ao proferir a sentença, verificar quem deu causa ao processo e a ele impor a obrigação de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios.

Por outro lado, passando a uma análise da sucumbência no âmbito recursal, um dos pressupostos recursais intrínsecos é conhecido como interesse recursal. Nada mais é do quem um binômio entre a necessidade de recorrer e adequação da forma. A necessidade diz respeito à existência de uma decisão contrária à parte, que lhe cause prejuízo, de forma que o recurso é o único meio capaz de proporcionar a melhoria da situação jurídica da parte recorrente. Já a adequação tem como base os princípios da taxatividade dos recursos e da correspondência, pois

³³ BRASIL, opus citatum, nota 1.

³⁴ Ibidem.

³⁵ CAMARA, opus citatum, p. 68.

o recurso interposto deve ser o previsto em lei para impugnar aquela decisão específica, além de ser hábil a proporcionar o objetivo pretendido pela parte.

Importante ressaltar que é preciso tomar cuidado para não confundirmos a sucumbência como regra para a condenação em honorários, com a sucumbência como elemento integrante do interesse recursal.

A teoria da sucumbência, como critério para a condenação em honorários advocatícios, avalia tão somente a sucumbência da parte quanto aos pedidos da demanda e, portanto, o resultado que parte obteve no processo. Ou seja, a sucumbência é estritamente formal.

Por outro lado, a sucumbência recursal deve ser vista sob uma ótica prospectiva. Analisa-se qual a utilidade prática que pode ser obtida com a interposição do recurso. Nesse caso, portanto, trata-se de uma sucumbência é material.

A partir dessa noção, é possível dizer que o interesse recursal envolve muito mais do que apenas uma análise do resultado do processo e da procedência dos pedidos. Apura-se, em verdade, os efeitos prejudiciais daquela decisão para parte, e o que pode ser obtido através do recurso. Por isso fala-se em uma ótica prospectiva.

Assim, nada impede que a parte vitoriosa, credora dos honorários advocatícios e não sucumbente sob a ótica formal, tenha interesse recursal, ou seja, tenha sucumbido sob a ótica material. Basta que a parte comprove que a decisão, de alguma forma, lhe é prejudicial e demonstre a existência de uma utilidade prática na interposição do recurso.

É o que ocorre, por exemplo, no caso de o litigante ter decaído em parte mínima do pedido. Suponha que o autor tenha ajuizado determinada demanda pleiteando R\$20.000 de indenização por danos morais. O juiz julga procedente o pedido, condenando o réu a pagar R\$7.000,00 ao autor, a título de indenização, bem como honorários advocatícios em favor do advogado da parte autora.

Sob uma perspectiva formal, não houve sucumbência por parte do autor, já que seu pedido foi acolhido. Isso porque, nos termos do parágrafo único do artigo 86, do Código de Processo Civil³⁶, no caso de um dos litigantes sucumbir em parte mínima do pedido, ao outro compete, por inteiro, as despesas e pelos honorários. Nesse sentido também é a redação da Súmula 326 do STJ³⁷, *in verbis*: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

³⁶ BRASIL, opus citatum, nota 1.

³⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 326*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_27_capSumula326.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Porém, sob uma análise material da sucumbência, percebe-se que o autor não obteve o montante total pretendido, de forma que, caso se sinta prejudicado, poderá se valer de um recurso para obter o valor inicialmente requerido, qual seja R\$20.000,00.

E se, nessa hipótese, somente o autor recorre da decisão, para aumentar o valor dos danos morais fixados na sentença, e tem seu recurso não conhecido ou desprovido? A princípio, tendo como parâmetro a já comentada decisão do Superior Tribunal de Justiça e uma interpretação literal do §11 do artigo 85, do Código de Processo Civil³⁸, a resposta é de que não seria possível a fixação de honorários advocatícios recursais, afinal, a parte autora, ora recorrente, não foi condenada ao pagamento de honorários em primeira instância.

O que se percebe, possivelmente, é que a lei foi omissa nesse ponto. Trata-se de uma lacuna legislativa. O legislador apenas previu a possibilidade de a parte derrotada no processo recorrer e ter seu recurso desprovido, sendo, nesse caso, fixada a verba recursal. Mas, como já vimos, mesmo a parte vencedora no processo e, portanto, credora dos honorários advocatícios, pode ter interesse em recorrer.

A análise que se propõe, baseada numa interpretação teleológica, ou seja, que busca o real sentido da lei, é: por que não seria possível, nesse caso, condenar o autor pagar a honorários advocatícios recursais em favor do advogado do réu? Afinal, com já bem debatido no primeiro capítulo do presente artigo, os honorários advocatícios recursais têm função tanto de remuneração do trabalho adicional desempenhado pelo advogado em sede recursal, quanto de inibir a interposição de recursos protelatórios.

Mas, se são cabíveis os honorários advocatícios recursais nessa hipótese, como se daria a sua fixação? A maior parte da doutrina não comenta sobre essa específica hipótese. Didier Junior e Cunha³⁹, ao tecerem comentários sobre o §11 do artigo 85⁴⁰, preveem que a fixação dos honorários recursais também decore da causalidade, de forma que aquele que der causa a uma demanda recursal arcará com a majoração dos honorários. Segundo os autores, soma-se o valor dos honorários recursais aos honorários anteriormente fixados, não devendo o valor total da condenação superar o equivalente a 20% do valor da condenação.

Baseado no entendimento dos autores, considerando a causalidade como critério de fixação dos honorários advocatícios recursais, é possível dizer que, no exemplo acima citado, o autor, então recorrente, deveria ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios recursais, já que, sem razão, deu causa a um recurso que foi desprovido.

³⁸ Idem, opus citatum, nota 1.

³⁹ DIDIER JUNIOR, opus citatum, p. 156.

⁴⁰ BRASIL, opus citatum, nota 1.

Quanto ao valor a ser fixado, estabelecer os limites propostos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85, do Código de Processo Civil⁴¹ não seria razoável, afinal, não se pode comparar o trabalho realizado pelo advogado ao longo de todo o processo de conhecimento, com o trabalho realizado apenas em grau recursal, que, na maioria das vezes, limita-se na apresentação de contrarrazões e sustentação oral, quando cabível.

Lemos⁴² propõe que, se o réu foi condenado ao percentual de 10% de honorários advocatícios na sentença, quando do julgamento do recurso do autor, se este for improvido, o tribunal deve condenar o recorrente ao pagamento de, por exemplo, 5% de honorários advocatícios ao advogado do réu.

Ainda nas palavras do autor⁴³:

[...] mesmo parecendo estranho que o autor vencedor seria condenado em honorários advocatícios, a hipótese não apresenta nenhum problema ou óbice em sua concessão, pelo fato de que o instituto ao ser criado almeja a não recorribilidade excessiva ou protelatória, com o intuito de demonstrar que em nova fase processual, existirão, como consequências, novas condenações em honorários. Se o réu, ao recorrer indevidamente, é punido em honorários pela sua recorribilidade não exitosa, de igual forma, deve-se imaginar que o autor deve ser igualmente punido caso venha a recorrer sem obter êxito. O que vale para uma das partes deve ter validade para o outro lado, sem nenhum tratamento diferente entre os atores processuais [...].

Importante destacar, por fim, que, como bem esclarecido no trecho acima, a possibilidade de fixação dos honorários recursais, na hipótese comentada, também é uma forma de observância do princípio da isonomia ou paridade de armas, previsto no artigo 7º, do Código de Processo Civil⁴⁴, o qual assegura às partes paridade de tratamento no exercício de direitos e faculdades processuais, meios de defesa, ônus, deveres e aplicações de sanções, cabendo ao juiz garantir o efetivo contraditório.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que o novo instituto dos honorários advocatícios recursais, embora bem pensado, acabou sendo inconsistente e muito pouco explorado pelo legislador. É possível notar isto da própria redação do artigo 85, §11, do

⁴¹ Ibidem.

⁴² LEMOS, Vinicius Silva. A criação dos honorários recursais: será que pensaram em tudo? *Revista Brasileira de Direito Processual – Rbdpro*, Belo Horizonte, n. 97, ano 25, p.221-237, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/honorarios-recursais.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BRASIL, opus citatum, nota 1.



Código de Processo Civil, que prevê que o tribunal, no julgamento do recurso, “majorará os honorários fixados anteriormente”.

Claramente, o legislador, ao criar os honorários advocatícios recursais, visou não apenas remunerar o trabalho adicional exercido pelo advogado em sede recursal, mas também evitar a interposição de recursos protelatórios. Essa percepção coaduna com a nova visão do processo civil brasileiro, pautada nos princípios da cooperação e da razoável duração do processo, este último, inclusive, com previsão constitucional.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, ao limitar a incidência dos honorários recursais apenas a hipótese de haver condenação anterior, o legislador esvaziou um instituto que poderia ter sido muito melhor explorado.

Como bem demonstrado ao longo da pesquisa, o interesse recursal não envolve apenas uma análise do resultado do processo e da procedência dos pedidos do autor. Mais que isso, é relevante analisarmos os prejuízos que a decisão trouxe para a parte, bem como a utilidade prática que a interposição do recurso pode trazer. Dessa forma, nada impede que a parte vitoriosa no processo tenha interesse recursal, como se dá, por exemplo, na hipótese de sucumbência mínima.

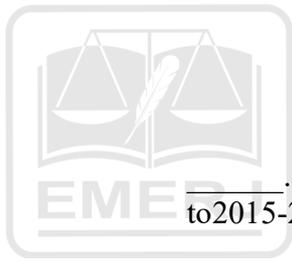
Nesse sentido, o pesquisador trouxe à tona a hipótese em que a parte que se consagrou vitoriosa no processo tenha recorrido da decisão, demonstrando que esta, de alguma forma, lhe foi prejudicial, mas tem seu recurso desprovido. Pela simples redação do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, a parte recorrente não seria condenada em honorários recursais, já que não houve condenação anterior em seu desfavor.

Porém, o que esta pesquisa pretende sustentar, é que, fazendo uma interpretação teleológica do dispositivo em questão, ou seja, buscando o real sentido da lei, no caso em tela apresentado, deveria ser possível a condenação do recorrente em honorários advocatícios recursais, mesmo que ele não tenha sido condenado em primeira instância.

Afinal, como restou evidente, se a intenção do legislador com a criação dos honorários advocatícios recursais era tanto remunerar o trabalho dispendido pelo advogado, quanto evitar recursos protelatórios, nada impede a condenação do recorrente também nessa hipótese trazida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 set. 2018.



_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

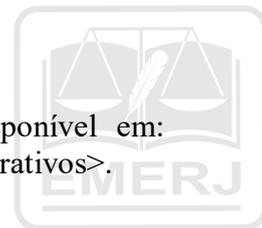
_____. *Quadro comparativo do Código de Processo Civil – Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados)*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C100E815612E058798C81946D7C9716.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=RED+ACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1166752 / RJ 2017/0239182-5*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574654886/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1166752-rj-2017-0239182-5?ref=serp>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos Embargos de Divergência 1.539.725/DF*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511550836/agravo-interno-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agint-nos-eresp-1539725-df-2015-0150082-1/inteiro-teor-511550842?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgInt no REsp: 1658167 SP 2016/0253035-3*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617599925/embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-recurso-especial-edcl-no-agint-no-resp-1658167-sp-2016-0253035-3?ref=serp>>. Acesso em: 06 mar. 2019.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo nº 7*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 326*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_27_capSumula326.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AO 2063 AgR/CE*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo865.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *EMBDECCV: 21410712920188260000 SP 2141071-29.2018.8.26.0000*. Relator: Gilberto dos Santos. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681380529/embargos-de-declaracao-civel-embdeccv-21410712920188260000-sp-2141071-2920188260000?ref=serp>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

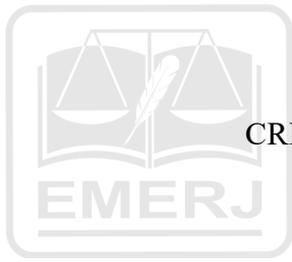
DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1, 2017, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

LEMOS, Vinicius Silva. A criação dos honorários recursais: será que pensaram em tudo? *Revista Brasileira de Direito Processual – Rbdpro*, Belo Horizonte, n. 97, ano 25, p.221-237, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/honorarios-recursais.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



CRITÉRIOS DE COMPENSAÇÃO E A EFETIVA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Bruna Lima da Silva

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado e Capitais – IBMEC/RJ. Advogada.

Resumo – No contexto social, o fenômeno das redes sociais modifica as relações e obriga a ponderação de valores constitucionais. A Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana: um vetor máximo interpretativo da hermenêutica constitucional. Isso porque, os princípios constitucionais devem ser observados pela sociedade, mas somente em caso de conflito é necessário o uso da técnica da ponderação. O presente trabalho busca analisar os impactos dos princípios constitucionais na proteção das vítimas de pornografia de vingança, bem como discutir necessidade de uma proteção efetiva.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Pornografia de Vingança. Aspectos dos danos. Proteção integral da vítima. Prestação Jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. O conflito entre a liberdade de manifestação e a pornografia de vingança. 2. O tratamento jurídico dado ao terceiro que divulga o conteúdo das fotos íntimas. 3. A prestação jurisdicional e os critérios para a compensação dos danos sofridos pelas vítimas de pornografia de vingança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a liberdade de manifestação nas redes sociais, os seus limites da liberdade e a ofensa à imagem da vítima no contexto da pornografia de vingança bem com a possibilidade de indenização. Procura-se demonstrar que a divulgação de fotos íntimas sem autorização da vítima de pornografia de vingança gera inúmeras consequências passíveis de serem medidas e quantificadas em uma indenização por dano moral.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e legais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a forma que deve acontecer à prestação jurisdicional do Estado relacionada com os danos sofridos pela vítima.

A Constituição Federal estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento da República e seu valor é um fim a ser perseguido pelo Estado. A internet permite facilidade na comunicação e as interações sociais atingem mais usuários, sendo que há

compartilhamento de todo tipo de conteúdo. Todavia, os usuários das redes sociais, por meio da rede mundial de computadores, devem ser responsáveis pelos conteúdos divulgados, sendo assim carregam a responsabilidade por toda informação que divulgar.

O tema é controvertido pelos princípios que entram em conflito e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a atuação do Poder Judiciário quando não há critérios que norteiam a quantificação dos danos morais sofridos pela vítima e sua natureza.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “pornografia de vingança” e compreender esse fenômeno e como o conceito foi recentemente incorporado no ordenamento jurídico pátrio, principalmente após caso de repercussão midiática.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a existência do conflito entre a liberdade de manifestação e a dignidade da vítima de pornografia de vingança. O panorama constitucional revela que os princípios de liberdade de manifestação e da dignidade da pessoa humana coexistem, mas que há que se adotar um critério para a resolução da problemática.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o ordenamento deve garantir a proteção integral da vítima e atribuir um tratamento ao terceiro que divulga o conteúdo das fotos íntimas sem autorização. A esfera de responsabilidade do terceiro tem o condão de perpetuar o estigma social atribuível à vítima. Vale ressaltar que a vítima do sexo feminino encontra maiores dificuldades superar o estigma devido ao contexto histórico.

O terceiro capítulo pesquisa de que forma a prestação jurisdicional é suficiente e eficiente para proteger a vítima e tentar promover a compensação integral dos danos sofridos. Procura-se explicitar como é possível aplicar a responsabilidade civil ao Direito Constitucional com reflexo no valor supremo da dignidade da pessoa humana.

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 CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

O termo pornografia de vingança¹ consiste na divulgação indevida, sobretudo na internet, de fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo, com o objetivo de expô-la por meio de compartilhamento do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima, podendo, inclusive, atingir seus familiares.

O contexto da vítima de pornografia de vingança, geralmente, ocorre com o término de um relacionamento. Assim, verifica-se que o final da relação não foi bem aceito por uma das partes. Nesse sentido, a parte que não desejou o fim da relação expõe as gravações produzidas com o consentimento, durante a relação, sem que haja o consenso do envolvido/vítima. A principal característica do conceito de pornografia é falta de autorização para divulgação de imagens ou vídeos de atos íntimos.

A pornografia não consensual, embora não se trata de um fenômeno bem recente, exige o debate político, jurídico e social sobre o tema. A crescente problemática do tema se solidifica como conduta ilícita, uma vez que tal conduta é contrária aos valores sociais defendidos pela própria Constituição Federal.

Nesse sentido, as divulgações indevidas exigiu do ordenamento jurídico a legislação especial para resolver as questões decorrentes da conduta de quem divulga as imagens. Destaca-se que no ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana é fundamento da República² e o texto constitucional, por si só, promove a integral proteção da vítima.

Cabe destacar que a pornografia de vingança atinge, principalmente, a vítima quanto a sua honra. Assim, Luiz Regis Prado³:

A honra esta constituída pelas relações de reconhecimento entre os distintos membros da comunidade, que emanam da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade. Esta relações atuam com pressupostos da participação do indivíduo no sistema social e precisamente parte de seu conteúdo será a consequência direta de sua participação no sistema. Estas

¹ GOGONI, Ronaldo. *Pornografia de vingança passa a ser crime no Brasil, com pena de até cinco anos de prisão*. Disponível em: < <https://meiobit.com/391071/brasil-pr0n-de-vinganca-agora-e-crime/> >. Acesso em: 2 fev. 2019.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2. fev. 2019.

³PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal Brasileiro: V. II, parte especial*, 7.ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2008, p.213.

relações de reconhecimento devem derivar-se da verdadeira participação do indivíduo no sistema social.

Nesse sentido, a tanto a honra objetiva quanto a honra subjetiva são atingidas nos casos de pornografia de vingança.

Vale mencionar que a honra subjetiva é entendida como sentimento que cada pessoa se atribui sobre suas próprias qualidades físicas, morais e intelectuais. O juízo de valor atribuído por si próprio integra a honra subjetiva, sendo certo que nos casos de vítimas de pornografia de vingança a honra subjetiva é diretamente atingida.

Por isso, cabe a legislação criar e promover os mecanismos de reparação material e estabelecer instrumentos com a finalidade de recompor a estrutura psicoemocional da vítima. Ademais, a honra, decorre da dignidade, por isso, é um bem que prioritariamente deve ser protegido.

Ressalta-se que, nos casos de pornografia de vingança, a honra objetiva também sofre inúmeros prejuízos e ofensas, sendo certo que se trata da visão que a sociedade possui sobre determinada pessoa.

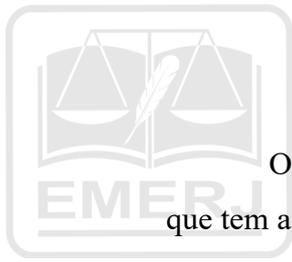
Desse modo, observa-se que a vítima sofre inúmeros transtornos quando imagens íntimas caem na web, pois há forte conexão dos aspectos da honra objetiva e subjetiva. Diante da exposição indevida por terceiros, pelo próprio funcionamento da internet, não há como cessar em definitivo os danos, uma vez que é possível que haja mais danos em momento futuro.

A divulgação de fotos, vídeos e outros materiais com teor sexual sem o consentimento é crime, além de repercutir a indenização material e compensação moral na esfera cível. Assim, quando a vítima de pornografia de vingança busca o Judiciário, diante de ausência de lei, o ato era classificado como difamação imputar fato ofensivo à reputação ou injúria.

Vale a pena esclarecer que caso o material tenha sido obtido com a invasão de dispositivos eletrônicos alheios, deverá ser considerada a aplicação dos artigos 154-A e 154-B do Código Penal⁴, incluídos após a Lei nº 12.737/2012⁵.

⁴BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019

⁵BRASIL. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019



O Marco Civil da Internet⁶ colabora como mecanismo de proteção à vítima, uma vez que tem a finalidade estabelecer agilidade na exclusão do conteúdo íntimo na rede.

Nesse quadro, o advento da internet ocupa papel importantíssimo, especialmente com as recentes redes sociais, trazendo novas interpretações de público e privado. A exposição de caráter instantâneo que tais mídias promove uma mudança valorativa positiva para a sociedade.

Destaca-se ainda que a conduta criminosa não se extingue na liberação do vídeo e/ou imagem, pois permanece a conduta diante de novos compartilhamentos por autores distintos, que recebem e só compartilham; sendo certo que estes novos autores promovem mais transtornos.

Assim, para a integral proteção da vítima é essencial identificar, na rede mundial, os responsáveis por continuar a disseminação indevida.

Ressalta-se que a pornografia de vingança lida diretamente com o valor liberdade e dignidade. Os valores atingidos são preconizados pelos princípios constitucionais, sendo que nos casos de divulgação de fotos íntimas sem autorização são valores coexistentes e colidentes. Desse modo, a pessoa/vítima é livre para usar sua imagem e enviar suas fotos íntimas, sendo certo que a foto é enviada para alguém de sua legítima confiança.

A pornografia de vingança ocorre, geralmente, no cenário de um final da relação conturbada. Cabe esclarecer que as fotos íntimas foram compartilhadas de modo voluntário durante a relação do casal, mas usando excessivamente da liberdade de manifestação, por mera vingança, a foto é divulgada para ofender a vítima.

O instrumento norteador do ordenamento jurídico brasileiro é o critério da ponderação, em caso de haver colisão de direitos fundamentais, o jurista em exercício leva em maior grau a consideração da garantia a dignidade da pessoa humana na aplicação do caso concreto.

Por fim, os princípios colidentes serão respeitados dentro dos seus graus de atuação, sendo que ao prestigiar um princípio em relação ao outro, não se pode eliminar ou mesmo não aplicar de forma completa o princípio preterido, visto que todos os princípios que são válidos possuem um núcleo intangível que sempre coexistirá com os outros princípios aplicados à situação fática.

⁶ BRASIL. *Lei n° 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

2. O TRATAMENTO JURÍDICO PARA A DIVULGAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO DAS FOTOS ÍNTIMAS E A INDENIZAÇÃO

A Lei nº 13.718/ 2018⁷ alterou o Código Penal para tipificar algumas condutas, entre as condutas criminalizadas a opção de política criminal foi a divulgação indevida de cena de sexo – pornografia de vingança.

A alteração promovida pela Lei é essencial na sociedade de informação, tendo em vista que as redes sociais permitem um compartilhamento rápido com total liberdade de agir. A ordem jurídica vigente já estabeleceu que não há direito absoluto, uma vez que o sistema constitucional garante os direitos constitucionais, sendo certo que para a resolução de eventual conflito os direitos devem passar pela ponderação para um prevalecer.

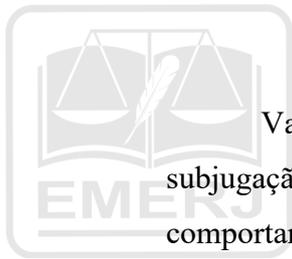
Assim, valores como a liberdade de pensamento, a intimidade, a privacidade, a dignidade da pessoa humana são alguns dos princípios que norteiam o nosso ordenamento e que precisam encontrar o equilíbrio quando há divergência.

Diante das questões de crimes cibernéticos, o legislador de 2018, fortemente pressionado, inclusive por acontecimentos midiáticos, precisou agir para atender as questões sociais quanto aos crimes praticados por meio da internet. A alteração do CP ocorreu para atender a dinâmica social, sendo certo que a proteção da vítima deve ser integral, ou seja, além da esfera penal. A vítima da pornografia de vingança fica totalmente vulnerável, tendo em vista que sofre com as consequências com de foto(s) divulgada(s) sem autorização e carrega o estigma de ser “culpada” por ter enviado a sua foto íntima.

Em que pese à alteração da lei penal para tratar de uma proteção das vítimas, a vítima é atingida de inúmeras formas de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana aliada a proteção integral da vítima devem efetivar todas as necessidades da vítima.

A divulgação de fotografias íntimas pelo ex-namorado no pós-relacionamento, classificada como pornografia de vingança ou *revenge porn*, é fato gravíssimo que atinge homens e mulheres, estas em sua imensa maioria.

⁷BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.



Vale ressaltar que se trata de tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que esta lhe impõe.

Neste sentido, nota-se que as vítimas são atingidas de diversas maneiras, sendo certo que em alguns casos a vítima é extremamente abalada que pode cometer suicídio, já que a sociedade a enxerga como culpada.

As vítimas de pornografia de vingança podem reagir de formas diferentes, mas de todo modo existe o dano causado pelo agente que vazou e pelo agente que compartilha as fotos ou vídeos.

Portanto, os próprios danos morais sofridos resultariam da própria situação humilhante ou vexatória. Seriam, em outras palavras, presumidos e provocados naturalmente pela conduta do ofensor, prescindindo de provas de prejuízos concretos. De acordo com ensinamento de Carlos Alberto Bittar⁸:

na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.

A compensação por danos deve ser obrigatória no sentido de reprimir a prática da conduta. Portanto, o dano moral sofrido, em caso de pornografia de vingança, resulta da própria situação vexatória e humilhante materialmente provocada pela conduta do ofensor, não prescindindo, assim, de provas dos prejuízos concretos evidentemente gerados.

Além da responsabilidade penal, impõe-se a necessidade de criação de critérios objetivos para amparar e até reestruturar vida da vítima. Por exemplo, se a vítima teve as fotos divulgadas no grupo de trabalho é comum que a vítima não tenha condições de retornar para aquele trabalho, uma vez que se sentirá humilhada.

Por isso, uma vez comprovada à prática do ato danoso, e presentes os requisitos da responsabilidade civil, existe a possibilidade indenizatória. A proteção integral da vítima de

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 32, 1993, p. 202.

pornografia de vingança deve observar critérios para a compensação dos danos sofridos pela vítima. Assim dispõe Sergio Cavalieri Filho⁹, ao tratar do arbitramento do dano moral:

Creemos que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creemos, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade.

(...)

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Como fenômeno recente, os efeitos do pornô de vingança ainda não são certos, mas estudos médicos pretendem identificar “as considerações importantes no tratamento de pornografia de vingança em psicoterapia no que se refere a estresse pós-traumático e sintomas de depressão”.¹⁰

Cabe ressaltar que o valor a ser arbitrado para a compensação da vítima deve considerar os critérios: satisfação da vítima, o aspecto punitivo e dissuasório.

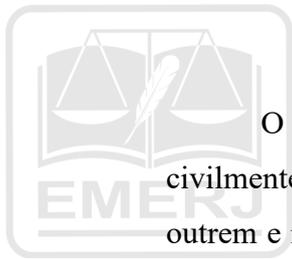
Na compensação por dano moral, o julgador deve observar a pena aplicada na esfera criminal, os danos de ordem psicoemocional e profissional para atender individualmente cada vítima. Desse modo, em que pese o respeito pela uniformização das decisões, os casos de pornografia de vingança são peculiares e não podem receber tratamento genérico da jurisprudência.

A jurisprudência dos tribunais para estabelecer os casos devem seguir parâmetros iguais, sem que haja, contudo, uma fórmula fixa para casos. A compensação por dano moral é a forma somente econômica de reestabelecer a vida da vítima.

A compensação econômica, dependendo do caso, é fundamental para o recomeço da vítima, já que permite uma mudança de cidade ou até mesmo de Estado. Vale ressaltar, mais uma vez, que a sociedade não reconhece as vítimas como vítimas, mas a sociedade acredita que elas próprias deram causa a situação.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

¹⁰EHRENKRANZ, Melanie. *Precisamos estudar os efeitos do pornô de vingança na saúde mental*. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/porno-de-vinganca-saude-mental/>>. Acesso em: 07 fev. 2019.



O agente que causa os danos na esfera penal também deve ser responsabilizado civilmente, haja vista que a vulnerabilidade da vítima ocorreu por uma conduta realizada por outrem e não desejada. A vítima de pornografia de vingança deve ser amparada pelo causador do dano na medida de extensão do dano, observando os critérios de satisfação da vítima e punição do agente.

Por fim, é vital que a sociedade se solidarize com as consequências ocasionadas na vida da vítima e promova iniciativas com objetivo de reinseri-las no contexto social sem o estigma de culpa pela divulgação indevida.

3. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS CRITÉRIOS PARA A COMPENSAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELAS VÍTIMAS DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

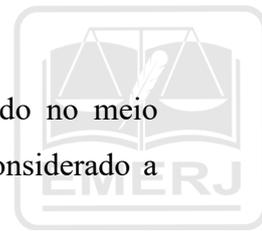
A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”¹¹, promoveu profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, e constitui a lei de maior importância jurídica no país na atualidade, vez que suas normas e princípios se irradiam por todos os ramos do direito.

Nesse sentido, o advento da Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisado com lentes constitucionais, ou seja, independentemente da matéria discutida no caso concreto. Assim, o julgador deve ser orientado não só pela legislação infraconstitucional sobre a pornografia de vingança mas por todos os princípios constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Segundo José Afonso da Silva¹², os objetivos da Carta Magna, além da plena realização da cidadania, era assegurar a todos, sem distinções, direitos e garantias fundamentais mínimos, motivo pelo qual trouxe em seu Título II, Capítulo I, um rol extenso que trata especificamente dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, destacando-se dentre eles, o artigo 5º, inciso XXXV, objeto da presente análise, o qual declara expressamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 2

¹² SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.419



O jurista explica que o princípio da proteção judiciária, mais conhecido no meio jurídico como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual é considerado a principal garantia constitucional relacionada aos direitos subjetivos.¹³

Portanto, ocorreu a ampliação do direito de acesso ao Poder Judiciário, o qual detém o monopólio da jurisdição. Vale destacar que como consequência, é possível que o jurisdicionado postule perante o órgão jurisdicional tanto a reparação a uma lesão sofrida quanto à proteção a direitos que porventura estejam sendo ameaçados.

O ordenamento jurídico consagrou no Novo Código e Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 o princípio da inafastabilidade em seu artigo 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito;”, tal previsão, corrobora a tese de que a legislação infraconstitucional vem sendo direcionada e moldada à luz da Constituição Federal.¹⁴

Dessa forma, a sociedade precisa que o Judiciário apresente um novo olhar sobre a tutela da personalidade das vítimas de pornografia de vingança, considerando que os valores se tornarão elásticos, e que o direito vai continuar tutelando situações típicas e principalmente passará a tutelar situações atípicas que surgem diariamente, exigindo que o ordenamento se flexibilize para que possa preservar os direitos personalíssimos.

A proteção da vítima deve ser efetiva, já que também busca a eficácia material da própria Constituição Federal, na medida os direitos atingidos integram o rol de direitos fundamentais. Os direitos personalíssimos se constituem como proteção para que as pessoas possam exercer sua personalidade com dignidade, se preocupando então com a proteção da dignidade da pessoa humana, como Bueno de Godoy¹⁵ aduz:

a inserção da dignidade como princípio constitucional fundamental, contida em preceito introdutório do capítulo dos direitos fundamentais, significa, afinal, adoção mesmo de um direito geral da personalidade, cujo conteúdo é justamente a prerrogativa do ser humano de desenvolver a integralidade de sua personalidade, todos os seus desdobramentos e projeções, nada mais senão a garantia dessa sua própria dignidade. Trata-se de direito ‘mãe’, como se vem cognominando, fonte de direitos outros que são, exatamente, os direitos da personalidade.

¹³ Ibid. p.432.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7.fev.2019

¹⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.



A questão da vítima de pornografia de vingança consiste na compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, uma vez que atualmente as ameaças vêm de todos os lados, inclusive da sociedade civil, e que de outro lado deve haver a autonomia privada da pessoa humana.

O respeito aos direitos da personalidade, com embasamento também constitucional nos direitos fundamentais, é um objetivo central do ordenamento jurídico. Idealmente, o convívio social deveria ocorrer sem a violação dos mesmos em qualquer relação. Mas, diante da realidade social concreta, necessita-se da tutela jurídica para garantir a eficácia material dos mesmos e neste sentido há uma expressiva corrente doutrinária que sustenta que “é possível extrair da Constituição um direito geral de personalidade, que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos atentórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana”, uma vez que há necessidade de tutela preventiva.¹⁶

A internet desafia, de modo único, a capacidade de controle por parte dos Estados, isso se dá, em grande parte, por características próprias do ambiente virtual, tais como o alcance global de qualquer informação postada, a instantaneidade das comunicações e a ausência de controle prévio das informações postadas.

A Internet não exige apenas novas soluções jurídicas para os novos problemas; ela também afeta a maneira como os problemas e as soluções jurídicas devem ser analisados. Na pornografia de vingança o que se observa, justamente, é um aspecto novo a um problema já antigo, ou seja, a utilização da internet como nova forma de exposição das vítimas, maculando a sua honra, imagem e intimidade.

A responsabilização civil pela violação aos direitos de personalidade já é aceita há certo tempo, o que ocorre agora é a necessidade de adaptação do Poder Judiciário aos danos decorrentes de violações feitas no ambiente virtual. A primeira problemática a ser destacada é, justamente, a dificuldade da vítima da pornografia de vingança na obtenção do endereço de IP que originou as publicações não autorizadas.

O Marco Civil da Internet acertadamente previu, em seu artigo 21, a possibilidade de exclusão de conteúdos publicados sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado mediante

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.215.



simples notificação pelo participante ou seu representante legal. Entende-se que da mesma forma como previu a possibilidade de exclusão poderia ter facilitado o acesso aos dados de quem efetuou tais publicações, evitando trâmites desnecessários e a morosidade advinda dos mesmos.

Cabe tão somente ao Poder Judiciário considerar outros elementos como indícios de autoria do ato ilícito, tais como as próprias ameaças sofridas pelas vítimas, bem como a utilização de informações pessoais, detalhes do relacionamento conhecidos apenas pelas partes, dentre outros.

O Poder Judiciário deve enfrentar as diversas as possibilidades de ocultação da identidade do autor de atos ilícitos na internet, seja através de programas que mascaram o IP dos computadores, seja através da criação de perfis falsos ou da utilização de computadores com acesso público.

Dessa forma, entende-se que não deve o julgador restringir a comprovação da autoria do dano tão somente pela inequívoca identificação do endereço de IP ou da perícia que indica, de maneira absoluta, a publicação indevida pelos dispositivos do acusado.

As ameaças, a existência das imagens em dispositivos pertencentes ao suposto causador do dano, bem como as informações anexas às publicações são elementos que indicam a autoria do delito e devem ser considerados, especialmente diante das dificuldades já mencionadas em relação à obtenção e endereços de IP.

Entende-se que nos casos de pornografia de vingança é muito difícil para a vítima a comprovação de que foi o acusado que registrou as imagens, uma vez que registradas em ambiente privado, bem como, por tratar-se de ilícito cometido em ambiente virtual, conforme já observado, muitas vezes é difícil a comprovação de autoria. A relativização do ônus probatório, nestes casos, é medida que se impõe para o efetivo alcance da decisão justa.

Ainda no que concerne à dificuldade na obtenção de provas, conforme observado, em nenhum dos casos apresentados houve o reconhecimento de danos materiais decorrentes da violação dos direitos pela pornografia de vingança. Entende-se que, apesar de não haver provas específicas, é perfeitamente possível ao julgador reconhecer a relação entre a exposição indevida da vítima e sua mudança de cidade ou perda de emprego. A efetiva compensação à vítima da pornografia de vingança é a aplicação do dano moral *in re ipsa*.



A aplicação dano moral *in re ipsa* significa, portanto, o reconhecimento dos danos sofridos pelo próprio fato, não sendo imposto à vítima que efetue prova do seu sofrimento. Conforme esclarecido acima, as dores sofridas são difíceis de comprovar, uma vez que se desenvolvem no íntimo da pessoa, sendo perceptível tão somente a ela.

Portanto, que para a efetiva reparação à vítima é imprescindível que a decisão judicial considere as particularidades do caso concreto, analisando-o como um todo. Especificamente nos casos de pornografia de vingança deve o julgador observar a confiança da vítima, deliberadamente violada pelo intuito vingativo do agente e as consequências de tal violação, como a maculação à honra, imagem e privacidade da vítima.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa tratou sobre os danos sofridos pelas vítimas de pornografia de vingança, a necessidade de instrumentos para compensação e a proteção integral, sob a ótica da proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, foram apresentados que a proteção efetiva é casuística, tendo em vista a reação de cada vítima.

Ocorre que a responsabilidade pela publicização de fotos e/ou vídeo em site pornô e a divulgação com intuito ofensivo tornou-se objeto de tipificação penal. A chamada pornografia de vingança exige a devida reparação a título de dano moral, sendo certo que há necessidade de estabelecer parâmetros para o valor. Ademais, é preciso que haja proporcionalidade com objetivo de evitar excesso ou insuficiência do valor arbitrado; satisfação da vítima e aspecto punitivo e dissuasório.

Isto é, a vítima da pornografia de vingança merece proteção integral, uma vez que fica totalmente vulnerável. A vítima carrega o estigma de ser “culpada” por ter enviado a sua foto íntima, sendo assim o legislador com a Lei nº 13.718/ 2018 mudou o panorama para proteger a vítima.

Em que pese à alteração da lei penal, a sociedade precisa passar pela transformação para entender e apoiar a proteção das vítimas. O princípio da dignidade da pessoa humana aliada a proteção integral da vítima devem efetivar todas as necessidades da vítima.



Em se tratando de dignidade da pessoa humana, a vítima conta com a preservação dos seus direitos fundamentais, o pressuposto da ordem jurídica vigente, como apontado no presente artigo, merece total suporte pelo Estado e também sociedade.

Ademais, tratou-se sobre o cabimento da indenização moral causado pelas divulgações indevidas, mas também na possibilidade de alteração do registro em casos extremos, como forma de proteger a vítima.

Outrossim, em que pese serem relevantes, os argumentos tecnológicos e interativos, a publicização mesmo com finalidade não econômico causa diversos prejuízos a vítima, tendo em vista a ótica da proteção integral deve ser impositiva para resguardar a vítima bem como seus familiares.

Atualmente, o número de vítimas é mais expressivo entre as mulheres, uma vez que a sociedade sofre com a tradição patriarcal, sendo certo que as mulheres assumem posição considerada mais vulnerável.

Sendo assim, a autora espera que o presente artigo possa contribuir nas futuras discussões de proteção as vítimas, principalmente, as de forma a orientar os operadores do direito na justa compensação que é tão importante para a ordem constitucional e social, já que envolve princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. *Revista dos Tribunais*, no 32, 1993.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02.fev.2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.



_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EHRENKRANZ, Melanie. *Precisamos estudar os efeitos do pornô de vingança na saúde mental*. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/porno-de-vinganca-saude-mental/>>. Acesso em: 07 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, vol. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: GEN, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF, Inq. nº 2.036, Rel. Min. Carlos Britto, J.23.6.2004, *DJU 22.10.2004*.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS E *BITCOIN*: COMO COMPATIBILIZAR A NOVA MOEDA COM O CURSO LEGAL E FORÇADO NO BRASIL

Bruna Maria Campos Leitão

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo – no Direito das Obrigações verifica-se haver obrigações pecuniárias, nas quais a entrega de moeda configura o adimplemento. No Brasil, o tema “moeda” tem respaldo constitucional, de modo que está na Constituição Federal de 1988 o dispositivo que trata sobre a competência para emissão de moeda, assim como a competência legislativa federal para regular o tema. Nesse sentido, verifica-se que a moeda tem atributo de soberania estatal, o que fica mais claro quando da análise de seu curso forçado e de seu curso legal em território nacional. Com o advento de modernas formas de troca em meio eletrônico, surgem as criptomoedas: moedas virtuais que vêm sendo utilizadas como forma de adimplemento. No Brasil, ainda não há regulação sobre o tema, de modo que se verifica relevância na abordagem da possibilidade ou não de utilização de moedas diversas da moeda Real em território nacional.

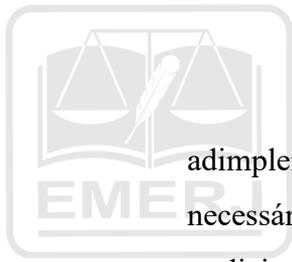
Palavras-chave – Direito Civil. Direito Econômico. Direito Constitucional. Obrigações pecuniárias. *Bitcoin*. Curso forçado. Curso legal.

Sumário – Introdução. 1. As obrigações pecuniárias e seu adimplemento. 2. A obrigação pecuniária e os limites da autonomia privada. 3. Curso legal e forçado da moeda nacional e *bitcoin*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a possibilidade, ou não, de convivência da moeda criptográfica *bitcoin* no contexto do curso legal da moeda no Brasil. Diante dessa proposta, objetiva-se discutir a possível violação que o uso do *bitcoin* como moeda pode causar ao curso legal e ao curso forçado da moeda nacional nas relações obrigacionais de natureza pecuniária no País. Para tanto, primeiramente, define-se o limite territorial da aplicação do curso legal e do curso forçado da moeda restringindo-o ao território nacional, pois, somente diante de tal delimitação, torna-se possível cogitar da submissão dos negócios jurídicos virtuais, mormente os que se baseiam em obrigações pecuniárias, aos ditames do curso legal e do curso forçado da moeda adotada pelo Brasil.

Com o fim de contextualizar o leitor acerca da relevância da discussão travada no presente artigo, em seu primeiro capítulo são abordados aspectos próprios das obrigações pecuniárias. Diante de tal abordagem, verifica-se que os direitos e os deveres que emergem das obrigações pecuniárias têm como importante elemento a moeda, em seu caráter fungível, uma vez que esta ocupa significativa posição no que tange ao



adimplemento de tais obrigações. A fim de alcançar o objetivo da presente pesquisa, é necessário analisar conceitualmente o que vem a ser “moeda”, em seu fundamento tradicional, assim como em seu fundamento contemporâneo (moeda virtual – moeda criptográfica – *bitcoin*).

O segundo capítulo trata especificamente do que vem a ser o curso forçado e o curso legal da moeda no Brasil. Para tanto, inicia pontuando o que vem a ser moeda em um contexto jurídico. E, avançando, considera que embora haja o curso forçado e o curso legal no campo das obrigações pecuniárias não é possível olvidar o princípio da autonomia privada, de modo que os particulares possuem certa liberdade de negociação entre si. Dessa maneira, o presente artigo visa a desbravar questões atinentes à incidência do princípio da autonomia da vontade privada e ao aspecto oneroso perseguido pelas obrigações pecuniárias como pilar de sustentação do argumento segundo o qual as moedas criptográficas poderiam conviver ou não conviver com a moeda tradicional.

Diante disso, ressalta-se o questionamento acerca da possibilidade, ou não, de adoção de uma moeda criptográfica em território nacional. Sendo assim, tendo em vista as reflexões oriundas dos capítulos precedentes, o terceiro capítulo aborda a moeda *bitcoin versus* a moeda Real no que diz respeito relativamente às questões jurídicas previamente analisadas, trazendo-se à tona o conceito de moeda criptográfica e a sua dinâmica de funcionamento prático. Todo esse levantamento é necessário porque se verifica um controvertido cenário na atualidade, no qual há dicotomia entre a autonomia privada e o curso legal e o curso forçado da moeda na busca de segurança jurídica e obediência às disposições legais relativas ao tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Assim, são realizadas proposições hipotéticas que têm por objetivo delimitar o núcleo do objeto de pesquisa. Diante dessa delimitação progressiva, por meio das proposições hipotéticas, busca-se uma linha argumentativa que responda ao eixo central da questão proposta.

Assim, a abordagem do objeto da presente pesquisa jurídica é a abordagem qualitativa, segundo a qual o pesquisador tem por base a análise de bibliografia pertinente ao tema, mais especificamente, com a análise de legislação, doutrina e artigos científicos que tangenciem o tema.

1. AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS E SEU ADIMPLEMENTO

O Direito das Obrigações pode ser interpretado como uma área do direito que se dissocia do Direito Monetário¹. Assim, a princípio, tratar do tema moeda relacionando-o à esfera civilista tradicional poderia soar equivocado. Todavia, a aproximação que se faz de ambos os campos do direito se fundamenta no fato de encontrar-se no Direito das Obrigações, de modo bastante comum, cláusulas monetárias, conforme esclarece Letácio Jansen²:

A vinculação tradicional do estudo da moeda ao Direito das Obrigações explica-se pelo fato de as quantias figurarem, normalmente, nas cláusulas contratuais. Quando essa referência, além de ser alusiva ao quantum, menciona, especificamente, a peça monetária em que deve efetuar-se o pagamento, estamos diante do que se denomina uma cláusula monetária.

Dessa forma, é preciso destacar que o Direito das Obrigações, cuja disciplina legal consta do Código Civil de 2002³, apresenta três espécies de obrigações: obrigações de dar, obrigações de fazer e obrigações de não fazer. Diferenciam-se tais obrigações pelo tipo de prestação que deve ser realizada com fins de extinguir o vínculo obrigacional entre as partes, pelo adimplemento. Respectivamente, observa-se que as prestações são de entregar coisa certa ou incerta, de adotar uma conduta positiva ou de adotar uma conduta de abstenção.

Nesse contexto, ressalta-se que determinadas obrigações de cunho estritamente patrimonial⁴ têm por prestação a entrega de dinheiro, como medida de valor e de meio de pagamento⁵. Apesar disso, não há na redação literal do Código Civil de 2002 a regulamentação de uma categoria chamada “obrigação pecuniária”. Contudo, é de se verificar, com base na doutrina, a possibilidade de defesa das obrigações pecuniárias como espécie autônoma de obrigação, pois, apesar de prever a entrega de coisa (isto é, a entrega de dinheiro), a obrigação de natureza pecuniária possui características próprias.

Todavia, tal entendimento nem sempre foi pacífico, como se verifica da

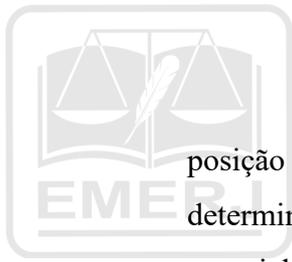
¹ JANSEN, Letácio. *A moeda nacional brasileira*. Rio de Janeiro: S/E, 2009, p. 21.

² *Ibidem*. p. 24.

³ BRASIL. *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: 19 mar. 2019.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Gen/Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 216.

⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.



posição de Caio Mario da Silva Pereira⁶, no sentido de que não seria possível determinar uma obrigação específica que se qualificasse ou que se classificasse, em especial, como obrigação de dinheiro. Em outras palavras, para o autor, quando da abordagem de prestações exclusivamente pecuniárias não haveria uma classificação específica para tais.

Orlando Gomes⁷, por sua vez, pontua que as obrigações consistentes em dinheiro seriam espécie do gênero das obrigações de dar. O autor avança indo ao encontro, especificamente, da expressão “prestação pecuniária” ao desenvolver o tema. Para ele, o sentido atribuído à expressão “prestação pecuniária” se refere às dívidas de simples quantia de dinheiro. Dessa forma, o autor alinha a obrigação pecuniária ao ramo das obrigações de dar. Destaca, contudo, quando adota a expressão “prestação pecuniária”, certa qualidade própria desse tipo de obrigação, qual seja, o fato de a prestação se esgotar em moeda, o que ressalta a necessidade de reflexão sobre o tema.

Na mesma cadeia de raciocínio, pode-se citar Maurício Requião⁸, que defende a existência de uma autonomia própria das prestações consideradas pecuniárias, conferindo-lhes autonomia, da seguinte forma:

Embora de fato se aproximem das obrigações de dar, especialmente daquelas de dar coisa incerta, as obrigações pecuniárias constituem categoria autônoma. Assemelham-se àquelas, pois, também nestas, o cumprimento da obrigação, ao menos tradicionalmente, envolve a entrega de coisa. Tanto é assim que o Código Civil argentino regulamentou as obrigações pecuniárias (*las obligaciones de dar sumas de dinero*) como categoria autônoma, de igual modo ocorrendo no Código Civil português e no italiano.

Diante das posições doutrinárias acima expostas é possível filiar-se a um entendimento segundo o qual as prestações pecuniárias são verdadeiras dívidas de dinheiro, cujo adimplemento deve se dar pela entrega de moeda correspondente ao valor nominal objeto da obrigação. Por assim serem, e diante do contexto contemporâneo, por levantarem questões próprias, não poderiam ser consideradas mera obrigação genérica. Ter-se-ia, assim, verdadeira modalidade obrigacional autônoma no que tange às obrigações pecuniárias.

A importância de reconhecer a existência da obrigação pecuniária é a de

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Gen/Grupo Editorial Nacional, 2015, p. 129.

⁷ GOMES, op. cit., p. 55 e 57.

⁸ REQUIÃO, Maurício. *A obrigação pecuniária como categoria autônoma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 5.



verificar quais as consequências jurídicas que daí decorrem. Diante disso, é necessário destacar que a obrigação pecuniária, por não ser mera obrigação genérica ou simples decorrência de uma obrigação de dar, tem por objeto da prestação a entrega de moeda em seu sentido fungível.

Nesse sentido, Orlando Gomes⁹ destaca como consequência jurídica de se adotar o conceito de obrigação pecuniária o fato de que se a espécie monetária desaparecer de circulação, o devedor não estará liberado, pois fica obrigado a pagar em outra moeda na qual seja a espécie original convertida – o mesmo valendo para o caso de invalidação da emissão da moeda.

Com base nos esclarecimentos do autor, verifica-se que a obrigação pecuniária se adimple com a moeda na qual aquela foi convencionada, considerando-se o seu aspecto fungível. A obrigação não pode ser considerada adimplida e extinta pelo pagamento caso não haja a entrega da moeda, no *quantum* avençado entre as partes. Desse modo, o papel da moeda é de importância em se tratando dessa modalidade obrigacional.

2. A OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

O Direito das Obrigações está intimamente ligado ao Direito Contratual. As obrigações são uma das variadas fontes de contratos e, por essa razão, submetem-se à influência dos princípios da Teoria Geral dos Contratos.

Um dos princípios mais relevantes em se tratando da seara contratualista do Direito Civil é, sem dúvida, o princípio da autonomia da vontade – ou autonomia privada, expressão hodiernamente utilizada por parte dos civilistas. Tal princípio está intimamente ligado à essência do Direito Civil como campo de ordem particular, no qual predomina a vontade das partes.

Segundo Orlando Gomes¹⁰, o princípio da autonomia da vontade é considerado um princípio geral e tradicional. Para o autor, esse princípio traz como particularidade a liberdade de contratar e “significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.”¹¹

Gomes aponta para uma direção na qual a autonomia da vontade não é um princípio de aplicação substancialmente livre. Em outras palavras, reconhece-se que,

⁹ GOMES, op. cit., p. 57.

¹⁰ Idem. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

¹¹ Ibidem, p. 26.



embora o particular tenha liberdade de escolha da parte com quem deseja contratar, do objeto do contrato e do meio pelo qual há de se dar seu cumprimento, essa liberdade deve ser lida segundo certa limitação. O autor destaca, assim, que, apesar da liberdade contratual vigorar em âmbito privado, os efeitos escolhidos pelas partes das contratações devem ser reconhecidos e acolhidos pela ordem jurídica vigente no cenário nacional:

O Direito Contratual compõe-se de leis supletivas, ou dispositivas, mas também de leis coativas. Até mesmo quando o princípio da autonomia da vontade alcançou a maior amplitude se reconhecia a necessidade de normas imperativas, tanto de inspiração política como por injunções da técnica jurídica. Em qualquer regime contratual, são indispensáveis normas inderrogáveis pelas partes.¹²

Dessa forma, não obstante haja um caráter supletivo das normas que incidem no campo do direito contratual, podendo ser ou não ser aplicadas ao caso concreto a depender da vontade das partes, é de se reconhecer que existem leis coativas que amoldam essas relações em patamares precisos dentro do ordenamento jurídico nacional. Existe, assim, um núcleo normativo que deve ser respeitado, do qual as partes não podem dispor. Dessa forma, mesmo que se reconheça haver uma margem de liberdade de atuação das partes nas relações contratuais, por outro lado, há normas de natureza inderrogável que devem incidir também no campo contratual, em que há expressa incidência da vontade dos contratantes.

De acordo com Flávio Tartuce¹³, para quem o princípio da autonomia da vontade deve ser tratado como princípio da autonomia privada, tal princípio decorre da liberdade que a pessoa possui para regular seus próprios interesses. O autor destaca, todavia, que essa autonomia não tem caráter absoluto e encontra limitações em normas de ordem pública e em princípios sociais, indo ao encontro da doutrina de Orlando Gomes.

Essas limitações afastam a ideia de que vige no Direito Civil, mormente em se tratando de relações obrigacionais que culminam em contratos, uma total autonomia das partes que visam a um fim patrimonial. Assim, é de se destacar as palavras de Tartuce¹⁴ no seguinte sentido:

O contrato de hoje é constituído por uma soma de fatores, e não mais pela vontade pura dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia privada, pois outros elementos de cunho particular irão influenciar

¹² Ibidem, p. 27.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 611.

¹⁴ Ibidem, p. 611-612.

o conteúdo do negócio jurídico patrimonial. Na formação do contrato, muitas vezes, percebe-se a imposição de cláusulas pela lei ou pelo Estado, o que nos leva ao caminho sem volta da intervenção estatal nos contratos ou dirigismo contratual.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento segundo o qual, atualmente, o Direito Civil tem cunho constitucional. Diante dessa posição, verifica-se que deve haver nas relações decorrentes de normas infraconstitucionais uma ligação direta com aquilo que dita a Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵, pois esta é, segundo uma leitura normativa¹⁶, a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. Dela decorrem os fundamentos basilares de todo o ordenamento nacional, de modo que deve incidir sobre todas as relações jurídicas e suas respectivas normas. Assim, pontua Tartuce¹⁷:

O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise de mão dupla.

A visão constitucionalista do Direito Civil se relaciona em especial com a aplicação dos direitos fundamentais no ramo do direito privado de um modo geral. Nesse sentido, um importante vetor a ser considerado deve ser o da soberania nacional, preconizada no art. 1º, I, da Constituição Federal. Dessa forma, deve ser considerada a soberania nacional, assim como a sua manutenção, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil que deve preponderar mesmo nas relações de cunho privado, em obediência à norma fundamental, que é a Constituição Federal.

Entende-se, nessa linha de raciocínio, que as relações particulares não podem dar origem a situações jurídicas que venham a configurar ofensa ao disposto no texto constitucional. Este há de limitar a atuação do particular pontuando aquilo que lhe é proibido e que, portanto, deve ser evitado.

Assim, embora haja certa liberdade no campo do Direito Civil, essa liberdade é relativa, tendo em vista a preponderância da Constituição Federal sobre todas as normas nacionais. O particular, desse modo, poderá exercer sua autonomia privada até o limite daquilo que não lhe seja vedado constitucionalmente e esse panorama possui relação

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1987.

¹⁷ TARTUCE, op. cit., 2016, p. 59.



direta com a possibilidade ou não de escolha de moeda a ser entregue em se tratando de obrigações pecuniárias.

3. CURSO LEGAL E FORÇADO DA MOEDA NACIONAL E *BITCOIN*

A Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 21, VII¹⁸, a competência da União para emitir moeda. Além disso, o art. 22, VI¹⁹, do texto constitucional fixa a competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais. Verifica-se, assim, que a competência legislativa privativa relativa à moeda nacional decorre de mandamento constitucional, de modo que a moeda, no Brasil, deve ser fruto da edição de uma lei federal.

Por decorrer de norma constitucional, a moeda nacional possui curso forçado e curso legal. O curso é forçado porque o credor não pode se recusar a receber a moeda Real como meio de libração do devedor da obrigação²⁰. E o curso é legal por decorrer de lei federal fruto de comando constitucional imperativo.

A lei que regula o tema foi editada em 29 de junho de 1995. Trata-se da Lei Federal nº 9.069, que dispõe, entre outros temas, sobre o Plano Real. Observa-se que a redação do artigo 1º dessa lei destaca a obrigatoriedade do curso da moeda instituída: “Art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional.”²¹

Pela análise dos comandos constitucionais e da lei federal mencionada é possível chegar à conclusão de que a moeda Real deve ser compreendida como verdadeira norma jurídica de nível superior, da seguinte forma: “A moeda nacional, que atribui o significado jurídico ao ato da emissão, consiste numa norma jurídica de nível superior às demais normas que integram a ordem monetária, atuando como se fosse a constituição dessa ordem.”²²

¹⁸ Ibidem. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Obrigações pecuniárias – correção monetária – indexação cambial*. <CIONline> Rio de Janeiro. jul./set. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45885>>. Acesso em: 30 nov. 2016. p. 368

²¹ BRASIL. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9069.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

²² JANSEN, op.cit., 2009, p. 56.

A utilização da moeda Real não é, dessa forma, decorrência do exercício da autonomia privada. É, em verdade, norma decorrente da soberania estatal, cuja coerção se faz presente e, uma vez desrespeitada, deve gerar sanção.

Ao considerar a moeda como norma jurídica²³, a sua emissão passa a ser compreendida como um ato jurídico, conforme explica Letácio Jansen²⁴:

Toda e qualquer peça monetária, nacional ou estrangeira, é sempre, o produto de um ato de emissão, praticado em épocas diversas e por diferentes Estados nacionais.

Quaisquer que sejam os seus diversos suportes – couro, pano, ferro, conchas, cobre, bronze, ouro, prata, etc – as peças monetárias são decorrência de uma emissão, em quantidade controlada, e contém a marca da autoridade emissora.

O referido autor²⁵ ainda destaca que “a emissão é um ato que se realiza no tempo e no espaço, consistindo numa manifestação externa da conduta humana que tem uma significação do ponto de vista do Direito sendo, portanto, um ato jurídico.”

Observa-se na atualidade o surgimento e a utilização por todo o mundo de moedas ausentes de base normativa em norma jurídica nacional. Ante esse moderno cenário, algumas questões relativas à soberania se apresentam quando da escolha do particular por tais novas moedas a fim de adimplir obrigações pecuniárias.

Uma dessas novas moedas é o *bitcoin*. O *bitcoin*, entre muitas outras, é uma espécie de criptomoeda, de natureza virtual, que faz uso da criptografia como forma de imputar segurança às transações realizadas. Por meio do uso do *bitcoin*, um dado trocado entre particulares se torna “(...) ininteligível para qualquer indivíduo que a intercepte, à exceção de seu destinatário previamente definido.”²⁶

A utilização do *bitcoin* prescinde de uma intermediação entre as partes por meio de uma instituição financeira²⁷, cabendo apenas a credor e a devedor a responsabilidade de efetivar as transações por meio das carteiras, que são *softwares* nos quais se armazenam as criptomoedas e se realizam as transações²⁸. Diante dessa nova realidade,

²³ Idem. *A moeda. Na fronteira da economia e do direito*. Rio de Janeiro: S/E, 2013. p. 20.

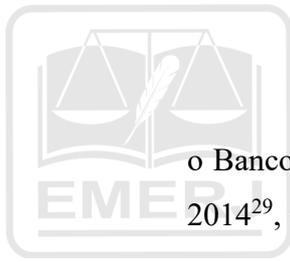
²⁴ Idem. op. cit, 2009. p. 54.

²⁵ Ibid., p. 54.

²⁶ ALEIXO, Gabriel. *Criptomoedas: o Que Significa Uma Moeda Ser Baseada na Criptografia*. Disponível em: <https://portaldobitcoin.com/criptomoedas-o-que-significa-uma-moeda-ser-baseada-na-criptografia/>> Acesso em: 14 jan. 2019.

²⁷ SILVA, Luiz Gustavo Doles. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. 2017. 132 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 15.

²⁸ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2019.



o Banco Central do Brasil, por meio do Comunicando nº 25.306, de 19 de fevereiro de 2014²⁹, assim dispõe:

3. As chamadas moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária. Algumas são emitidas e intermediadas por entidades não financeiras e outras não têm sequer uma entidade responsável por sua emissão. Em ambos os casos, as entidades e pessoas que emitem ou fazem a intermediação desses ativos virtuais não são reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país.

Apesar de ser uma moeda virtual, sem intermediações de instituições financeiras, e de não se ancorar propriamente no território nacional, o *bitcoin* e as criptomoedas em geral têm servido como meio de adimplemento de obrigações contraídas no Brasil, a exemplo de pagamentos por hospedagens, compras *online* de toda sorte, serviços gastronômicos etc³⁰. Essa moderna realidade causa alguns questionamentos quando se procura enfrentar a moeda nacional como norma jurídica, principalmente quando se visa à segurança jurídica³¹ inerente a uma norma e ausente em se tratando de criptomoeda:

4. Essas chamadas moedas virtuais não têm garantia de conversão para a moeda oficial, tampouco são garantidos por ativo real de qualquer espécie. O valor de conversão de um ativo conhecido como moeda virtual para moedas emitidas por autoridades monetárias depende da credibilidade e da confiança que os agentes de mercado possuam na aceitação da chamada moeda virtual como meio de troca e das expectativas de sua valorização. Não há, portanto, nenhum mecanismo governamental que garanta o valor em moeda oficial dos instrumentos conhecidos como moedas virtuais, ficando todo o risco de sua aceitação nas mãos dos usuários.

Nesse sentido, se existe um curso forçado e um curso legal da moeda no Brasil, cuja base primeira está na Constituição Federal, causa certa estranheza conceber que uma moeda virtual possa servir de meio de troca em se tratando de obrigações pecuniárias nacionais. Assim, surge o questionamento sobre a possibilidade ou não de admissão de moedas virtuais interferindo na soberania de Estado, pois seu uso acaba por operar uma substituição da moeda nacional – esta aceita e imposta pelo poder central – por outra que não decorre de norma nacional alguma.

²⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado nº 25.306*, de 19 de fevereiro de 2014. Disponível em <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>> Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁰ SOUZA, Ramon de. *Bitcoins: 14 coisas que você pode comprar com a moeda e não sabia*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/bitcoin/46002-bitcoins-14-coisas-que-voce-pode-comprar-com-a-moeda-e-nao-sabia.htm>> Acesso em: 14 jan. 2019.

³¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. op. cit. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>> Acesso em: 27 fev. 2019.

CONCLUSÃO

Existem obrigações que têm por objeto a entrega de dinheiro, em seu sentido fungível. O dinheiro, nesses casos, se manifesta como forma de adimplemento: uma vez entregue, libera o devedor do vínculo que havia estabelecido com o credor da obrigação.

Essas obrigações, chamadas de pecuniárias, são muito comuns e, por essa razão, proporcionam um alto grau de análise e de reflexão sobre sua manifestação em sociedades em que as trocas ocorrem cada vez mais e a cada dia de forma mais dinâmica. Nesse sentido, é importante não perder de vista que a tecnologia marca sua influência também no que tange às obrigações pecuniárias.

Assim, verificam-se diferentes meios de dinamizar as trocas na atualidade. Investidos da autonomia privada própria das relações privadas, partes obrigacionais importam para suas relações novas formas de adimplemento. Os obrigados, assim, têm liberdade de ditar as regras de suas relações.

Todavia, essa liberdade não é plena. Mesmo que em âmbito privado ainda prevaleça a regra segundo a qual tudo que não é proibido por lei é permitido ao particular, existem limites que se depreendem da Constituição Federal e da interpretação da ordem jurídica nacional como um todo que acabam por pontuar balizas de necessária observação mesmo entre particulares.

Dessa forma, a autonomia privada não pode se dissociar da forma cogente da norma constitucional. É necessário que todas as obrigações entre particulares observem o vetor constitucional em todos os seus aspectos.

Por essa razão, quando a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a moeda nacional e confere competência de emissão de moeda à União, essa norma deve ser obrigatoriamente observada em todo o território nacional. Também, quando o texto constitucional pontua a necessidade de lei federal para disciplinar a moeda nacional, imputando-lhe, assim, curso legal e curso forçado, não podem os particulares, sob o argumento de exercício de sua autonomia privada, fazer uso de moeda diversa daquela regulada em lei que decorre de comando presente na Constituição Federal.

Nesse contexto, o surgimento das criptomoedas como expressão do dinamismo e da modernidade no âmbito das trocas entre particulares levanta a discussão sobre a possibilidade, ou não, de ajuste de obrigações pecuniárias que tenham como objeto de adimplemento moedas tais como o *bitcoin*. Muito comum na rede mundial de computadores, esse tipo de moeda virtual, embora não circule em mãos por uma questão



estrutural – o fato de ser, efetivamente, virtual –, tem sido adotada como meio de pagamento, sob argumentos de segurança e de diminuição de custo, uma vez que, respectivamente, trata-se de moeda criptografada e de moeda que não é intermediada por instituição financeira.

Ante esse novo cenário que é posto, é preciso levantar questionamentos sobre a possibilidade de a adoção de uma criptomoeda, a exemplo do *bitcoin*, estar materializando uma verdadeira violação ao decreto de soberania nacional trazido pela Constituição Federal de 1988. Se existe comando constitucional que define competência legislativa de emissão de moeda, a adoção, por particulares, de uma criptomoeda parece, a princípio, uma não observância ao postulado do curso legal e do curso forçado da moeda nacional.

Ainda não há no Brasil regulamentação a respeito do tema das criptomoedas, mas apenas recomendações expedidas pelo Banco Central do Brasil. Sendo assim, o presente artigo não deseja dar respostas fechadas, mas contribuir para o pensamento, na medida do seu enfoque. Há muito ainda que se debater e se entender a respeito do tema, a fim de que eventuais conflitos com a soberania do Brasil não venham a ser suscitados, causando prejuízo aos particulares envolvidos em tais modernas transações.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Gabriel. *Criptomoedas: o Que Significa Uma Moeda Ser Baseada na Criptografia*. Disponível em: <<https://portaldobitcoin.com/criptomoedas-o-que-significa-uma-moeda-ser-baseada-na-criptografia/>> Acesso em: 14 jan. 2019.

ALMEIDA MACHADO, Laura de. *Validade de obrigações estipuladas em moeda estrangeira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI192043,41046Validade+de+obrigacoes+estipuladas+em+moeda+estrangeira>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado nº 25.306*, de 19 de fevereiro de 2014. Disponível em < <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>> Acesso em: 27 fev. 2019.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Obrigação pecuniária – correção monetária – indexação cambial*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45885/47105>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. *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: 19 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9069.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Sergio. Estipulações salariais em moeda estrangeira. Conversão em moeda nacional. *Revista de Direito da Procuradoria Geral [do] Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 15, 1966, out. 2016.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2015.

JANSEN, Letácio. *A moeda. Na fronteira da economia e do direito*. Rio de Janeiro: Sem, 2013.

_____. *Por uma nova ética monetária*. Disponível em: <<http://www.economiajuridica.com/por-uma-nova-etica-monetaria/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1987.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LEITE, Laís Durval. *A Autonomia Conceitual das Obrigações de Pagar Quantia Certa no Sistema Brasileiro*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23594822_A_AUTONOMIA_CONCEITUAL_DAS_OBRIGACOES_DE_PAGAR_QUANTIA_CERTA_NO_SISTEMA_BRASILEIRO.a_spx>. Acesso em: 11 jan. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Gen/Grupo Editorial Nacional, 2015.



PIRES, H. F. Pires, H. (2017). Bitcoin: a moeda do ciberespaço. *GEOUSP: Espaço E Tempo (Online)*, São Paulo, v. 21, 2017, n. 2, 407-424, mar. 2019.

REQUIÃO, Maurício. A obrigação pecuniária como categoria autônoma. *Revista de direito privado*. São Paulo, V. 52, 2012, out. 2016.

SILVA, Luiz Gustavo Doles. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. 2017. 132 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SOUZA, Ramon de. *Bitcoins: 14 coisas que você pode comprar com a moeda e não sabia*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/bitcoin/46002-bitcoins-14-coisas-que-voce-pode-comprar-com-a-moeda-e-nao-sabia.htm>> Acesso em: 14 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Código civil comentado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VENOSA, Sílvio. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

O CONSEQUENCIALISMO E A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Bruna Starck Aleixo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – atualmente, cresce no Brasil o anseio pelo argumento consequencialista de cunho econômico, tendo em vista o interesse do Fisco na arrecadação de tributos. O presente trabalho possui o objetivo de analisar tal argumento à luz da modulação temporal de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, de forma a privilegiar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do contribuinte. Nesse sentido, serão analisados os casos levados ao STF que se tornaram emblemáticos em razão das soluções proferidas pela Suprema Corte.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Modulação temporal de efeitos. Consequencialismo. Segurança Jurídica. Direito Tributário. Proteção da confiança do contribuinte.

Sumário – Introdução. 1. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O consequencialismo, o ativismo judicial e a modulação temporal de efeitos. 3. A modulação de efeitos em matéria tributária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é analisar as decisões que estão sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do crescente uso de argumentos consequencialistas. A atuação da Corte Constitucional está em consonância com o que se denomina de ativismo judicial, prática que vem ganhando diversos contornos, bem como recebendo críticas, em razão do inevitável cunho político atrelado. É a chamada “Era do Poder Judiciário”.

Nesse cenário de judicialização, o parlamento perde o seu protagonismo, a sua característica decisória quando da eleição das questões que devam ser o objeto da lei, bem como em relação à interpretação dessas questões. Apesar de ser conferido certo poder interpretativo ao judiciário – o que ocorre cada vez mais com a utilização de conceitos abertos pela lei –, esse poder não deve ser ilimitado, de modo a ultrapassar as próprias decisões que são estampadas na própria lei.

Sabe-se que, no Brasil, o Poder Legislativo é composto por dois órgãos, quais sejam, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Por óbvio, o modelo adotado é o bicameralismo. Contudo, de fato, o que se discute é a existência de um tricameralismo, tendo em vista que o Poder Judiciário seria um terceiro órgão a compor o Poder Legislativo, justamente pelo papel

ativo que desempenha. A crítica, portanto, é que o judiciário se imiscui na função de legislador, atuando além dos limites constitucionais que lhes foram impostos.

O mecanismo utilizado pelo Supremo para que o consequencialismo judicial seja levado a efeito é a modulação temporal dos efeitos das ações declaratórias de inconstitucionalidade, positivado no art. 27, da Lei nº 9.868/1999. Nesse sentido, o que se pretende é mitigar os efeitos da decisão judicial, em casos que os efeitos dessa decisão possam ser mais gravosos que a própria manutenção da norma inconstitucional no ordenamento jurídico.

Ao tratar de Direito Tributário, essas questões estão intimamente ligadas com a proteção da confiança do contribuinte, a boa-fé objetiva, a segurança jurídica e a irretroatividade como limitação constitucional ao poder judicial de tributar.

Em verdade, o papel principal da Suprema Corte é garantir a efetividade e a proteção dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), segundo o movimento neoconstitucionalista, cada vez mais crescente no país.

Por essa razão, esses direitos devem ser a linha norteadora para a análise dos temas submetidos ao Judiciário e, mais precisamente, ao guardião último da Constituição. Seria justamente esse enfoque constitucional que deveria fundamentar o ativismo judicial, de modo que as consequências práticas perpetradas sejam as melhores consequências para a sociedade em geral.

Apesar disso, fora do ideal criado pelo ordenamento jurídico, observa-se a sobreposição do ativismo baseado nas razões práticas das decisões – e tão somente –, em detrimento das razões teóricas invocadas pelo neoconstitucionalismo, como a valoração, a ponderação e a proporcionalidade. As finalidades precípua, que deveriam ser a proteção da confiança do contribuinte, boa-fé objetiva e a segurança jurídica, frequentemente são abandonadas em razão de questões de cunho político, econômico e ético que estão arraigadas nessas decisões pragmáticas.

É indubitável, portanto, a importância desta pesquisa, para que sejam compreendidas as razões e os interesses – etimologicamente, no sentido do que é útil ou vantajoso – que motivam a atuação do julgador.

Por conseguinte, no primeiro capítulo será apresentado o conceito de consequencialismo, bem como a forma pela qual esse instituto é veiculado no ordenamento jurídico e nas manifestações judiciais. Serão feitos comentários sobre a recente inclusão do art. 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No segundo capítulo será analisado como o ativismo judicial se manifesta no direito brasileiro, suas razões e seus limites.

O terceiro capítulo será um espaço para se tratar do consequencialismo no controle de constitucionalidade. Dessa maneira, serão feitas breves considerações sobre os modelos aos quais o Brasil se filiou. Ademais, será tratada a questão da modulação temporal de efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade.

Segue-se, no quarto capítulo, a explanação sobre a modulação temporal de efeitos em matéria tributária. Neste capítulo, serão mencionados os casos mais emblemáticos julgados pela Suprema Corte, como o caso do IPI e da isenção da COFINS às sociedades civis de prestação de serviços com profissão regulamentada.

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 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

De início, para que possa haver a correta compreensão do que se trata a modulação judicial de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, é necessário que sejam apresentadas as modalidades de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico.

Em relação às modalidades, o presente trabalho tratará sobre o controle judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade. Por essa razão, é essencial que sejam apresentados os modelos de controle existentes, quais sejam, o controle concentrado ou austríaco; o controle difuso ou americano; e o controle misto.

Assim, serão analisados cada um desses modelos.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade possui origem americana. Tornou-se conhecido com o caso *Marbury v. Madison*¹, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No Brasil, vigora desde a Constituição de 1891 e subsiste até hoje.

O controle difuso pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Isso porque todos os órgãos jurisdicionais devem analisar a compatibilidade das leis com a Constituição Federal de 1988². Assim, se um determinado caso concreto é levado ao judiciário, e o juiz entende que a lei aplicada é incompatível com a ordem constitucional, deverá afastá-la na solução daquele caso que lhe fora apresentado.

Nesse sentido, as normas infraconstitucionais que conflitem com a CRFB/88 não deverão ser aplicadas pelos juízes ou tribunais na solução de um caso que fora levado ao judiciário³. Como a constitucionalidade de determinada lei é questionada no bojo de uma ação que possui como objetivo discutir um caso concreto, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso ocorrem *inter partes*.

Nesse sentido, a norma infraconstitucional somente é afastada naquele caso concreto levado ao judiciário incidentalmente, mas continua em vigor no ordenamento jurídico. Em regra, a decisão de inconstitucionalidade também terá efeitos *ex tunc*, mas, como já dito, apenas entre as partes. A norma, portanto, será considerada inválida *ab initio*.

Por tudo o que fora exposto, é inegável concluir que tal modelo acaba gerando a possibilidade de diferentes órgãos jurisdicionais darem interpretações distintas à mesma norma jurídica. Poderá um Tribunal entender que determinada legislação é inválida e não pode ser aplicada no caso concreto, enquanto outro órgão poderá aplicá-la normalmente, por entender que a legislação é perfeitamente compatível com a CRFB/88.

De modo a buscar uma uniformização da jurisprudência, os países que adotam esse modelo, em especial, os Estados Unidos e a Inglaterra, conferem às suas decisões judiciais o efeito de um precedente vinculante⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, há um instrumento parecido, que existia desde o Código de Processo Civil de 1973⁵, em seu art. 543-B. Esse artigo possibilitava o sobrestamento de demandas idênticas pelo Supremo, para que fosse garantido o mesmo

¹BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-20.

²Ibid, p. 79.

³Ibid.

⁴BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; DE CASTRO, Amanda Souza. Precedentes do Novo CPC: Conseguiremos construir essa cultura? In: NUNES, Diele et al. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 276.

⁵BRASIL. *Lei nº 5.879*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

tratamento a idênticas controvérsias. O atual Código de Processo Civil⁶ mantém esse tratamento em seus arts. 1.036 a 1.041, de modo a garantir a valorização da jurisprudência e a busca pela uniformização do entendimento dos Tribunais.

Essas decisões proferidas pelo STF, em sede de recurso extraordinário repetitivo, não se limitam à aplicação dos efeitos *inter partes*, mas aplicam-se *erga omnes*, ou seja, para ações que possuam objeto e causa de pedir idênticas, conforme determina o art. 1.040, III, do CPC/2015. Nesse sentido, a decisão gera vinculação do precedente aos demais casos, mas a coisa julgada continua a produzir efeitos *inter partes*.

O modelo conhecido como controle concentrado de constitucionalidade teve sua origem na Áustria e atribui a uma Corte Constitucional superior a competência para julgar questões constitucionais.

A Constituição austríaca de 1920 trouxe, de início, a regra da eficácia *ex nunc* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas inconstitucionais. Todavia, o modelo concentrado, já aplicado pelos austríacos, somente fora aperfeiçoado com a Emenda Constitucional de 1929 que, dentre outras alterações, conferiu efeitos *ex tunc* à lei declarada inconstitucional. Passou, assim, a ser considerada nula desde o seu nascimento.

Vale ressaltar que uma das principais motivações para a criação desse modelo, que é diverso do utilizado pelos Estados Unidos, foi a necessidade da criação da *stare decisis*, que significa “ficar as coisas como decididas”. Dessa forma, a decisão proferida pela Suprema Corte é de observância obrigatória para todos os juízes e tribunais⁷.

Por essa razão, todos os tribunais estarão subordinados à declaração de inconstitucionalidade de determinada norma proferida pela Corte Constitucional, de modo que os efeitos dessa declaração são *erga omnes*, ou seja, vale para todos.

O sistema concentrado de constitucionalidade acabou servindo de inspiração para o modelo brasileiro de controle concentrado, com a criação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Diretas de Constitucionalidade.

No Brasil, o controle concentrado fora introduzido perante o Supremo Tribunal Federal pela Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965⁸. De acordo com o art.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁷BARROSO, op. cit., p. 39.

⁸ BRASIL. Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.



102, I, “a”, da CRFB/88⁹, compete ao Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição da República, o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

O arcabouço legal do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é a Lei nº 9.868/1999¹⁰, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADC e da ADI perante o Supremo Tribunal Federal¹¹.

O presente artigo não possui a pretensão de tratar especificamente sobre os procedimentos relativos à ADI e à ADC. É relevante para o estudo aqui apresentado, tratar sobre a problemática que envolve os efeitos da decisão proferida nas referidas ações.

Conforme preleciona o art. 102, § 2º, da CRFB/88¹²:

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999¹³, reforça a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de modo a incluir a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto na mesma situação.

Ambas as previsões legais são lógicas, sendo inimaginável um contexto em que um juiz de primeiro grau decidisse de forma diferente da determinada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última análise acerca da interpretação da Constituição Federal.

Deve ser mencionado, ainda, que essas ações apresentam a característica de ambivalência, conforme dita o art. 23, da Lei nº 9.868/1999¹⁴, segundo o qual havendo improcedência da ADC, ter-se-á uma declaração de inconstitucionalidade da norma, bem como se improcedente a ADI, haverá a confirmação da constitucionalidade da norma impugnada.

Ademais, em relação à declaração de nulidade das normas tidas como inconstitucionais, surge a discussão acerca da possibilidade de existirem exceções para dar

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

¹¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 354.

¹²BRASIL, op. cit., nota 9.

¹³BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁴Ibid.

efeitos prospectivos à decisão que declarou a inconstitucionalidade. Com isso, foi editado o art. 27, da Lei nº 9.868/1999¹⁵, que positivou o instituto da modulação dos efeitos da decisão judicial e, por constituir uma exceção ao princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional, deve ser utilizada de forma moderada. Mais adiante essa problemática será melhor desenvolvida.

Por sua vez, o controle misto de constitucionalidade une características dos dois modelos anteriormente citados, apresentando um perfil difuso e concentrado ao mesmo tempo. Com efeito, importante destacar a lição de Gilmar Ferreira Mendes¹⁶:

Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinados ações de perfil abstrato ou concentrado.

Como demonstrado acima, no ordenamento jurídico brasileiro conjuga-se o controle concentrado de constitucionalidade – por meio da ADI e da ADC, exercido pelo Supremo Tribunal Federal – com o controle difuso – exercido de forma incidental no âmbito dos demais Tribunais.

2. O CONSEQUENCIALISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

De início, para que os demais institutos sejam analisados à luz do consequencialismo, é fundamental que se compreenda o que significa esse instituto e quais as questões que giram em torno de sua aplicação.

O consequencialismo pode ser entendido como um tipo de argumentação jurídica que leva em conta as considerações sobre a conveniência, a oportunidade e as consequências de uma eventual decisão¹⁷.

Segundo Ricardo Lobo Torres¹⁸:

¹⁵Ibid.

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1062.

¹⁷ANDRADE, Fábio Martins de. O Consequencialismo, a Modulação Temporal dos Efeitos e o Ativismo Judicial nas Decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 172. São Paulo, jan. 2010, p. 34-43.

¹⁸TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); QUEIROZ, Luis Cesar Souza de; GOMES, Marcus Livio (Org.). *Finanças públicas, tributação e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. (Direito UERJ, 9), p. 130.

O argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma em certas circunstâncias.

Conforme prelecionava o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, quando há diversas interpretações lógicas e justificáveis sobre uma questão, deve ser observada aquela que for mais benéfica à sociedade, de modo a levar em conta as consequências práticas da decisão. O Ministro chamava esse fenômeno de “responsabilidade do judiciário das consequências de suas decisões. Esse “modo de decidir” se estendeu e continua sendo utilizado pelos ministros da Corte, mesmo após a saída do Ministro Jobim.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42¹⁹) era chamada anteriormente de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. A alteração da nomenclatura ocorreu para ressaltar que a LINDB não é aplicada somente no que toca ao Direito Civil, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, sendo indispensável à Teoria Geral do Direito.

Trata-se de uma norma que objetiva a regulamentação sobre a aplicação e interpretação de outras normas. Por isso, é chamada de “norma de sobredireito” ou de “lei sobre lei”.

Em abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655/2018²⁰ que incluiu na LINDB os arts. 20 a 30. O objetivo desta lei foi o de fixar regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, para matérias de Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário e Tributário. Desse modo, as novas regras não se aplicam ao direito privado.

Para o presente trabalho, o dispositivo que inaugura a alteração é o mais importante. Isso porque ele dita especificamente sobre as consequências práticas da decisão, segundo o qual:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 4.657/42*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 2 mai. 2019.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 2 mai. 2019.

O dispositivo em questão reforça a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução²¹.

Nesse contexto, o artigo menciona as decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial. No que tange à esfera administrativa, trata-se de instância dentro da própria Administração Pública; a esfera controladora refere-se aos Tribunais de Contas, órgãos do controle externo; a esfera judicial quer abarcar, por óbvio, todos os processos em trâmite no Poder Judiciário.

Por conseguinte, a Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017²², dispõe que são vedadas:

[...] motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

Desse modo, não se proíbe que as decisões sejam baseadas em valores jurídicos abstratos, mas quando assim o forem, devem ser precedidas de uma análise concreta sobre as consequências práticas de tal decisão.

O que se pretende é que as decisões não tenham como fundamento somente valores jurídicos abstratos. A finalidade, portanto, foi frear a atuação do judiciário, ou seja, o próprio ativismo judicial, no que tange à implementação de direitos.

Por exemplo, não seriam adequadas as decisões proferidas com base em princípios constitucionais apenas, de modo que foi introduzida uma condição à força normativa dos princípios. Ou seja, os princípios somente poderiam fundamentar uma decisão se, ao seu lado, fossem consideradas as consequências práticas da decisão pelo órgão julgador. Em verdade, trata-se de uma reação retrograda à força normativa dos princípios constitucionais²³.

²¹DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html#>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²²MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017*. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²³DIZER O DIREITO, op. cit., nota 21.

No que se refere à expressão “consequências práticas da decisão”, ela deve ser entendida em seu sentido amplo. Apesar disso, discute-se sobre a principal intenção do legislador ter sido sobre a análise das consequências econômicas da decisão proferida.

A chamada “análise econômica do direito” é bem ilustrada pelo jurista Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁴:

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Como exemplo dessa análise econômica, pode ser citada a negativa do Estado em fornecer um determinado medicamento ou tratamento médico, com a justificativa do elevado custo de tal medida, que, caso fosse realizada, poderia prejudicar diversas outras pessoas, em razão da escassez de recursos. O magistrado, portanto, teria a obrigação de analisar essa consequência prática – a falta de recursos em relação à coletividade, em prol de um só tratamento médico de alto custo – e, com esse fundamento, deixar de condenar o Estado em casos tais.

3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Em se tratando de matéria tributária, a preocupação com a segurança jurídica é ainda maior, razão pela qual muitos autores sustentam a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões nos casos de mudança na jurisprudência, principalmente se a modificação for em desfavor do contribuinte, em atenção ao princípio da boa-fé e da proteção da confiança.

Nos casos em que a alteração na jurisprudência dominante se der sem que tivesse ocorrido qualquer alteração no quadro fático e legislativo aplicável à matéria *sub judice*, o emprego de efeitos prospectivos à decisão se torna ainda mais necessária e recomendável.

Conforme visto acima, o art. 27, da Lei nº 9.868/1999²⁵ positivou a modulação dos efeitos nos julgamentos do STF em controle de constitucionalidade. Contudo, essa prática já estava sendo adotada mesmo antes da positivação do instituto.

²⁴OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: Método, 2014, p. 31.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 10.

Por essa razão, é de extrema importância a análise dos chamados *leading cases* julgados pelo Tribunal Constitucional, principalmente sob os enfoques dos princípios da segurança jurídica, da irretroatividade e da proteção da confiança do contribuinte.

Em um primeiro momento, ao julgar o RE nº 350.446/PR²⁶, o Tribunal Pleno decidiu acerca da possibilidade do direito ao crédito presumido de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima, cuja entrada não é tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero.

O caso foi novamente levado à análise dos Ministros da Corte Suprema, por meio do RE nº 370.682-9/SC²⁷. Nessa ocasião, os Ministros acolheram a tese da União, que sustentava a impossibilidade do creditamento de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, à luz dos arts. 153, § 3º, II e 150, ambos da CRFB/88²⁸. Assim, não haveria extensão desse entendimento em relação às operações sujeitas à alíquota zero ou não tributadas.

Nota-se que, apesar de não ter havido qualquer mudança legislativa sobre o assunto, houve alteração no entendimento do STF, de maneira frontalmente oposta ao que já havia decidido há mais ou menos um ano atrás.

A maioria dos Ministros entendeu que, por não ter havido o transito em julgado da decisão anterior que externava entendimento diverso, não havia coisa julgada a ser protegida e, por essa razão, desnecessária a modulação de efeitos. Com efeito, a decisão anterior teria conferido uma mera expectativa aos contribuintes, em relação ao creditamento do IPI.

A crítica surge em razão da Suprema Corte ter decidido o mesmo caso de forma diametralmente oposta, sem garantir a aplicação de princípios constitucionais fundamentais da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança do contribuinte. Nesse caso, a modulação dos efeitos deveria ter sido aplicada, tendo em vista que, com sua própria decisão anterior, o Supremo estabeleceu um vínculo com os contribuintes, conferindo legitimidade ao creditamento que era levado a efeito.

Com a frequente alteração no posicionamento do Supremo é gerada uma instabilidade que pode ser perigosa, de modo a trazer imprevisibilidade aos contribuintes que agem da forma determinada pela Corte, acreditando que suas ações estão legitimadas e protegidas pela decisão jurídica proferida. O cidadão se torna vítima da instabilidade das decisões proferidas pelo Judiciário.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 350.446/PR. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo333.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 370.682/SC. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re370682-rl.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 9.

A Lei Complementar nº 70/1991²⁹ previa em seu art. 6º, II, que as sociedades determinadas no art. 1º, do Decreto-Lei nº 2.397/87³⁰, eram isentas ao pagamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

Pretendendo a revogação de tal isenção, a Lei nº 9.430/96³¹ determinou que essas sociedades civis deveriam recolher a COFINS sobre a receita bruta das prestações de serviços. O recolhimento passaria a ocorrer a partir do mês de abril de 1997. Por essa razão, as sociedades civis que, a princípio, eram beneficiadas pela isenção concedida na Lei Complementar nº 70/91³², buscaram proteção jurídica, em razão do entendimento que prevalecia até então.

Tais sociedades argumentavam que a isenção tributária concedida fora veiculada por uma lei complementar (Lei Complementar nº 70/91³³), motivo pelo qual não seria possível uma lei ordinária (Lei nº 9.430/96³⁴) revogar o benefício concedido. Isso porque, de acordo com a CRFB/88, a lei complementar possui um quórum maior de aprovação, havendo inegável superioridade em relação à lei ordinária.

Em contrapartida, a Fazenda Nacional alegava que o benefício concedido pela Lei Complementar nº 70/91³⁵ se condicionava ao regime tributário adotado pela sociedade. Assim, a adoção do regime de tributação pelo Imposto de Renda previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.541/92³⁶, afastaria a possibilidade da isenção em comento.

Ao julgar a questão, o STJ se manifestou favoravelmente à tese exposta pelos contribuintes, razão pela qual editou o enunciado 276, em que se reconhecia a isenção da COFINS para as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada.

Contudo, em posterior julgamento pelo STF no RE nº 381.964-0/MG³⁷, foi considerada legítima a revogação da isenção pela lei ordinária em detrimento da lei

²⁹ BRASIL. *Lei Complementar nº 70*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.397*, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2397.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³¹ BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³² BRASIL, op.cit., nota 1.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL, op.cit., nota 9.

³⁵ BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁶ BRASIL. *Lei nº 8.541*, de 23 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8541.htm>. Acesso em: 27 de fev. 2019.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 381.964-0/MG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676335>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

complementar³⁸. Assim, a cobrança da COFINS das sociedades civis de prestação de serviços foi declarada constitucional. Nesta decisão, o Plenário negou a modulação dos efeitos da decisão, de modo a pretender que essas sociedades paguem os valores devidos retroativamente.

Desse modo, em conformidade com o entendimento proferido pelo STF, a 1ª Seção do STJ cancelou o referido enunciado 276³⁹.

Desde então, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede que a tese tenha efeitos *ex nunc*, ou seja, que os efeitos só ocorram a partir do julgamento do caso pelo Supremo, o que não tem sido reconhecido pela Corte⁴⁰.

A problemática gira em torno de o STJ sempre ter admitido a isenção, protegendo juridicamente as sociedades civis, que deixaram de recolher a contribuição em análise, que estavam sob o manto jurídico de uma decisão sumulada pelo Tribunal.

Nesse sentido, é inegável a insegurança jurídica causada, bem como a violação tão comentada acerca da boa-fé e da proteção da confiança do contribuinte. Essas decisões contraditórias geram no contribuinte, e na sociedade como um todo, uma revolta acerca da frequente instabilidade das decisões dos Tribunais brasileiros. Ao não realizar a modulação dos efeitos, o STF admite que a ação de um agente, que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico – assegurada até mesmo por uma determinação jurisprudencial expressa – seja desconsiderada.

Mais que isso, o STF permite que o contribuinte seja duplamente punido: deverá recolher a contribuição em razão da alteração de um entendimento jurisprudencial, sem haver mudança fática para tanto e, além disso, deverá recolher a contribuição em relação ao período em que o Judiciário expressamente o declarou como isento.

³⁸ LUCHETE, Felipe. *STF mantém decisão que manda profissionais liberais pagarem Cofins*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-19/stf-mantem-decisao-manda-profissionais-liberais-pagarem-cofins>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁹ COSTA, Priscyla. *Cancelada súmula que isenta sociedades civis de pagar Cofins*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-27/cancelada_sumula_isenta_escritorios_pagar_cofins>. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁴⁰ BRASIL. *STF rejeita recurso que buscava modulação de decisão sobre pagamento de Cofins*. Disponível em: <<https://www.espacovital.com.br/publicacao-34446-stf-rejeita-recurso-que-buscava-modulacao-de-decisao-sobre-pagamento-de-cofins>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

Esta pesquisa tratou sobre a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, sob a égide do consequencialismo. Nesse sentido, foram apresentados os modelos de controle de constitucionalidade, identificando os efeitos relativos às decisões proferidas pelo Supremo.

Ocorre que a regra geral da eficácia *ex tunc* ou retroativa das decisões que declaram a inconstitucionalidade comporta algumas exceções. A chamada modulação temporal dos efeitos da decisão pode ser utilizada nas hipóteses em que aplicar a regra da nulidade da norma inconstitucional torna a decisão ainda mais afastada da vontade constitucional, tal como preceituado pela doutrina e a jurisprudência.

Isto é, nos casos em que se vislumbrar o excepcional interesse social e para resguardar a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal deverá limitar os efeitos da decisão, cujo período pode compreender (i) entre a edição da lei e a decisão, (ii) desde a decisão ou (iii) algum momento após a decisão.

Em se tratando de matéria tributária, que aponta repercussão direta no orçamento público e na preservação dos direitos fundamentais, o pressuposto da segurança jurídica, como apontado no presente artigo, não merece ser utilizado para defender o Estado, tendo em vista que a mesma se destina à defesa dos contribuintes.

Ademais, tratou-se sobre o cabimento da modulação dos efeitos da decisão não só na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, mas também nos casos de alteração na jurisprudência, uma vez que a jurisprudência já admitia tal possibilidade e veio a ser expressamente permitida no Novo Código de Processo Civil.

Outrossim, em que pese serem relevantes, os argumentos consequencialistas de cunho econômico não devem ser utilizados para modular ou deixar de modular os efeitos da decisão, tendo em vista que não são suficientes para mitigar todos os argumentos positivistas inerentes ao caso sob análise.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado à se manifestar sobre diversas teses tributárias relevantíssimas, em que eventualmente pode ser levantada a possibilidade de aplicação de modulação de efeitos naquele caso específico.

Sendo assim, a autora espera que o presente artigo possa contribuir nas futuras discussões de modulação de efeitos em matéria tributária, de forma a orientar os operadores do direito na aplicação de instituto que é tão importante para a ordem constitucional, a segurança jurídica e o desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação & STF: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre modulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. O Consequencialismo, a Modulação Temporal dos Efeitos e o Ativismo Judicial nas Decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 172, São Paulo, jan. 2010, p. 34-43.

_____. *Modulação e Consequencialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; DE CASTRO, Amanda Souza. *Precedentes do Novo CPC: Conseguiremos construir essa cultura?* In: NUNES, Diele et al. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 276. p. 898.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e Justificação da Decisão Judicial: A Argumentação Consequencialista como Fundamento de Validade da Justa Decisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 16*, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 4.657/42*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 2 mai. 2019.

_____. *Lei nº 5.879*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.541*, de 23 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8541.htm>. Acesso em: 27 de fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.



_____. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *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: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 2 mai. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 70*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp70.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.397*, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2397.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 350.446/PR*. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo333.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 370.682/SC*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re370682-rl.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 381.964-0/MG*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676335>. Acesso em: 27 fev. 2019.

COSTA, Priscyla. *Cancelada súmula que isenta sociedades civis de pagar Cofins*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-nov27/cancelada_cumula_isenta_escritorios_pagar_confins. Acesso em 27 fev. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html#>. Acesso em: 20 mai. 2019.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

KELSEN, Hans (1881-1973). *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LUCHETE, Felipe. *STF mantém decisão que manda profissionais liberais pagarem Cofins*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/stf-mantem-decisao-manda-profissionais-liberais-pagarem-cofins>. Acesso em: 27 fev. 2019.



MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, João Paulo Melo do. *Ativismo Judicial no Sistema Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NUNES, Diele et al. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de Efeitos em Matéria Tributária: Análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF rejeita recurso que buscava modulação de decisão sobre pagamento de Cofins. Disponível em: <<https://www.espacovital.com.br/publicacao-34446-stf-rejeita-recurso-que-buscava-modulacao-de-decisao-sobre-pagamento-de-cofins>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); QUEIROZ, Luis Cesar Souza de; GOMES, Marcus Livio (Org.). *Finanças públicas, tributação e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. (Direito UERJ, 9).

VELANO, Emília Maria. *Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.



GOVERNANÇA CORPORATIVA E A DESNECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO FRENTE A DINÂMICA DO MERCADO

Bruno Marcos Silva de Oliveira

Graduado pelo Instituto Vianna Junior. Advogado.

Resumo – A transparência oferecida pelas empresas de capital aberto aos seus investidores é extremamente dinâmica, e essas empresas buscam cada vez mais inovar para atrair novos investidores. O contato desburocratizado do investidor com suas aplicações, com os resultados reais de rendimentos, dividendos e demais interesses, é basicamente o que proporciona os mais altos níveis de governança corporativa para a empresa. Deve-se evitar qualquer movimentação legislativa no Brasil para regulamentação da governança corporativa do setor privado e inclusive a criação de uma agência reguladora. Agências reguladoras e regulamentação estatal é algo absolutamente incompatível com desburocratização e já existe principiologia norteadora sobre o tema que se mostra absolutamente suficiente para trilhar os rumos da governança corporativa.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Comercial. Governança corporativa. Compliance.

Sumário – Introdução. 1. Ética empresarial, as melhores práticas de governança corporativa e a dinâmica do mercado que afasta a necessidade de agência reguladora e articulação legislativa. 2. O código de melhores práticas de governança corporativa e a desburocratização nas atualizações periódicas que não se veria se houvesse força legislativa. 3. Principiologia que se mostra suficiente como regulação da governança corporativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O âmago deste trabalho é a Governança Corporativa. O instituto atualmente não é totalmente regulado por legislação no Brasil e não existe uma agência reguladora para o tema. As fontes para observância da Governança corporativa são extralegislativas, a exemplo: A cartilha de recomendações da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, instruções normativas da CVM, Manual da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os segmentos classificatórios criados pela Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, entre outras.

Sob esse panorama, será abordado no primeiro capítulo, de forma breve, a contextualização histórica da ética empresarial que foi o primeiro passo para o surgimento da governança corporativa e diante da abordagem histórica e do atual cenário sobre governança, será defendido que não se faz necessário transformar as melhores práticas de governança corporativa em lei no Brasil e tampouco há necessidade da criação de agência reguladora. Serão analisados alguns pontos superficiais de *compliance* em paralelo com a governança corporativa; em uma demonstração dos efeitos da regulação de *compliance* nos EUA a título de exemplificação dos efeitos

da regulação e seus resultados em um contexto comparativo, buscando demonstrar que até mesmo quando existe a necessidade de regulamentação, se não for bem feita, os danos da má regulação são mais impactantes que seu contexto antecedente de ausência regulatória.

Busca-se despertar que essa desnecessidade se impõe por diversos motivos, e que essa falta de legislação sobre esse tema não prejudicará as partes mais fracas da relação com as grandes companhias que são, via de regra, o pequeno investidor, o investidor minoritário e os *stakeholders* de forma geral; e certo é que são esses os maiores interessados na condução da companhia à luz da observância das práticas de governança corporativa.

A discussão que se tem por objetivo é o possível engessamento das melhores práticas em caso de edição legislativa e assim também caso haja agência reguladora; quando é possível perceber que o próprio mercado vem se articulando e reconhecendo como positiva e necessária a adoção das melhores práticas de governança corporativa e de *compliance* em geral.

No segundo capítulo, será analisado o atual código de melhores práticas de governança corporativa e a desburocratização de suas revisões periódicas, o que denota maior adequabilidade à dinâmica célere do mercado e incompatibilidade com a vagareza das alterações legislativas. No mesmo sentido, aponta-se a opinião da OCDE, a qual corrobora a desnecessidade de regulação legislativa.

E por fim, no terceiro capítulo, será analisada a principiologia norteadora do tema em uma demonstração de que a carga principiológica da governança corporativa é absolutamente capaz de resolver eventuais problemas, o que no contexto geral, reforça a ideia de desnecessidade legislativa e de agência reguladora.

Busca-se demonstrar a suficiência de recursos ao direcionamento dos rumos da governança corporativa e, ao mesmo tempo, a desnecessidade de legislação para inflar ainda mais o já conhecido fenômeno da hiperlegislação brasileira, além de não se fazer necessária a criação de agência reguladora, que via de regra tem indicações descompromissadas com a qualificação técnica, atua em interesses políticos, partidários, e de cerceamento da concorrência e consequentemente da economia.

1. ÉTICA EMPRESARIAL, AS MELHORES PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E A DINÂMICA DO MERCADO QUE AFASTA A NECESSIDADE DE AGÊNCIA REGULADORA E ARTICULAÇÃO LEGISLATIVA

Existem diversos segmentos da ética, como por exemplo a meta ética, a ética normativa e a ética aplicada que é aquela que procura trazer para a prática as discussões obtidas na



ética normativa. A ética aplicada traz ramificações éticas, pois não é possível aplicar em todos os ramos da sociedade a ética normativa pura, porque existem relações muito peculiares. Assim nascem a ética da advocacia, a ética da medicina e dentre as diversas ramificações, tem-se também a ética comercial/empresarial ou a ética da empresa.

A ética empresarial é hoje uma realidade, ela existe e como todo ramo ético ela busca trazer os valores mínimos compartilhados na atividade empresária. Os ramos da ética têm por objetivo regular atuações concretas e a ética empresarial seguindo esse mesmo caminho, vem para regular eticamente a atuação das atividades empresárias.

Em meados da década de 70, surge com ímpeto o tema da ética empresarial, com a inteligência preponderante de se recuperar a confiança nas empresas, pois havia neste momento muita desconfiança para com as atividades empresárias que agiam sem escrúpulos, sem consciência social, que deram causas a escândalos; cabe lembrar o Foreign Corrupt Practices Act em 1977¹, que decorreu de escândalos de corrupção como Watergate, que inclusive derrubou o então presidente Richard Nixon; e foi repensado neste momento se a atuação empresária ética seria um ponto a se considerar.

O próprio mercado em atuação, no mínimo reprovável na década de 70, faz uma auto-crítica e começou a se articular neste momento, ainda que de forma embrionária, para uma atuação escoreta, transparente, proba, com consciência ética e social. O mercado começa a ponderar resultados através de uma atuação limpa. Percebe-se então que no médio e longo prazo, a atuação ética das atividades empresariais é rentável, garante resultados. Percebe-se que o comportamento ético com consumidores cria clientes satisfeitos e conseqüentemente fiéis, percebe-se que a atuação ética na relação empregatícia torna o empregado mais satisfeito no ambiente de trabalho e conseqüentemente mais produtivo.

O dinamismo do mercado empresarial começa a mostrar para quem nele atua, que a ética deve se fazer presente. Não uma ética imposta, não uma ética legislativa, não se trata de solidariedade e respeito de maneira imposta normativamente, mas pelo próprio rumo da atividade empresária. Percebe-se que, a bem da verdade, houve uma articulação do próprio mercado, ao seu tempo, de forma madura, aos interesses sociais.

O que se tem neste panorama não são sociedades empresárias que se preocupam com a ética porque assim a lei exige, ou porque são filantrópicas e aguerridas em causas sociais, não

¹ EUA. *Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>> Acesso em: 29 ago. 2018.

há de se olhar para o mercado com ingenuidade; o que se tem é a legítima preocupação com a observância da ética porque isso traz resultados a despeito da lei conforme bem aponta Peter Weill e Jeanne W. Ross²:

Uma boa governança corporativa é importante para os investidores profissionais. Grandes instituições atribuem à governança corporativa o mesmo peso que aos indicadores financeiros quando avaliam decisões de investimento. Um estudo da McKinsey constatou que investidores profissionais se dispõem até mesmo a pagar um grande ágio para investir em empresas com altos padrões de governança [...] as firmas podem esperar um aumento entre 10% e 12% no valor de mercado.

A Lei Sarbanes-Oxley³, que veio mais tarde, em 2002, também conhecida como SOx, é um ponto fora da curva. Trouxe regulações e firmou boa parte do que se conhece hoje por governança corporativa. Naquele contexto diante de inúmeras fraudes financeiras e acionistas alegando que não sabiam que os resultados estratosféricos eram maquiados, implementou-se forçadamente critérios de transparência para que fosse possível atuar no mercado de ações abertas dos EUA.

Para evitar a consolidação de maquiagem nos resultados e impor maior transparência ao investidor a referida lei impõe, por exemplo, na Seção 302 que a alta administração se certifique e aprove a exatidão das demonstrações financeiras; exige também na Seção 401 que as demonstrações financeiras sejam publicadas pelos emissores e que tais demonstrações sejam precisas e não contenham declarações incorretas. O intuito é a maior transparência, é permitir que investidores e *stakeholders* saibam o que real mente está acontecendo com a companhia para mensurar de maneira legítima seus riscos.

A lei evidentemente impactou o meio empresarial de forma global, e não foi diferente no Brasil. Houve reflexos da lei na própria legislação Brasileira, como por exemplo as disposições sobre comitê de auditoria previstos na Lei nº 13.303/16⁴. Mas é preciso que se faça uma distinção entre a seriedade do legislativo americano, a preocupação real em pôr fim as grandes fraudes e para além disso, a atividade legislativa de um país que tradicionalmente presa pelo livre mercado e pela livre concorrência; em contraponto com a velha e conhecida atividade legiferante Brasileira.

² ROSS, Jeanne W; WEILL, Peter. *Governança de TI Tecnologia da Informação*. São Paulo. M.Books. 2006. p. 4.

³ EUA. *Lei Sarbanes Oxley*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/biblioteca/download> Acesso em: 28 ago. 2018.

⁴ BRASIL. *Lei nº 13.303 de 2016 - seção VII*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm> Acesso em: 17 set. 2018.



Obviamente a SOx é um dos marcos regulatórios mais importantes no mundo empresarial, mas pergunta-se: Em que o poder legislativo Brasileiro e uma agência reguladora poderiam contribuir com a governança corporativa? Com indicações políticas para o exercício dos altos cargos das agências reguladoras, com um legislativo atécnico no núcleo de seu exercício. Uma lei Brasileira serviria apenas para traçar discussões infundáveis de compatibilidade jurídica de determinadas condutas com a regulação legislativa vigente, caso houvesse uma. Em outras palavras traria discussões acadêmicas inúteis e em grande parte inaplicáveis na prática da atividade empresarial.

A SOx vem ao encontro da desnecessidade legislativa sobre governança, em certo ponto, quando o mercado percebe que a governança corporativa traz benefícios para além do mero cumprimento da legislação, quando o mercado percebe que os investidores, sejam eles pequenos ou grandes, preferem investir onde houver certeza de transparência e verdade; mas nota-se que a essa altura, o investidor não está pensando na legislação que lhe garante, mas na própria confiança transmitida pela companhia, algo que independe de qualquer regulação legislativa.

Exemplificando, muito embora exista no ordenamento disposições que garantem a devolução do dinheiro caso o produto não chegue em uma compra *on-line*, não faz o consumidor, repetidas vezes, compras em um *site* porque tem uma retaguarda jurídica; ele o faz porque sempre que compra, o produto chega, e chega exatamente como na descrição, além disso chega dentro do prazo e assim o consumidor confia no *site*.

Assim também é com o investidor, que não aplica seu dinheiro repetidas vezes com o mesmo corretor, na mesma companhia, porque está tranquilo quanto à retaguarda jurídica ou quanto ao fundo garantidor, assim o faz porque recebe prestação de contas idônea, porque confia nos resultados da companhia; e a companhia por sua vez já não atua mais em transparência porque a lei assim prevê, mas porque assim mantém seus investidores fiéis, porque assim consegue investir com consistência e angariar melhores resultados.

Neste ponto é legítimo o seguinte questionamento: Só se chegou neste ponto porque houve, em algum momento, legislação reguladora; o consumidor só atingiu níveis de confiança porque em algum momento pretérito houve retaguarda jurídica; como pode-se defender a desnecessidade de legislação?

A resposta é a superação legislativa pelo mercado. Hoje prepondera a relação de confiança em detrimento da lei. A regulação foi importante em certo momento, mas hoje ela está superada, não há de se trazer maiores regulações sobre o tema. Há de se reconhecer que hoje

encontra-se vigente os tempos da desnecessidade legislativa sobre governança corporativa frente a dinâmica do mercado; aquela regulação mínima foi e é suficiente.

Pensa-se então: Pela ausência regulamentadora da governança no Brasil, há também de se ter um marco regulatório mínimo? Evidente que não. Há se ver o mercado como uma atuação global, com tendências que refletem no mundo todo, resguardadas as devidas proporções e peculiaridades locais. O investidor não tem fronteiras, se as companhias de capital aberto que adotam as melhores práticas estão fora do país, certamente os investimentos serão direcionados para as companhias desses países.

Tanto é assim que a SOx apenas estreitou caminhos para uma relação de confiança e de ética empresarial, algo que legislação nenhuma poderia impor, algo que nasceu do próprio dinamismo da atividade empresarial. A governança impõe ainda benefícios de atratividade de grandes investidores, inclusive internacionais, e até as companhias que por qualquer motivo não negociem no mercado americano, mas queiram apresentar atratividade para o investidor nacional, observa os padrões de governança, mesmo sem lei que assim determine, nota-se aqui que a governança é adotada pela livre e espontânea vontade da companhia, não há necessidade de marco regulatório pois o mercado nacional já se articula pela adoção das melhores práticas.

Percebe-se, portanto, que o mercado se articulou quando na ausência da lei para um embrionário questionamento sobre ética empresária nos anos 70 e 80, e superou a existência da lei em níveis de governança para além das exigências legislativas; em clara demonstração de que qualquer movimentação legislativa para regulação do tema, a essa altura, é inútil e desnecessária.

Neste ponto faz-se necessário um esclarecimento. De forma alguma deve-se deixar ao puro arbítrio do mercado a autorregulação de más atitudes, é preciso criminalizar condutas empresariais danosas e é necessário que haja uma clara determinação do que é crime e qual é a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O que se critica, é a regulação do que seria de observância necessária para classificar bons comportamentos.

Faz-se então uma breve crítica. Na responsabilização penal da pessoa jurídica em que se faz necessária a presença de órgãos reguladores e fiscalizadores, ao contrário da governança corporativa; é preciso ter em mente o seguinte panorama:

O professor Eduardo Saad Diniz⁵ no artigo Brasil vs. Gollias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*, atenta para o fato de que nos EUA houve em certo grau uma derrota entre das autoridades norte-americanas para as

⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos Tribunais*. v. 988. Ano 107. p. 36 e 37. São Paulo. RT, fev. 2018.

grandes corporações multinacionais no que tange à responsabilização penal. O ilustre professor atenta ainda para o fato de que no Brasil a desarticulação dos órgãos de fiscalização e regulação não será diferente afirmando que:

[...]os órgãos fiscalizadores passaram a autoproclamar a função de promoção de estruturas de governança na empresa como consequência de sua atuação funcional. Em tese, porque há *law enforcement*, haveria também relação de causa e efeito com a melhoria dos padrões de governança e gestão. Porém, o que se evidencia é que as funções de *compliance*, desprovidas de preferência efetiva pela integridade dos negócios, podem ser muito facilmente manipuladas em favor de interesses antiéticos[...]

Pelas palavras do professor, epiloga-se que mesmo para a regulação que se faz necessária, há de se ter cautela pois se os EUA sofrem com o gradual fracasso dessa responsabilização, pensa-se o que aconteceria no Brasil. O professor parece coadunar em certo porto com a ideia da desnecessidade legislativa sobre governança corporativa, pois conforme afirma, imposição de regras de governança sem a ética empresária, sem o próprio reconhecimento da companhia de que aquilo se faz necessário, se torna mais uma ferramenta de atuação questionável, o que parece reforçar tese de que a governança deve ser espontânea e não imposta.

Qual seria a solução penal para a atuação irresponsável das grandes companhias, então? De certo não há remédio de rápida prescrição e não seria legítimo que se buscasse delimitar este tema em uma rápida e precisa resposta. Deve-se considerar somente a desnecessidade da imposição legislativa das regras de governança bem como a desnecessidade de uma agência reguladora, deixando as demais áreas para estudos próprios dos pesquisadores que nelas atuam.

2. O CÓDIGO DE MELHORES PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA E A DESBUROCRATIZAÇÃO NAS ATUALIZAÇÕES PERIÓDICAS QUE NÃO SE VERIA SE HOUVESSE FORÇA LEGISLATIVA

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC é o responsável pela elaboração do Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa⁶, criado em 1999, relativamente recente. O Código encontra-se na 5ª edição o que demonstra a constância da demanda por atualização das práticas de governança, ressalte-se que o referido código não tem força normativa. Verdade seja dita, se o código fosse lei, certamente estaríamos na primeira edição.

⁶ BRASIL. IBCG. *Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/userfiles/files/2014/files/codigoMP_5edicao_baixa%5b1%5d.pdf> Acesso em: 14 fev. 2019.

Muito pior o cenário caso houvesse agência reguladora, com atuação política, reserva de mercado, imagine o seguinte cenário: De um lado uma companhia absolutamente inovadora em transparência com seus investidores e na divulgação de resultados, que transmite tais resultados por um canal de comunicação não reconhecido ainda pela agência reguladora como, por exemplo, um aplicativo, e assim a companhia deixa de obter níveis mais elevados na hierarquia da governança.

De outro lado, uma companhia que é considerada novo mercado pela agência, mas com práticas já desatualizadas, antigas, e ali essa companhia permanece pois tem influência na gestão política da agência reguladora e concomitantemente se beneficia da incompetência do poder legislativo. Note que a hipótese sugerida não soa absurda, ao contrário, se mostra absolutamente possível.

É notório que haveria negociatas e promiscuidade entre público e privado em busca de inclusão dos seus padrões comportamentais na regulação de governança feita pela agência reguladora, um ambiente absolutamente contraditório, a busca pela inclusão do comportamento da companhia nos padrões éticos, por caminhos totalmente questionáveis.

Agência reguladora alguma poderia criar um modelo de boas práticas de governança corporativa, tampouco a lei traçar esse modelo de forma impositiva, a própria Organização de Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em divulgação de princípios de governança enfatizava que “não existe um modelo único de boa governança corporativa”⁷ e concordamos, pois para efetivar a governança as companhias devem adotá-la em melhor observâncias de suas especificidades individuais.

Se o código de melhores práticas virasse lei, para sua atualização haveria de se romper uma tríplice barreira: O atual volume de trabalho do Legislativo, a morosidade e principalmente a extensão do regime normal de tramitação legislativo e a quantidade de pessoas envolvidas nesse processo bem como seus respectivos níveis de interesse nesse processo legislativo.

Segundo o anuário estatístico da Câmara dos Deputados⁸, o volume de trabalho do legislativo em 2008, por exemplo, teve em média 3 mil novas proposições direcionadas para a câmara e mais de 4.800 proposições direcionadas as comissões permanentes. Nesse universo de mais de 7.800 propostas, somente 6,68% delas foram contempladas com o status de norma

⁷ ROSS, WEILL, opus citatum, nota 2, p.5.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anuário estatístico da Câmara dos Deputados do Brasil*. Disponível em: <Bd.camara.gov.br/bd/hamdle/bdcamara/6286>. Acesso em: 20 set. 2018.



jurídica, 521 no total. Existem críticas veiculadas apontando que projetos de lei podem passar por um processo legislativo de aproximadamente 20 anos⁹.

O código de melhores práticas, por sua vez, lançado em maio de 1999, já em 2001 passou por uma primeira revisão, logo em 2004 já estava na terceira edição e hoje encontra-se na quinta edição. O código é resultado de contribuições recebidas pelos agentes do mercado, ou seja, pelos próprios usuários, além de associações de classe, profissionais e pessoas que detenham algum nível de competência na matéria.

Além da reflexão das companhias na adoção das melhores práticas, como foi explicado no primeiro capítulo, as companhias ainda ajudam na elaboração e nas atualizações dessas diretrizes da governança corporativa e são absolutamente competentes e técnicas para tal.

A morosidade do processo legislativo, a atecnicidade do legislador que pode ser verificada, por exemplo, no artigo 980 – A do Código Civil¹⁰ ao falar que deve-se integralizar capital social em EIRELI, quando na verdade há se integralizar tão somente capital, pois a empresa é individual e não há de se falar em sociedade, tampouco em capital social; bem como a atuação imprecisa e política das agências reguladoras; força reconhecer que esse modelo consultivo do código de práticas melhor atende as necessidades de atualização próprias da dinâmica do mercado.

A atecnicidade pode parecer simples em primeiro momento, contudo, a governança é um tema altamente técnico e qualquer imprecisão poder significar infundáveis discussões, que poderiam inclusive culminar na rápida necessidade de alteração legislativa e aí cairíamos em um certo nível de contradição: A mudança necessária de forma célere e a morosidade do processo legislativo.

Além disso, a regulação culmina na sofisticação de atuações antiéticas quando não precedidas de conscientização dos seus benefícios por parte das companhias, enquanto que no atual cenário de ausência regulatória, apesar desses princípios não serem impositivos existe cada vez mais uma real preocupação da atuação empresarial voltada à prática de suas atividades de forma sustentável que melhora de forma considerável a imagem da companhia frente ao mercado:

A divulgação de boas práticas no contexto empresarial é um incentivo para a reflexão sobre exemplos distintos do paradigma dominante, a troca de experiências entre as

⁹ BLUME, Bruno André. *Por que um projeto de lei pode levar 20 anos para ser aprovado e virar lei?* Disponível em: <www.politize.com.br/projeto-de-lei-processo-legislativo/>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 2002 – artigo 980 – A. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

organizações que participam desse esforço promove o desenvolvimento empresarial estimulando a adoção de práticas pela melhoria do desempenho ambiental e aumento da competitividade das organizações. Os exemplos são importantes para demonstrar que as empresas que investem em sustentabilidade têm alcançado ganhos intangíveis relacionados à sua imagem e reputação e que com o decorrer do tempo, são convertidos em lucro real¹¹

Esse modelo não regulatório também é melhor compatível com o modelo de governança adotado no Brasil, lembrando que existir um modelo não impositivo não traz maiores problemas já que as companhias podem remodelar de acordo com suas demandas individuais. O modelo brasileiro chamado de *insider system*, tem a propriedade das companhias bem definidas e as companhias tem total liberdade para adotar ou não o código de melhores práticas de governança corporativa podendo essas práticas serem flexibilizadas.

O que é totalmente diferente no caso de imposição legislativa, segundo a qual não poderia haver opção das companhias de adotarem ou não a lei, a lei é impositiva, se uma lei ou uma imposição normativa de agência reguladora obriga as companhias a adotarem as melhores práticas de maneira pré-definida, não haveria essa flexibilização e essa liberdade de escolha. Ressalte-se que a defesa da não regulamentação de boas práticas em nada afeta a regulação da responsabilização da pessoa jurídica, ou em outras palavras, não há aqui qualquer crítica a delimitação das más condutas.

Para demonstrar a diferença, a mineradora Vale servirá de exemplo. Após uma série de omissões, houve rompimento de uma barragem de rejeitos minerais na cidade de Mariana em Minas Gerais, e diversas medidas judiciais foram tomadas a partir da responsabilização da atuação da Mineradora que sofreu toda sorte de sanções e constringências, muito embora exista uma sensação geral de impunidade e de inefetividade das medidas, problemas esses próprios das melhorias necessárias ao aperfeiçoamento da responsabilização da pessoa jurídica.

Se a Vale tivesse uma boa governança corporativa, de certo aprenderia com esse erro, mas sem qualquer antecipação de mérito e culpa, parece que não aprendeu. Desta feita novo rompimento de barragem na cidade de Brumadinho também no Estado de Minas Gerais e dentre os diversos apontamentos investigativos da causa, tem-se a fragilidade da opção de barragem adotada pela companhia.

As medidas regulamentadoras estatais poderiam definir como conduta inaceitável a utilização da forma mais barata de barragem e que por consequência oferece níveis estratosféricos de perigo de rompimento. Por outro lado, o estado não poderia em regulamentação de boa

¹¹ PENIDO apud CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. *Boas Práticas*. Disponível em: <<http://www.cebds.org.br/boas-praticas/>> Acesso em: 18 dez. 2018

conduta determinar que a barragem fosse necessariamente a mais cara e com a maior tecnologia disponível pela engenharia sob pena de inviabilizar a atividade, e suponhamos que já houvesse essa regulamentação, a própria vale não viu vantagem em corrigir sua conduta.

A boa governança poderia mudar a sorte da vale sopesando a proibição da construção da barragem de maior risco e menor custo, com as demais formas de barragens que exigem investimento médio e conseqüentemente menores riscos, ou até por deliberação própria, valer-se da forma de barragem de menor risco disponível no mercado, ou outra forma de extração de minério que não fizesse necessária o armazenamento de rejeitos.

Note-se que essa decisão não seria tomada por filantropia e por introspecção reflexiva de uma consciência humanitária e social, não há de se ter ingenuidade quanto aos objetivos da mineradora que é o lucro; mas porque esses gastos converter-se-iam verdadeiramente em lucro, evitando futuras constrições de ativos líquidos na casa dos bilhões de reais, morte de centenas de pessoas, indenizações aos seus familiares e sobreviventes, multas ambientais, ações coletivas de investidores, inclusive internacionais e demais sanções como agora se vê, inclusive com perda de valor de mercado e ações em baixa.

A governança corporativa é, e deve continuar sendo, um conjunto de regras facultativas, funcionando como estímulo e fomento de um comportamento ético e social dos administradores, alinhando o melhor interesse da corporação, que é essencialmente o lucro, e o melhor interesse da sociedade que passa pelo desenvolvimento econômico, geração de renda, fomento e crescimento econômico e desenvolvimento sustentável.

3. PRINCIPIOLOGIA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE COMO REGULAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Com as críticas veiculadas até aqui sobre a regulamentação e a criação de lei que delimite a governança corporativa, pode haver uma percepção de que a governança seria um instituto entregue à própria sorte, que sua implementação e efetivação ocorre a esmo, ao bel prazer da companhia. Verdade em parte, mas existem direcionamentos principiológicos que implementam de certa forma, os rumos esperados para a governança corporativa.

O direcionamento principiológico é absolutamente suficiente para dirigir a governança corporativa já que princípios são menos restritivos e permitem maior amplitude de decisão so-

bre a adoção dos meios de governança e da própria governança. A governança corporativa traduz-se e cinco princípios sendo eles *Disclosure*, *Fairness*, *Accountability*, *Compliance* e Responsabilidade Corporativa¹².

Os princípios permitem considerar as especificidades individuais da atuação empresarial na adoção da governança e se esse programa de governança atingir as finalidades dos princípios, quaisquer meios de governança mostram-se válidos, assim, fazendo um paralelo à máxima; o fim, justifica qualquer meio.

O Princípio da Transparência (*disclosure*)¹³ se preocupa com a transparência de informação, aduzindo que deve ser possível visualizar tudo o que acontece na companhia. É sabido que a cotação das ações em bolsa tem uma íntima relação com as informações públicas sobre a companhia, e havendo transparência sobre a companhia diminui-se as falsas percepções de aumento ou diminuição de valor de mercado com base única e exclusivamente especulatória já que a companhia atua de forma cristalina.

Ressalta-se que tal transparência não deve se limitar as informações que sejam do interesse da companhia serem divulgadas, e também não deve restringir-se aquelas impostas por disposições de leis e regulações já existentes, mas deve constar também os demais fatores que levem a otimização e valorização da organização. Informar mais do que é obrigatório e necessário é a ideia central da transparência.

O Princípio da Equidade (*fairness*)¹⁴ aduz que o código de ética da companhia deve estabelecer comportamentos aceitáveis para a atuação empresarial, e esse comportamento deve ser justo e adequado, ou seja, equitativo. Uma das práticas comuns aos programas de governança corporativa é não ter ações sem direito de voto o que dispersa a todos os acionistas um tratamento equitativo, ou em outras palavras, confere um tratamento pautado na isonomia a todos os sócios, interessados e *stakeholders* em geral.

Para a efetivação desse princípio, uma outra obrigação surge para a organização, que evidentemente é a criação de um código de ética. Havendo o ânimo da criação de um código de ética, este será regido e terá conteúdo pautado nas disposições determinadas pelo princípio. O código não deve ser adstrito apenas à atuação empresarial externa, mas também nas relações internas da organização, o que evitaria, por exemplo, perseguições, assédio moral e de cunho sexual, entre outras condutas.

¹² BRASIL. IBCG. *Princípios da Governança Corporativa*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>. Acesso em: 28 fev. 2019

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

O Princípio da Prestação de Contas (*accountability*)¹⁵ se traduz em uma prestação de contas pautada na responsabilidade. A prestação de contas consiste na declaração do que foi feito com o dinheiro dos investidores, assim, havendo discrepâncias pode-se resolver através da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou perante o Poder Judiciário.

Essa prestação de contas deve acontecer de forma concisa, clara e plenamente compreensível, assumindo o administrador responsável pela divulgação das informações, as consequências de eventuais omissões, já que deve ser diligente no desempenho de sua função. Isso pode ocorrer, por exemplo, com a declaração do diretor que garanta a veracidade das demonstrações contábeis.

Para reafirmar a desnecessidade de regulação ou legislação, deve-se reconhecer que estabelecer a obrigação por lei, de haver veracidade na prestação de contas, sem a percepção da companhia da necessidade de ser verossímil tal prestação, ela não o faria; a despeito da lei. A governança deve nascer com a introspecção reflexiva da companhia de que há necessidade de sua implementação e dos resultados provenientes de sua adoção, e existindo essa reflexão não há necessidade de legislação ou regulação diante da amplitude do princípio.

O Princípio da Responsabilidade Corporativa¹⁶ aduz que os agentes de governança devem cuidar da viabilidade econômica e financeira da companhia, atuando de forma a minimizar eventos externos que possam trazer impactos negativos aos negócios e operações de forma geral, visando ao revés, trabalhar para aumentar as positivas, levando em consideração obviamente seu modelo de negócios e atuação no mercado em curto, médio e longo prazo.

Por último, o Princípio do *Compliance*¹⁷ aduz que deve haver estrita observância das normas legais e infralegais. O termo tem origem no verbo *to comply*, que é, em última análise, agir de acordo com uma regra, ser complacente com regras e assim evidentemente combate-se fraudes e possível surgimento de corrupção dentro da organização. A companhia deve ter um programa de *compliance* capaz de estabelecer controle interno para evitar ilícitos.

Neste momento, pode nascer uma dúvida que deve ser esclarecida. Diante de tantas críticas sobre regulamentação, legislação ou criação de agência reguladora para a delimitação da governança corporativa, pode parecer contraditório haver um princípio regente da governança corporativa que se traduz no cumprimento de regras. Mas não é.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

Não se trata de cumprimento de regras para enquadrar um programa de governança corporativa em legislação que contenha fórmula pronta para sua implementação, mas sim de efetivar, por exemplo, as leis trabalhistas, recolhendo devidamente as verbas trabalhistas, aplicando isonomia salarial entre homens e mulheres que ocupem a mesma função, tenham a mesma produtividade, mesma jornada e a mesma capacitação técnica; mantendo o ambiente de trabalho salubre dentro do possível e, se insalubre, dispor do devido equipamento de proteção do trabalhador, bem como de mecanismos de supervisão do uso desses equipamentos, respeitando as férias, os descansos, dentre outras coisas.

Esse cumprimento, de certo, torna o trabalhador mais feliz dentro da companhia, consequentemente mais produtivo, evitando assim futuros processos trabalhistas e, ainda que venham a ocorrer, poderão ter seus efeitos minimizados diante da demonstração de que sempre houve o devido recolhimento de verbas trabalhistas, todas as exigências de funcionamento encontram-se em dia, bem como as obrigações tributárias entre outros.

O *compliance* se traduz, em outro exemplo, no cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, atendo-se e reconhecendo possíveis fatos e vícios de seus produtos, dando os devidos esclarecimentos sobre o produto incorrendo no dever de informar e respeitando o direito à informação, resolvendo os problemas de maneira ligeira e priorizando a resolução administrativa demonstrando apreço pelo tempo do cliente, melhorando a relação da imagem da companhia com a sociedade, consequentemente atraindo novos consumidores e mantendo fidelizado os já existentes.

Este princípio ainda pode ter como terceiro exemplo, a observância da legislação tributária, recolhendo os tributos corretamente, evitando assim multas tributárias, processos tributários e possíveis constrições em razão de execução movida pela fazenda pública, não se valendo da conduta de evadir constantemente do fisco, priorizando o planejamento tributário que é absolutamente legal e até necessário para melhorar o desempenho financeiro da companhia.

Note que o *compliance* não é contrário à regulação mínima que se dá por meio de princípios, apenas induz ao cumprimento de normas, sem estabelecer como isso deve ocorrer, podendo a companhia escolher se seu *compliance officer* será um advogado ou um contador. Um hospital, por exemplo, poderia ter como *compliance officer* um médico, ou qualquer outro profissional dependendo do ramo de atividade; pode a companhia escolher se terá um setor jurídico ou se contratará um escritório especializado delegando essa atividade.

Outro esclarecimento necessário é que *compliance* não é sinônimo de governança corporativa, muito fala-se como se a mesma coisa fosse, mas a governança é infinitamente maior

do que o *compliance*, sem desconsiderar, porém, a importância desse princípio dentro da governança.

A governança corporativa se traduz nos princípios acima citados, sendo eles *Disclosure*, *Fairness*, *Accountability*, *Compliance*¹⁸ e Responsabilidade Corporativa. Apesar de importantíssimo, o *compliance* é apenas um dos cinco princípios regentes da governança e tratar como sinônimo implica esvaziar o instituto da governança corporativa. Pode-se entender a governança corporativa como um gênero que detém cinco espécies, sendo o *compliance* apenas um deles.

Diante dos princípios regentes da governança corporativa, é difícil imaginar qualquer regulamentação ou legislação capaz de suprir lacunas ou omissões de matérias que os princípios não sejam capazes de englobar. A principiologia se mostra suficiente para a regulamentação do tema e qualquer hipótese problemática pode ser resolvida com minuciosa análise e aplicação principiológica.

CONCLUSÃO

O antigo Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), criado em 1995 e atualmente denominado de Instituto Brasileiro de Governança corporativa (IBCG), é responsável pela elaboração do Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa, garantindo aos sócios minoritários e demais *stakeholders* de maneira geral, que todos os seus direitos serão respeitados através da adoção de padrões comportamentais positivos e absolutamente facultativos.

Em 1999, o IBCG criou o Código Brasileiro de Governança Corporativa estabelecendo as principais práticas de governança corporativa e esse código atualmente está na 5ª edição, demonstrando que as práticas de governança corporativa demandam atualização constante e são constantemente atualizadas. Isso acontece justamente porque o código não detém força legislativa e conseqüentemente não se submete ao moroso e trabalhoso processo legislativo.

Em 2000, a BOVESPA criou seguimentos diferenciados de governança corporativa (nível 1, nível 2 e novo mercado) e em 2002 a CVM lançou a cartilha de recomendações da CVM sobre governança corporativa voltada para as companhias abertas. Em 2005 a Organização de Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou um manual específico de governança para as entidades estatais, ou seja, existe regulação mais do que suficiente sobre

¹⁸ Ibidem.

o tema, e não se faz necessário uma regulação brasileira pois, conforme já amplamente explicado, o investidor não tem fronteiras e quem busca atrair esse investidor globalizado já se amolda aos padrões internacionais.

As ações possuem um papel social importante de partilhar a renda para os investidores, já que a participação no lucro total da companhia se dá com base no seu investimento. Tudo que existe hoje sobre a governança corporativa se mostra absolutamente suficiente para a regulação do tema. Fez-se necessário, em algum momento, diante de um contexto próprio, a normatização da governança, entretanto tal situação não subsiste. A luta hoje não deve ser para legislar ou criar agência reguladora; a luta deve se concentrar no plano educacional empresarial, no esforço do convencimento de que a adoção da governança corporativa é uma opção perfeitamente viável, correta e absolutamente lucrativa.

REFERÊNCIAS

BLUME, Bruno André. *Por que um projeto de lei pode levar 20 anos para ser aprovado e virar lei?* Disponível em: <www.politize.com.br/projeto-de-lei-processo-legislativo/> Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anuário estatístico da Câmara dos Deputados do Brasil*. Disponível em: <Bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/6286> Acesso em: 20 set. 2018.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 2002 – artigo 980 – A. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

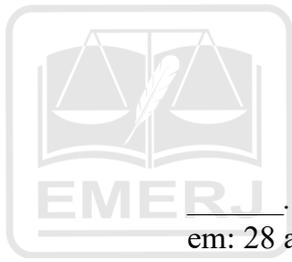
_____. IBCG. *Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/userfiles/files/2014/files/codigoMP_5edicao_baixa%5b1%5d.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. IBCG. *Princípios da Governança Corporativa*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.303 de 2016 - seção VII*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. *Boas Práticas*. Disponível em: <<http://www.cebds.org.br/boas-praticas/>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

EUA. *Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 29 ago. 2018.



. *Lei Sarbanes Oxley*. Disponível em: <www.ibcg.org.br/biblioteca/download>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ROSS, Jeanne W; WEILL, Peter. *Governança de TI Tecnologia da Informação*. São Paulo: M.Books. 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos Tribunais*. v. 988. Ano 107. São Paulo. RT, fev. 2018.

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS

Bruno Rivero Monnerat

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.

Resumo – Na tradição do Direito Processual Penal brasileiro sempre se entendeu pela possibilidade de o juiz que acompanhou as diligências requeridas no inquérito policial atuar na fase processual. Tal entendimento recebe diversas críticas de setores da doutrina que entendem ser ferida a necessária imparcialidade do juiz. Em virtude de tais críticas, surgiram iniciativas estaduais procurando estabelecer a impossibilidade do juiz que atuou no inquérito policial atuar no processo penal. Para solucionar a questão e positivizar em diploma de caráter legal esse entendimento, o projeto de novo Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional, expressamente dispôs acerca da necessidade de o juiz que deferiu medidas cautelares e probatórias na fase do inquérito policial ser distinto do juiz que julgará a ação penal eventualmente proposta.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Juiz de Garantias. Novo Código de Processo Penal.

Sumário – Introdução. 1. Sistema acusatório e a questão da imparcialidade do juiz à luz da Constituição Federal e do Código de Processo Penal 2. A prevenção e a incompatibilidade do juiz que atuou na fase de investigação penal julgar o mérito do processo penal subsequente 3. O PL nº 8.045/2010 e a figura do juiz de garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal brasileiro possui tradição inquisitiva, assim como todos os países latino-americanos, uma vez que é herdeiro do sistema processual ibérico, criado a partir da incorporação das práticas da Inquisição eclesiástica ao direito laico.

Por conseguinte, na tradição do direito processual penal brasileiro sempre se entendeu, sem maiores questionamentos ou objeções doutrinárias e/ou jurisprudenciais, pela possibilidade de o juiz que acompanhou e decidiu acerca das diligências requeridas na investigação penal atuar no processo penal subsequente.

Entretanto, o advento da Constituição de 1988 trouxe novos paradigmas para a reflexão do andar do processo penal brasileiro, principalmente no tocante aos diversos direitos e garantias fundamentais processuais nela previstos, dentre os quais se inserem a estrutura acusatória de processo penal, assim como o direito a ser processado perante um juízo imparcial.

Uma das questões levantadas pela doutrina sobre o direito a um julgamento imparcial consiste na (im)possibilidade de o juiz que atuou no inquérito policial ou procedimento investigatório criminal julgar a ação penal que dele se originou.

Em virtude de tais questionamentos, o presente artigo trabalha, a partir de uma abordagem crítica, a (im)parcialidade do juiz que acompanha e determina as medidas cautelares e probatórias durante a investigação penal, em relação à ação penal eventualmente proposta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988, os seus reflexos na garantia da imparcialidade do juízo e a existência de uma estrutura imparcial de atuação para o magistrado no processo penal brasileiro.

O segundo capítulo trata sobre a atuação decisória do juiz na fase investigativa e a possibilidade de comprometimento de sua parcialidade para o julgamento de futuro processo penal decorrente do procedimento investigativo no qual participou. Neste capítulo também é abordada a jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema.

Finalmente, o terceiro capítulo aborda, inicialmente, as iniciativas do Chile e do Estado de Minas Gerais, que alijam do julgamento do processo penal decorrente o juiz que atua na fase de investigação criminal, deferindo competência a outro magistrado para julgamento da ação penal. Além disso, no terceiro capítulo é feita a análise da figura do juiz de garantias, prevista entre os arts. 14 e 17 do Projeto de Novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, sendo citadas opiniões favoráveis e contrárias da doutrina especializada.

Com relação às técnicas metodológicas, o presente trabalho parte de um conjunto de obras literárias que dão apoio doutrinário especializado sobre o tema. Portanto, o artigo conta com sólida base bibliográfica acerca do assunto estudado.

Também, é estudada a legislação atual, em especial a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, assim como o projeto de Novo Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional.

Assim, o presente artigo busca conferir ao leitor uma abordagem dinâmica, sem pretensão de esgotamento do tema, sobre a imparcialidade do julgador e o modelo do juiz de garantias.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO E A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988¹ trouxe nova roupagem aos direitos fundamentais, pois nela foi previsto extenso rol de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos. A referida mudança se espraiou para o campo do processo penal, em virtude dos diversos direitos e garantias processuais penais elencados na Carta.

Pode-se dizer, portanto, que o texto constitucional criou uma virada no processo penal brasileiro, ainda que parte da legislação infraconstitucional não tenha sido adaptada à nova Constituição, conflitando com os novos direitos e garantias constitucionais.

De qualquer forma, os princípios expressamente previstos na Constituição de 1988 correspondem a um avanço em relação à autoritária Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, obrigando uma completa releitura do direito processual penal no âmbito infraconstitucional.

Um dos princípios encampados pela Constituição de 1988 foi o da imparcialidade do juiz, que é tratado por Werner Goldschmidt como “princípio supremo do processo”². Apesar de não expressamente previsto no texto constitucional, o princípio da imparcialidade pode ser extraído de diversos aspectos constantes do texto constitucional. Além disso, é expressamente previsto no art. 8º, nº 1 do Pacto de São José da Costa Rica³, tratado internacional sobre direitos humanos internalizado pelo Decreto Legislativo 678/92, que possui status supralegal, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF)⁴.

Contudo, para que o juiz tenha um atuar imparcial, não basta a imparcialidade em relação às partes, ou seja, a imparcialidade subjetiva, mas também é necessária uma estrutura imparcial de atuação, distanciando o magistrado do envolvimento com o caso penal, consagrando-se, desta vez, a imparcialidade objetiva.

Como leciona Ferrajoli⁵, para que o juiz seja realmente imparcial é necessária a

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

² LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, nº 73, p. 12-25, ago-set. 2016.

³BRASIL. *Decreto Legislativo nº 678/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 25. dez. 2018.

⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 25 set. 2018.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 534.



existência de uma estrutura acusatória. Tal estrutura deve ser amparada pela independência do juiz em relação ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; pela naturalidade à determinação de sua designação e de suas competências, ou seja, à necessidade de sua competência ter sido previamente fixada; e, por fim, deve ser assegurada a equidistância do juiz, entendendo-se assim o afastamento do magistrado dos interesses das partes.

No tocante ao sistema acusatório⁶, seu principal escopo é manter a imparcialidade do juiz, de forma que o réu obtenha um processo justo, no qual tenha real possibilidade de ver-se absolvido. Dessa forma, busca-se impedir, ou pelo menos evitar, a condenação de pessoas inocentes.

A partir da compartimentação das funções de acusar e julgar em órgãos distintos, Ministério Público e Poder Judiciário respectivamente, alija-se o julgador de qualquer atividade persecutória penal, e, portanto, o sistema acusatório indubitavelmente prestigia o atuar imparcial do magistrado penal.

Assim, o sistema acusatório cria uma estrutura para que o juiz não seja predisposto a julgar a favor de quaisquer das partes. Nesse sentido, Alberto Binder⁷ leciona que: “a imparcialidade do julgador não decorre de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação”.

Assim, inverte-se o clássico provérbio de que à mulher de César não basta ser honesta, mas também deve parecer honesta; chega-se à conclusão de que ao juiz não basta parecer ser imparcial, deve efetivamente sê-lo⁸.

A estrutura acusatória do processo penal brasileiro decorre do próprio texto constitucional, mais precisamente das garantias e remédios constitucionais de liberdade (art. 5º, caput e incisos LXI, LXV, LXVI, LXVII⁹), da publicidade dos atos processuais (art. 5º,

⁶ Em síntese, pode-se dizer que o sistema acusatório é aquele no qual há um juiz que somente detém a função de julgar o acusado, estando rigidamente distanciado da função de acusar, exercida pelo órgão estatal de acusação ou pelo ofendido, conforme o caso, bem como da função de defender o acusado, exercida por um Defensor Público ou por um advogado privado. Ademais, no sistema acusatório, a atividade probatória é entregue às partes, sendo ônus da acusação comprovar os fatos imputados ao réu, estando a cargo do juiz somente a valoração do conjunto probatório trazido ao processo pelas partes. O sistema acusatório contrapõe-se ao sistema inquisitivo, no qual o juiz concentra as funções de acusar e julgar o réu, e, em certos casos, o julgador é incumbido de exercer a defesa do acusado. Pela simples distinção acima realizada, percebe-se que no sistema inquisitivo a imparcialidade do juiz é gravemente maculada, uma vez que o magistrado que julga o processo é o mesmo que investiga o fato imputado ao réu e o acusa. Assim, previamente ao julgamento, o julgador já terá formado a sua convicção sobre o fato imputado ao réu, pois, caso contrário, seria inútil a imputação.

⁷ BINDER. apud: NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 404.

⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110.

⁹ BRASIL. Op.cit., nota 1.



LX¹⁰), o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII¹¹), do devido processo legal (art. 5º, LIV¹²), da consagração do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV¹³), da presunção da inocência (art. 5º, LVII¹⁴), da vedação da utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI¹⁵), bem como da atribuição conferida ao Ministério Público para exercer privativamente a função de titular do exercício da ação penal pública (art. 129, I¹⁶)¹⁷.

Ainda, o direito brasileiro consagra a independência do magistrado em relação ao poder político, em virtude das garantias orgânicas constitucionais relativas à magistratura, quais sejam, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 95, I, II, III¹⁸), de modo a ser assegurado ao magistrado que não sofrerá retaliações em decorrência de sua atuação profissional, blindando-o de pressões advindas de outros membros da carreira ou até mesmo de pessoas externas ao Poder Judiciário.

Da mesma forma, a independência conferida ao Poder Judiciário em relação aos demais poderes (art. 2º¹⁹), da qual são corolários as autonomias administrativa e financeira (art. 99²⁰), preserva o Poder Judiciário de sofrer ingerências em sua atuação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em relação à prévia fixação das competências, é consagrada pelo direito brasileiro, em decorrência do princípio do Juiz Natural, que traz uma garantia de caráter dúplice. Primeiramente, é vedada a criação de Tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII²¹). Em segundo lugar, é proibida a escolha dos juízes da causa (art. 5º, LIII²²). Dessa forma, pela anterior fixação do juízo competente, é evitada a manipulação do julgador.

O prévio estabelecimento de competências que dá azo ao juiz natural possui tamanha importância, que a doutrina enxerga a existência dos princípios do Promotor Natural e do Defensor Natural. Segundo tais princípios, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública também devem ter as suas atribuições previamente definidas, de forma a impedir a manipulação em suas designações. Assim, hodiernamente, o referido princípio se expandiu,

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ NICOLITT. op. cit., p. 113.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.



sendo tratado como princípio do Órgão Natural²³.

Por fim, o Código de Processo Penal (CPP) traz meios para assegurar a equidistância do juízo em relação às partes, como a possibilidade de reconhecimento da suspeição (art. 254²⁴) e do impedimento do magistrado (art. 252²⁵). Portanto, permite-se tanto às partes arguir a imparcialidade do julgador, quanto ao juiz reconhece-la de ofício, de maneira a evitar um julgamento proferido por um juiz comprometido com qualquer das partes. Não reconhecido o impedimento ou a suspeição pelo próprio juiz, será a respectiva exceção julgada pelo Tribunal ao qual o magistrado está vinculado (art. 100²⁶).

Portanto, pode se afirmar que o processo penal acusatório, as garantias da magistratura e do Poder Judiciário, o princípio do juiz ou do órgão natural e os mecanismos para assegurar a equidistância do juiz, trazidos pela Constituição de 1988 e por certos dispositivos do CPP, criam uma estrutura que permite a atuação imparcial do magistrado.

Dessa maneira, verifica-se que o princípio da imparcialidade não é mera promessa, mas decorre da estrutura processual brasileira e dos diversos princípios, garantias e meios, constitucionais e legais que o juiz e as partes têm ao seu dispor para garantir um julgamento imparcial.

Todavia, como já dito, a normatização legislativa do processo penal não acompanhou a nova roupagem constitucional, uma vez que as regras, especialmente do CPP, – editado durante o período autoritário do Estado Novo e inspirado no Código Rocco italiano, promulgado em 1930, durante a ditadura fascista de Benito Mussolini (item II da Exposição de Motivos do CPP²⁷) – se mantiveram as mesmas.

Dessa maneira, apesar da estrutura constitucional permitir ao juiz atuar de modo imparcial, a legislação infraconstitucional é ainda deficiente e atrasada, dando azo a práticas que impedem a efetiva imparcialidade do juízo.

Uma dessas práticas é a possibilidade de o juiz que participou da investigação penal, analisando medidas cautelares cobertas pela cláusula de reserva de jurisdição, atuar no processo penal decorrente de tal investigação. Tal prática, fruto da aplicação dos arts. 75,

²³ SILVA, Franklin Roger Alves. *Princípio do "órgão natural" serve para juiz, promotor e defensor*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-08/tribuna-defensoria-principio-orgao-natural-serve-juiz-promotor-defensor>. Acesso em: 22 set. 2018.

²⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Idem. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

parágrafo único e 83, ambos do CPP²⁸, é aquela que será objeto de análise nos próximos capítulos.

2. A PREVENÇÃO E A INCOMPATIBILIDADE DO JUIZ QUE ATUOU NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PENAL JULGAR O MÉRITO DO PROCESSO PENAL SUBSEQUENTE

Como dito no encerramento do primeiro capítulo, no âmbito do processo penal brasileiro, o juiz que apreciou qualquer medida cautelar durante a fase pré-processual fica prevento para julgar a ação penal correspondente.

Isto decorre do fenômeno denominado prevenção, que significa que o juiz que decidiu acerca da aplicação de uma medida cautelar durante o inquérito policial, ou qualquer outra forma de investigação pré-processual, será competente para o julgamento da ação penal que deriva dessa investigação. A prevenção é prevista nos arts. 75 e 83 do CPP:

art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

(...) Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).²⁹

Dessa maneira, verifica-se que a legislação processual penal brasileira não somente indica a sua preferência pela atuação na fase processual do juiz que já se manifestou sobre parcela do feito durante a etapa pré-processual. Na verdade, há uma imposição do CPP para que tal magistrado atue no processo penal subsequente.

Trata-se, evidentemente, de uma escolha do legislador brasileiro. Entretanto, a referida opção é questionada pela doutrina, pois a atuação na fase pré-processual acarretaria o comprometimento da imparcialidade objetiva do juiz para julgamento do caso penal subsequente. Por consequência, haveria mácula à proteção constitucional conferida a tal

²⁸ Idem, op cit., nota 23.

²⁹ Ibid.

imparcialidade, estudada no primeiro capítulo. Nesse diapasão, brilhante exposição da tese é trazida por Denise Luz e Leon Murelli Silveira³⁰:

a psicanálise explica que o envolvimento na investigação implica em um investimento psíquico na tarefa inquisitiva. Isso acarreta em construções racionais e atribuições de valores e afetos na tomada de decisão. Todas essas representações são internalizadas e negadas ao se tentar exercitar a neutralidade em um esforço consciente, mas podem emergir como conteúdos inconscientes deslocados e engatilhar mecanismos de defesa que tornam o juiz predisposto a continuar a linha de afetos, pensamentos e investimentos pulsionais que traz da investigação: a tese da acusação criada na inquisição. [...] O julgador que atua na fase investigatória, concedendo medidas restritivas de direitos fundamentais dos investigados, como a quebra de sigilos de correspondência, bancário, fiscal, telefônico, indisponibilidade de bens, cautelar de busca e apreensão ou até mesmo de prisão processual, introjeta (internaliza) sua percepção sobre o caso trazido ao seu conhecimento e sobre o envolvimento e responsabilidade das pessoas com ele relacionadas. [...] Para decretar as medidas que lhe são demandadas na fase de investigação, o juiz precisa crer, ainda que “superficialmente”, na hipótese da acusação. Fazendo isso, ele introjeta, inconscientemente, essa versão, transferindo para o réu o ônus de convencê-lo do contrário. São ideias que ficam pré-concebidas, e modificá-las, posteriormente, exige do juiz muito mais do que senso de justiça. [...]. Então, o juiz introjeta essa crença e tende a buscar no processo, inconscientemente, confirmar o acerto de suas decisões tomadas durante a investigação, fazendo com que o réu fique em posição de extrema desigualdade em relação à acusação.

No mesmo sentido do texto acima colacionado, lecionam outros autores de renome, como Paulo Rangel³¹, Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter³², Napoleão Nunes Maia Filho³³, Maurício Zanoide de Moraes³⁴ e Simone Schreiber³⁵.

Soma-se a isso o fato de que o juiz que, por exemplo, decretou a prisão preventiva do investigado durante a fase pré-processual, fica mais propenso a condená-lo. Isto porque, se o juiz confirmar que a prisão processual foi correta, ele chegará àquilo que a psicanálise denomina como gozo, ou seja, a satisfação pelo dever cumprido, que é, inconscientemente, a propensão natural do aparelho psíquico. Por outro lado, a verificação de que a decisão que impôs a prisão preventiva ao investigado foi incorreta exige do aparelho psíquico que repila o gozo, por meio da autoimposição do desprazer, o que não é aquilo que o aparelho psíquico naturalmente faz³⁶.

³⁰ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A Angústia de Decidir e o Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do CPP: uma Importante Contribuição da Psicanálise para o Direito. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, nº 51, p. 16-41, dez. 2011/jan. 2012.

³¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 62-65.

³² LOPES JR; RITTER, op. cit, p. 15-17.

³³ MAIA FILHO. apud: RANGEL, op. cit., p. 62.

³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010

³⁵ 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.

³⁶ LUZ; SILVEIRA, op. cit, p. 29.

Dessa maneira, parece inegável que a interpretação constitucionalmente adequada do princípio da imparcialidade somente poderia levar à conclusão de que a prevenção pela participação do juiz na investigação penal deveria ser critério de exclusão de competência e não critério de fixação de competência, como dispõem os arts. 75 e 83 do CPP.

Todavia, isto não é unívoco na doutrina pátria. Eugênio Pacelli³⁷, por exemplo, possui posição no sentido de que, apesar de recomendável, não é exigência constitucional a diferenciação entre juízo de instrução e juízo-julgador:

do ponto de vista de um modelo processual orientado pelo princípio acusatório, no qual o papel do juiz não pode ultrapassar as fronteiras de sua necessária imparcialidade, o critério da prevenção até pode ser criticado, na medida em que a antecipação no conhecimento de alguma questão relevante no processo poderia já se cristalizar desde aquele primeiro momento. No entanto, nada há na Constituição da República que exija a instituição de um juiz para a fase de investigação e outro para a fase de processo. Seria o ideal, como consta, aliás, do Projeto de Lei nº 8.045/10, elaborado por uma Comissão de Juristas que tivemos a honra de integrar, na condição de Relator-geral (o chamado juiz das garantias). Mas, não se trata de imposição constitucional.

Há, ainda, quem entenda que não existe contaminação do juiz pela sua atuação na fase pré-processual, como é o caso de Mauro Fonseca Andrade³⁸. No mesmo sentido, Abel Fernandes Gomes³⁹ ensina:

contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. [...] se acredita difícil ou impossível que o juiz assumira uma postura imparcial já quando tenha que apreciar algum requerimento na fase pré-processual segundo o que lhe relata a autoridade. E por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso, ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito apenas à acusação? E o que dizer das também humanas propensões a favorecer o acusado não obstante elementos a ele contrários? Por fim, para um devido processo legal, de um Estado democrático e social de Direito, calcado no interesse público e no valor justiça, o que importa não é a exclusão de toda e qualquer propensão que se afaste do que é devidamente justo para o caso? Qual é,

³⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 277-278.

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Maur_o_andrade.html> Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁹ GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.10.pdf> Acesso em: 11 mar. 2019.

então, o substrato científico de que exista a tal propensão à contaminação, e somente este tipo de propensão do juiz que se deixa influenciar pelos elementos unilaterais levados pelas autoridades da persecução?⁴⁰

Inexiste repercussão jurisprudencial no direito brasileiro da tese esposada neste artigo, ou seja, de que as disposições dos arts. 75 e 83 do CPP feririam a imparcialidade objetiva do julgador. Por outro lado, no direito alienígena, é firme a ideia de que o juiz que atuou na fase pré-processual se encontra impedido de decidir o processo penal subsequente.

Há muito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) vem rechaçando essa possibilidade, a teor dos casos *Piersack vs. Bélgica* e *De Cubber vs. Bélgica*⁴¹, de 1982 e 1984, respectivamente. Em ambos os feitos, entendeu-se que a atuação na investigação impede que a mesma pessoa julgue o mérito do caso penal, sob pena de mácula à imparcialidade objetiva, tendo em vista que a participação em ambas as fases do processo pela mesma pessoa gera na sociedade a insegurança acerca do agir imparcial do juiz.

Essa orientação restou consolidada por casos posteriores julgados pelo TEDH, como *Hauschild vs. Dinamarca*, *Oberschlick vs. Áustria*, *Pfeifer and Plankl vs. Áustria* e *Castillo-Álgar vs. Espanha*⁴².

Dessa maneira, verifica-se que, apesar de não adotada pela jurisprudência pátria, a corrente doutrinária que sustenta que a imparcialidade objetiva do magistrado é comprometida pela participação na fase investigativa, é agasalhada pelo TEDH.

Na verdade, o referido tribunal sedimentou que a prevenção não deve ser causa de fixação da competência, mas sim causa de exclusão de competência, pois haveria uma presunção absoluta de parcialidade do juiz preventivo⁴³.

Visando transpor o entendimento do TEDH para a legislação brasileira, de modo a impedir máculas à imparcialidade objetiva, foi prevista a figura do juiz de garantias, no projeto de Novo CPP, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, posteriormente transformado em Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010. Essa polêmica previsão será objeto de estudo no próximo capítulo do presente trabalho.

⁴⁰ No já citado texto de Denise Luz e Leon Murelli Silveira, este último psicólogo, há demonstração científica de que, inevitavelmente, existirá o comprometimento do juiz que atua na fase pré-processual em relação à futura decisão de mérito no processo penal consequente. Assim, ao contrário do que o Abel Fernandes Gomes sustenta, há base científica sólida demonstrando que a separação entre juízo de instrução e juízo-julgador é essencial para assegurar a imparcialidade objetiva do juiz.

⁴¹ LUZ; SILVEIRA, op. cit, p. 33.

⁴² Ibid, p. 34.

⁴³ LOPES JR.; RITTER, op. cit. p. 17.

3. O PL 8.045/2010 E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS

Em decorrência do reconhecimento pelo TEDH da quebra da imparcialidade do magistrado ocorrida pela sua participação no processo penal subsequente, após emitir decisão durante a fase pré-processual, vozes latino-americanas passaram a advogar pelo necessário distanciamento das funções de decisão na fase investigatória e na fase processual.

Tal movimento se deu de forma mais acentuada no Chile, no qual restou positivada a separação entre o juiz que decide durante a fase pré-processual e aquele que decide durante o processo penal propriamente dito. Assim, no processo penal chileno, há um juiz que terá competência para deliberar acerca das matérias probatórias afetas à investigação penal⁴⁴, enquanto que um Tribunal decidirá a ação penal fruto da investigação anteriormente realizada⁴⁵.

No Brasil, o referido movimento não gerou tanta repercussão quanto em solo chileno, mas, indubitavelmente, tem conquistado terreno. Em primeiro lugar, no campo teórico, parte da doutrina, em sua maioria já citados no capítulo anterior – os mesmos que criticam a mácula ao princípio da imparcialidade decorrente da concentração no mesmo juiz das funções de decidir em âmbito pré-processual e processual -, sustenta que deveria haver a previsão de separação entre as figuras do juízo da instrução e o juízo-julgador. Nesse sentido lecionam Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter⁴⁶:

os prejuízos de se ter um mesmo juiz participando da fase pré-processual e posteriormente do juízo oral, decidindo o caso penal, são evidentes e já foram objeto de inúmeras decisões pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e causa de significativas mudanças legislativas em diversos países europeus [...] e também na América Latina, merecendo destaque a profunda e qualificada reforma realizada

⁴⁴ Artículo 9º.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. *En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.* Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió. (Grifo Nosso). CHILE. *Código Procesal Penal*. Disponível em: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 12 mar. 2019.

⁴⁵ Artículo 281.- Fecha, lugar, integración y citaciones. El juez de garantía hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que quedare firme. También pondrá a disposición del tribunal de juicio oral en lo penal las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales. CHILE. *Código Procesal Penal*. Disponível em: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 12 mar. 2019.

⁴⁶ LOPES JR.; RITTER, op. cit., p. 13.

pelo Chile, onde foi consagrado na sua integralidade o “juiz das garantias”. No Brasil a necessidade é antiga.

Além disso, surgiram resultados práticos desse movimento. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, foi criada uma Central de Inquéritos Policiais em Belo Horizonte, com competência para tratar de todos os pedidos referentes a inquéritos policiais da Capital⁴⁷. Dessa maneira, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), por meio de Resolução, definiu que a competência de determinado juízo seria circunscrita a julgar matérias relativas a todas as investigações penais de determinada comarca, sendo certo que tal juízo não detém competência para julgar os processos penais subsequentes às investigações penais. Assim, foi efetivamente separado o juízo da investigação e o juízo-julgador.

No mesmo sentido, com inspiração nas decisões do TEDH, nas experiências chilena e mineira, assim como a partir das lições da doutrina especializada sobre o tema, o Projeto de Novo CPP, Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, posteriormente transformado em Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010, prevê, em seu art. 14, a figura do juiz da investigação, que foi denominado de “juiz das garantias”, responsável “pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”⁴⁸, com competência para decidir todas as matérias e incidentes afetos a investigação penal.

O juiz de garantias, entretanto, por força do art. 15 do PL nº 8.045/2010⁴⁹, não teria competência para tratar sobre as infrações de menor potencial ofensivo, assim como a sua competência cessa com a apresentação da denúncia pelo membro do Ministério Público, momento no qual a competência passa a ser do juízo criminal⁵⁰.

⁴⁷ Art. 5º - Caberá à Central de Inquéritos Policiais, por seus Juízes ali designados, com competência jurisdicional plena, o processamento de todos os inquéritos policiais da competência das Varas Criminais da Comarca de Belo Horizonte, a elas previamente distribuídos, até a apresentação da denúncia ou queixa, conhecendo e decidindo sobre os atos a eles relativos e seus incidentes, inclusive medidas cautelares, habeas corpus e mandado de segurança em matéria criminal, competindo-lhe, ainda, o processamento das propostas de transação penal e o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, se for o caso, observado o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. (BRASIL. Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Resolução nº 523/2007*. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05232007.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2019.)

⁴⁸BRASIL. *Projeto de Lei 8.045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03395EFC12A39169E5F24F21D55BCD3A.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 12 mar. 2019.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Esta última previsão é alvo de críticas, até mesmo daqueles que defendem a criação do juiz de garantias, pois entende-se que o juiz de garantias também deveria decidir sobre o recebimento da denúncia, para que o juiz do processo ingressasse verdadeiramente livre de qualquer pré-juízo apto a macular o contraditório processual. Nesse sentido: LUZ; SILVEIRA, op. cit, p. 39.

Corroborando as ideias esposadas neste artigo, o art. 16 do PL nº 8.045/2010 dispõe que a prevenção será critério de exclusão da competência, tendo em vista que há previsão expressa⁵¹ de que o juiz que decida sobre os aspectos da investigação, funcionando como juiz de garantias, restará impedido de atuar no processo penal subsequente. Ela somente não será aplicada em relação aos processos já iniciados na vigência do atual CPP, assim como nas comarcas em que há Vara Única, por força do art. 748 do PL nº 8.045/2010⁵².

Entretanto, não só de louvores vive a previsão no PL nº 8.045/2010 acerca do juiz de garantias. Primeiramente, a doutrina levanta objeções a tal previsão, como é o caso de Abel Fernandes Gomes⁵³, em decorrência de uma possibilidade de maior demora nos processos, o que poderia ocasionar prescrições:

não serão, ademais, soluções simplistas e meramente opinativas, como rodízio de juízes (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 8-9), redistribuição de processos ou qualquer outra que não tenha amparo em sério e criterioso estudo, que permitirão suplantar os tão incontáveis quanto inexoráveis problemas que já se vislumbra na marcha processual, com o inevitável aumento do tempo de sua duração, e de incidentes capazes de favorecerem apenas a ocorrência da prescrição.

Por sua vez, o Item 8 da Nota Técnica 10/2010 Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresenta óbices de natureza prática para a implantação do juiz de garantias. Cita-se, principalmente, que 40% das comarcas estaduais são de vara única, o que impediria, em muitas comarcas do país, a atuação do juiz de garantias, de acordo com a previsão do art. 748 do PL nº 8.045/2010.

O primeiro argumento, acerca da possibilidade de ocorrência de prescrições, trazido por Abel Fernandes Gomes⁵⁴, não prospera. Ao contrário do que o referido doutrinador sustenta, a especialização de um juiz na função de juiz de garantias provavelmente diminuiria o tempo do processo, justamente pelo fato de que o juízo da investigação somente lidaria com determinados tipos de manifestação, gerando expertise sobre as matérias que repetidamente lhe são trazidas a decidir.

Já no tocante às razões expendidas pelo CNJ na Nota Técnica 10/2010, estas também não merecem elogios, tendo em vista que não se pode impedir a aplicação de um instituto pela circunstância de que não estará presente em todas as comarcas do país. Aliás, seria importante que a referida previsão do art. 748 do PL nº 8.045/2010 fosse modificada, em razão dos

⁵¹ BRASIL, op. cit. nota 48.

⁵² Ibid.

⁵³ GOMES, op. cit, p. 104.

⁵⁴ Ibid, p. 104.

avanços tecnológicos decorrentes do processo eletrônico. Assim, de forma a levar o instituto do juiz de garantias a todo o país, melhor seria se o citado artigo previsse que, nas comarcas em que esteja implantado o processo eletrônico, poderia um juiz de comarca distinta atuar como juiz de garantias de outra comarca, que seja sede de vara única⁵⁵, ou, ainda, a implantação de um juiz de garantias regional para atender múltiplas comarcas próximas que sejam sedes de vara única.

Portanto, parece que o CNJ se opõe à criação do juiz de garantias com base em razões nitidamente superáveis, esforçando-se para demonstrar uma suposta – e falsa – impossibilidade prática de instituição do juiz de garantias, quando deveria se empenhar em alcançar soluções, dentro das tecnologias já existentes, que permitam uma suave implantação do instituto e sua rápida assimilação pelos operadores do direito em todo o país.

Por outro lado, a previsão do PL nº 8.045/2010 acerca do juiz de garantias merece ser aperfeiçoada, a exemplo da necessidade de tratamento do tema a partir dos progressos trazidos pelo processo eletrônico, bem como pela manutenção da competência pelo juiz de garantias para decidir sobre o recebimento da denúncia, evitando que o juízo-julgador fique contaminado por qualquer tipo de pré-juízo no julgamento do processo penal.

Contudo, a corrente que pretende conservar o *status quo*, mantendo a prevenção como método de fixação da competência, assim como permitindo que o juiz que atuou durante a investigação penal julgue o processo penal subsequente, é ultrapassada, indo de encontro não só ao princípio da imparcialidade, implicitamente previsto na Constituição de 1988, mas também às lições de boa parte da doutrina e da jurisprudência do TEDH, sedimentada há quase quarenta anos. Como bem salientam Denise Luz e Leon Murelli Silveira⁵⁶:

o juiz das garantias não irá resolver todos os problemas do processo penal, nem poderá impedir o envolvimento de outros aspectos inconscientes que contaminam a convicção do julgador, afetando sua imparcialidade subjetiva, mas se mostra como um meio idôneo e eficaz para reduzir os danos que o envolvimento do juiz com o caso penal pode acarretar à defesa do réu.

Portanto, apesar dos argumentos contrários do CNJ e de alguns doutrinadores, pode-se dizer que a figura do juiz de garantias é essencial para que possamos efetivamente cumprir o Texto Constitucional de 1988, alcançando uma efetiva estrutura acusatória de processo penal, assim como assegurando a observância do princípio da imparcialidade do magistrado.

⁵⁵ LUZ; SILVEIRA, op. cit, p. 20-21.

⁵⁶ Ibidem, p. 38.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi inicialmente apresentado o princípio da imparcialidade do magistrado, de modo a embasar os objetivos principais do artigo, qual seja, a discussão acerca da mácula à imparcialidade do juiz para julgar o processo penal por sua atuação na fase pré-processual, assim como da figura do juiz de garantias trazida no PL nº 8.045/2010.

Como exposto no segundo capítulo, resta claro, que o juiz que decide qualquer matéria durante a investigação penal já realiza um pré-juízo acerca da imputação feita ao acusado. Por consequência, isto gera um comprometimento de sua imparcialidade objetiva, ou seja, de seu distanciamento em relação ao caso penal, já que, antes de julgar o processo penal como um todo, o juiz já possui algum comprometimento com uma das teses formuladas.

Contudo, invertendo tal raciocínio, os arts. 75 e 83, do CPP atual impõem que o juiz que atuou na fase investigatória seja aquele que julgue o processo penal subsequente, ou seja, a prevenção funciona como causa de fixação de competência. Por isso, de modo a assegurar a imparcialidade objetiva do magistrado, é mister que seja realizada uma reforma legislativa que modifique essa realidade, tornando a prevenção como causa de exclusão de competência.

Nesse sentido é a figura do juiz de garantias, trazida pelo Projeto de Novo CPP, o PL nº 8.045/2010. O juiz de garantias, que, segundo o PL nº 8.045/2010, seria incumbido de decidir sobre as matérias atinentes à investigação penal, restaria impedido de julgar o processo penal subsequente, funcionando a prevenção como critério de exclusão de competência. Assim, seriam separadas as funções de juízo da investigação e juízo-julgador.

Essa figura é essencial para a consagração da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, fortalecendo, indubitavelmente, a imparcialidade objetiva do magistrado, tendo em vista que não haveria a contaminação por pré-juízos pelo magistrado que julga o processo em decorrência de sua atuação na fase pré-processual.

Ademais, como explanado durante o trabalho, os entendimentos contrários à sua implantação são improcedentes ou contornáveis, já que não há qualquer impossibilidade prática para sua implantação, assim como o juiz de garantias não teria o condão de gerar mais prescrições.

Ainda, cumpre notar que a previsão do juiz de garantias no PL nº 8.045/2010 merece algumas mudanças, algumas sugeridas ao longo do texto, Todavia, desde que sejam realizadas tais modificações, o juiz de garantias representará um grande avanço para que seja assegurado o princípio da imparcialidade no processo penal brasileiro.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 22 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Nota Técnica nº 10/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>> Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Decreto Legislativo nº 678/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 25. dez. 2018.

_____. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 8.045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03395EFC12A39169E5F24F21D55BCD3A.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 25. set. 2018.

_____. Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Resolução nº 523/2007*. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05232007.PDF>>. Acesso em 12 mar. 2019.

CHILE. *Código Processual Penal*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acesso em: 12 mar. 2019

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.10.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.13, nº 73, p. 12-25, ago-set. 2016.

LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A Angústia de Decidir e o Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do CPP: uma Importante Contribuição da Psicanálise para o Direito. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, nº 51, p. 16-41, dez. 2011/jan. 2012.

MONNERAT, Bruno Rivero. *Sistemas processuais penais e a Constituição de 1988*. 2016. 64 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

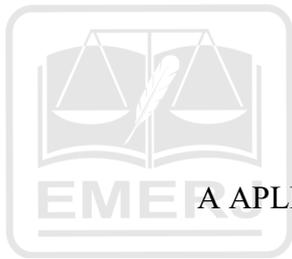
PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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, Franklin Roger Alves. *Princípio do "órgão natural" serve para juiz, promotor e defensor*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-mar-08/tribuna-defensoria-principio-orgao-natural-serve-juiz-promotor-defensor> Acesso em: 22 set. 2018.



A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Bruno Samuel Sion

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado e Capitais. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com o julgamento do REsp nº 1.622.555-MG, o STJ passou a não aplicar a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia sob fundamento de que essa não é prevista em lei, mas sim decorrente do princípio da boa-fé contratual, previsto no art. 422, do Código Civil. Com isso, seria incompatível com os termos da lei especial (Decreto nº 911/69), que é expressa em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante. Porém, tal decisão não é a mais adequada, tendo em vista que não aplicar a teoria do adimplemento substancial à alienação fiduciária em garantia é uma medida desproporcional diante de todas as parcelas pagas pelo devedor, bem como que o princípio da boa-fé objetiva se aplica a todo ordenamento jurídico, inclusive em leis especiais.

Palavras-chave – Direito Civil. Teoria do Adimplemento Substancial. Alienação Fiduciária em Garantia. Boa-Fé Objetiva.

Sumário - Introdução. 1. Da Mora e Inadimplemento na Alienação Fiduciária em Garantia. 2. A Teoria do Adimplemento Substancial e seus requisitos. 3. Críticas à não aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial na Alienação Fiduciária em Garantia. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente projeto visa a analisar o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, tendo em vista sua notória relevância na atualidade devido à crise econômica brasileira, em um cenário em que muitos devedores não conseguem cumprir com as obrigações contraídas.

Nesse contexto, ao contraírem dívidas e, ao restarem parcelas ínfimas para concluir o contrato, os devedores acabam perdendo o bem objeto da alienação fiduciária devido a não aplicação atual do adimplemento substancial nesse tipo de contrato.

Hodiernamente, o STJ mudou sua posição sobre o tema, passando a não admitir o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia.

Entretanto, o tema é bastante controvertido na doutrina, em que parte desta se mostra contrária à nova posição do STJ.

Para melhor compreensão do tema, serão discutidos, de maneira crítica, os efeitos que a não aplicação do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia possam causar para o direito contratual brasileiro, tendo em vista que recentemente o princípio da conservação dos contratos é mitigado em favor do credor da obrigação neste tipo de contrato.

Almeja-se, principalmente, abordar se tal medida é a mais adequada para a solução do litígio entre as partes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discorrendo sobre o contrato de alienação fiduciária, bem como sobre as consequências de sua mora e inadimplemento, ponderando sobre a radicalidade da medida de desapropriar o bem objeto do contrato caso a obrigação não seja satisfeita.

O segundo capítulo visa analisar o instituto do adimplemento substancial, os requisitos para que este seja aplicado, tendo em vista que não é empregado de forma indiscriminada, pois caso fosse, geraria inúmeros prejuízos aos credores, com isso, banalizaria tal instituto.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, bem como a mudança de posição do STJ sobre o tema, oportunidade em que será analisada a necessidade de uma medida menos gravosa ao devedor, tendo em vista que a não aplicação do adimplemento substancial pode se apresentar como uma medida desproporcional.

O presente projeto pretende utilizar os seguintes métodos de abordagem como forma de metodologia de pesquisa para desenvolvimento do artigo: dedutivo, que utilizará a compreensão da regra geral para então atingir soluções aos casos específicos, e o dialético, que a partir da pesquisa, argumentação e contextualização, buscará alcançar uma conclusão aos questionamentos formulados.

No âmbito da pesquisa, seu desenvolvimento ocorrerá pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que será escolhido 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. pela pesquisa documental, com a análise de textos legais e doutrinários, códigos e normas dos Tribunais, e a pesquisa bibliográfica, oportunidade em que serão consultadas doutrinas, e, por derradeiro, a pesquisa virtual.

1. DA MORA E INADIMPLEMENTO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária¹ em garantia é um contrato instrumental em que uma das partes, em confiança, aliena a outra a propriedade de um determinado bem, ficando esta parte (em regra uma instituição financeira) obrigada a devolver àquela o bem que lhe foi alienado quando verificada a ocorrência de determinado fato. Além disso, pode-se dizer que a alienação fiduciária é regulada em diversas leis, como, por exemplo: a Lei nº 4.728/65, a Lei nº 10.931/2004, a Lei nº 9.514/97 (alienação fiduciária de bens imóveis), o Código Civil (alienação fiduciária paritária) e o Decreto Lei nº 911/1969.

Ressalta-se que o decreto acima mencionado tem como propósito tratar das medidas para retomada do bem nos casos de inadimplemento.

Nesse contexto, é importante destacar que atualmente o Brasil passa por uma grande crise econômica, o que faz com que o número de inadimplentes seja muito alto². Com isso, os devedores que não conseguem cumprir com as obrigações contraídas, em um contrato de alienação fiduciária em garantia, podem ter o bem objeto do contrato apreendido por meio de ação de busca e apreensão como forma de quitar a dívida.

Dessa forma, nos casos de inadimplemento e mora, o alienante fiduciário pode requerer a ação acima mencionada, conforme o artigo 3º, caput, do Decreto acima mencionado, o qual prevê:

Art. 3º do Decreto Lei 911/1969: O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Observa-se que para a propositura da ação de busca e apreensão em contrato de alienação fiduciária há a necessidade de comprovação da mora, conforme a Súmula nº 72 do STJ³.

Dessa maneira, vale esclarecer que a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p. 565.

² GLOBO. *Número de inadimplentes chega a 61,8 milhões e bate recorde, diz Serasa*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/19/numero-de-inadimplentes-chega-a-618-milhoes-e-bate-recorde-diz-serasa.ghtml>>. Acesso em 22 out. 2018.

³ BRASIL. *Súmula nº 72 do STJ*. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2772%27>>. Acesso em: 22 out. 2018.

se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário, com base no artigo 2º, §2º, do DL. nº 911/69⁴.

Ademais, resta-se assegurado ao alienante fiduciário (ou credor) a consolidação da propriedade do bem, com a possibilidade de ele dispor de forma integral deste, inclusive vendendo-o a terceiro caso não seja adimplida a obrigação em sua integralidade no prazo de 5 dias após a execução liminar, conforme parágrafo 1.º do artigo 3º do DL. nº 911/1969, que dispõe da seguinte forma:

Art. 3º, § 1º, do Decreto Lei 911/1969: Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

É importante observar que mesmo que se trate de norma processual, a redação do parágrafo desse artigo parece demonstrar que o prazo é de direito material e, com isso, conta-se o prazo a partir da execução da liminar, e não da juntada do mandado aos autos, como aconteceria em matéria processual⁵.

Ademais, também é possibilitado ao devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida pendente no prazo de 5 dias, fazendo com que o bem lhe seja restituído livre do ônus, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 3º do referido Decreto, o qual consagra que:

Art. 3º, § 2º, do Decreto Lei 911/1969: No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

Cumprido esclarecer, conforme a posição do STJ⁶, que a Lei nº 10.931/2004, que alterou o DL. nº 911/69, não mais faculta ao devedor a possibilidade de purgação de mora, ou seja, não mais permite que ele pague somente as prestações vencidas.

Dessa maneira, para que o devedor fiduciante possa ter de volta o bem, este terá que pagar a integralidade da dívida, ou seja, tanto as parcelas vencidas quanto as vincendas (mais os encargos), no prazo de 5 dias após a execução da liminar⁷.

⁴BRASIL. *Decreto Lei nº 911*, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁵ ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 104. ano 25. p. 449. São Paulo: RT, mar.-abr.2016.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. *REsp nº 1.418.593-MS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094407/recurso-especial-resp-1418593-ms-2013-0381036-4-stj/inteiro-teor-25094408>>. Acesso em: 22 out. 2018.



Nota-se que uma das consequências da mora e do inadimplemento é a rescisão contratual, permitindo ao alienante fiduciário o ingresso da ação de busca e apreensão do bem objeto da obrigação.

Destaca-se ainda, que caso o credor prefira recorrer à ação executiva, serão penhorados, a critério deste, os bens do devedor quantos bastarem para assegurar a ação executiva, conforme o artigo 5º do DL. nº 911/69 o qual dispõe que se o credor preferir recorrer à ação executiva, direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Por outro lado, este artigo fica limitado ao princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no artigo 805 CPC/2015, razão pela qual o credor deve optar pelo meio que satisfaça seus interesses, mas que cause o menor ônus ao devedor.

Sendo assim, diante das garantias previstas ao credor, indaga-se sobre o adimplemento substancial no requisito da configuração da mora, sendo necessário analisar se toda e qualquer mora ou inadimplemento tornaria possível tal medida judicial para a retomada do bem alienado fiduciariamente.

Isso, porque, não se nega que os devedores estão submetidos ao cumprimento integral da obrigação, mas também não se pode deixar de examinar a possibilidade de conservação do contrato, conforme o princípio da conservação dos contratos, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, pleiteando o credor apenas a indenização ou adimplemento em casos que fique comprovado a dificuldade do devedor em pagar, bem como a sua intenção de manter a relação jurídica.

Por fim, insta salientar que caso o contrato esteja inserido em uma relação de consumo, este será analisado também com base no Código de Defesa do Consumidor, mesmo que a lei que regule tal instituto seja submetida ao decreto acima mencionado.

⁷ BRASIL. *Não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo DL. nº 911/69* Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.

2. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SEUS REQUISITOS

Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de adimplemento substancial tem origem no direito inglês, surgido no século XVIII com o nome de “substantial performance”.

A teoria foi tratada no caso *Boone versus Eyre*, de 1779, julgada pelo Lord Mansfield, no qual este percebeu a necessidade de ser relativizada a necessidade do cumprimento perfeito dos contratos diante do descumprimento de parte acerca do que foi pactuado.

Nesse cenário, faz-se mister citar o voto do ministro Antonio Carlos Ferreira no REsp nº 1.622.555-MG, o qual explica o caso *Boone versus Eyre* da seguinte forma⁸:

Como exemplo paradigmático de situação apta a impulsionar a aplicação da "substantial performance" no Direito inglês é frequente na literatura jurídica a citação do caso *Boone vs. Eyre* (1777), relatado por Lord Mansfield, que teve por objeto um contrato no qual o autor (Boone) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, bem assim prestações anuais de 160 libras, em caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos.

No Brasil, essa teoria teve como um dos precursores o jurista Clóvis do Couto e Silva, que demonstrou a importância do adimplemento substancial como elemento de interpretação dos contratos, com base na aplicação objetiva do princípio da boa-fé.

Esse princípio está previsto no artigo 422 do código civil⁹ que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desse modo, a boa-fé objetiva impõe padrões de conduta para ambos os contratantes tanto para as relações regidas pelo Código Civil quanto para as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV, do CDC).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁹ Idem. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

Destaca-se que esse princípio possui inúmeras funções, em especial a função limitativa de condutas que tem por objetivo limitar o exercício do direito dos contraentes para que estes não incorram em práticas abusivas.

Importante destacar que a função limitativa serve de fundamento para a teoria do adimplemento substancial, tendo em vista que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, ao contrário, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.¹⁰

Nesse sentido, retornando ao conceito da teoria do adimplemento substancial, que possui o princípio da boa-fé objetiva como base, leciona o jurista Clóvis do Couto e Silva¹¹:

Adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva).

Ou seja, trata-se de um inadimplemento mínimo, no qual o devedor já cumpriu praticamente todo o contrato. Com isso, se o devedor cumpriu quase todo o contrato, restando ínfimas parcelas para o adimplemento total (ex: eram 50 prestações, e o devedor pagou 48) e sendo a mora insignificante, nesse caso, a parte credora não terá direito de pedir a resolução do contrato, pois faltou muito pouco para o cumprimento integral da obrigação.

Assim sendo, o desfazimento do que foi pactuado seria uma medida extremamente desproporcional, injusta, exagerada e que viola a boa-fé objetiva e a segurança jurídica.

Portanto, a teoria adimplemento substancial visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em favor da preservação do contrato quando for viável e de interesse dos contratantes, mediante ponderação.

Nesse íterim, com a ocorrência do adimplemento substancial, a única medida cabível para o credor seria exigir do devedor o cumprimento da prestação que ficou inadimplida e pleitear eventual indenização pelos prejuízos que sofreu.

É importante destacar que até hoje, a teoria do adimplemento substancial não possui previsão legal expressa no ordenamento jurídico, sendo, portanto, uma construção doutrinária e jurisprudencial, tendo como principais fundamentos o princípio da boa-fé objetiva (artigo

¹⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* | V. 45/2011 | p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR\2011\1117.

¹¹ SILVA, Clóvis Couto e. *Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980, p. 56. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

422, CC/02), da função social do contrato (artigo 421, CC/02), da vedação ao abuso do direito (artigo 187, CC/02) e ao enriquecimento sem causa (artigo 884 CC/02).

Por conta disso, foi elaborado o enunciado¹² nº 361, do CJF, o qual estabelece que o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475, do Código Civil.

Ressalta-se que o art. 475, do Código Civil¹³ discorre acerca do inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos.

Insta salientar, que a teoria do adimplemento substancial por não ter previsão legal possui requisitos para que seja aplicada. Conforme o STJ¹⁴, no REsp nº 1581505/SC, estabeleceu-se que os requisitos são: a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Além disso, destaca-se que para a caracterização do adimplemento substancial devem ser levados em conta os fatores quantitativos e qualitativos, de acordo com o enunciado¹⁵ nº 586, da VII Jornada de Direito Civil.

Com efeito, Anderson Schreiber¹⁶ tece críticas à jurisprudência pátria, pois entende que a mesma vem atuando de forma tímida e apenas tem aplicado o adimplemento substancial no plano quantitativo, quando, de forma diversa, deveria realizar uma verificação qualitativa para apurar se o cumprimento não integral ou imperfeito atingiu ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto.

Ademais, asseverou que não há um parâmetro numérico exato que possa servir como baliza para definição para o adimplemento substancial.

Assim, a proposta trazida por esse doutrinador trata-se de tornar o papel do adimplemento substancial mais abrangente, de modo a afastar a resolução ou outros efeitos

¹² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 361*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹³ Idem, op.cit., nota 2.

¹⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1581505/SC*. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+1581505&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁵ Idem. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 586*. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* | V. 45/2011 | p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR2011\1117.

altamente lesivos que poderiam ser causados pelo inadimplemento, necessitando-se, assim, de análise judicial casuística entre (a) a utilidade de extinção da relação obrigacional para o credor; (b) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.

Dessa forma, ao analisar a jurisprudência acerca do tema, pode-se afirmar que o percentual de cumprimento (ou descumprimento) a configurar o adimplemento substancial ainda é aspecto obscuro, embora se possa prever que tendo havido o cumprimento de mais de 80% do contrato, quase sempre, tem-se reconhecido o adimplemento substancial quando restar evidenciada que a conduta do devedor se mostra imbuída da boa-fé objetiva. Portanto, o princípio da proporcionalidade servirá como elemento a iluminar a realidade fática concretamente observada.¹⁷

Nesse sentido, para a aplicação do princípio da proporcionalidade deve-se observar três elementos caracterizadores: (i) a adequação da medida utilizada frente ao resultado almejado; (ii) a necessidade do ato praticado tomando por base ser ele o meio menos gravoso de alcançar o objetivo pretendido; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito a qual busca analisar os custos e os benefícios da medida adotada.

Além disso, para Tartuce¹⁸, “não adianta um cumprimento relevante quando há clara prática do abuso de direito, como naquelas hipóteses em que a purgação da mora é sucessiva em um curto espaço de tempo.”

Vale lembrar que no Código Civil italiano há previsão expressa sobre o adimplemento substancial, no seu art. 1.455, segundo o qual o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra parte.¹⁹

Nesse diapasão, resta-se imperioso destacar que na doutrina e jurisprudência italiana, a análise do adimplemento substancial passa por dois filtros²⁰. O primeiro deles é objetivo, a partir da medida econômica do descumprimento, dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos. O segundo é subjetivo, sob o foco dos comportamentos das partes no processo contratual.

Para Tartuce, tais parâmetros também podem ser perfeitamente utilizados nos casos brasileiros, incrementando a sua aplicação em nosso país.

¹⁷ ROCHA; JEREISSATI, op. cit., nota 5.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 4: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 364.

¹⁹ ITALIA. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>> Acesso em: 19 fev. 2019.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: Volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p 439.

Portanto, o adimplemento substancial age como um instrumento de equidade acerca da situação fático-jurídica, que permite soluções razoáveis e sensatas, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade, aferindo-se tantos os critérios quantitativos como qualitativos.

3. CRÍTICAS À NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Primeiramente, destaca-se que o REsp nº 1.622.555-MG²¹, o qual mudou a posição do STJ acerca do tema, versava acerca da ação de busca e apreensão pelo Decreto-Lei nº 911/69 ajuizada por Banco Volkswagen S.A em face de Gilvanil da Silva Monteiro, objetivando a retomada do veículo automotor, alienado fiduciariamente em 01/09/2010, o qual o banco concedeu ao requerido um crédito de R\$ 14.739,17 (quatorze mil, setecentos e trinta e nove reais e dezessete centavos) para pagamento em 48 parcelas no valor nominal de R\$ 439,86 (quatrocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), ocorrendo o vencimento da primeira em 10/10/2010 e o da última em 10/09/2014.

Ocorre que o demandado não efetuou a quitação das quatro últimas prestações vencidas nos dias 10/06, 10/07, 10/08 e 10/09, perfazendo o montante de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos) e, estando a mora devidamente comprovada nos termos do artigo 2º, § 2º do Decreto nº 911/69.

Diante disso, os desembargadores do STJ acordaram por maioria dos votos que não se aplica a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, regidos pelo Decreto-Lei nº 911/69.

Ressalta-se que o acordão teve como voto vencedor o do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o qual o fundamentou da seguinte forma²²:

Permissa venia, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência. Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio, bem delimitar o tratamento

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquis aGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

²² Idem, op.cit., nota 14.

legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaltado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapor às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.

Com isso, observa-se que o referido Ministro fundamentou o voto entendendo pela incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com a lei especial que rege a matéria, sob argumento de que a teoria do adimplemento substancial não é prevista em lei mas sim um consectário do princípio da boa-fé contratual, previsto no art. 422 do Código Civil, sendo in totum incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

Além disso, afirmou que extrai-se do Decreto-Lei nº 911/69 que desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento.

Porém, tal decisão gerou controvérsias na doutrina pátria, pois parte desta entende que se aplica a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia e que a nova posição do STJ acerca do tema é um grande retrocesso.

Destaca-se que o professor Flávio Tartuce é um dos doutrinadores que critica tal decisão, tecendo críticas da seguinte maneira:²³

Com o devido respeito, não estamos filiados a tais conclusões e pensamos ser o decurso um grande retrocesso, pois numerosos eram os julgados da Corte que aplicavam o adimplemento substancial para a alienação fiduciária de móveis (por todos: STJ, REsp 272.739/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.03.2001, DJ 02.04.2001, p. 299; e REsp 912.697/RO, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.10.2010, DJe 25.10.2010). Primeiro, porque a boa-fé objetiva tem aplicação para todos os negócios jurídicos, inclusive para os negócios reais, não se sustentando o argumento de que os princípios do Código Civil não incidem para a alienação fiduciária. Segundo, porque a teoria do adimplemento substancial tem relação com a conservação do negócio jurídico e com a função social da obrigação. Terceiro, porque não nos parece que o adimplemento substancial incentive o inadimplemento, até porque, no sistema atual, a boa-fé se presume enquanto a má-fé se prova. Quarto, fica em dúvida a utilidade da medida de busca e apreensão, pois os credores ficarão com uma grande quantidade de bens, sobretudo automóveis, estocados, o que acabará por gerar grandes custos.

²³ TARTUCE, op.cit., 2018, p 1133.

Sendo assim, a boa-fé objetiva tem aplicação para todos os negócios jurídicos, inclusive para os negócios reais, como é o caso da alienação fiduciária em garantia, bem como que a teoria do adimplemento substancial tem relação com a conservação do negócio jurídico e com a função social da obrigação.

Ademais, o adimplemento substancial não incentiva o inadimplemento, até porque, no sistema atual, a boa-fé se presume enquanto a má-fé se prova e ainda indaga acerca da utilidade da medida de busca e apreensão, tendo em vista que os credores ficarão com uma grande quantidade de bens, sobretudo automóveis, estocados, o que ensejará em grandes custos.

Portanto, para Tartuce²⁴, apesar de não ser a alienação fiduciária em garantia um contrato, no sentido jurídico e categórico da expressão, pois se trata de um direito real, a teoria do adimplemento substancial é perfeitamente aplicável.

Nesse sentido é o Enunciado nº 162 do CJF²⁵, que dispõe que “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

Com isso, a conversão da mora em inadimplemento absoluto, conforme art. 395 do CC/2002, não pode se dar por meros interesses egoísticos e mesquinhos do credor, mas sim, conforme a boa-fé objetiva (a exigência de comportamento leal dos negociantes) e a conservação negocial.

Vale destacar ainda, o entendimento do doutrinador José Fernando Simão²⁶, o qual também criticou a mudança de posição do STJ. Conforme escreveu o jurista:

Afirmar que a Lei Especial, por ser especial, não sofre os efeitos do princípio da boa-fé, é tese sem fundamento técnico. Lei geral e lei especial se submetem aos princípios dos contratos, ainda que estes não estivessem presentes no texto da lei geral. O princípio é a base do ordenamento e não se submete ao critério da especialidade. Se o argumento for expandido, a boa-fé não se aplica à Lei de Locação que é especial? A boa-fé não se aplica ao Estatuto da Terra que é lei especial? A alienação fiduciária não é menos contrato, nem mais. A decisão é tecnicamente constrangedora. Simples assim.

²⁴ Idem.op.cit., 2017, p 363.

²⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁶ BRASIL. *Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ - E o poder dos Bancos prevaleceu*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550>> Acesso em: 10 fev. 2019

Diante disso, observa-se que os princípios são a base do ordenamento jurídico, com isso, deve-se aplicar o princípio da boa-fé objetiva ao Decreto-Lei nº 911/69, tendo em vista que lei geral e lei especial se submetem aos princípios dos contratos, ainda que estes não estivessem presentes no texto da lei geral.

Por fim, o artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor, determina o “diálogo das fontes”, ao estabelecer que o direito do consumidor é maior que o Código de Defesa do Consumidor e este deve dialogar com as inúmeras normas inerentes aos vários aspectos da relação de consumo, tal qual o Dec. nº 911/1969.

Com isso, a expressão “diálogo das fontes” é hoje utilizada fortemente pelos tribunais estaduais e nos juizados especiais para indicar a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor com mais de uma lei geral ou especial.²⁷

Portanto, diante de todos os argumentos expostos ao longo do presente artigo, pode-se afirmar que a decisão do STJ foi um retrocesso, tendo em vista que não aplicar a teoria do adimplemento substancial a alienação fiduciária em garantia é uma medida desproporcional diante de todas as parcelas pagas pelo devedor, bem como que o princípio da boa-fé objetiva se aplica a todo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia.

Destaca-se que o tema é objeto de discussão, pois de um lado o Superior Tribunal de Justiça entende pela não aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia; de outro, parte da doutrina entende pela sua aplicação.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o tema ganha grande relevância na atualidade, pois o Brasil vive uma crise econômica, e por conta disso, muitos devedores não conseguem adimplir com as obrigações contraídas quando faltam infirmas parcelas para a obrigação ser concluída em um contrato de alienação fiduciária.

²⁷ ROCHA; JEREISSATI. op.cit., nota 5.

Ressalta-se que em muitas dessas relações aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, pois o credor fiduciário costuma ser uma instituição bancária, o que o configura como prestador de serviço.

Diante disso, o entendimento a que chegou este pesquisador é de que o REsp nº 1.622.555-MG que mudou a posição jurisprudencial acerca do tema foi um retrocesso, pois diante da falta do pagamento de infirmas parcelas, a busca e apreensão do bem seria uma medida extremamente desproporcional para o devedor, com isso, violaria a boa-fé objetiva, tendo em vista que se aplica a todo ordenamento jurídico.

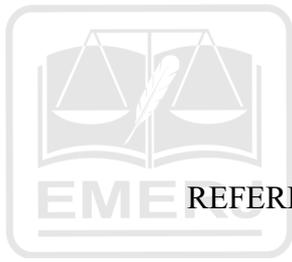
Dessa forma, o principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustenta-se na premissa de que mesmo que a teoria do adimplemento substancial não tenha previsão legal, esta é decorrente do princípio da boa-fé objetiva prevista em inúmeros diplomas legais, como por exemplo: o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil.

Além disso, é possível afirmar que por mais que o princípio da boa-fé objetiva não esteja previsto no Decreto-Lei nº 911/69, esse princípio deve ser aplicado, pois os princípios são a base do ordenamento jurídico, com isso, há um diálogo entre as fontes, ou seja, entre o princípio mencionado e a lei que regula a alienação fiduciária em garantia.

Outro ponto importante, é de que o Código de Processo Civil, prevê o princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no artigo 805 CPC/2015, razão pela qual o credor deve optar pelo meio que satisfaça seus interesses, mas que cause o menor ônus ao devedor.

Dessa forma, executar o devedor por meio de ação de busca e apreensão do bem objeto da alienação fiduciária demonstra-se como uma medida extremamente desproporcional e danosa ao devedor, quando estiver preenchido os requisitos para aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Portanto, frise-se que não deve ser fomentado o irresponsável inadimplemento por parte do devedor quando faltarem ínfimas parcelas, tendo em vista que a teoria do adimplemento substancial apenas deve ser aplicada quando preencherem os requisitos com base no princípio da proporcionalidade, pois se o devedor estiver de má-fé, não há que se falar na aplicação dessa teoria.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 361*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 586*. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 162*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Decreto Lei n° 911 de 1° de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 72*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2772%27>>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. *REsp n° 1.418.593-MS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094407/recurso-especial-resp-1418593-ms-2013-0381036-4-stj/inteiro-teor-25094408>>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.622.555-MG*. Relator: Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.622.555&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1581505/SC*. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+1581505 &aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CARTA FORENSE. *Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ - E o poder dos Bancos prevaleceu*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAVALCANTE, Márcio Andre Lopes. *Não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo DL 911/69*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado* / V. 45/2011 / p. 71 - 87 / Jan - Mar / 2011 DTR/2011/1117.

G1. *Número de inadimplentes chega a 61,8 milhões e bate recorde, diz Serasa*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/19/numero-de-inadimplentes-chega-a-618-milhoes-e-bate-recorde-diz-serasa.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2018.

ITALIA. *Código Civil*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>> Acesso em: 19 fev. 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012.

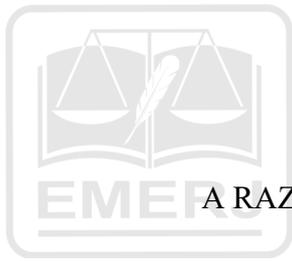
ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 104. ano 25. p. 449. São Paulo; Ed. RT, mar.-abr.2016.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A Teoria do Adimplemento Substancial e o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista de Direito Privado*. V. 45/2011 / p. 71 - 87 | Jan - Mar / 2011 DTR/2011\1117.

SILVA, Clóvis Couto e. *Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980, p. 56. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/nao-se-aplica-teoria-do-adimplemento.html>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das Coisas. 9. ed. V. 4 rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Manual de direito civil*. volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.



A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Carla Torres Zaganelli

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Advogada. Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo trata do significado contemporaneamente atribuído ao princípio da razoável duração do processo e aborda os diversos aspectos da implementação da inteligência artificial nos processos judiciais. O assunto escolhido é de extrema relevância, pois o processo é o instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição e assegura o exercício dos direitos constitucionais à sociedade. Podemos afirmar que um processo excessivamente demorado não traz a justiça e não permite que a sociedade coloque em prática os seus direitos. O trabalho estuda também como o desenvolvimento da tecnologia trouxe uma nova realidade para a área jurídica e, nesse contexto, a utilização da inteligência artificial pode ser a resposta para solucionar a demora na prestação jurisdicional ou, pelo menos, melhorar o tempo de tramitação do processo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Razoável duração do processo. Inteligência Artificial.

Sumário: Introdução. 1. Controvérsias quanto ao princípio da duração razoável do processo civil. 2. O desenvolvimento tecnológico no processo civil. 3. Como a inteligência artificial pode ser utilizada para tornar o processo civil mais célere e eficaz. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conceito atual do princípio da razoável duração do processo, o desenvolvimento tecnológico e a possibilidade de a inteligência artificial diminuir o tempo de tramitação do processo civil.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a controvérsia sobre qual seria o conceito de “tempo razoável” para a duração de um processo. Em um mundo com a quantidade e velocidade de informação cada vez mais intensa, muito se tem discutido sobre a morosidade do judiciário brasileiro e, como bem disse o professor Rui Barbosa¹, “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”. Se o Poder Judiciário não puder

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

levar a justiça às relações humanas nem recompor conflitos, não está assegurando os direitos à sociedade.

No segundo capítulo, procura-se demonstrar o desenvolvimento trazido pela tecnologia e as melhorias já implementadas ao sistema jurídico brasileiro.

Alguns projetos estão em andamento e possuem a finalidade de diminuir o tempo do processo. O projeto do Supremo Tribunal Federal (Victor), o processo eletrônico, Sinapse, Victoria, Zello são alguns exemplos de aplicação das ferramentas de tecnologia no direito atualmente.

Além disso, a inteligência artificial e o desenvolvimento tecnológico devem ser vistos como uma contribuição para eficácia da jurisdição, trazendo muitos benefícios, como: maior produtividade, rapidez, custos menores, auxílio nas tarefas demoradas e complexas, dentre outros.

Vale mencionar ainda que as máquinas não vêm para substituir os humanos, mas são ferramentas que colaboram com a diminuição das horas trabalhadas e trazem celeridade ao sistema jurídico, que possui um volume cada dia maior de processos.

No terceiro capítulo, serão abordadas as possibilidades de diminuição do tempo de tramitação do processo civil com a aplicação e utilização da inteligência artificial.

Na prática, os volumes de dados gerados e armazenados no computador e a quantidade de processos têm aumentado bastante nos últimos anos. A organização e gestão desses dados e processos podem ser feitas de forma automática pelas ferramentas de inteligência artificial. O sistema realiza tarefas repetitivas, por exemplo: identifica padrões (processos, jurisprudências e decisões semelhantes), analisa documentos de forma precisa e rápida. Com as informações relevantes à disposição, o magistrado tem a possibilidade de decidir mais rapidamente no caso concreto.

Por isso, o presente trabalho busca analisar uma maneira de a inteligência artificial ser utilizada como instrumento para melhorar o problema da morosidade e agilizar a decisão no processo civil, uma vez que o dever do Estado não está em garantir o acesso ao judiciário apenas, mas sim em assegurar os direitos constitucionais, trazendo a devida solução para as demandas.

Por fim, 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. A abordagem desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da biografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO CIVIL

O princípio da razoável duração do processo, estabelecido na Constituição Federal², no art. 5º, LXXVIII, determina que “...a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, bem como o Código de Processo Civil, no artigo 4º, dispõe que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

O Pacto de San José da Costa Rica³, no art. 8º, I assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Estabelece o direito a toda pessoa de ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, definido em lei previamente. O Brasil, como signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, deve observar todos os seus dispositivos. No entanto, essa previsão é de natureza programática, sendo apenas diretrizes traçadas pelo legislador.

Além disso, o art. 6º, do Código de Processo Civil⁴, estabelece que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988⁵ instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar, dentre outros, os direitos sociais, individuais e o exercício da justiça, concretizando direitos e garantias fundamentais. O número de processos teve um grande aumento após 1988, pois as pessoas buscavam mais seus direitos, contudo, a estrutura do sistema jurídico era burocrática, morosa e estava despreparada para o grande volume de informações.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

³ BRASIL. *Pacto San José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 ago.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁵ Ibid.



A garantia de acesso à justiça é um direito constitucional, porém, o meio de efetivá-la é processual. Disso resulta a importância do processo civil e a preocupação por uma eficiente prestação jurisdicional para a defesa e proteção dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. Além de celeridade e qualidade, a prestação jurisdicional precisa garantir segurança ao cidadão, uma previsibilidade no tratamento de pessoas que estejam na mesma situação para evitar o sentimento de “injustiça”.

Alexandre Câmara⁶ afirma que a “jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta”. Assim, cabe ao juiz “dizer o direito”, como define Rodolfo Hartmann⁷, ou seja, verificar qual o direito aplicado ao caso concreto.

Dessa forma, o processo é o instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição, assegura o exercício do direito e a pacificação social. Uma prestação jurisdicional eficaz é um dos objetivos a serem alcançados no Estado Democrático de Direito, se adequando às modificações sociais, ao avanço tecnológico, aumento da velocidade das informações, desenvolvimento científico, ao surgimento de novos conflitos e, ainda assim, ser célere, garantir direitos fundamentais e segurança jurídica. Cenário difícil de alcançar, mas possível.

O princípio da razoável duração do processo convive com os outros princípios constitucionais, como: princípio do devido processo legal, princípio da igualdade de tratamento, contraditório e ampla defesa, direito de ação, segurança jurídica, celeridade e efetividade do processo. Poderá ser sacrificado, porém, o princípio da razoável duração do processo (por não ter caráter absoluto) quando outros bens, valores ou interesses dignos de proteção assim o justificarem. O problema, no entanto, quando este princípio da razoável duração é relativizado por interesses pessoais ou por motivos outros sem qualquer relevância para o direito.

Questão relevante é quanto aos critérios que o magistrado deve se considerar para fixar o tempo razoável para a duração de um processo. Costuma-se recorrer aos já tradicionais critérios estabelecidos pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, quais sejam: a) natureza e complexidade do caso concreto; b) comportamento das partes (ninguém pode se valer de sua própria torpeza, assim, a parte que deu causa a dilação indevida não pode querer se beneficiar do

⁶ CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 30.

⁷ HARTMANN, Rodolfo. *Novo Processo Civil*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016, p.10.



fato); e, c) comportamento das autoridades envolvidas. Dessa forma, a definição de razoável duração só pode ser estabelecida de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No entanto, a sociedade não aceita que problemas estruturais do sistema jurídico sejam dadas como justificativa para a demora no julgamento do processo, quando a tecnologia permite, por exemplo, fazer um vídeo e conversar com uma pessoa do outro lado do mundo instantaneamente. Dessa forma, a possibilidade de frustração diante de uma expectativa não correspondida gera um descrédito no potencial efetivo do direito. O jurisdicionado não entende a atividade cognitiva do juiz (com a grande demanda de processos), ele anseia a proteção de seus direitos.

Nesse sentido, a morosidade ou lentidão da Justiça é apontada como o maior problema da Justiça. A velocidade das mudanças sociais e tecnológicas são maiores do que as condições de adaptação da estrutura das instituições públicas. A necessidade de duração razoável do processo decorre dos anseios de uma sociedade cada vez mais dinâmica, que utiliza a tecnologia em várias áreas da vida cotidiana.

Para obter um devido processo e a sua efetiva jurisdição, o processo deveria ser visto como um mero instrumento e não fim em si mesmo. Nesse sentido a doutrina diverge, porém, Eduardo Cambi⁸ ao analisar a instrumentalidade do processo, afirma:

(...) a instrumentalidade do processo, relativizando o binômio substance-procedure, permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual. Este viés metodológico do neoprocessualismo, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado (...).

O princípio processual da eficiência, conforme afirma o ministro Luiz Fux⁹, está “voltado à observação quanto ao escorreito cumprimento dos desígnios da jurisdição através o processo; vale dizer: resposta judicial tempestiva, adequada e justa”.

Portanto, o presente capítulo demonstrou que não basta dizer que é garantido aos cidadãos o acesso à justiça, se ela não for justa, eficaz e em tempo razoável, uma vez que um processo excessivamente demorado não traz a justiça e não permite que a sociedade exerça seus direitos.

⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: <www.panoptica.org>. Acesso em: 20 ago. 2018, p 38.

⁹ FUX, Luiz. *Juizados especiais: um sonho de justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/755>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

2. O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NO PROCESSO CIVIL

A evolução das formas da realização do processo são observadas no decorrer dos anos, na história. Os princípios e objetivos do processo civil se mantêm, de realizar a justiça, efetivar os direitos constitucionais e guardar a paz social.

Dessa forma, em um ambiente de constantes mudanças, é necessário que as instituições públicas desenvolvam ações que possibilitem lidar com os desafios que se impõem, com o objetivo maior de melhorar os serviços prestados ao cidadão. O serviço público precisa estar voltado, a todo momento, para os interesses da sociedade como um todo.

O direito, portanto, precisa ser relido à luz desta nova sociedade e, como podemos observar, não é possível mais separar o processo civil e a tecnologia.

Nesse cenário, o que se entendia por tempo razoável do processo, após os avanços tecnológicos, não pode mais ser visto da mesma forma. A rapidez para a realização de tarefas é muito superior atualmente e a expressão “razoável duração do processo” precisa ser interpretada com as devidas adaptações ao novo tempo.

A evolução da garantia da justiça, segundo Mauro Cappelletti¹⁰, é definida como:

O estudioso do processo e o aplicador das normas processuais têm, necessariamente, de ir além da dogmática jurídica, além dos conceitos e categoriais exclusivas do Direito. Têm de dar ouvidos a todo o clamor que se ouve no meio socioeconômico sobre o qual o Direito Processual deve atuar. Somente assim se conseguirá dar ao processo e às normas que o regem força de garantir, e não apenas de declarar, direitos na vida social. E será assim que – como, de fato, vem ocorrendo na sensível transformação do Direito Processual de nosso tempo – conseguir-se-á realizar o ideal de “acesso à Justiça”, preocupação que, necessariamente, ocupa “o ponto central da moderna processualística.

Desde que a máquina de escrever foi substituída pelo ambiente digital, há insegurança natural de períodos de mudanças. A sociedade precisará passar por um período de adaptação e habituar-se às novas tecnologias. Outro desafio importante é a segurança da informação, já que o armazenamento dos dados feito nas “nuvens” pode não garantir a segurança e o interesse público devidamente. No entanto, é importante ter em mente que o aprimoramento na forma de prestar serviços na área jurídica é necessário e benéfico a todos, promovendo o acesso a informação e a desintermediação entre pessoas, bens e serviços.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 25.

Além das adaptações necessárias, conforme mencionado acima, é preciso enfrentar os desafios atuais visando: o aumento da eficiência; desburocratização e flexibilização de procedimentos; redução de custos; maior qualidade e celeridade de processos e de gestão. Ademais, é preciso atualizar a legislação, tornando-a compatível com as novas tecnologias, formas e técnicas de gestão da sociedade contemporânea. Há uma perceptível convergência entre as exigências da sociedade, no interesse de criar mecanismos que garantam um processo justo e célere.

Segundo o recém divulgado Relatório Justiça em Número 2018¹¹ (ano base 2017), anualmente publicado pelo CNJ, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões (18,1%), estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Em razão desse expressivo volume, não há dúvida de que os operadores do direito precisam buscar meios de aperfeiçoar o andamento do processo e a solução de demandas.

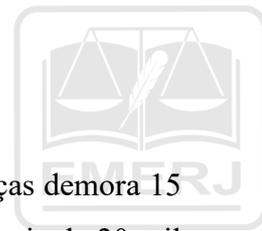
Para tanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) testa a ferramenta de inteligência artificial para reduzir a quantidade de processos nos tribunais brasileiros. O presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Dias Toffoli, afirmou que o Projeto Victor, iniciado em 2017, já é capaz de rastrear com precisão e rapidez ações com relevância econômica, política, social ou jurídica.

O projeto de inteligência artificial do Supremo Tribunal Federal identifica determinadas ações e, quando um desses processos é julgado, todos os demais processos semelhantes e a ele vinculados pelo instituto da repercussão geral podem ter o mesmo desfecho. A ferramenta do projeto Victor responsável pela identificação de processos de repercussão geral é um mecanismo que converte imagens em texto, o que melhora e dinamiza a avaliação dos processos. Segundo Dias Toffoli:

O trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos. Nossa ideia é replicar junto aos Tribunais Regionais Federais (TRFs), aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais do Trabalho, enfim, trata-se de uma ferramenta para toda a magistratura.¹²

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>>. Acesso em: 5 jan. 2019.



O STF recebe em torno de 80 mil processos por ano e a classificação de peças demora 15 minutos em média, utilizando a ferramenta de tecnologia. Os resultados são: economia de 20 mil horas de trabalho e 2 milhões de reais no ano, conforme dados informados no Fórum de Inteligência Artificial na Administração Pública.¹³

Além do projeto Victor¹⁴ em andamento (até o momento com eficiência de 94%), existem os meios alternativos de autocomposição e soluções de conflitos digitais que acompanham a realidade do processo eletrônico no Poder Judiciário. O chamado “online disputes resolutions” (ODR) é um exemplo de autocomposição digital.

Já o processo eletrônico, resultado da informatização dos tribunais, fez com que o processo ficasse mais célere. O ganho imediato para a sociedade é a velocidade de tramitação do processo, cinco vezes mais rápida do que a do processo convencional de papel, cuja economia se dá também em termos de dinheiro. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no relatório Justiça em Números¹⁵, indica que o percentual de adesão ao processo eletrônico já atinge 79,7% dos casos.

Outro exemplo de informatização é o malote digital, para comunicação interna que permite a troca eletrônica de correspondências entre diversos órgãos do Poder Judiciário, aprovado pelo CNJ. As intimações da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deverão ser feitas preferencialmente por meio do Sistema malote digital, observando as exceções previstas. Assim, o malote digital foi criado para possibilitar comunicações recíprocas, oficiais e de mero expediente.

O Projeto Corpus número 927¹⁶, que foi desenvolvido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) em parceria com o Superior Tribunal de Justiça, consolida a base de dados, em um só local, as decisões vinculantes, enunciados e orientações que trata o artigo 927 do CPC¹⁷, centralizando as jurisprudências do STF e do STJ. Todas essas informações estão disponíveis na lei pesquisada no site do projeto.

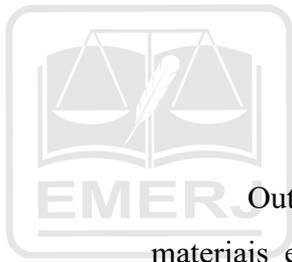
¹³ FÓRUM DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2018, Brasília. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=q5K2DKJN1QQ>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁶ BRASIL. *Projeto Corpus927*. Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.



Outro exemplo é o auditor digital do Tribunal de Contas da União, que reconhece os erros materiais em sentenças, acórdãos e pareceres reduzindo custos e horas de trabalho. O robô responde a dúvidas sobre a atuação da Corte de Contas e é possível saber, por exemplo, quais gestores tiveram as contas julgadas irregulares e podem ser considerados inelegíveis.

Cabe citar ainda, a Victoria¹⁸, que está em desenvolvimento para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A *judicial artificial intelligence* é uma robô desenvolvida para agilizar atividades cartorárias, interpretar petições, realizar fluxos de bloqueios eletrônicos e é responsável pelas tarefas repetitivas e de baixa complexidade, fazendo com que, cada vez mais, os esforços humanos possam ser direcionados para atividades mais relevantes. Os resultados são: redução em 2/3 do tempo médio de tramitação processual, precisão maior que 99% para realizar o fluxo de bloqueios eletrônicos e propostas de minutas das decisões; maior disponibilidade dos servidores para dedicação aos processos mais complexos; redução de gastos com pessoal. Em resumo, traz uma expressiva redução de gastos dos tribunais e aumento da eficiência na tramitação de processos. O robô Victoria analisa um processo em 25 segundos, com duração total do processo de 3 dias (com precisão de 99%) enquanto uma pessoa realizaria o mesmo trabalho em 35 minutos ou 2 anos e meio por processo (com a precisão de 80% a 90%), o que trouxe 18 milhões em economia de pessoal; 32 milhões de arrecadação direta para o credor e mais de 2 milhões de arrecadação para o tribunal.

Ademais, o sistema Sinapses¹⁹, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, proporciona mais celeridade ao processamento das ações judiciais por meio de um mecanismo de predição. Enquanto o servidor ou magistrado elabora um texto ou uma peça jurídica, o Sinapses aponta qual o movimento processual adequado para o caso, após pesquisar em segundos centenas de processos semelhantes já julgados. É o sistema de computação cognitiva que usa redes neurais artificiais, inspiradas no funcionamento do sistema nervoso central humano, para identificar padrões semelhantes e reagir conforme o fluxograma processual e as necessidades dos usuários. A ideia da ferramenta a ser criada é simular o comportamento e o raciocínio humanos, criando análises, compreendendo e obtendo respostas para diferentes situações, rotinas e processos.

¹⁸ BRASIL. *Legalabs*. Disponível em: < <https://legalabs.com.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁹ FÓRUM DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *op.cit.*, nota 13.

Medidas estão sendo adotadas pela justiça nos últimos anos para reduzir o tempo que o cidadão espera por uma decisão judicial. Conforme o relatório do CNJ, “Justiça em Números”, o País possui 80 milhões de processos pendentes de julgamento, os juízes julgam cada vez mais e cresceu muito a tramitação informatizada dos processos judiciais.

Assim, o presente capítulo demonstrou que a tecnologia trouxe uma nova realidade e nos obriga a mudar a forma de realizar tarefas, adaptando o processo civil aos novos tempos. O direito não pode ficar parado no tempo nem conseguirá evitar os avanços trazidos pelo desenvolvimento da tecnologia. A tendência para o futuro (próximo) é cada vez mais a implementação da tecnologia e da inteligência artificial na vida jurídica, nos seus procedimentos e processos.

3. COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE SER UTILIZADA PARA TORNAR O PROCESSO CIVIL MAIS CÉLERE E EFICAZ

É notório o avanço da tecnologia em todos os setores na sociedade, inclusive nos setores mais tradicionais, como é o caso da área jurídica. É também crescente o espaço que vem sendo ocupado pelas lawtechs no cenário das startups brasileiras e são elas que buscam criar, desenvolver e oferecer serviços para atender às demandas de todos que, de uma forma ou de outra, necessitam da proteção judicial.

Ao processo de hoje não pode ser aplicado o mesmo raciocínio adotado pelos romanos, com extremo apego ao formalismo. O viés social do processo não é compatível, nos dias atuais, com a burocracia exagerada.

É necessária a adequação dos padrões à realidade social e tecnológica, e, consequentemente a contemporaneidade ao judiciário.

Pois bem, as aplicações da inteligência artificial são redes neurais artificiais, inspiradas no funcionamento do sistema nervoso central humano, que identificam padrões semelhantes e reagem conforme o sistema processual e as necessidades de seus usuários.

A Associação Brasileira de Lawtech e Legaltech²⁰ (AB2L), visa organizar o setor de tecnologia voltado para o mercado jurídico para ganhar eficiência. Todos aqueles que participam

²⁰ LEGALTECHS. *Associação brasileira de lawtechs e legatechs*. Disponível em: <<https://www.ab2l.net.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.



da área jurídica, seja em qual esfera for, precisam se adaptar à realidade tecnológica e, em algum momento, utilizar a inteligência artificial. O objetivo é a redução de custos e de tempo de tramitação do processo utilizando serviços automatizados e eficientes, para que os profissionais possam dedicar seu tempo na resolução de problemas realmente complexos.

Vale mencionar as diferenças entre direito digital, automação e inteligência artificial. O direito digital é a aplicação da tecnologia aos ramos do direitos, não é uma área do direito. É o resultado do uso da tecnologia no direito, empregando novas tecnologias. Nesse sentido, podemos citar as leis: Lei de proteção de dados pessoais, Lei nº 13.709/2018²¹; Portaria Interministerial nº 147/1995²², que cria o Comitê Gestor Internet do Brasil - CGI.br; Lei nº 9.609/1998²³, a nova Lei do Software; Lei nº 11.419/2006, Lei de Informatização do Processo Judicial²⁴; e, o Marco Civil da Internet²⁵ (Lei nº 12.965/2014).

Já a automação, temos como exemplo o processo eletrônico, que organiza as informações pela digitalização e a cria a sequência de atos por meio de um workflow e nesse ambiente digitalizado (pela automação) é que são gerados os dados, compartilhados às partes. Somente a organização das informações, ou seja, somente o cadastro já é capaz de melhorar o tempo de tramitação do processo. O Tribunal de Justiça de São Paulo avaliou o tempo de tramitação padrão do processo em 800 dias, com o processo eletrônico diminuiu para 150 dias o tempo do processo. A inteligência artificial é uma ferramenta inovadora e vasta que serve para organizar informações e atividades repetitivas ou que demonstrem determinando padrão e precisam de desenvolvimento contínuo.

O sistema cognitivo do robô compreende 4 etapas²⁶:

1ª: o aprendizado da máquina, quando “entende” a linguagem que o especialista inclui em sua base de dados;

2ª: o sistema de reconhecimento de padrões;

²¹ BRASIL. *Lei sobre a proteção de dados pessoais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²² BRASIL. *Portaria Interministerial nº 147/1995, que cria o Comitê Gestor Internet do Brasil - CGI.br*. Disponível em: <https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias_interministeriais/migracao/Portaria_Interministerial_MCTMC_n_147_de_31051995.html>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²³ BRASIL. *Lei sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁴ BRASIL. *Lei de Informatização do Processo Judicial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁶ FÓRUM DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. op.cit., nota 13.

3ª: sistema de recuperação de informações, quando o robô indica sozinho as tendências ensinadas pelo especialista;

4ª: processamento de linguagem natural (percepções de áudio, imagens).

Com todas essas informações “aprendidas” pelo sistema, ele entende e indica as informações relevantes. Desse modo, serão utilizadas para questões repetitivas e mecânicas, e menos úteis para assuntos sui generis, que requeiram análises mais subjetivas.

No geral, o uso de conceitos de ciência de dados e técnicas de inteligência artificial são diversos, tais como:

1º: identificação de temas para utilização do instituto de IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas;

2º: estudos sobre temas específicos, com identificação de todos os julgados sobre o assunto determinado;

3º: organização de dados para analisar escritórios de advocacia, tendências de julgamento, valor ideal de acordo, provisão;

4º: organização de dados para melhor leitura dos processos;

5º: existe mais transparência e maior previsibilidade das decisões judiciais;

6º: menores custos, pois são tarefas padronizadas;

7º: uma base de dados compartilhada ao sistema de adoção no Brasil, organizando o cadastro e realizando um “ponto de encontro” entre aqueles que querem adotar e as crianças, como um cruzamento dos dois bancos de dados (ciência de dados); e,

8º: sistema de busca e aproximação de pessoas ajudará a expandir o serviço de informação jurídica.

As técnicas de inteligência artificial, criadas nos anos 1950, podem ser utilizadas de várias maneiras, mas por enquanto se limita a definição de padrões a partir da análise de muitos dados e necessita da interação constante com quem tem experiência naquele assunto específico.

É possível incluir informações de processos no software e treinar para que o robô reconheça os assuntos repetidos. Além disso, seria como se alguém tivesse que explicar para a máquina o que são partes, CPF/CNPJ, endereço, decisão, enfim, todas as informações contidas em um processo.

Passado esse momento, o sistema identifica sozinho os assuntos que estão em sua base de dados e classifica as informações úteis no caso, solicitadas pelo usuário. O software grava e



identifica todos os padrões de linguagem, decisões e busca os dados para nos indicar onde estão e quais são as decisões semelhantes.

Essa é uma das técnicas de inteligência artificial, chamada processamento de linguagem natural, que funciona em conjunto com a aprendizagem de máquina e ultrapassa o modelo de buscador de palavras para levar em consideração a semântica, o contexto, o sentido da frase. Como é observado nos sites de busca na internet, esses são uma ferramenta de agrupar dados semelhantes (que estão em sua base de dados). No caso dos processos, o robô consegue classificar o que é uma decisão, se ela é igual ou parecida com outras e quantas são procedentes ou improcedentes, quais os fundamentos e leis utilizadas e agrupa em assuntos para melhor identificação.

Assim, na área jurídica, o benefício e a rapidez estará quando o robô processa grande volume de informações e informa jurisprudência, decisões anteriores, tendência de julgamentos, até mesmo quais as características daquele julgador em casos semelhantes.

A aplicação para magistrados está na possibilidade de o robô fazer o resumo do processo, reconhecer, organizar as informações relevantes para ajudar na melhor tomada de decisão. Ainda, informar a tendência de decisões sobre determinado assunto durante os anos, e quais as leis aplicadas ao caso em processos semelhantes (se o entendimento jurisprudencial mudou ou permanece o mesmo ao longo do tempo).

Separando as tarefas do robô (repetitivas) e do magistrado (mais complexas), a decisão final será sempre do ser humano. A ferramenta apresentada nesse trabalho tem a intenção de auxiliar o trabalho e facilitar o acesso às informações (jurisprudências, leis, artigos, argumentos relevantes das partes) mais rapidamente para a decisão do caso concreto.

Alinhado a esse interesse, a inteligência artificial pode auxiliar também no estudo de todos os casos julgados no país sobre determinado assunto, o que garante uma visão melhor sobre os reais problemas da sociedade. Um dos maiores benefícios dessa nova ferramenta é entender quais os problemas sociais de maior relevância e a melhor forma de solucioná-los.

Embora os benefícios sejam variados, nada é tão simples. Correlacionar decisões de processos que estão disponíveis apenas no site de cada tribunal individualmente (não estão integrados nem uniformizados) será uma tarefa complexa e longa. Não há padronização de processos cíveis em todo o país e, no momento, ainda não temos dados organizados para que essas ferramentas funcionem com todo o seu potencial. De qualquer maneira, verifica-se que a

tecnologia nos trouxe um mundo de transformação e será preciso fazer adaptações para essa nova realidade.

Incontestavelmente, a inteligência artificial se trata de uma inovação, pois quebra paradigmas e cria uma nova visão do processo e, especialmente, de como prestar a efetiva resposta aos problemas que surgem na sociedade em tempo razoável.

Por fim, esse estudo não tem a intenção de esgotar o tema, mesmo porque existem muitas possibilidades para a inteligência artificial no processo civil e as modificações estão apenas no início. Portanto, a partir de uma justiça auxiliada pela tecnologia e a inteligência artificial, uma melhor produtividade processual pode ser desenvolvida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer uma reflexão sobre a morosidade e necessidade de obediência ao princípio constitucional da razoável duração do processo para alcançar a melhor prestação jurisdicional.

Apontou-se que a inteligência artificial é uma plataforma para organizar dados do processo para o robô sozinho leia, reconheça as informações relevantes e auxilie a tomada de decisão. Ademais, viu-se que o sistema realiza tarefas repetitivas, identifica padrões semelhantes, analisa documentos de forma precisa e rápida e reduz do tempo dos processos.

A ferramenta apresentada por esse artigo não julgará processos, apenas aumentará a velocidade de tramitação, atuando na organização e procedimentos repetitivos para a avaliação final dos juízes. Ou seja, não se trata da substituição do advogado ou do juiz, mas sim de auxiliar e otimizar algumas de suas demandas, desvencilhando seu tempo para atribuições puramente intelectuais.

É forçoso reconhecer que a sociedade precisa se adequar a nova realidade que vem sendo guiada pela desenvolvimento tecnológico e pela busca de soluções rápidas, eficazes e de baixo custo. No mundo atual, com milhares de informações geradas a cada segundo, já começou a se tornar difícil prestar qualquer tipo de serviço sem o apoio da tecnologia. Ainda mais no ambiente jurídico, que sempre teve como base do trabalho a pesquisa, a tendência da jurisprudência e das decisões.

Conforme visto neste trabalho, há diminuição de tempo de tramitação do processo civil com a aplicação de sistemas como automação (processo eletrônico) e a inteligência artificial, que tendem, conseqüentemente, descongestionar o Poder Judiciário, que recebe um grande volume de novas ações diariamente. Foi apresentado alguns sistemas de automação e inteligência artificial em andamento no país, como o Victor, Projeto Corpus 927, Zello, Victoria, Sinapse, dentre outros. Em consequência, como visto, há uma diminuição expressiva do tempo de duração do processo civil.

Dessa forma, o presente trabalho buscou analisar a importância e efeitos práticos da inteligência artificial para alcançar a solução do processo em tempo razoável. O dever do Estado não está em garantir o acesso ao judiciário apenas, mas sim em assegurar os direitos constitucionais e a solução das demandas efetivamente.

Em um mundo com a quantidade e velocidade de informação cada vez mais intensa, o direito não pode ficar parado no tempo.

Além disso, a sociedade também possui interesse na criação de mecanismos que garantam um processo justo e célere e, de fato, investimentos já estão sendo feitos para uma maior utilização da tecnologia na tramitação do processo civil.

Portanto, verificou-se neste estudo que a inteligência artificial possui um grande potencial para melhorar o problema da morosidade do sistema jurídico brasileiro e aperfeiçoar a prestação jurisdicional, porém, há bastante trabalho pela frente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; PERRONE, Patrícia. *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Disponível em: <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Pacto San José da Costa Rica*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 ago.

_____. *Legalabs*. Disponível em: <https://legalabs.com.br/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei de Informatização do Processo Judicial*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei sobre a proteção de dados pessoais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, a Lei Carolina Dieckmann*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

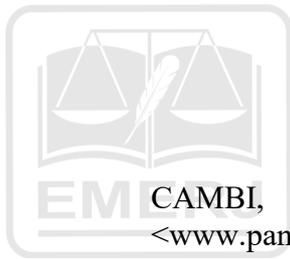
_____. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Portaria Interministerial nº 147/1995, que cria o Comitê Gestor Internet do Brasil - CGI.br*. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias_interministeriais/migracao/Portaria_Interministerial_MCTMC_n_147_de_31051995.html. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Projeto Corpus927*. Disponível em: <http://corpus927.enfam.jus.br/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>. Acesso em: 5 jan. 2019.

CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.



CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: <www.panoptica.org>. Acesso em: 20 ago. 2018.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FÓRUM DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2018, Brasília. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=q5K2DKJN1QQ>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

FUX, Luiz. *Juizados especiais: um sonho de justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/755>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GILBERTO, João. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Universidade de São Paulo. Teses de doutorado USP. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde17112011085839/publico/microsoft_word_tese_doutorado_joao_gilberto_filho.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

HARTMANN, Rodolfo. *Novo Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2016.

LEGALTECHS. *Associação brasileira de lawtechs e legatechs*. Disponível em: <<https://www.ab21.net.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MATSUURA, Lilian. *Processo eletrônico força a modernização da justiça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-21/lei_processo_eletronico_forca_modernizacao_justica>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ZAVAGLIA, Alexandre. *A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018 - Parte I*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Carlos da Costa Mendes

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo – a aceitação da produção de provas ilícitas na seara do processo penal é palco de grandes discussões e, portanto, tema de alta relevância. Com o passar do tempo, a visão que antes era, simplesmente, baseada no aspecto textual da norma, passa a ceder diante da maior influência dos aspectos constitucionais que envolvem o tema. Cada vez mais se percebe que o princípio da proporcionalidade é usado como instrumento de grande valia para o operador do direito, visto que possibilita extrair as peculiaridades do caso concreto e, conseqüentemente, tomar a melhor decisão. A essência do presente trabalho é abordar a viabilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como critério interpretativo para possibilitar que provas ilícitas sejam produzidas, sem, contudo, se desprender dos valores constitucionais e da própria razão de ser da vedação legal insculpida no Código de Processo Penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à possibilidade, com base no CPP, de aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas em benefício do réu. 2. Princípio da Proporcionalidade: uma análise sobre a (in)compatibilidade entre as suas possíveis faces. 3. Princípio do Devido Processo: vetor de preponderância ou de submissão ao direito de liberdade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir a possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade na produção de provas ilícitas no Direito Processual Penal. Procura-se, assim, debater, de maneira crítica, a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de ponderação entre a proibição de prova ilícita no direito processual penal e a flexibilização dessa vedação quando, no caso concreto, a única possibilidade do acusado em ter sua inocência comprovada for a utilização dessa prova.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVI, positiva, como direito fundamental, a vedação de provas obtidas por meio ilícito. Tal direito representa, de forma inequívoca, um reflexo da ordem democrática, já que limita o poder inquisitorial do Estado. Contudo, o contexto social hodierno, em muitos casos, se depara com a dificuldade de produção probatória, observados os requisitos legais. Diante disso, a única oportunidade do acusado em ver a sua



inocência comprovada é por meio ilícito de produção de provas.

Dessa forma, há um flagrante embate entre a vedação de prova ilícita e a comprovação da inocência do acusado, já que tais valores apresentam a mesma importância para ordem constitucional. Com efeito, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado como um meio de ponderação de princípios de forma a se verificar qual deles deve preponderar no caso concreto e qual é flexibilizado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com as controvérsias existentes sobre a plausibilidade em sustentar que o Código de Processo Penal permite uma abertura hermenêutica para a aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas em benefício do réu, de modo que o intérprete verifique, no caso concreto, aquilo que mais beneficia o réu, sem prejudicar, contudo, os preceitos básicos do processo.

De forma subsequente, no segundo capítulo, analisa-se o Princípio da Proporcionalidade, sob dois vieses, ou seja, como uma flexibilização de direitos fundamentais, insuscetíveis de relativização, ou como meio de evitar abusos e garantir uma aplicação harmoniosa de princípios com a mesma envergadura constitucional, de forma que objetiva-se concluir pela preponderância do segundo sobre o primeiro.

O terceiro capítulo busca apontar se o princípio do Devido Processo Legal, limitador do arbítrio estatal, possui prevalência sobre o Direito à Liberdade, que se coaduna com a presunção de inocência balizadora do cenário constitucional atual. Desse modo, conclui-se pela prevalência do Direito à Liberdade, já que é o valor mais valioso ao ser-humano.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador elege um grupo de assertivas hipotéticas, as quais acredita possuir validade argumentativa e se compatibilizar com o tema ora tratado, de modo a refutá-las ou concorda-las argumentativamente.

Diante disso, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador pretende se valer de um amplo conjunto de obras bibliográficas referentes ao tema analisado, bem como da jurisprudência e da legislação que tocam na temática em foco.

1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELA ABERTURA HERMENÊUTICA CONFERIDA AO DISPOSITIVO LEGAL.

Conforme ensina professor Gustavo Badaró¹, as provas ilegais se subdividem em dois tipos: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. As primeiras são derivadas de violações de direito material ou de garantias constitucionais, enquanto as segundas são oriundas do desrespeito de normas processuais.

Tal distinção, em que pese ser cristalizada na doutrina, não ganha maior importância prática, haja vista que o legislador, no artigo 157, do Código de Processo Penal² trouxe apenas a vedação de provas ilícitas, sendo essas entendidas como as obtidas da violação de normas constitucionais ou legais.

Nesse sentido, destaca Renato Brasileiro³ que o legislador, ao definir o conceito de provas ilícitas, não foi técnico o suficiente, haja vista não ter definido se o termo “legais” deve ser interpretado como violação de direito material ou de direito processual. Acrescenta o autor que diante desse silêncio legislativo duas correntes doutrinárias se formaram.

A primeira, defendida por autores como Guilherme Nucci e Luiz Flávio Gomes⁴, afirma que será considerada ilícita a prova que viole normas atinentes tanto ao direito material quanto ao direito processual. Nesse sentido, portanto, percebe-se que tal corrente atribui um sentido amplo ao dispositivo legal.

A segunda corrente capitaneada por Renato Brasileiro⁵ sustenta que a interpretação deve se dar de forma restritiva, ou seja, deverá ser considerada como provas ilícitas tão somente aquelas que não respeitem as normas de direito material. Para os adeptos dessa corrente, provas ilegítimas, por outro lado, estariam sujeitas a teoria da nulidade.

A razão, contudo, sob um olhar constitucional, parece estar com a primeira corrente. Observa-se que a vedação de provas ilícitas deve ser encarada, pelo intérprete, como uma

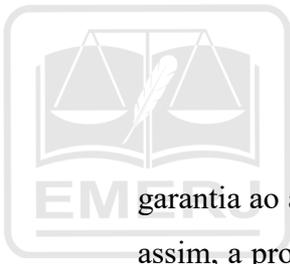
¹BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 405.

²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

³LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 622.

⁴GOMES; NUCCI apud Ibid., p. 622

⁵Ibid. p. 623.



garantia ao acusado e, por tal motivo, deve ser conferida a máxima efetividade. Deve-se rechaçar, assim, a produção probatória ineficiente e inescrupulosa que utiliza-se de subterfúgios de normas procedimentais para alcançar os resultados.

Com efeito, imprescindível perquirir se tal interpretação ampliativa merece ser encarada de forma absoluta, ou se há uma abertura hermenêutica apta a flexibilizar a aludida vedação. Em outros termos, busca-se analisar se a vedação expressa do artigo 157, do CPP⁶ é inflexível ou comporta mitigação.

Para isso, imperioso perquirir a razão da vedação legal. Ensina Aury Lopes Jr⁷ que os limites da atividade probatória surgem como consequência direta do grau de evolução do processo penal, típico de um Estado Democrático de Direito, acarretando no respeito da forma dos atos processuais como garantia ao próprio indivíduo. Com isso, não pode o acusado, sob o falso manto da busca da verdade real, ser vítima de provas violadoras de normas processuais ou materiais.

Isso quer dizer que a atividade probatória deve obedecer de forma plena aos requisitos previstos pelo legislador, sob pena da prova ser desentranhada nos autos e não usada para o convencimento do magistrado. Observa-se assim que o principal destinatário da proteção legal conferida é o próprio acusado.

Com efeito, possível concluir que a vedação da prova ilícita pode ser analisada sob dois vieses, o primeiro sob o viés da atividade probatória em que se estabelece restrições, de modo que essa se compatibilize com o Estado Democrático de Direito e sob o segundo viés que é o do acusado como titular da proteção conferida pelo ordenamento.

Sob o segundo viés, isto é, de forma a proteger o réu da relação de desvantagem que apresenta perante o acusador, é crível deduzir que haverá casos em que a vedação da prova ilícita não será, sobretudo, uma verdadeira forma de auxílio mas sim uma forma de claro prejuízo ao réu.

De modo a concretizar tal pensamento, imagina-se o caso em que a única prova apta a ensejar a absolvição seja oriunda de uma gravação ambiental clandestina que o réu fizera. Será que ele pode se utilizar de tal meio para afastar dos efeitos deletérios de uma condenação iminente ou terá que obedecer de forma rígida o previsto pelo legislador?

⁶BRASIL, op. cit, nota 02.

⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401.

Pacelli⁸ defende que para o caso acima ilustrado é necessário que esteja presente situação de relevância jurídica ou justa causa. Explica o autor que tal justa causa nada mais seria do que a própria justificativa validamente conferida e aceita pelo Direito para a produção de prova que é aparentemente ilícita, como no caso do estado de necessidade. Para ele portanto, não haveria qualquer empecilho legal, superando a redação expressa do dispositivo.

Na mesma linha, Ada Pellegrini⁹ entende que quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, será excluída a ilicitude da sua conduta por causas legais. Dessa forma, não haveria, para a autora, uma conduta propriamente ilícita, visto que afastada a antijuridicidade da colheita da prova.

Nesse cenário, factível constatar que a interpretação do artigo 157, do Código de Processo Penal¹⁰ deve ser realizada, não por um método interpretativo clássico, isto é, uma interpretação literal, mas sim, sob o feixe constitucional, se coadunando com o modelo pós-positivista.

Barroso¹¹ enumera três mudanças de paradigmas que abalaram a interpretação tradicional. A primeira se refere a superação do formalismo jurídico, com o conseqüente abandono da visão de que o Direito apresenta a solução de todos os problemas trazidos ao julgador, bem como de que a aplicação dessa solução seria a efetivação de uma justiça imanente. A segunda é o nascimento de uma cultura jurídica pós-positivista, na qual, verifica-se que a legislação, isto é, o comando legal, por si só, não é suficiente para resolução dos problemas, devendo o Direito procurar a solução em outros campos do conhecimento. Por fim, a terceira mudança é a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição, na qual todo o ordenamento jurídico deve passar pelo filtro constitucional, de modo a que se compatibilize com os seus valores e princípios.

Diante desse cenário, a afirmação de que a norma prevista no artigo 157, do Código de Processo Penal¹² comporta uma interpretação absoluta nega, por si só, o modelo pós-positivista na qual se vive atualmente. As regras não podem ser consideradas como um conjunto isolado de normas, mas devem conviver harmoniosamente com os outros princípios constitucionais capazes

⁸PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 184.

⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333-334.

¹²BRASIL, op. cit., nota 02.



de influenciar na sua interpretação.

Logo, o comando legal disposto no artigo 157, do Código de Processo Penal¹³ deve ser lido de modo não restrito, ou seja, a hermenêutica a ser utilizada deve ser ampliativa, de forma a comportar outros princípios constitucionais, mormente o da proporcionalidade. Com isso, será atribuída a centralidade da Constituição, propagando seus valores e reafirmando a vontade do constituinte originário que deve prevalecer sobre a do legislador.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE AS SUAS POSSÍVEIS FACES

O princípio da proporcionalidade, como ensina Leonardo Ribeiro Pessoa¹⁴, tem sua origem no século XII, influenciado, sobretudo, pelas teorias jusnaturalistas que predominavam na Europa e consagravam um conjunto de direitos anteriores ao próprio Estado e que deveriam assim ser respeitados. Em outras palavras, a aplicação desse princípio serviria de base para resguardar um núcleo intangível de direitos que não poderia ser violado por nenhum poder soberano.

O princípio da proporcionalidade, nessa perspectiva, deve ser observado como uma garantia indispensável ao sistema normativo de qualquer Estado de Direito. Não é possível pensar na concretização de direitos fundamentais desenhados no sistema constitucional sem um mecanismo para efetivá-lo em caso de uma eventual colisão.

Sabe-se que um direito positivado sem o respectivo mecanismo para a sua devida proteção é um direito pouco eficaz e, por conseguinte, muito violado. Ademais, em muitos casos, em que pese sejam assegurados meios adequados para a defesa dos direitos, esses direitos se chocam.

Explica-se melhor: no caso, por exemplo, de colisão entre o direito de intimidade de um agente público e o de informação, por parte da imprensa, sendo ambos direitos fundamentais, o direito que irá se destacar é aquele que, depois de passar pelo filtro do princípio da proporcionalidade, for mais consubstancial ao caso. Ora, é sabido que a intimidade é um direito

¹³Ibid.

¹⁴PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

intrínseco à personalidade e graças a ele a pessoa pode preservar a sua vida privada, de modo que não haja qualquer interferência alheia, ainda que estatal.

De outro lado, entretanto, o direito à informação é a chave mestra de um Estado Democrático de Direito. Se, no passado, o Brasil se deparou com momentos obscuros em sua história onde a informação e a imprensa eram constantemente censurados e reprimidos, o princípio da proporcionalidade seria o meio mais adequado para permitir que ambos os direitos, de alguma forma, sejam resguardados num eventual combate. Não seria proporcional, nesse sentido, que o repórter invadisse o domicílio do agente público, com o objetivo de obter informações aptas a serem noticiadas. Noutra giro, também não seria proporcional que o agente público impedisse, de modo peremptório, que a imprensa noticiasse, por exemplo, um suposto escândalo de propina envolvendo esse agente, com a divulgação de imagens do pagamento de propina que ocorrera em um famoso restaurante da cidade.

O que se quer mostrar, então, é que a depender do caso concreto, os direitos fundamentais que, supostamente, estiverem numa zona de conflitos de interesses serão colocados, pelo exegeta, de forma prévia e hipotética, numa balança onde serão analisadas as suas principais características e os bens jurídicos protegidos, de modo, ao final, optar pelo direito com maior envergadura. Em outras palavras, a colisão de direitos ocorre quando numa mesma situação há diversos direitos devidamente protegidos pelo ordenamento jurídico só que em posições contrárias, isto é, de antagonismo. Caberia ao intérprete decidir, assim, o direito preponderante no caso concreto, sob pena de transformar o sistema jurídico que foi racionalizado para ser um sistema harmônico num verdadeiro caos jurídico.

Verifica-se, desse modo, que uma das faces do princípio da proporcionalidade, aplicável até os dias atuais, é a de garantir direitos sempre que esses estejam em ameaça ou forem violados. Isso é, o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e de harmonização do sistema jurídico como um todo.

Nessa mesma linha, Gustavo Badaró¹⁵ ensina que a proporcionalidade tem sido considerada como inerente ao sistema de coexistência dos direitos fundamentais, de modo a haver um reforço na proteção de tais direitos, visto que numa eventual colisão faz sobressair aquele que possui maior peso, ou seja, aquele considerado de maior relevância para o caso concreto e, por conseguinte, que merece a devida proteção do ordenamento jurídico.

¹⁵BADARÓ, op. cit., p. 94.

Contudo, o princípio da proporcionalidade, apesar de apresentar grandes benefícios, se bem aplicado, traz consigo uma outra face perversa: a de flexibilização indevida de direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico elencou diversos direitos que são passíveis de serem exercidos por seus titulares, direitos esses que foram fruto de inúmeras revoluções e conquistas populares, ao longo de toda história. A positivação de direitos fundamentais, entretanto, não é bem quista pelos governantes visto que representam fatores limitadores de seu poder e, por consequência, quanto menor o poder, menor a influência que aquele governante exerce sobre os seus governados.

Daí que a proporcionalidade deve ser aplicada pelo intérprete de modo muito responsável. Esse princípio, diferentemente de fórmulas matemáticas ou de ciências exatas, não comporta um modelo pré-definido de como deve ser aplicado, ou seja, não prevê um modelo fechado que determina os casos em que os direitos devem se submeter ao crivo da aplicação da proporcionalidade ou não.

Deve assim, o operador do direito se orientar pelo caso concreto, valendo-se, sobretudo, do auxílio da doutrina sobre o assunto que, dentro do possível, tenta tornar mais objetiva a aplicação do princípio, de modo a não subverter a sua verdadeira finalidade.

Inadmissível, contudo, é o exegeta se valer, falsamente, da doutrina e de seus ensinamentos para aplicação do princípio de modo a fazer reinar seus interesses individuais. Em razão do alto grau de abstrativização de que dispõe um princípio, há sim uma grande facilidade do operador, sob o discurso da efetivação de direitos fundamentais, dele se utilizar.

Nessa ótica, Aury Lopes Jr¹⁶ destaca a constante manipulação do princípio, servindo para atender, na grande maioria, interesses outros que não o do verdadeiro fim do instituto. Para tal, o autor cita como exemplo as diversas decisões judiciais que se fundamentam no aspecto reducionista binário de interesse público x interesse privado, de modo a limitar a incidência dos direitos fundamentais do seu titular para atender ao interesse público.

Como se vê, o autor supracitado apresenta um elucidativo exemplo de como um princípio é facilmente manipulado. Não há como se negar que interesse público é um conceito de extrema vagueza e, portanto, pode ser aplicado como uma justificativa argumentativa de modo a mascarar a real intenção do intérprete na hora da sua aplicação.

¹⁶LOPES JR., op. cit., p. 405.

Todavia, equivocado pensar que em vista da grande elasticidade que se pode dispensar ao dito princípio, ele deve ser repellido do sistema normativo como um todo. Pelo contrário, a sua face positiva quando comparada com sua face negativa deve preponderar.

Recomenda-se, assim, que para evitar os resultados danosos que a utilização inadequada possa trazer, o intérprete, ao optar por aplicar o princípio, motive de forma minuciosa as suas razões. A motivação, desse modo, constitui a garantia de que o princípio será utilizado como um verdadeiro instrumento de coexistência de direitos fundamentais, e não como um vírus apto a espalhar a doença da arbitrariedade e da tirania do governante, que deve ser totalmente repelida já que incompatível com a ordem democrática reinante.

É nesse sentido, por fim, que Renato Brasileiro¹⁷ argumenta que a motivação é de grande importância, haja vista que graças a ela o cidadão que teve seu direito restringido pode aferir os motivos de fato e de direito que levaram a esse entendimento e, com efeito, caso considere ilegal ou inconstitucional, poderá impugnar o ato perante o Poder Judiciário.

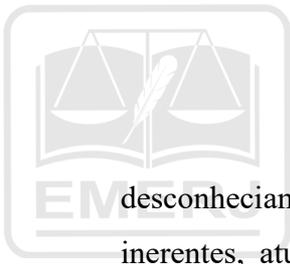
3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VETOR DE PREPONDERÂNCIA OU DE SUBMISSÃO AO DIREITO DE LIBERDADE

No capítulo anterior, discutiu-se sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, tanto numa vertente positiva quanto negativa, de resolução de conflitos de direito e de reafirmação de direitos fundamentais. Ao final, chegou-se a conclusão que o viés negativo do princípio da proporcionalidade, a saber, o de manipulação do seu real sentido cede espaço quando confrontado com o seu viés positivo que, como dito, se consubstancia em dar maior efetividade aos direitos constitucionalmente previstos. Resta agora discutir se tais direitos, sobretudo, o direito de liberdade deve preponderar ou ser submisso ao princípio do devido processo legal.

O devido processo legal insculpido no artigo 05, LIV, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988¹⁸ inaugura um dos principais direitos conquistados pela sociedade, o de ser processado de acordo com normas previamente estabelecidas de forma objetiva e imparcial. Se no passado, os cidadãos que se submetiam a um processo perante o Poder Judiciário

¹⁷LIMA, op. cit., p. 86.

¹⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.



desconheciam os eventuais procedimentos que o circundavam, bem como os direitos a eles inerentes, atualmente, tal cenário é muito distinto, não apresentando nem de longe qualquer semelhança com o sombrio passado.

Etimologicamente há a possibilidade de se extrair um conceito inicial do que seria o princípio do devido processo legal. Seria o processo que se atenta, se coaduna, com os ditames legais que regem à matéria, ou em outras palavras, seria um processo obediente a todo sistema de garantias legais e constitucionais previstas tanto para quem processa quanto para quem é processado¹⁹.

Assim, sob uma ótica puramente formal do respectivo princípio, o devido processo legal se perfectibiliza se o operador do direito observar de forma plena todas as normas condizentes sobre a matéria processual ali referida. Há, portanto, a observância e reprodução, de forma integral, do que foi descrito pelo legislador, sob pena de ser considerado inválido o ato praticado por evidente desconformidade com a previsão legal.

Se engana, entretanto, aquele que defende que a mera formalidade do processo não traz grandes vantagens para as partes, pois o real escopo do processo é ser um instrumento de efetivação de um direito. Seria o processo colocado, para tal visão, em um segundo plano, consistindo apenas num acessório de um principal que é o direito material em si.

É inegável que a lei, pensada e discutida por meio dos representantes do povo, consiste, pelo menos em tese, no verdadeiro atendimento dos anseios da população. E mais, delimita a área de atuação do Poder Estatal, coibindo eventuais arbítrios. Assim, ao aplicar a lei não se está tornando realidade tão somente àquilo que era desejo do povo, mas também reprimindo a expansão do Estado que se não tiver limites fixos torna-se um Estado tirano e, por conseguinte incontrolável.

Dessa forma, a ótica formal do devido processo legal é uma evidente garantia de que o processo terá seu curso normal e não haverá nenhuma consequência diversa daquela previamente determinada no ordenamento jurídico. Aliada à ótica formal, o intérprete também se depara com a ótica material do devido processo legal.

Em linhas gerais, o devido processo legal em sua ótica material ou substantiva, segundo Badaró²⁰ nada mais é do que o julgamento prévio por parte do intérprete sobre a razoabilidade ou não de uma norma. No caso, não se segue de forma rígida e obediente as normas legais, tão

¹⁹BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

²⁰BADARÓ, op. cit., p. 85.

somente por ostentarem tal natureza.

Deve o intérprete aplicar o filtro da razoabilidade, portanto, para conseguir separar as normas que realmente deverão incidir e serão utilizadas para reger o processo em curso, daquelas que apesar de serem normas, isto é, de terem seguido o procedimento formal para sua elaboração, não se harmonizam com o sistema jurídico da qual fazem parte, por contrariar, por exemplo, valores considerados de grande relevância para sociedade.

Em apertada síntese comparativa, para que se satisfaça o aspecto formal do devido processo legal, o intérprete deverá ser responsável pela observância plena das normas que regulamentam e regem a matéria, sem qualquer juízo prévio sobre tal conteúdo. Ao passo que, para se contemplar o aspecto substantivo do referido princípio, o juízo prévio da razoabilidade da norma que será aplicada é considerado imprescindível para a correta exegese²¹.

O indiscutível, contudo, é que o referido princípio, tanto na sua ótica formal, quanto na sua ótica material objetiva a proteção de um bem maior que é considerado como basilar do sistema jurídico: a proteção da liberdade. A liberdade, como não poderia ser diferente, é um direito que merece toda a atenção e cuidado por parte do intérprete. De nada adiantaria conferir inúmeros direitos ao cidadãos se lhes faltasse o primordial que é o direito à liberdade.

Se o cidadão não tiver liberdade é impossível, por exemplo, que goze de outros direitos tão importantes como o direito da propriedade. Assim, comumente, se denomina a liberdade como direito prévio para o exercício de quase todos os outros direitos.

Diante da importância que ela ostenta, incontáveis foram as revoluções e conflitos sangrentos ao longo da história de modo que cada vez mais fosse ampliada e regulamentada a sua proteção no ordenamento jurídico. Todavia, sabe-se que o ser humano não vive de forma isolada numa sociedade, pelo contrário, é compelido a de forma diária conviver e respeitar os seus semelhantes.

Daí surge a necessidade de que o direito de liberdade não seja considerado como um direito absoluto, mas sim que seja conferido limites, de modo que cada ser humano possa exercer sua parcela desse direito sem, contudo, suprimir, por completo, a parcela dos demais. Nesse ponto, pode-se inclusive realçar a importância do devido processo legal, sobretudo no processo penal.

²¹BARCELLOS, op. cit., [e-book].

Isso se faz porque, se de um lado, se tem a pretensão estatal de punir o agente pela sua conduta criminosa, por outro é o direito de liberdade do agente que está em questão. Ora, para melhor resolver essa disputa, adota-se o devido processo legal que limita, de forma equânime, os direitos de liberdade dos dois polos processuais.

Em outras palavras, tanto o Estado não pode exercer o seu legítimo direito de punir, de forma absoluta, devendo-se atentar aos rígidos ditames positivados no ordenamento jurídico quanto o acusado não pode exercer de forma integral a sua liberdade de defesa, devendo observar, da mesma forma, ao princípio do devido processo legal como requisito para validar os atos processuais praticados.

Nesse diapasão, o acusado deve-se atentar, inclusive, no que diz respeito à produção probatória, sendo admissível toda a prova que o Direito considerar como válida e repelida toda aquela por ele vedada. O problema central surge quando o único meio de se provar a inocência ou, em outros termos, a sua não participação no fato pelo qual está sendo acusado, é desrespeitar o princípio do devido processo legal e produzir assim uma prova considerada ilícita pelo direito.

Ora, em que pese as inúmeras divergências doutrinárias²², parece que o que deve preponderar é o direito de liberdade do indivíduo. Explica-se melhor.

O princípio do devido processo legal teve como fim último frear o poder tirano e arbitrário do Estado. Assim, quando o referido princípio que teve como propósito o de garantir a liberdade ao indivíduo for usado como um verdadeiro obstáculo para se alcançar seu fim, deverá ceder espaço, de modo a efetivar a liberdade. Não pode, dessa maneira, servir o princípio do devido processo legal como um entrave, sendo aplicado de forma fria e mecânica pelo operador do direito.

Ademais, o princípio é um mandado de otimização que assim como os demais outros princípios visam a garantia de um sistema jurídico harmônico e unitário. Nega-se, com isso, que se aplique o princípio de forma estrábica, isto é, descolado de outros vetores axiológicos que junto lhe confere a melhor interpretação para o caso concreto, que indubitavelmente é o valor da liberdade.

Logo, diante do apresentado, é forçoso concluir que o princípio do devido processo legal não deve preponderar quando a questão em conflito envolver a liberdade do acusado. A harmonia do sistema e o respeito pleno a liberdade do acusado, valor essencial a ser perseguido pelo

²²LIMA, op. cit., p. 643.

ordenamento, é que devem prevalecer.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa baseou-se na resolução da problemática central consubstanciada na possibilidade ou não de aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas. Tal conflito se configurou haja vista que, de um lado, o ordenamento jurídico é claro ao rechaçar as provas consideradas ilegais, de outro, permite a aplicação da proporcionalidade como um princípio de garantia e efetivação de direitos, sobretudo, quando o valor liberdade for o que estiver em jogo.

Para tanto, este pesquisador tentou, ao longo dos capítulos, desconstruir a ideia de um sistema normativo rígido, engessado, de modo que houvesse uma completa sintonia entre a carga axiológica advinda da Constituição com o real espírito das normas previstas pelo legislador. Com isso, o que se buscou foi a desconstrução de interpretações mais restritivas e menos garantidoras de direitos.

Por conseguinte, a temática inicial que se pretendeu discutir no capítulo introdutório do presente trabalho foi a possibilidade ou não de se conferir uma interpretação mais elástica ao disposto no artigo 157, do CPP. Com a resposta afirmativa, consoante se concluiu sopesando os argumentos positivos e negativos, inferiu-se que o exegeta possui um maior espaço discricionário de interpretação.

Prosseguindo, o segundo questionamento que foi superado foi sobre a escolha do critério interpretativo a ser utilizado como mecanismo de superação do texto legal previsto no CPP e alcance da verdadeira razão de ser do dispositivo. O que se pretendeu foi realizar uma análise sobre como o princípio da proporcionalidade deve ser manejado com o fito de garantir direitos e não de restringí-los.

Por consequência, foram apresentadas duas visões sobre o aludido princípio, sendo uma entendida como positiva e a outra como negativa. A positiva é vinculada a ideia de proteção e efetividade de direitos, enquanto, a negativa relaciona-se a ideia de facilidade de manipulação de direitos em prol de uma determinada visão, visto a grande carga valorativa que um princípio carrega e a pouca precisão interpretativa que pode ocasionar.

Para tanto, se propôs, que o princípio da proporcionalidade pode sim ser um instrumento



efetivo para a flexibilização da disposição prevista no artigo 157, do CPP., isso é, pode ser um parâmetro para se permitir o ingresso de provas ilícitas em prol do acusado no âmbito do ordenamento jurídico. Todavia, se demonstrou imprescindível que para correta utilização do referido princípio, mister se faz a motivação quando da sua aplicação. Só assim, os demais operadores do direito, bem como a sociedade de forma geral e os diretamente interessados, poderão inferir se, de fato, houve o bom uso do princípio ou se esse foi utilizado como mera artimanha para esconder interesses escusos.

Há de salientar que no caso de não ter havido a boa aplicação técnica do versado princípio, o que se teve foi a violação do devido processo legal, haja vista a permissão de provas ilícitas num ordenamento que as veda, sendo esse o alvo da discussão do capítulo terceiro. A premissa base foi se o devido processo legal, como uma garantia ao cidadão contra a arbitrariedade do Estado, poderia ou não ser flexibilizada. Conclui-se que, em alguns casos, o único modo de salvar o indivíduo destinatário da proteção da norma, é permitindo que o princípio do devido processo legal seja afastado. São casos em que a aplicação do princípio não protege as partes, mas, pelo contrário, simplesmente atrapalha.

Em síntese, as principais teses que rechaçavam a aplicação do princípio da proporcionalidade na produção de provas ilícitas foram devidamente afastadas, seja, porque o artigo 157, do CPP permite uma abertura hermenêutica quando confrontado pela Constituição, seja porque a proporcionalidade é sim um mecanismo para se garantir ou efetivar direitos, seja ainda porque o devido processo legal não pode ser aplicado de forma absoluta, devendo em algumas hipóteses ser flexibilizado.

Portanto, a conclusão que esse pesquisador chegou, ao final do trabalho, foi pela possibilidade da produção de provas ilícitas, valendo-se do princípio da proporcionalidade como meio e parâmetro de seu controle.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo:

Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

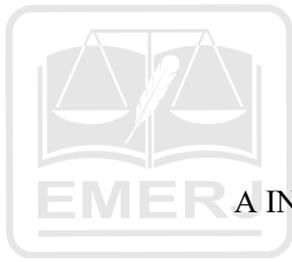
GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>. Acesso em: 20 mar. 2019.



A INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO MERO ABORRECIMENTO NO CONTEXTO DO DANO MORAL

Carolina Barroso Perez

Graduada pela Universidade Federal Fluminense, Polo Universitário de Volta Redonda (PUVR-UFF). Advogada.

Resumo – o dano moral não possui conceituação prevista em normas jurídicas, e isso é justificável pela dinamicidade dos fatos sociais. Essa ausência de conceituação impõe a busca pelo tratamento dado pela ordem constitucional a esse instituto, como forma de dar-lhe efetividade. Contudo, na prática nem sempre é dada a correta interpretação ao dano moral, exigindo-se para a sua configuração elementos de ordem psíquica, que passam a considerar situações que deveriam ser reparadas, como sendo mero aborrecimento, o que vai de encontro ao viés punitivo do instituto. A essência do trabalho é esclarecer o que configura dano moral, diferenciando-o do mero aborrecimento, e como essa confusão presente nas decisões judiciais dificultam a reparação punitiva.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Mero Aborrecimento.

Sumário – Introdução. 1. Tratamento constitucional conferido ao dano moral. 2. Dano moral e sua vinculação ao mero aborrecimento. 3. Reflexos das decisões judiciais na contramão do dano moral punitivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo discutir a utilização, pela jurisprudência, do termo mero aborrecimento para a configuração ou não do dano moral, e o direito à sua consequente reparação. Busca-se exprimir que, uma vez violado um dos direitos da personalidade, restará caracterizado o dano moral, conforme se extrai da Constituição Federal, não sendo, necessário, portanto, a aferição de prejuízo psíquico à pessoa, sob pena de retirar do instituto uma de suas funções essenciais, qual seja, a punitiva.

Para tanto, serão analisadas posições doutrinárias e especialmente jurisprudenciais relacionadas ao tema, a fim de possibilitar a discussão quanto à necessidade do elemento psíquico para que seja autorizada a reparação por dano moral, ou se essa ausência ensejaria mero aborrecimento.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, assegura o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ou seja, de direitos da personalidade. Todavia, não obstante a previsão constitucional de que a simples violação de direitos personalíssimos enseja o direito à

reparação por danos morais, a jurisprudência, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vinha exigindo para a sua concessão requisitos de cunho psicológico, como a dor, o sofrimento e a humilhação, sob pena da violação caracterizar-se como mero aborrecimento do cotidiano, não passível de indenização.

O tema é objeto de controvérsia na jurisprudência, e seu debate apresenta-se de grande relevo, uma vez implicar na qualidade da própria prestação jurisdicional. Considerando-se o excessivo número de demandas judiciais que contém pleito de reparação por danos morais, o eventual equívoco de seu reconhecimento, pode culminar na lamentável situação de injustiça decorrente da negativa de direitos a quem merecia tê-los reconhecidos, bem como na impunidade de condutas violadoras de direitos personalíssimos, que continuarão a ser perpetradas, arruinando a função punitiva do instituto.

Visando uma melhor compreensão do assunto, serão apresentados: o tratamento constitucional conferido ao dano moral, a vinculação deste ou não ao mero aborrecimento, que perpassará pelo estudo do elemento psíquico para permitir o direito à sua reparação, e os impactos que as muitas decisões judiciais têm gerado à reparação punitiva.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho demonstrando-se o tratamento que a Constituição pátria dispensou ao instituto do dano moral, em seu art. 5º, X, limitando-se a prever o direito a indenização material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, ou seja, de direitos da personalidade.

No segundo capítulo, prossegue-se o estudo discutindo-se se haveria a necessidade de se perquirir a existência de elemento psíquico, como a dor, o sofrimento, ou a humilhação, vivenciada por parte daquele que foi violado em seus direitos personalíssimos, sob pena de, assim não se verificando, ser afastado o instituto do dano moral, incorrendo a pessoa em mero aborrecimento, este não indenizável.

O terceiro capítulo, por sua vez, examinará os reflexos que a adoção do mero aborrecimento pode gerar no dano moral, especialmente na função punitiva deste, gerando a supressão desse mister e, por via de consequência, permitindo a manutenção de ofensas aos direitos da personalidade, tornando inócua, a prestação jurisdicional, quando fundada na teoria subjetivista.

A pesquisa é baseada no método hipotético-dedutivo, haja vista que o pesquisador objetiva a ratificação ou afastamento de uma série de proposições hipotéticas, fundado na análise de estudos, de jurisprudência e de dados estatísticos.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, uma vez projetar-se o pesquisador na utilização de bibliografia doutrinária específica acerca do assunto em voga, bem como de legislação e jurisprudência voltadas a reforçar a posição defendida.

1. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL CONFERIDO AO DANO MORAL

Se em um momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 existiam discussões doutrinárias acerca do cabimento de indenização a título de danos morais sofridos por alguém, após referida Carta Magna restou pacificada a questão, pelo menos no tocante à sua admissibilidade.

A Constituição da República Federativa de 1988 dispôs sobre o dano moral no art. 5º, incisos V e X,¹ mencionando, no primeiro dispositivo, ser assegurado a todos o direito proporcional de resposta, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

No segundo dispositivo, por sua vez, preleciona que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A partir daí, não obstante a confirmação da possibilidade de compensação pecuniária quando da ocorrência de dano moral, passou-se a discussão quanto ao conceito destes, a fim de propiciar a completa compreensão do instituto, considerando-se, ainda, que em outros diplomas, como o Código Civil de 2002, em seu art. 186,² e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI,³ o dano moral também é apenas mencionado, sem, contudo, ser objeto de regramento expresse quanto à sua caracterização.

De acordo com Farias, Rosenvald e Netto⁴, “as leis dizem pouco, e não poderiam, na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução”. Sendo assim, da mesma forma que a ausência gera dificuldades quanto à caracterização do dano moral, eventual previsão também culminaria em constante desatualização do conceito face à dinamicidade dos fatos sociais.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

² Id. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³ Id. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 296.

Portanto, permanecendo a inexistência de definição do dano moral, cabe à realidade social auxiliar em sua aplicabilidade, e por isso surgiram teorias voltadas à definição do dano moral.

Dando início a elas, tem-se a teoria que passou a entender o dano moral como sendo o dano que não afeta o patrimônio da vítima, mas sim o ser humano.⁵ Entretanto, essa teoria que enxerga o dano moral como um dano extrapatrimonial, não ajuda à sua compreensão, mas apenas afasta de sua análise danos patrimoniais.

Outras teorias passaram então a tratar o dano moral como sendo a consequência corporal ou psíquica que a ofensa acarreta para a pessoa, e outros, como Maria Celina Bodin de Moraes⁶, como lesão à dignidade, a qual é a que melhor se coaduna com o instituto, sob a ótica constitucional.

Justifica-se tal adoção porque, pela redação dos incisos mencionados do art. 5º da CRFB/88,⁷ estará configurado o dano moral quando houver a violação daqueles direitos que, por serem todos decorrentes de atributos inatos da pessoa humana, são classificados como direitos da personalidade, e corolários de sua dignidade (art. 1º, III, da CRFB/88)^{8,9}

Em encontro ao esposado, Cavalieri¹⁰ afirma que “dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana”.

Destaque-se, ainda, que não apenas os direitos da personalidade expressamente elencados no art. 5º, X, da CRFB,¹¹ que se forem violados gerarão reparação por danos morais, uma vez que, em virtude da cláusula de abertura constitucional prevista no § 2º do mesmo artigo constitucional, incluem-se nessa proteção outros direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela nossa Carta Magna, e até mesmo de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil participe.¹²

Considerando que a reparação por danos morais, portanto, é devida quando houver uma ofensa a um direito da personalidade, o qual, conseqüentemente, afronta à dignidade da própria pessoa humana, percebe-se que a Constituição não exigiu, para que alguém faça jus a

⁵ SANTOS apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Coleção curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

⁶ MORAES apud Ibid, p. 129 e 130.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ MELO, op. cit., p. 129 e 130.

⁹ Ibid., p. 130-131.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 122.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² MELO, op. cit., p. 131.

essa compensação, que ela tenha sofrido, ou seja, experimentado dor, humilhação, vexame, vergonha, entre outras sensações negativas.

Os supracitados sentimentos desagradáveis consistem, na verdade, em formas pelas quais o dano moral pode se exteriorizar¹³, ou consequências eventuais¹⁴, que podem advir ou não da violação a um dos direitos da personalidade.

Nesse sentido inclusive existe o Enunciado de nº 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal,¹⁵ o qual afirma que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Essa posição, defendida no presente trabalho, tem por base, além da expressa previsão constitucional, que se limita a tratar o dano moral como sendo fruto da infração a um direito da personalidade, também o simples conhecimento de que as pessoas apresentam reações diversas sobre uma mesma situação.

Logo, existirão pessoas que sofrerão por um direito da personalidade violado, e outras que não se abalarão, portanto, exigir uma uniformidade, seja de sofrimento, seja de emocional inabalável, seria claramente injusto, e com fulcro no ordenamento brasileiro, inconstitucional:

ocorre que o dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos. Afinal, “cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é...”¹⁶

Ademais, existiria um outro empecilho à esta exigência, qual seja, a manifesta dificuldade em se provar um dano psicológico, se não a impossibilidade de sua aferição, como nos casos em que uma pessoa jurídica tem atingida a sua honra objetiva, ou quando ofendido um direito da personalidade de um nascituro ou de um incapaz.¹⁷

Por esses motivos, aduz Cavalieri¹⁸, que “qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável”:

¹³ PIZARRO apud Ibid.

¹⁴ TARTUCE; ANDRADE apud Ibid., p. 132.

¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

¹⁶ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, op. cit., p. 297.

¹⁷ MELO, op. cit., p. 132.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 117.

nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à 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. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica só pode ser considerada quanto tiver por causa uma agressão à sua dignidade.¹⁹

Assim, baseando-se numa interpretação da Constituição Federal em vigor, é em razão da prática de conduta desrespeitosa a um direito personalidade, que estará configurado o dano moral, independentemente das consequências psíquicas que possam advir daquela, porque estas não são seus elementos formadores, sendo relevantes apenas em uma fase posterior, de quantificação, mas não para a configuração do dano moral indenizável, que seria a primeira etapa.

2. DANO MORAL E SUA VINCULAÇÃO AO MERO ABORRECIMENTO

Não obstante nos dias atuais tenham a doutrina e a jurisprudência majoritárias adotado como concepção de dano moral aquele que fere direitos personalíssimos, muitos juristas ainda o associam aos efeitos que ele pode gerar, como dor, sofrimento, angústia e humilhação.²⁰

Demonstrando que pode haver dano moral sem dor, serão citados casos em que mesmo quando ausente esta reação, haverá lesão à dignidade.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem-se que a pessoa privada de discernimento pode sofrer dano moral, já que:

em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.²¹

Nesse sentido, há inclusive verbete sumular de jurisprudência dominante editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de nº 216, que afirma que “a tenra idade, a

¹⁹ Ibid., p. 117-118.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.245.550-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

doença mental e outros estados limitadores da consciência de agressão não excluem a incidência do dano moral”²².

Destaque-se também a possibilidade de configuração de dano moral à pessoa jurídica, conforme dispõe o enunciado de Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça,²³ que por muito tempo fora negada pela doutrina e pela jurisprudência que enxergavam a honra apenas como atributo da personalidade humana, e por aqueles que entendiam o dano moral como equivalente à dor ou sofrimento, mas hoje já superada, considerando-se que embora a pessoa jurídica não possua vontade própria, dependendo da atuação de órgãos dirigentes para o exercício de sua autonomia, possui existência jurídica, sendo, portanto, “titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.”²⁴, que formam a sua honra objetiva.

Para finalizar as situações que ratificam a independência da dor para a caracterização do dano moral, tem-se a constatação de que um nascituro, aquele que embora ainda não tenha nascido com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil,²⁵ tem seus direitos resguardados pela lei desde a concepção, podendo também sofrer dano moral, quando sofrer lesão aos direitos de sua personalidade, como se pode perceber do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp nº 1.120.676/SC,²⁶ em que determinado o pagamento de indenização decorrente do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores (DPVAT) aos pais que perderam o filho em acidente automobilístico, uma vez que violado o direito deste à vida.²⁷

Outro caso fora o do proc. n 11.201838-5, em que figuraram como autores a cantora Wanessa Camargo e seu marido, e como réu o humorista Rafinha Bastos, cuja sentença proferida pelo Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, reconheceu o dano moral decorrente de humor grosseiro que culminou na violação à honra e à imagem do nascituro.

De todos os casos, é possível concluir que “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa

²² Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 216*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v=04>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²³ Id. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 139.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ Id. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.120.676*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/feto-morto-acidente-transito-nao.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2019.

²⁷ MELO, op. cit., p. 206-207.

humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade”²⁸.

Obviamente que ocorrendo um desses efeitos, resta bem mais clara a ocorrência de eventual dano, contudo, este não é requisito de sua configuração. Entender em sentido contrário, da perquirição da dor, pode fazer com que se incorra no problema recorrente da confusão da lesão de pequena monta a um direito da personalidade com o “mero aborrecimento”.

O mero aborrecimento é denominação cunhada para acontecimentos desagradáveis que não por não ferirem a esfera extrapatrimonial da pessoa, não configuram dano moral, sob pena de banalização deste e, portanto, não pode ser objeto de compensação.²⁹

Da concepção anteriormente exarada, extrai-se um caráter altamente subjetivo, uma vez estabelecer, *a contrario sensu*, a necessidade, não prevista constitucionalmente, de que para a configuração de dano moral deveria haver, além de violação a um direito da personalidade, a comprovação da dor, vexame ou sofrimento³⁰, ou seja, dando enfoque nas consequências emocionais da lesão.³¹

Vincular o dano moral à dor, o que denota a adoção da teoria subjetiva, faz com que muitas vezes, mesmo diante de uma afronta aos direitos da personalidade, em que não tenham havido consequências de ordem psicológica ou quando existentes essas, mas não sendo passíveis de comprovação aos olhos do julgador, seja afastado o dever de reparação, o que deturpa o instituto.

O que acontece costumeiramente ainda é que tendo havido alguma dor, o julgador, ao considerá-la irrelevante ou pequena, a classifica como mero aborrecimento, afastando o dano moral, quando, na verdade, a maior ou menor intensidade da dor não deveria interferir no dever de compensar o dano moral, mas tão somente influenciar no *quantum* indenizatório no tocante às suas consequências.

A despeito do referido equívoco, fruto da adoção da teoria subjetiva, por muito tempo fora essa a concepção de dano moral adotada em alguns Tribunais, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se percebe de muitos julgados, e

²⁸DIZER O DIREITO. *Pode haver dano moral sem dor?* Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/05/pode-haver-dano-moral-sem-dor.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³⁰ Ibid.

³¹ FRAGA, Vitor. Todos contra o ‘mero aborrecimento’. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OABRJ, nº 579, p. 21, jul/ago. 2018.

notadamente pela edição da Súmula nº 75 desse Egrégio, que dispunha que “o simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”³².

Do mencionado verbete sumular extraía-se que o descumprimento de dever legal ou contratual caracterizaria mero aborrecimento, ou seja, não seria, a princípio, violador de direito da personalidade e, portanto, não passível de compensação, a não ser que atentasse contra a dignidade da parte, o qual dependia da comprovação, no caso concreto, de elementos subjetivos (dor, sofrimento, humilhação, etc.)³³, apresentando-se, segundo o Desembargador Alcides da Fonseca Neto, titular da 20ª Câmara Cível do Tribunal, como “equivocada do ponto de vista jurídico porque parte da ideia de que existe relação direta entre dano moral e uma lesão subjetiva”³⁴.

A súmula em comento, mais conhecida como a “súmula do mero aborrecimento”, era amplamente utilizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como fundamento para a concessão de reparações por danos morais em “valores cada vez menores, sob a alegação de que o caso se configuraria apenas mero aborrecimento sofrido – colocando o Rio de Janeiro no primeiro entre os estados que mais possuem sentenças baseadas nesse argumento, e com indenizações mais baixas”³⁵.

Após mobilização da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, a citada súmula fora acertadamente cancelada, no final de 2018, em atendimento à teoria objetiva, para determinar que:

caberá a cada magistrado, diante de caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Considerando que o cancelamento do verbete debatido é acontecimento recente, deve-se aguardar algum tempo para que sejam vistas mudanças nas decisões judiciais, mas

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf>>. Acesso em: 29 mar 2019.

³³ BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁴ FRAGA, op. cit., p. 21.

³⁵ Ibid., p. 18.

este já é um avanço rumo à devida compreensão e aplicação do dano moral, qual seja, a estabelecida pela Constituição Federal.³⁶

3. REFLEXOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONTRAMAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO

Após o que fora exposto ao decorrer deste trabalho, tem-se que, praticado ato ilícito que resulta na violação a alguns direitos da personalidade, deverá haver a reparação por dano moral.

A reparação por dano moral, no passado, fora combatida por algumas teorias, alegando-se, dentre outros fundamentos, a sua impossibilidade de caracterização, considerando-se que não há como provar precisamente o elemento psicológico, que seria a dor vivenciada pela vítima.³⁷

Como visto anteriormente, a exigência do elemento psíquico não cumpre o mandamento constitucional relativo ao dano moral, que apenas requer a lesão de direitos personalíssimos para a sua configuração, de modo que não procede atualmente essa visão.

Todavia, ainda se verificam decisões judiciais que, de maneira inadequada, mesmo constatando uma lesão a direitos da personalidade de um indivíduo, a classificam como sendo ínfima, e conseqüentemente, afastam a aplicação do dano moral, enquadrando a situação como sendo mero aborrecimento.

A aludida confusão, além de injusta, ao inviabilizar a compensação por um dano moral, produz como consequência a reiteração das práticas ilícitas que infringem mencionados direitos da personalidade, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana, já que os violadores não sofrem punição pela ofensa perpetrada, tornando inócuo o viés punitivo do instituto.

Muito se discute sobre o caráter punitivo desse instituto, e não obstante a existência de vozes contrárias, a reparação do dano moral é hoje reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias prevalentes como sendo dotada de uma dupla função, quais sejam, a de funcionar como uma compensação pelo dano sofrido pela vítima, e também como pena imposta ao ofensor pelo dano causado.³⁸

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 150.

³⁸ Ibid., p. 157.

Essa dupla função da reparação verificada no do dano moral, que justifica a aplicabilidade desse caráter punitivo, decorre de sua distinta natureza se comparado com o dano material, uma vez que aquele protege direitos personalíssimos, enquanto este, bens patrimoniais.³⁹

A reparação do dano moral afigura-se como complexa, não se restringindo à satisfação da pessoa lesionada e nem à simples punição do ofensor, mas também não será sempre que serão constatadas, no caso concreto, ambas as finalidades. Por exemplo, quando o dano moral ocorre em cenários, como os vistos no capítulo anterior, em que as vítimas que tiveram seus direitos da personalidade ofendidos, não eram capazes de sentir dor, tristeza ou humilhação, incidirá a reparação, sob o seu viés intrinsecamente punitivo, pois voltados ao afastamento de atitudes similares pelo ofensor concreto ou de possível ofensores, e não o de satisfação da vítima.⁴⁰

Da mesma forma ocorreria em situações gravíssimas, nas quais não haveria como compensar-se o âmbito da personalidade do indivíduo que fora atacado, servindo a reparação pelo dano moral tão somente para retribuir ao ofensor o mal que fora por ele gerado, mediante a redução de seu patrimônio.⁴¹

Os contrários ao reconhecimento da reparação punitiva do dano moral, dentre outras alegações, aduzem que não seria possível existir tal função dada a ausência de previsão legal, exigida pelo art. 5º, XXXIX, da CRFB. Contudo, referido argumento não prospera, primeiramente porque a necessidade de prévia cominação legal para que haja pena, restringe-se à sanção penal,⁴² e não às pecuniárias que não estejam nessa esfera. Ademais, sua possibilidade está calcada no princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88)⁴³, decorrendo do próprio tratamento constitucional dos direitos da personalidade e à reparação pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X, da CRFB/88)⁴⁴, que por serem mandados de otimização, “determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos”.⁴⁵

³⁹ Ibid., p. 171.

⁴⁰ Ibid., p. 171-172.

⁴¹ Ibid., p. 173.

⁴² Ibid., p. 312.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ ANDRADE, op. cit., p. 251-252.

Nesse sentido, de acordo com André Gustavo Côrrea de Andrade⁴⁶:

a indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fato de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

Outro argumento também lançado pelos opositores da reparação punitiva é que ela não se relacionaria com o dano em si, mas sim com a reprovabilidade da conduta, o que a levaria a consistir em um enriquecimento sem causa.

Ora, não há que se falar em enriquecimento sem causa, seja porque atributos da personalidade não são conversíveis em preço, seja porque haveria sim causa para a reparação, que é o reconhecimento judicial, em um caso concreto, da ocorrência de uma violação. Torne-se ainda mais desarrazoada essa argumentação sob a ótica da reparação punitiva, haja vista que:

nesse caso, há de convir que a verdadeira afronta ao Direito consiste na possibilidade de alguém poder obter vantagem com o dano que causou a outrem. Antes, pois, a vítima receber um *plus* pelo dano sofrido que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica (...) De todo modo, os benefícios buscados pela indenização punitiva – punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes tanto do ofensor quanto de terceiros – transcendem em muito a circunstância de a vítima vir a obter um valor superior ao que normalmente lhe seria destinado como compensação do dano. Com efeito, as vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para a vítima. Nesta perspectiva, essa consequência seria com que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência.⁴⁷

Por fim, não se pode ilidir tal reparação punitiva sob a alegação de que isso estimularia o que incoerentemente convencionou-se chamar de “indústria do dano moral”, tendo-se em vista que a resposta à demandas judiciais despropositadas reside na

⁴⁶ Ibid., p. 253.

⁴⁷ Ibid., p. 294.



improcedência dos pedidos, mediante fundamentação adequada, e não no empecilho ao acesso à Justiça, à escusa de desencorajar ações temerárias.⁴⁸

Sendo assim, uma vez configurada a responsabilidade civil pelo dano moral sofrido, a sua reparação deve servir como oportunidade para punir aquele que praticou o ato ilícito contra direitos da personalidade, como forma de prevenir novas ocorrências nesse sentido, o que, porém, não é o que tem sido visto na prática, quando diversas decisões judiciais, atribuíam à violação de direitos personalíssimos em que não verifica a dor, a pecha de mero aborrecimento, esvaziando o instituto do dano moral, especialmente na sua função punitiva.

Os reflexos dessas decisões judiciais são o de manutenção das violações aos direitos da personalidade, pois muitas vezes quando a reparação do dano moral não é inviabilizada pelo “mero aborrecimento” ao perquirir-se a dor no caso concreto, e ela é deferida, aniquilam a função punitiva dessa reparação, com a concessão de quantias irrisórias, que fomentam a perpetuidade dessas ofensas. Percebe isso mormente em ações que versem sobre relações consumeristas, nas quais as empresas, mesmo quando condenadas, não tomam quaisquer providências para não incorrerem nos mesmos atos ilícitos, até porque a quantia a ser paga, que deveria funcionar como coerção, demonstra que, na verdade, é mais vantajoso arcar com a reparação do que a adotar medidas preventivas. Ou seja, na sociedade atual, lamentavelmente, tem compensado ofender a dignidade das pessoas.

Exemplo concreto disso era o que ocorria em virtude da aplicação da Súmula de nº 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁹, a qual, segundo a Seção do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, ao não estabelecer uma função verdadeiramente punitiva nas indenizações pelos danos morais causados, fazia com que os seus praticantes se beneficiassem com a conduta lesiva, que culminava na compensação financeira dessa prática e na reafirmação histórica de desigualdade entre os reclamantes e as prestadoras de serviços, em desvalorização da dignidade.⁵⁰

A forma de solucionar tais consequências que, além de indesejáveis, afiguram-se inconstitucionais, por ferirem a dignidade da pessoa humana, seria a fixação, pela jurisprudência, de montantes baseados em critérios claros que possibilitem aos julgadores o conhecimento das situações passíveis de indenização punitiva e uma média de valores.⁵¹

⁴⁸ Ibid., p. 297.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁵⁰ FRAGA, op. cit., p. 18.

⁵¹ ANDRADE, op. cit., p. 316.

Entretanto, face à ausência desses critérios, bastaria a devida fundamentação das decisões judiciais, obedecendo ao art. 93, IX, da CRFB/88⁵², a permitir o controle pelas partes envolvidas, não se considerando como tal a menção à razoabilidade e à proporcionalidade, mas o discorrer sobre os fatos relevantes para a estipulação da reparação pelo dano moral.⁵³

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática recorrente no âmbito jurídico, a dúvida acerca do conceito do dano moral, o que pode gerar injustiça nos pedidos de reparação, ao se exigirem elementos desnecessários para a configuração do instituto.

Não obstante a ausência de conceituação acerca do dano moral, que talvez fora até proposital, como forma de não engessar o instituto frente ao dinamismo dos fatos sociais, ou de não torná-lo insignificante por desatualização, surgiram teorias destinadas à sua definição.

Dentre essas teorias, entendeu-se que considerar o dano moral como uma lesão à dignidade, é a conceituação compatível com a Constituição Federal, uma vez que, do art. 5º, V e X, foi possível extrair que estará configurado o dano moral quando existente violação aos direitos por ela ali elencados, que por decorrerem de atributos inatos da pessoa humana, são classificados como direitos da personalidade, corolários da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88).

Ademais, pelo tratamento constitucional conferido ao dano moral identificou-se que basta a ofensa a um direito da personalidade, não sendo exigível para que haja tal compensação, qualquer dor, humilhação, vexame, vergonha, entre outras sensações negativas, porque estas são apenas consequências que podem advir ou não, já que as pessoas apresentam reações diversas sobre uma mesma situação, e também porque haveria dificuldade, se não a impossibilidade de aferição de um dano psicológico.

Mesmo diante desses argumentos, e ainda que a doutrina e jurisprudência majoritárias também considerem o dano moral como sendo uma violação aos direitos personalíssimos, não raras vezes ele ainda é associado aos efeitos psíquicos que pode gerar.

Assim, para ilidir essa associação, no segundo capítulo foram trazidos exemplos em que pessoas poderiam sofrer dano moral sem que tivessem sentido dor, constrangimento, humilhação, como a pessoa sem discernimento, a pessoa jurídica, o nascituro, que demonstram a independência do dano moral à qualquer reação psíquica da vítima.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵³ ANDRADE, op. cit., p. 318.

Nesse sentido, fora ainda exposto que perquirir-se a dor para a caracterização do dano moral, poderia culminar na confusão entre lesão de pequena monta a um direito da personalidade com o mero aborrecimento.

Esclareceu-se que o mero aborrecimento é expressão usada para se referir a acontecimentos desagradáveis que, por não ferirem a esfera patrimonial de uma pessoa, não são passíveis de compensação, concepção de caráter extremamente subjetivo que foca nas consequências emocionais da lesão.

Essa compreensão, resultado da adoção da teoria subjetiva, faz com que, muitas vezes, face a uma afronta aos direitos da personalidade, em que não tenha ocorrido consequência de ordem psicológica ou, ainda que existentes, não tenham sido percebidas pelo julgador, seja afastado o dever de reparação.

Ocorre ainda a situação em que tenha havido dor, mas o julgador a considera irrelevante, equivocadamente a classificando como mero aborrecimento, afastando o dano moral no caso concreto, quando a intensidade da dor deveria apenas influir no *quantum* indenizatório, no tocante às suas consequências.

Exemplo desse equívoco era a Súmula nº 75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da qual se depreendia que o descumprimento de dever legal ou contratual não seria, a princípio, violador de direitos da personalidade, salvo se atentasse contra a dignidade, o que dependia de comprovação dos elementos subjetivos (dor, sofrimento, humilhação etc.).

Todavia, mesmo tendo sido cancelado referido verbete sumular, passando-se à adoção da teoria objetiva, ainda não é possível perceber mudanças nas decisões judiciais, as quais, infelizmente, ao exigirem a comprovação do elemento psicológico, que é a dor vivenciada pela vítima, inviabilizam a compensação por dano moral mesmo quando constatada uma lesão a direitos da personalidade de um indivíduo, acabando por tornar inócua o viés punitivo do instituto.

Embora haja discordância sobre se o dano moral teria ou não caráter punitivo, com fulcro na doutrina e jurisprudência prevalentes, pretendeu-se comprovar que o instituto é dotado de uma dupla função, de compensação pelo dano sofrido pela vítima, bem como de imposição de pena ao ofensor pelo dano causado, as quais podem ser verificadas conjuntamente, ou isoladamente, a depender do caso.

Exemplo disso é que em casos nos quais a pessoa que teve ofendido seu direito da personalidade seja incapaz de sentir dor, tristeza ou humilhação, a reparação incidirá sob seu viés meramente punitivo, como forma de inibir atitudes similares pelo ofensor, mediante a

redução de seu patrimônio, e mesmo de ofensores em potencial, mas não o de satisfazer a vítima.

Desta forma, foram rechaçadas alegações contrárias à aceitação da reparação punitiva do dano moral, reafirmando-se que ela deveria servir como oportunidade para a punição daquele que praticou ato ilícito contra direitos da personalidade, a fim de prevenir novas ofensas. Todavia, não é o que tem sido visto na prática forense.

Assim, concluiu-se que as decisões judiciais têm refletido na continuidade das violações aos direitos da personalidade, seja quando inviabilizam a reparação do dano moral pelo fundamento do mero aborrecimento, seja quando aniquilam a função punitiva dessa reparação, mediante a concessão de quantias irrisórias a esse título, razão pela qual fora proposta como forma de solucionar essas consequências indesejáveis, e mesmo inconstitucionais, que a jurisprudência fixasse montantes baseados em critérios claros que possibilitem o conhecimento das situações passíveis de indenização punitiva e uma média de valores, mediante decisões fundamentadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.120.676*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/feto-morto-acidente-transito-nao.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.245.550-MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181946903/recurso-especial-resp-1245550-mg-2011-0039145-4/relatorio-e-voto-181946927>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 227*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-decisao-tj-rj-cancelou-sumula-mero.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 216*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v04>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

DIZER O DIREITO. *Pode haver dano moral sem dor?* Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/05/pode-haver-dano-moral-sem-dor.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e atual. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

FRAGA, Vitor. Todos contra o ‘mero aborrecimento’. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OABRJ, nº 579, jul/ago. 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Coleção curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ABORTO, FEMINISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carolina Moura Cavalcante

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – O presente trabalho tem a proposta de debater a criminalização do aborto pautado na ciência jurídica, especificamente no estudo de princípios penais, e sob a ótica do feminismo existencialista. O objetivo é convencer sobre a necessidade de descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez face à violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, além da lesão à liberdade, autodeterminação e igualdade de gênero de todas as brasileiras. A pesquisa qualitativa e quantitativa revela que o custo-benefício da criminalização do aborto é desvantajoso, visto que não reduz a prática de abortamentos, e ainda força muitas mulheres a se submeterem a procedimentos inseguros. Conclui-se que permitir o aborto, pelo menos até o terceiro mês de gestação, evitaria problemas psicológicos, lesões graves e mortes de um número considerável de seres humanos do sexo feminino.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Crime de Aborto. Empoderamento Feminino. Decisões Emblemáticas do Supremo Tribunal Federal. Descriminalização da Interrupção Voluntária da Gravidez.

Sumário – Introdução. 1. A criminalização do aborto e a lesão a princípios penais. 2. O empoderamento feminino e a liberação do aborto. 3. Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre aborto no século XXI. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O aborto consentido ou provocado pela gestante é sinônimo de interrupção voluntária da gravidez. No entanto, nem sempre o nome atribuído, por si só, esclarece o significado. Dessa forma, é importante, desde já, apresentar conceitos inaugurais sobre o aborto para a Medicina e, também, para o Direito.

O Parecer nº 20/2004 do Conselho Federal de Medicina trata entre outros assuntos da conceituação do termo aborto. Segundo este parecer a Medicina caracteriza mundialmente o aborto quando há interrupção da gravidez em qualquer das três situações seguintes: até 20 a 22 semanas de gravidez; se o feto pesa até 500 gramas; ou quando o feto mede até 16,5cm.

A formulação desse conceito médico tem como base a viabilidade fetal extrauterina. A literatura médica ainda ensina que aborto e abortamento possuem significados diferentes. Enquanto o termo abortamento revela a prática de provocar o aborto, a palavra aborto traduz o produto expelido pelo abortamento.

Por sua vez, a visão jurídica em relação à conceituação de aborto não possui tantas nuances. Majoritariamente não diferenciam aborto de abortamento, e o sentido dado a essas duas palavras coincide com o conceito de abortamento para o campo da Medicina. A ciência



jurídica estipula um termo inicial e um termo final para o acontecimento do aborto. Assim, o aborto é conceituado como a interrupção da vida do feto, desde que esta ocorra entre a nidação e o início do parto.

De posse dessas informações básicas sobre a conceituação de aborto, é possível introduzir o tema a ser tratado durante a pesquisa, qual seja a liberação do aborto consentido ou provocado pela gestante. Porém, o enfoque deste trabalho será a realização de uma releitura sobre a interrupção voluntária da gravidez à luz de princípios penais, interpretados conforme a Constituição da República. Com a proposta de analisar a influência do empoderamento feminino na evolução sobre a discussão desta matéria e os julgados mais emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, durante o século XXI, acerca desse tema.

Apesar de sua prática ser definida como crime nos artigos 124 a 128, do Código Penal, pesquisas apontam para números significativos de abortos. Muitas mulheres realizam o aborto à margem da lei e sem nenhum acompanhamento médico, o que gera mutilações e até mesmo leva à morte. A discussão sobre a criminalização ou não do aborto tem impacto direto sobre a vida de todas as brasileiras.

Cabe ressaltar que, no primeiro capítulo, o presente trabalho pretende apresentar um breve esboço histórico sobre a criminalização do aborto, além de indicar de forma perfunctória, o atual panorama legislativo brasileiro comparado ao mundial. Ademais, será realizado aprofundamento quanto à compatibilidade ou não entre a criminalização do aborto e determinados princípios penais, sempre à luz da Constituição da República.

Por sua vez, no segundo capítulo, será abordado um sintético histórico do início do movimento feminista no Brasil. Além disso, o aborto e os seus consectários serão apresentados através do olhar feminista de Simone de Beauvoir, culminando no avanço do empoderamento feminino, principalmente no que tange ao processo de feminização do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, será realizada uma análise das decisões mais emblemáticas do Supremo Tribunal Federal durante o século XXI no que tange ao tema do aborto. Ao final será demonstrado como o Poder Judiciário pode ser um instrumento de transformação social.

Para tanto, o processo investigatório terá natureza explicativa, uma vez que o pesquisador pretende analisar e interpretar fatos e regras do ordenamento jurídico, identificando suas causas e consequências. Por sua vez, a teorização e a reflexão serão instrumentos para a análise do objeto em estudo.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Dessa forma, o pesquisador constrói seu trabalho a partir de proposições hipotéticas, que serão confirmadas ou rejeitadas durante a tessitura da argumentação. Portanto, a abordagem do tema será feita de

forma qualitativa a fim de demonstrar as proposições hipotéticas por meio da comparação e da análise de documentos jurídicos, como livros, artigos científicos e julgados pertinentes ao objeto desta pesquisa.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A LESÃO A PRINCÍPIOS PENAIIS

Inicialmente, é preciso situar-se em tempo e lugar, uma vez que a criminalização do aborto não ocorreu durante todos os períodos da História humana, nem em todos os espaços geográficos do Planeta Terra. Os povos da antiguidade, como por exemplo os hebreus e os gregos, não criminalizavam o aborto, pois o reconheciam como uma prática cultural.¹ Tal costume remonta priscas eras, como pode se aferir ao saber da existência de receita de abortífero redigida pelo imperador chinês Shen Nung entre os anos de 2.737 e 2.696 antes de Cristo.²

No entanto um marco histórico, divisor de águas, foi a ascensão do cristianismo, que disseminou a reprovação ao aborto com base no mandamento bíblico segundo o qual a ninguém é dado o poder de matar outro ser humano.³ Logo, essa proposição repercutiu na criação de normas jurídicas incriminadoras, que equiparavam a interrupção da gravidez ao crime de homicídio.⁴

Porém, após essa onda duradoura de repressão à interrupção voluntária da gravidez, os países começaram, a partir do século XX, um movimento de legalização e descriminalização da prática do aborto.⁵ Atualmente temos o seguinte cenário⁶: América Latina, África, Oriente Médio, Ásia Meridional e Sudeste Asiático perpetuam leis mais rígidas quanto ao aborto; enquanto, América do Norte, Europa, Oceania, Ásia Setentrional, Ásia Central e Extremo Oriente contam com uma legislação mais benevolente. O Brasil está entre os países que são considerados mais severos no tratamento do tema.

Com esse breve panorama histórico e geográfico, é possível iniciar uma análise do bem jurídico-penal, sempre à luz da Constituição da República, sob a perspectiva dos seguintes princípios penais: intervenção mínima e exclusiva proteção de bens jurídicos.

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142.

² SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Rev. Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, São Paulo, v. 4, nº 2, p. 19, dez. 1994.

³ *Ibidem*, p. 20.

⁴ CAPEZ, opus citatum, p. 142.

⁵ SCHOR, opus citatum, p. 20.

⁶ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws*: 2019. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

O princípio da intervenção mínima propõe uma concepção minimalista, isto é, o Direito Penal como *ultima ratio*.⁷ O referido mandamento de otimização tem como base a necessidade de intervenção mais gravosa e a seletividade do bem jurídico.

Alguns doutrinadores fazem uma subdivisão do princípio da intervenção mínima em: fragmentariedade e subsidiariedade. A primeira propaga a tutela penal exclusivamente para os bens jurídicos de maior importância e a reprovação criminal somente para os ataques mais intoleráveis. Por sua vez, a segunda tem por objetivo trazer a incidência do Direito Penal apenas quando outros ramos do Direito não oferecerem proteção suficiente para determinado bem jurídico.⁸

A interrupção voluntária da gravidez não necessita de intervenção do Direito Penal, pois é uma questão de saúde e não de segurança pública. De acordo com estudos, 15% das mulheres brasileiras entre 18 e 39 anos já fizeram pelo menos um aborto, e dentre estas 55% foram internadas com complicações, demonstrando a realização do aborto de forma não segura.⁹

Outro estudo interessante foi feito com 131 adolescentes de 14 a 19 anos em Teresina no Piauí, em que se verificou a ocorrência de complicações graves em 3 mulheres por conta da péssima assistência de saúde prestada após o abortamento. Saliente-se que uma das pacientes recebeu três curetagens sem anestesia, pois, de acordo com a equipe médica, ela não “merecia” o sedativo.¹⁰

Um dado intrigante é sobre a mortalidade materna: 12,5% das mortes de gestantes no Brasil são em decorrência de complicações no aborto. Mundialmente, essa taxa de mortalidade evoluiu para 13%.¹¹

A criminalização definitivamente não traz solução, além de ser desnecessária. A clandestinidade é perversa principalmente com jovens, pobres, negras, de menor escolaridade, que realizam aborto inseguro e sofrem com infecções, hemorragias, danos uterinos e efeitos

⁷ GOMES, Luiz Flávio [et al]. *Princípios constitucionais penais à luz da constituição e dos tratados internacionais*. São Paulo: LivroeNet, 2015. p. 15. [e-book].

⁸ *Ibidem*, p. 15-20.

⁹ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, suppl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁰ NUNES, Maria das Dores [et al]. *Histórias de aborto provocado entre adolescentes em Teresina, Piauí, Brasil*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 8, p. 2311-2318, ago. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S141381232013000800015&lng=es&nrm=1&tlng=en>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹¹ CAVALCANTE, Alcilene (Org.); XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 92, 103 e 104. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/308/CDDBR_Em_defesa_vida_Aborto_direitos_humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2018.

tóxicos de agentes usados para induzir o aborto, além de perfuração do útero e esterilidade. Tudo isso poderia ser evitado por meio de tolerância e assistência médica.¹²

A fim de prosseguir o estudo, é necessário analisar, em conjunto com o princípio da intervenção mínima, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Os artigos 124 e 126 do Código Penal¹³, especificamente, criminalizam o aborto. O bem jurídico protegido nos casos de autoaborto e aborto consentido pela gestante é em suma a preservação da vida intrauterina.¹⁴

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos consagra que o Direito Penal deve se ater tão somente à proteção destes, não sendo legítimo, por exemplo, proteger determinada crença religiosa ou ideologia. Também, os bens jurídicos penais não podem conflitar com os valores incorporados pela Constituição da República.¹⁵

Estudos indicam que a religião ainda exerce forte influência na produção legislativa brasileira. Na legislatura de 2003 a 2006 da Câmara dos Deputados, a maioria dos projetos de lei sobre aborto eram conectados ao movimento pró-vida. Além disso, a quase totalidade dos autores tinham forte ligação com alguma religião, católicos e evangélicos em maior número, enquanto espíritas com menor expressividade.¹⁶

Algumas propostas legislativas chamam atenção pela austeridade com que tratam a matéria, entre estas: a definição do aborto como crime hediondo, a proibição da comercialização da pílula do dia seguinte e a punição do aborto em caso de estupro.¹⁷

Na legislatura de 2007 a 2010 percebe-se uma nova estratégia do movimento pró-vida, ainda ligado a determinadas religiões como acima descrito, em que houve a propositura de projetos de lei com o nítido intuito de convencer a mulher grávida a manter a gestação. Por outro lado, ocorreu uma redução do número dos projetos de lei apoiados pelo movimento pró-escolha.¹⁸

É nítido que a escolha do bem jurídico tutelado no caso de aborto está em desacordo com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, pois o Direito Penal está sendo utilizado para a tutela de certos dogmas religiosos. Nessa toada, seria possível, até mesmo,

¹² Ibidem, p. 8.

¹³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 95.

¹⁵ GOMES, opus citatum, p. 14.

¹⁶ LUNA, Naara. *Aborto no congresso nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico*. Rev. Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 14, p. 91-92, mai. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522014000200083&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁷ Ibidem, p. 91.

¹⁸ Ibidem, p. 97-99.

considerar a existência de uma violação ao Estado laico, que é um valor incorporado no art. 19, I da Constituição da República.¹⁹

A lesão aos princípios penais-constitucionais acima tratados seria minimizada se houvesse o alinhamento com a jurisprudência internacional, que caminha para a definição de um bem jurídico complexo. No crime de aborto tanto seria protegida a vida intrauterina quanto a vida da mulher por meio de uma gradação. Dessa forma, a proteção penal inicialmente não incidiria, mas passaria a existir na medida em que a gestação se aproximasse do momento do parto.²⁰ Cabe ressaltar que na maior parte dos países em que a interrupção voluntária da gravidez é permitida há uma limitação temporal para essa escolha da gestante, normalmente, sendo aceito o aborto nas primeiras 12 semanas da gestação.²¹

Apesar de nem sempre ter sido criminalizado, hoje o aborto é proibido por alguns países, em sua maioria subdesenvolvidos, incluindo o Brasil. Porém, a repressão criminal levou ao surgimento de um problema de saúde pública. A despeito disso a bancada religiosa, no Poder Legislativo, continua insistindo no equacionamento do problema por meio de mais punição, o que contraria valores constitucionalmente positivados.

Mais uma vez o Poder Judiciário é o único que pode modificar esse cenário, agindo ativamente para retirar a validade da norma incriminadora sobre a interrupção voluntária da gravidez, ainda que somente nas primeiras 12 semanas de gestação. Porém, fica a dúvida: como o Supremo Tribunal Federal irá se posicionar?

Em razão desse momento de incerteza em que vivemos, o estudo do movimento feminista tem grande importância, pois a seguir observaremos como a luta pelo empoderamento das mulheres repercutiu no campo de discussão sobre o aborto.

2. O EMPODERAMENTO FEMININO E A LIBERAÇÃO DO ABORTO

No Brasil, o movimento feminista começou a ganhar força apenas a partir da década de 1980 em razão do contexto político do país. A redemocratização abriu espaço para as vozes femininas, que por meio do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 – movimento conhecido como “lobby do batom”. O

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, abr., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁰ *Ibidem*, p. 4.

²¹ *Ibidem*, p. 5-20.

resultado foi a não inclusão na atual Constituição da República do postulado: “garantir a vida desde a concepção”; o que impediria o avanço do debate sobre o aborto.²²

O movimento feminista possui várias vertentes, e no presente trabalho, por conta da afinidade, adotou-se o feminismo existencialista de Simone de Beauvoir. A autora apresenta que a criação da sociedade patriarcal levou a mulher a se tornar “o Outro”, enquanto o homem representaria o ideal, o ser supremo a ser seguido. Assim, todos os estereótipos advindos da palavra “mulher” são uma construção cultural, e não características naturais do ser humano do sexo feminino. Portanto, o pensamento de que a mulher já nasce com o dom da maternidade – parir, criar e educar os filhos – é falho.²³

A reprodução humana sempre foi um ponto de escravidão da mulher e de exploração pela sociedade patriarcal. Segundo Beauvoir:

[...] nenhum Estado ousou jamais instituir o coito obrigatório. [...] Não seria possível obrigar diretamente uma mulher a parir: tudo o que se pode fazer é encerrá-la dentro de situações em que a maternidade é a única saída; a lei ou os costumes impõem-lhe o casamento, proibem as medidas anticoncepcionais, o aborto e o divórcio.²⁴

A sociedade ditada pelos homens construiu a figura do aborto sob um duplo caráter: pecado e punição. No entanto, mesmo em locais onde a repressão é mais severa, seja por costume, seja pela lei, ainda é presenciado um alto índice de abortamentos. Os motivos que levam mulheres a praticarem a interrupção da gravidez são variados: “a pobreza, a crise de habitação, a necessidade de a mulher trabalhar fora de casa”²⁵, além da interrupção dos estudos, da perda do emprego, da falta de suporte do parceiro, do risco de comprometer sua saúde, entre tantos outros²⁶.

Nesse terreno a hipocrisia da lei dos homens vigora, pois às mulheres não é dada uma escolha, mas aos homens sim.²⁷ Muitos abandonam suas parceiras quando informados sobre a gravidez. Uma pesquisa realizada no Brasil, em 2008, pelo DATAFOLHA apresentou que

²² MAYORGA, Cláudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto? In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 154-158.

²³ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 9-27 e 67.

²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²⁵ *Idem*. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 283.

²⁶ SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da Mulher e Aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 35.

²⁷ BEAUVOIR, v. 2, opus citatum, p. 424-425.

“41% do total de filhos tidos por casais, em união ou não, não foram planejados”²⁸ e “15% dos entrevistados afirmaram que, se pudesse fazer o tempo retroceder, não teria tido filhos”²⁹.

O Estado preocupa-se muito em proibir o aborto, e pouco com o amparo às crianças advindas de gravidezes indesejadas.³⁰ Os dados não mentem: 27 milhões (49,7%) de meninas e meninos brasileiros sofrem privações não apenas de ordem econômica, mas também quanto à educação, informação, água, saneamento básico, moradia e proteção contra o trabalho infantil.³¹ O Estado aparentemente não atenta ao fato de estar condenando crianças a serem sacrificadas.

Outro ponto a ser abordado é o comprometimento da saúde da mulher em razão de complicações na gravidez. O Código Penal brasileiro em seu artigo 128, inciso I, prevê excepcionalmente a possibilidade de aborto quando há risco de vida para a gestante, mas isso não ocorre se o risco for meramente à saúde. Na Europa, a tendência é de liberalização, ou seja, permite-se a escolha em prosseguir ou interromper a gestação, caso esta interfira na saúde da mulher.³²

Nos países em que o aborto é associado ao pecado e à punição as mulheres tornam-se propensas a adquirirem problemas psicológicos, caso realizem o procedimento abortivo ou desejem realizar. Por sua vez, quando o abortamento é uma prática legalizada percebe-se que as mulheres não são acometidas de maiores problemas emocionais ou psicológicos derivados do aborto.³³

Nessa toada, importante citar o seguinte trecho:

O fato de ser a operação clandestina e criminosa multiplica-lhe os perigos e dá-lhe um caráter abjeto e angustiante. Dor, doença, morte assumem um aspecto de castigo: sabe-se que distância separa o sofrimento da tortura, o acidente da punição; através dos riscos que assume, a mulher sente-se culpada; é essa interpenetração da dor e do erro que é singularmente penosa.³⁴

Também é preciso afastar o propagado discurso sobre a irresponsabilidade da mulher em ficar grávida.³⁵ As religiões mais difundidas no mundo censuram o uso de métodos

²⁸ VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: MAIA, opus citatum, p. 55.

²⁹ Ibidem.

³⁰ BEAUVOIR, v. 2., opus citatum, p. 280-281.

³¹ PAZ, Jorge; ARÉVALO, Carla. *Pobreza na Infância e na Adolescência*. UNICEF, p. 5-6, ago. 2018.

³² RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 356-379, jan.-abr. 2017.

³³ VILLELA, opus citatum, p. 54.

³⁴ BEAUVOIR, v. 2., opus citatum, p. 286.

³⁵ VILLELA, opus citatum, p. 58.

contraceptivos.³⁶ Além disso, inúmeras mulheres criadas em meio à múltiplas privações de direitos humanos não possuem acesso à informação sobre os métodos contraceptivos, bem como tem dificuldades em marcar consultas³⁷. Por fim, cabe ressaltar que todos os métodos contraceptivos são falíveis, estima-se 6 milhões de concepções não planejadas, no mundo, por ano, em casais que fazem uso de contraceptivo.³⁸

Onde o aborto é defeso por lei ou por costume as mulheres procuram a prática clandestina. Aquelas que possuem melhor condição financeira pagam altas montas para realizar o procedimento em clínicas ilegais, mas com total atendimento, ou mesmo viajam para países em que o aborto é legalizado. Todavia, a maioria das mulheres não tem condição financeira para tanto, assim buscam variados meios para alcançar o aborto, desde “fazedoras de anjos”, até introdução de gancho, agulha de tricô, osso de galinha, faca doméstica, cabide de roupas, além de aplicação de vinagre no útero, uso de chás caseiros (muitas vezes tóxicos), traumas autodeferidos na região abdominal, entre outros.³⁹

O aborto inseguro leva ao comprometimento da vida e da saúde física e psicológica da mulher, haja vista provocar em muitas situações hemorragia, infecção e intoxicação.⁴⁰ Por outro lado, a legalização do aborto permite a realização do procedimento médico em segurança.⁴¹

Para a legalização do aborto surtir efeitos positivos, é necessário que os profissionais da saúde sejam capacitados, além de serem usadas técnicas adequadas. Ainda existe muito preconceito dos profissionais da área quando prestam atendimento a pacientes gestantes que farão ou já fizeram o aborto. Esse pensamento precisa mudar.⁴²

A magistratura brasileira encontra-se em um processo de feminização.⁴³ Desde 1998 a proporção de mulheres que concluem o curso de Direito é maior do que de homens.⁴⁴ Isso reflete na aprovação em concursos públicos. No entanto, a isonomia ainda não foi alcançada,

³⁶ BEAUVOIR, v. 1., opus citatum, p. 171-173 e 191.

³⁷ VILLELA, opus citatum, p. 59.

³⁸ SANTIAGO, opus citatum, p. 35-36.

³⁹ Ibidem, p. 36.

⁴⁰ Ibidem, p. 39.

⁴¹ Ibidem, p. 33-34.

⁴² Ibidem, p. 38-39.

⁴³ CAMPOS, Veridiana Parahyba. *Feminização da Magistratura: relatos de algumas experiências e perspectivas das juízas pioneiras no Brasil*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 285-304, jul.-set. 2016.

⁴⁴ BRUSCHINI, Maria Cristina A. *Elas Chegaram Para Ficar*. Fundação Carlos Chagas. *Difusão de Ideias*, out. 2007, p. 2. Disponível em: http://www.fcc.org.br/conteudos/especiais/difusaoideias/pdf/materia_elas_chegaram_para_ficar.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

visto que as mulheres ocupam apenas aproximadamente 30% do total dos cargos na magistratura.⁴⁵

Cabe salientar que na magistratura os cargos de presidência e as cúpulas do poder ainda tem poucos representantes do sexo feminino. Atualmente, dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal apenas 2 são mulheres - Ministra Cármen Lúcia e Ministra Rosa Weber. Abaixo outros dados que comprovam esse quadro:

Dos 180 cargos de direção nos tribunais brasileiros, 53 foram comandados por mulheres no primeiro biênio e 51 no segundo biênio. A ascensão de mulheres à diretoria de tribunais brasileiros tem nestes tempos as proporções mais notáveis de toda a história, ainda que seja um *status* marcado pela subrepresentação e ineditismo.⁴⁶

O processo de feminização da magistratura brasileira pode proporcionar uma grande mudança de pensamento e atitude nesta carreira. No entanto, é possível ir além e se valer do Poder judicante como instrumento de transformação social.

3. ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE ABORTO NO SÉCULO XXI

O processo de feminização da magistratura pode gerar um olhar diferenciado sobre o caso da interrupção voluntária da gravidez. Nesse contexto, é útil analisar como vem se comportando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no século XXI.

O primeiro julgamento do Supremo Tribunal Federal no século XXI sobre a interrupção voluntária da gravidez ocorreu em 04 de março de 2004 no âmbito do HC nº 84.025-6 de origem do Rio de Janeiro. O caso trata de uma moça de 18 anos, que pleiteou uma autorização judicial para interromper a gravidez, haja vista o feto ser portador de anencefalia. Em primeira instância o juiz indeferiu a liminar, mas em segunda instância a desembargadora Gizelda Leitão Teixeira concedeu a autorização. Observe que o olhar feminino foi diferente do masculino sobre a mesma matéria.⁴⁷

Porém, um desembargador e um advogado, estranhos ao processo, e inconformados com a autorização, interpuseram recurso, que foi julgado procedente pelo Presidente da Câmara no sentido de cassar a liminar autorizativa. Fato esse que o Relator Ministro Joaquim Barbosa

⁴⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. *Magistratura e Gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, e-cardernos ces, v. 24, dez. 2015, p. 62-63.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.025-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

qualificou como “peripécias processuais exóticas”, visto que os recorrentes não tinham legitimidade nem interesse de agir. A liminar autorizativa do aborto concedida pela desembargadora Gizelda também foi alvo de habeas corpus impetrado por Luiz Carlos Lodi da Cruz, sacerdote da Igreja Católica e presidente da ONG Pró-Vida. Essas intromissões na vida privada e na liberdade de escolha da mulher acabaram por atrasar a marcha processual e a grávida foi obrigada a carregar o feto por oito meses em seu ventre para vê-lo morrer apenas sete minutos após o nascimento.⁴⁸

Em 29 de maio de 2008 foi julgada improcedente a ADIn nº 3.510 de origem do Distrito Federal, que tinha como objeto a impugnação de parte da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/05 – em face da permissão legal de pesquisa científica com células-tronco embrionárias. Uma das questões ventiladas foi a violação ao direito à vida, principalmente em razão da suposta existência de prática de aborto.⁴⁹

Os argumentos autorais foram afastados pelo Relator, Ministro Ayres Britto, pois nem todos os estágios da vida humana são considerados bens jurídicos a serem protegidos com a mesma intensidade da tutela destinada a uma pessoa humana já formada, além de o embrião utilizado nas pesquisas não desencadear uma gestação, haja vista não ser introduzido no colo do útero feminino, assim, não poderia se cogitar em interrupção de uma gravidez, concluindo que a lei de biossegurança não autoriza o aborto.⁵⁰

Já em 12 de abril de 2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF nº 54 de origem do Distrito Federal. O pleito principal era o reconhecimento do direito à interrupção da gravidez sem a necessidade de apresentar autorização judicial quando o feto for anencéfalo. O Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a questão não pode ser tratada através de orientações religiosas face à laicidade do Estado brasileiro. Ademais, afirmou que o aborto é um crime contra a vida em potencial, mas a antecipação terapêutica do parto não é crime, pois o feto anencéfalo é um natimorto cerebral. Concluiu que o sofrimento impingido à mulher é tão grande que pode ser classificado como tortura.⁵¹

A decisão autorizativa foi tomada por maioria de votos. Cabe ressaltar que os membros do Supremo Tribunal Federal do sexo feminino – Min. Rosa Weber e Min. Cármen Lúcia – votaram de forma favorável à autodeterminação das mulheres.⁵²

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

Em 09 de agosto de 2016 a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 124.306 de origem do Rio de Janeiro. O caso trata de pessoas que mantinham uma clínica de aborto e que foram presas em flagrante, com posterior decretação de prisão preventiva.⁵³

O Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, teceu argumentação no sentido de ser incompatível com diversos direitos fundamentais a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação. A coação do Estado para manter gravidezes indesejadas viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, além de sua autonomia em realizar escolhas existenciais e poder controlar o próprio corpo. Ademais, a integridade física e psíquica da gestante deve ser levada em conta nos efeitos da gravidez.⁵⁴

Também, foi observado que o custo-benefício da criminalização não é vantajoso, pois não reduz os números de abortamento e leva muitas mulheres pobres a práticas inseguras, consequentemente, aos casos de automutilação, lesões graves e morte.⁵⁵

A proposição defendida no acórdão se coaduna com a ideia de que até a formação do sistema nervoso central, o que ocorre após o terceiro mês de gestação, não há vida. Além disso, durante o primeiro trimestre da gestação o embrião não pode subsistir fora do útero, autonomamente. Dessa forma, não haveria violação ao direito à vida, mesmo que em potencial.⁵⁶

O Min. Luís Roberto Barroso, a Min. Rosa Weber e o Min. Edson Fachin entenderam que os tipos penais do aborto (art. 124 e art. 126 do CP) são inconstitucionais no que tange à interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação, por isso a prisão é inconcebível neste caso. O Min. Marco Aurélio ficou vencido.⁵⁷

Em 11 de outubro de 2017 o Ministro Ricardo Lewandowski julgou de forma monocrática o HC nº 147.521 com origem de São Paulo. O caso tratava de um aborto praticado aproximadamente no segundo mês de gestação por meio da ingestão de CYTOTEC. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a conduta da paciente se enquadra no tipo penal do artigo 124 do Código Penal. Dessa forma, denegou a ordem de habeas corpus, mesmo já havendo desde 2016 decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre.⁵⁸

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de dar sua palavra final sobre a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que em 08 de março de 2017 foi autuada a ADPF nº 442 de origem do Distrito Federal com relatoria da Ministra Rosa Weber. O pleito principal é a declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, a fim de permitir a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana. Ressalte-se que por ordem do acaso tal demanda foi distribuída a uma Ministra mulher, o que sem dúvidas fortalece a luta feminista. Além disso, a Ministra Rosa Weber tem se posicionado de forma favorável à legalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação, como visto na análise dos casos julgados acima.⁵⁹

CONCLUSÃO

Na ótica internacional, o Brasil é considerado um dos países mais severos no tratamento do tema da interrupção voluntária da gravidez, visto que criminaliza a conduta, com exceção de duas ressalvas legais e uma jurisprudencial, quando: a gravidez propicie risco de vida para a gestante, a mulher tiver sido vítima de estupro e o feto for diagnosticado com anencefalia. Dessa forma, o Estado brasileiro não permite o aborto no caso de comprometimento da saúde da mulher, ou mesmo se a gestante passa por dificuldades socioeconômicas.

A primeira análise feita foi quanto à compatibilidade dos princípios penais da intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos com a criminalização do aborto. O estudo revelou que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez é desnecessária para a solução de um problema de saúde pública, além de conduzir diversas mulheres para o aborto inseguro.

Também, como visto, a escolha do bem jurídico não pode ser influenciada por crenças religiosas, uma vez que se vive em um Estado laico. No entanto, pesquisas mostram que a religião ainda exerce forte influência na produção legislativa brasileira. É de se ressaltar a existência de propostas legislativas ainda mais rigorosas e punitivas. Atualmente, no cenário político em que vivemos, com um Congresso Nacional bastante conservador, é difícil acreditar na aprovação de um projeto de lei concedendo o direito de escolha à mulher em levar a termo ou não a gestação.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 15 jan. 2019.



A evolução no tratamento da matéria deve vir, então, por meio do Poder Judiciário. Porém, para chegar ao ponto de discutir o tema da interrupção voluntária da gravidez dentro do Poder judicante foi necessário percorrer um longo caminho de lutas travadas pelo movimento feminista, que teve início com a redemocratização do Brasil.

O feminismo desbravou o labirinto da sociedade patriarcal. Uma das descobertas foi o controle da mulher por variadas formas de submissão. A proibição do aborto faz parte dessa composição, haja vista ter sido construído sob os valores do pecado e da punição. Negados os direitos sexuais e reprodutivos às mulheres, estas recorrem a práticas inseguras de abortamento que levam ao comprometimento da vida e da saúde física e psicológica.

Apesar disso, o movimento feminista alcançou conquistas, como o processo de feminização da magistratura brasileira, com a entrada das mulheres em instituições antes dominadas por homens. Não obstante as mulheres representarem apenas 30% dos membros da magistratura, esse percentual já revela um avanço, visto que possibilita a introdução de temas estritamente femininos no debate público.

Toda essa construção possibilitou que, durante o século XXI, o Supremo Tribunal Federal tomasse importantes decisões sobre a matéria. Destaque-se o julgamento da ADPF nº 54, que fomentou o debate sobre o aborto e trouxe argumentos sólidos para a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez quando o feto for diagnosticado com anencefalia.

Outra decisão de suma importância foi tomada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 124.306. Os ministros decidiram pela inconstitucionalidade dos dispositivos penais incriminadores da conduta de interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação. A fundamentação foi talhada sob os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, indicando a desvantagem do custo-benefício de manter a criminalização do aborto. Além disso, foi realizada sistemática análise sobre o início da vida e optou-se por seguir a medicina no que tange à definição da formação do sistema nervoso central, o que só ocorre após os três primeiros meses de gestação do feto.

Os novos horizontes para essa questão podem vir com o julgamento da ADPF nº 442, pois o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de atuar como um instrumento de transformação social, se decidir pela não recepção parcial dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal. Assim, o direito de escolha da mulher seria reconhecido, permitindo pelo menos o aborto até o primeiro trimestre de gestação. Portanto, deve ser alimentada a esperança de um Brasil com maior respeito à autodeterminação, à liberdade de escolha e à saúde da mulher.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

_____. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147.521*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5256929>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.025-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRUSCHINI, Maria Cristina A. *Elas Chegaram Para Ficar*. Fundação Carlos Chagas. *Difusão de Ideias*, out. 2007. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/conteudos especiais/difusaoideias/pdf/materia_elas_chegaram_ppar_ficar.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CAMPOS, Veridiana Parahyba. *Feminização da Magistratura: relatos de algumas experiências e perspectivas das juízas pioneiras no Brasil*. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 285-304, jul.-set. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Alcilene (Org.); XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/308/CDDDBR_Em_defesa_vida_Aborto_direitos_humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2018.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws*: 2019. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, suppl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002>. Acesso em: 24 set. 2018.

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. *Magistratura e Gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, e-cardernos ces, v. 24, dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio [et al]. *Princípios constitucionais penais à luz da constituição e dos tratados internacionais*. São Paulo: LivroeNet, 2015. [e-book].

LUNA, Naara. *Aborto no congresso nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico*. Rev. Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 14, mai. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522014000200083&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 24 set. 2018.

MAYORGA, Claudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. *Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto?* In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

NUNES, Maria das Dores [et al]. *Histórias de aborto provocado entre adolescentes em Teresina, Piauí, Brasil*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 8, p. 2311-2318, ago. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S141381232013000800015&lng=es&nrm=1&tlng=en>. Acesso em: 24 set. 2018.

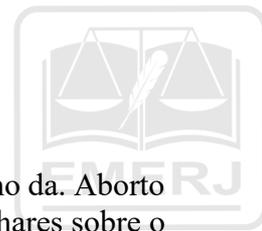
PAZ, Jorge; ARÉVALO, Carla. *Pobreza na Infância e na Adolescência*. UNICEF, ago. 2018.

RUBIO-MARÍN, Ruth. *Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 356-379, jan.-abr. 2017.

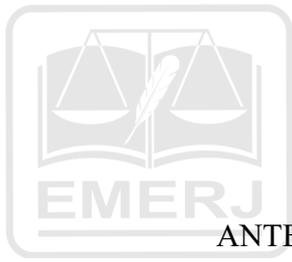
SANTIAGO, Ricardo Cabral. *Saúde da Mulher e Aborto*. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, abr., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 24 set. 2018.

SCHOR, Nêia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. *Rev. Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 4, nº 2, dez. 1994.



VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.



A DISTINÇÃO ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A COISA JULGADA À LUZ DA NOVA DINÂMICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA PELO CPC/2015

Carolina Sampaio Moraes

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo – o Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativas mudanças na disciplinada tutela provisória. Inovou o legislador ao prever um fenômeno processual sem precedentes no Direito brasileiro: a estabilização da tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente. A essência do trabalho é abordar as principais controvérsias relacionadas a esse novo instituto processual, e apontar distinção entre essa estabilização e a estabilização decorrente da coisa julgada que, embora tenham a mesma potencialidade prática de regular de forma permanente a situação jurídico-material, o fazem em graus diferentes, uma vez que o regime constitucional da coisa julgada exige cognição exauriente.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente. Coisa Julgada. Cognição.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto ao modo de extinção do processo quando da estabilização da tutela antecipada antecedente. 2. Da interpretação do recurso a que alude o artigo 304, do Código de Processo Civil como forma de evitar a estabilização da tutela antecipada. 3. Distinção entre a coisa julgada e a estabilização da tutela antecipada antecedente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as diferenças entre a estabilização da tutela antecipada antecedente e a coisa julgada à luz da nova dinâmica processual estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. Objetiva-se discutir estas diferenças levando-se em consideração os pilares normativos quanto à cognição jurisdicional.

Pela nova dinâmica processual das tutelas provisórias é possível que o processo se limite à tutela antecipada, operando-se a estabilização dos efeitos dessa tutela concedida com base em cognição sumária.

Uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza e o juiz deve extinguir o processo, conforme artigo 304 do Código de Processo Civil. Uma vez extinto o processo, o réu só poderá rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela provisória através de novo processo, mediante a propositura de ação autônoma, desde que no prazo de dois anos.

Essa nova dinâmica processual favorece as seguintes reflexões: a extinção do processo, quando da estabilização da decisão que conceder a tutela antecipada se não for interposto o respectivo recurso, se dá com ou sem resolução do mérito? Esse recurso que evita a estabilização da tutela antecipada, deve ser interpretado como agravo de instrumento ou como qualquer meio de impugnação?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o novo regime das tutelas provisórias, significativamente modificado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho constatando-se que a extinção do processo, quando da estabilização da decisão que conceder a tutela antecipada se não for interposto o respectivo recurso, nos moldes do artigo 304, §1º do Código de Processo Civil, se dá sem resolução do mérito, pois somente tem uma função: dissolver a relação processual civil pendente, sem qualquer carga meritória.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, que de acordo com a intenção do legislador, o recurso a ser interposto como forma de evitar a estabilização da tutela antecipada é o agravo de instrumento.

No terceiro capítulo procura-se explicitar a inexistência de coisa julgada material na tutela antecipada estável, a partir de uma análise das diferenças existentes entre os institutos da coisa julgada e da estabilização da tutela provisória que, embora tenham a mesma potencialidade prática de regular de forma permanente a situação jurídico-material, o fazem em graus diferentes, uma vez que o regime constitucional da coisa julgada exige cognição exauriente.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador, observando o objeto de estudo, irá identificar problemas e lacunas e, a partir deles, formular hipóteses que serão testadas, como critérios orientadores da pesquisa, com o fito de comprová-las ou refutá-las fundamentadamente.

Sendo assim, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, pois o pesquisador almeja apoiar-se, observada a pertinência temática, em uma análise bibliográfica, documental de legislação e jurisprudencial que possam corroborar com a tese sustentada.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO AO MODO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO QUANDO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

O Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/15¹ modificou de forma significativa o regime jurídico das tutelas provisórias, fundadas em cognição sumária, e inovou ao prever um fenômeno processual sem precedentes no Direito brasileiro: a estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa, também chamada de tutela antecipada, concedida em caráter antecedente.

A tutela provisória na nova sistemática processual fundamenta-se na urgência, podendo ser cautelar ou satisfativa, ou na evidência, representando uma grande mudança em relação ao Código de Processo Civil de 1973: não há mais previsão no ordenamento jurídico processual civil brasileiro de um processo autônomo para a tutela cautelar, que passa a ser passível de ser pleiteada e deferida nos autos da ação principal². O Código de Processo Civil, portanto, unificou o regime jurídico, estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa, espécies do gênero tutela de urgência, aptas a, respectivamente, assegurar ou satisfazer, desde logo, a pretensão autoral³.

O legislador, diante do conflito entre efetividade e segurança jurídica, e consequente busca de uma tutela jurisdicional mais efetiva, criou, a partir da técnica da sumarização da cognição, a figura da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente.

Importante destacar que somente a tutela de urgência – cautelar ou satisfativa – pode ser requerida em caráter antecedente, uma vez que a tutela de evidência somente é passível de ser requerida e concedida em caráter incidental.

¹BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

²MITIDIERO, Daniel. Tereza Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.) *Da tutela provisória*. Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 773.

³BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 247.



Segundo Fredie Didier Jr., “a tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva”⁴. Esse procedimento, no qual o autor se limita, na petição inicial, a requerer a tutela provisória de urgência - cautelar ou satisfativa - segue regras específicas e encontra-se regulamentado pelos artigos 304 e seguintes do Código de Processo Civil.

Embora a tutela de urgência cautelar também possa ser requerida em caráter antecedente, por ser providência meramente conservativa, e não satisfativa, a decisão que a concede não é passível de estabilizar-se⁵. Somente surge a possibilidade de estabilização da decisão concessiva da tutela de urgência satisfativa, também chamada de tutela antecipada pelo legislador processual civil, requerida em caráter antecedente, prevista, especificamente, nos artigos 304 e 305 do Código de Processo Civil.

Segundo o legislador, sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, traço marcante dessa espécie de tutela provisória⁶, o autor pode, liminarmente, requerer a tutela provisória de urgência satisfativa, observando seus pressupostos autorizadores – perigo de dano ou de ilícito e risco ao resultado útil do processo – e indicar o pedido de tutela definitiva, a causa de pedir e o valor da causa. O requerente deve indicar, também, se pretende ou não utilizar-se da estabilização da tutela antecipada. Somente depois de ter o magistrado apreciado tal requerimento é que o autor irá pleitear a tutela definitiva.

Uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza, e o juiz deve extinguir o processo, conforme artigo 304 do Código de Processo Civil, gerando efeitos de forma imutável. O réu só poderá rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela provisória através de novo processo, mediante a propositura de ação autônoma, desde que observado o prazo decadencial de dois anos⁷.

⁴DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. V.2. Salvador: Juspodivm, 2016, p.586.

⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 787.

⁶ “Não fosse por ela, o caso não seria de tutela antecipada antecedente, afastada, destarte, a incidência do art. 303 e, consequentemente, a possibilidade de sua estabilização nos termos do art. 304.” BUENO, op. cit., p. 269.

⁷ Art. 304, §5º do Código de Processo Civil. BRASIL, op. cit., nota 1.

O legislador processual civil silenciou acerca da forma de extinção do processo: com ou sem resolução do mérito? Trata-se de tema controverso na doutrina. Eduardo José da Fonseca Costa defende⁸ que:

[...] a estabilização da tutela antecipada faz um corte, interrompendo o complemento da cognição. Logo, a sentença a que alude o §1º do art. 304 só terá uma função: dissolver a relação processual civil pendente, tendo em vista que a relação jurídica material controvertida já foi resolvida interinamente pela decisão antecipatória estabilizada. Nesse sentido, a sentença será terminativa, sem qualquer carga eficaz de mérito. Não será de toda oca, porém: declarará a estabilização.

Em sentido oposto, Bruno Garcia Redondo⁹ diz que:

[...] nossa primeira impressão é a de que a extinção do processo deve se operar com resolução do mérito. Afinal, sentença terminativa (art. 485) é decisão que extingue o processo em razão de vício processual insuperável e, por consequência, deveria gerar o encerramento dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecedente. Ocorre que, no caso do art. 304, inexistente qualquer vício processual que macule a relação processual, tampouco devem ser cessados os efeitos da tutela, os quais, pelo contrário, devem ser prolongados.

Discorda-se do último pensamento acima transcrito. O que se observa com a extinção do processo quando da estabilização da decisão concessiva da tutela provisória é a conservação dos efeitos da medida antecedente, e não da tutela definitiva do direito material – o pedido de tutela final deve ser indicado na petição inicial, conforme preceitua o art. 303, *caput*, do Código de Processo Civil¹⁰ – mérito da atividade processual cognitiva, que seria decidido caso não houvesse a estabilização e a posterior extinção do processo.

A tutela provisória, portanto, tem função meramente instrumental à jurisdição de conhecimento¹¹, esgotando a pretensão instantânea e urgente do requerente, de forma que, no

⁸COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 428-429.

⁹REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente*. Disponível em: <http://www.academia.edu/14248035/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_e_negocia%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_de_urg%C3%Aancia_antecipada_antecedente>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁰ Art. 303 do Código de Processo Civil: Os casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Volume XIV, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 18 set. 2018.

caso concreto, pode não haver interesse no prosseguimento do processo rumo à decisão definitiva referente ao direito material pleiteado, que embasou, de forma mediata, por uma urgência contemporânea à propositura da ação, o pedido de tutela antecipada.

Nesse contexto, ante o não interesse no prosseguimento da relação processual pendente, e diante da constatação de que o mérito, ou seja, o pedido de tutela final, indicado pelo autor quando da formulação da petição inicial, não foi analisado e decidido, em razão do não desenvolvimento de uma cognição judicial plena, não há que se falar em extinção do processo com resolução do mérito.

A extinção do processo quando da estabilização da tutela antecipada antecedente, portanto, se dá sem resolução do mérito, colocando fim a uma relação processual antecedente a um processo principal, que se limitou à tutela antecipada.

2. DA INTERPRETAÇÃO DO RECURSO A QUE ALUDE O ARTIGO 304, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FORMA DE EVITAR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Grande problema em relação à técnica de estabilização da tutela provisória consiste em definir qual meio de impugnação manejado pelo réu é suficiente para evitar a estabilização da medida concedida provisoriamente por meio da tutela provisória satisfativa antecedente.

Segundo o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil¹², “a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”. Diante da literalidade deste dispositivo legal surgiu controvérsia doutrinária de relevante importância prática quanto a ser ou não o recurso, no caso, o agravo de instrumento, por força do artigo 1.105, inciso I, do Código de Processo Civil, o único meio de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Não se desconhece que a interpretação das normas jurídicas é tarefa complexa. No entanto, fixar o verdadeiro alcance dessa norma jurídica mostra-se providência extremamente importante dada à sua repercussão na prática jurídica.

De uma interpretação equivocada do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil, podem surgir conseqüências jurídicas díspares do verdadeiro interesse do réu, pois, uma vez

¹²BRASIL, op. cit., nota 1.

estabilizada, somente por nova demanda, proposta no prazo de 2 anos, com o fim de obter a revisão, reforma ou invalidação da decisão concessiva da tutela satisfativa de urgência é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável¹³.

Trata-se de tema novo, pouco discutido pelos Tribunais de Justiça Estaduais¹⁴, pauta-se o estudo da interpretação do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil na doutrina brasileira.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, em 04 de Dezembro de 2018, em um julgado único, noticiado no Informativo de jurisprudência nº 639, entendeu que “a tutela antecipada antecedente somente se torna estável se não houver nenhum tipo de impugnação formulada pela parte contrária, de forma que a mera contestação tem força de impedir a estabilização”¹⁵.

No mesmo sentido do julgamento prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, parte da doutrina de processualistas civis adota uma interpretação ampliativa do termo “recurso” para abarcar qualquer forma de impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente pelo réu.

Nesse contexto, Daniel Amorim Assumpção¹⁶ defende que qualquer manifestação de irresignação por parte do réu já é o suficiente para evitar a estabilização da tutela antecipada:

[...] poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a

¹³Art. 304, §2º do Código de Processo Civil. BRASIL, op. Cit., nota 1.

¹⁴O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgado de 2018, decidiu que não é possível realizar uma interpretação ampliativa do artigo 304 do Código de Processo Civil, ressaltando que se configura a inércia do réu caso não interponha recurso próprio da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que tenha apresentado contestação. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AP 1.0372.16.002432-2/001*. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa=1&txtProcesso=10372160024322001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10372160024322001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 14 jan. 2019.). O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, já interpretou de forma ampliativa o artigo 304 do Código de Processo Civil, entendendo que o oferecimento da contestação afasta por completo o pedido de estabilização da tutela. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2131939-16.2016.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Ana Catarina Strauch, 27ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=268D62949451D4844D8B4CA2F249FCCA.cposg9?converationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=213193916.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2131939-16.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>>>. Acesso: 14 jan. 2019.

¹⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1760966&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 26 mar. 2019.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2017, p.524.

legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do artigo 304, *caput*, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê “recurso” deve se entender “impugnação”, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez de gênero (impugnação).

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷, no mesmo sentido, defende que:

[...]a melhor resposta, penso, ao menos por ora, é a de aceitar a interpretação ampliativa do texto do *caput* do art. 304. Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304 (...). Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo *caput* do art. 303 (...), prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a “tutela final”, apta a transitar materialmente em julgado.

No entender desta doutrina e do mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a única forma de harmonizar a norma jurídica contida no artigo 304, *caput*, com o artigo 303, §1º, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, é entender que qualquer forma de contraposição à decisão concessiva da tutela antecipada antecedente basta para impedir a estabilização da decisão, na medida em que o último dispositivo legal mencionado exige do demandante a emenda da petição inicial ainda que a tutela provisória tenha sido concedida¹⁸.

Trata-se de entendimento baseado em uma análise sistemática dos dispositivos que tratam do instituto processual da estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente¹⁹, quais sejam, os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil.

Em sentido oposto, outros autores defendem uma interpretação restritiva do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, Érico Andrade e Dierle Nunes²⁰ asseguram que:

¹⁷ BUENO, op. cit, p. 262.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ DIDIER JR., op. cit, p. 616.

²⁰ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o ‘mistério’ da ausência de formação da coisa julgada*. P.16-17. Disponível em:

[...]o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização, considerando, inclusive, que nas versões anteriores do projeto se utilizava o termo mais abrangente “impugnação”e, agora, no projeto aprovado e que se transformou no novo CPC houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso.

No mesmo sentido, ElpídioDonizetti²¹ diz que:

[...] *amens legislatoris* é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar. (...).O CPC/2015 poderia ter inserido disposição mais genérica, de modo a permitir a estabilização da medida apenas na hipótese de o réu não se insurgir contra a decisão, seja por meio de petição simples ou por meio da contestação. Ocorre que esta não foi a vontade do legislador.

Esta parece ser a melhor doutrina. Deve-se fazer uma interpretação restritiva, reduzindo-se a amplitude da palavra “recurso”. Não cabe ao intérprete, neste caso específico, alargar o campo de incidência da norma jurídica na medida em que não há na lei disposição genérica que impeça a estabilização da tutela provisória concedida com qualquer insurgência do réu contra a decisão; a lei exige expressa e literalmente o recurso apropriado para tal fim²².

Embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça²³ em sentido contrário, como mencionado acima, trata-se de uma única decisão prolatada pela 3º Turma deste Tribunal Superior, não se podendo afirmar que há entendimento consolidado pela jurisprudência sobre o assunto.

Ademais, em uma análise do processo de tramitação do Código de Processo Civil de 2015, depreende-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil²⁴, que tratava do procedimento da tutela provisória requerida em caráter antecedente nos artigos 286 a 293,

<http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 23dez. 2018.

²¹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 496.

²² BRITO, ÍcaroFellipeAlvez Ferreira de. *Interpretação do caput do artigo 304 do CPC/15*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18317&revista_caderno=21>. Acesso em: 17 de dez. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁴ *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 dez 2018.



mencionava originariamente que a simples impugnação da decisão concessiva teria força para impedir a estabilização, não havendo a limitação hoje existente no artigo 304, *caput*, da aprovada e sancionada Lei nº13.105 de 16 de Março de 2015 e em vigor no que tange ao termo “recurso”.

Portanto, defende-se que o réu somente evitará a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida em seu desfavor se interpuser o recurso de agravo de instrumento da decisão, momento em que o magistrado dará seguimento ao processo para aprofundar sua cognição, exaurindo o debate, para proferir decisão sobre a tutela final, decidindo se mantém ou não a decisão antecipatória e tutelando de forma definitiva o direito material questionado em Juízo.

3. DISTINÇÃO ENTRE A COISA JULGADA E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

De acordo com o procedimento previsto pelo legislador, decorrido o prazo de dois anos de que trata o artigo 304, §5º, do Código de Processo Civil²⁵, para que qualquer das partes possa demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada em razão da omissão do réu²⁶, nos termos do *caput* do mencionado artigo, não há na lei qualquer outro meio apto a desconstituir a decisão prolatada em cognição sumária²⁷, tornando-se definitivamente estável.

Tornado-se, portanto, imutável e indiscutível a concessão da tutela provisória, resta a seguinte questão: existe diferença entre a tutela antecipada antecedente estabilizada, após o decurso do prazo de dois anos previsto no artigo 304, § 5º do Código de Processo Civil, e a coisa julgada? Isso porque a norma processual civil se limita a dizer que, enquanto não decorrido o prazo bienal previsto no mencionado dispositivo legal, a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada²⁸, silenciando quanto à formação ou não da coisa julgada após esse prazo.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁶ Art. 304, §§2º, 5º e 6º do Código de Processo Civil. BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que esse prazo de dois anos tem natureza decadencial, de forma que o direito de ação das partes deve ser exercido dentro desse prazo. NEVES, op. cit, p.531.

²⁸ Art. 304, §6º do Código de Processo Civil. BRASIL, op. Cit., nota 1.

Levando-se em consideração os pilares normativos quanto à cognição jurisdicional, na medida em que todo procedimento judicial pressupõe cognição, insta salientar que o instituto processual da estabilização da tutela provisória não se confunde com a coisa julgada.

No conceito de Dhenis Madeira²⁹, levando-se em consideração o Estado Democrático de Direito, a cognição pode ser conceituada como:

[...] instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos. A cognição deixa de ser uma atividade, técnica ou método exclusivo do juiz para se tornar um direito à valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas.

Questões de fato e de direito, assim como questões processuais, devem ser analisadas e apreciadas pelo Magistrado antes de proferir a decisão sobre o conflito de interesses levados a Juízo. É dessa análise, considerando-se as provas e alegações trazidas aos autos pelas partes e por elas também contestadas, em efetiva cooperação, que a partir de uma técnica de correlação o Magistrado formula, de forma legítima, sua decisão sobre a pretensão controvertida.

Não se desconhece que existem fatores metajurídicos, fruto de experiências pessoais do Magistrado, que influenciam na tomada de decisão. No entanto, abandonando o conceito tradicional de cognição, que coloca o Magistrado como protagonista do processo³⁰, tais fatores externos tendem a ser amenizados, na medida em que, sob o novo prisma de atividade cooperativa do Magistrado e das partes, a cognição tende a se desenvolver de forma não arbitrária, na perspectiva dos direitos fundamentais e dos princípios processuais constitucionais, assegurando às partes uma tutela jurisdicional adequada.

De forma sucinta, a cognição jurisdicional pode ser classificada levando-se em consideração a sua extensão - plena, quando qualquer questão puder ser apreciada pelo magistrado ao longo do processo, ou limitada, quando há restrição da matéria a ser posta sob apreciação -, e levando-se em consideração a profundidade da cognição – exauriente ou sumária,

²⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p.118.

³⁰ “Para que o juiz possa formar opinião correta sobre esses pontos controvertidos é necessária a cognição, que o prepara para decidir. É inerente ao processo de conhecimento a canalização de atividades convergentes ao objetivo de eliminar as questões de fato e de direito instaladas no processo e permitir que o juiz julgue com o espírito suficientemente iluminado e consciente da realidade sobre a qual decidirá.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. V.3. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.30.

a depender das questões serem apreciadas pelo magistrado mediante exame profundo ou não, respectivamente³¹.

A cognição jurisdicional, vista sob o aspecto da profundidade, está intrinsecamente ligada ao instituto da coisa julgada, responsável por garantir segurança jurídica ao jurisdicionado, na medida em que torna definitiva uma solução dada pelo Judiciário a determinada controvérsia que a ele tenha sido submetida. Nas palavras de Fredie Didier Jr³²:

O art. 502 do CPC pretendeu definir coisa julgada. Primeiramente, considera a coisa julgada uma “autoridade”. “Autoridade” é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico após a incidência da norma jurídica. Na segunda parte, o artigo 502 do CPC preceitua os dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável. A indiscutibilidade da decisão projeta-se, também, para fora do processo em que proferida [...].

Pode-se afirmar que toda decisão judicial, em determinado momento, torna-se imutável e indiscutível dentro do processo em que proferida. A essa imutabilidade endoprocessual dá-se o nome de coisa julgada formal. No entanto, nem toda decisão judicial produz a chamada coisa julgada material, ou seja, imutabilidade e indiscutibilidade para além do processo em que foi proferida³³. Isso porque, a despeito de opiniões doutrinárias em sentido contrário³⁴, o regime constitucional da coisa julgada material exige cognição exauriente, na medida em que privilegia a segurança jurídica em detrimento da efetividade. Nesse sentido, Eduardo Talamini³⁵ diz que:

[...]A imutabilidade da coisa julgada - qualidade excepcional no quadro da função pública - não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um

³¹ DIDIER JR., op. cit., p. 453.

³² Ibid., p. 527.

³³ NEVES, op. cit., p. 878.

³⁴ Daniel Amorim Assumpção Neves entende que: “[...] como a coisa julgada material é resultante de uma opção de política legislativa, não vejo como impossível que se preveja expressamente decisão fundada em cognição sumária capaz de produzir coisa julgada material. Não me parecerá lógico, mas ilegal não será.” (Ibid., p. 529).

³⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Lucia/Downloads/TALAMINI%20-%20Coisa%20julgada%20e%20sua%20revis%C3%A3o%20(1).pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.

Nesse contexto, sendo certo que o direito material pleiteado judicialmente por meio do requerimento antecedente de tutela antecipada embasou, de forma mediata, por uma urgência contemporânea à propositura da ação, o pedido e o deferimento de tutela provisória, mediante análise dos pressupostos autorizadores – perigo de dano ou de ilícito e risco ao resultado útil do processo –, pode-se afirmar que esta medida concedida com base em juízo de cognição sumária limitou-se a afirmar o provável, não havendo juízo de certeza suficiente apto a ser acobertado pela autoridade da coisa julgada material.

Em outras palavras, a concessão da tutela provisória tem função meramente instrumental à jurisdição de conhecimento, pois satisfaz, desde logo, a pretensão autoral. O mérito do processo, que se limitou à tutela antecipada concedida em caráter antecedente, não foi analisado e decidido em razão do não desenvolvimento de uma cognição jurisdicional plena.

Sendo assim, quando da estabilização da tutela antecipada, não há que se falar em decisão definitiva referente ao direito material pleiteado, na medida em que a estabilização gera apenas a conservação dos efeitos da medida concedida em caráter antecedente, não só dentro do processo em que foi proferida como também para além dele, esgotando a pretensão instantânea e urgente do autor quando da propositura da petição inicial.

Portanto, embora tenha a mesma potencialidade prática de regular a relação jurídico-material, o fenômeno processual da estabilização da tutela provisória não se confunde com o instituto da coisa julgada, ou seja, com a conservação dos efeitos da tutela definitiva do direito material pleiteado, mérito da atividade processual cognitiva, desenvolvida com juízo de cognição exauriente, exigida pela regime constitucional da coisa julgada.

CONCLUSÃO

Em razão da relevância prática, teórica e da atualidade do tema, a presente pesquisa buscou apresentar e solucionar controvérsias pontuais sobre o instituto processual da estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa antecedente, também chamada de tutela



antecipada antecedente, tendo por objetivo principal ressaltar a distinção entre a estabilização da tutela antecipada antecedente e a estabilização decorrente da coisa julgada levando-se em consideração os pilares normativos quanto à cognição jurisdicional.

Pôde-se observar uma preocupação do legislador processual civil em buscar uma tutela jurisdicional mais efetiva, mediante técnica de sumarização da cognição que acarreta uma “autonomização” da antecipação de tutela.

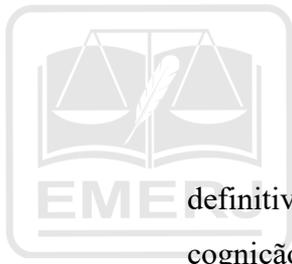
Constatou-se que a extinção do processo, quando da estabilização da decisão que conceder a tutela antecipada se não for interposto o respectivo recurso, nos moldes do artigo 304,§1º do Código de Processo Civil, se dá sem resolução do mérito, pois somente tem uma função: dissolver a relação processual civil pendente, sem qualquer carga meritória. Ou seja, o pedido de tutela final, mérito da atividade processual cognitiva, indicado pelo autor quando da elaboração da petição inicial, não foi decidido definitivamente pelo Magistrado que, amparado em uma cognição sumária, limitou-se a atender a uma pretensão instantânea e urgente do autor, não havendo que se falar em extinção do processo com resolução do mérito.

A despeito de acirrada controvérsia doutrinária, demonstrou-se que de acordo com a intenção do legislador o recurso a ser interposto como forma de evitar a estabilização da tutela antecipada é o agravo de instrumento, por força do artigo 1105, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não cabe ao intérprete, no caso específico do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil, alargar o campo de incidência da norma jurídica na medida em que não há na lei disposição genérica que impeça a estabilização da tutela provisória concedida com qualquer insurgência do réu contra a decisão; a lei exige expressa e literalmente o recurso apropriado para tal fim.

Por fim, defendeu-se a inexistência de coisa julgada material na tutela antecipada estável a partir de uma análise das diferenças existentes entre os institutos da coisa julgada e da estabilização da tutela provisória.

Por estarem amparados em diferentes técnicas cognitivas, no que se refere à profundidade, os mencionados institutos, embora regulem de forma permanente a situação jurídico-material, o fazem em graus diferentes. A estabilização da tutela provisória, relacionada à cognição sumária, baseada na probabilidade, tem relação com a conservação da eficácia da medida deferida judicialmente de forma antecedente a um processo principal, não tutelando



definitivamente o direito material, como o faz a coisa julgada, cujo regime constitucional exige cognição exauriente.

Seria extremamente contraditório e ilógico permitir que uma decisão judicial acobertada pela estabilização da tutela antecipada, decorrido o prazo de dois anos de que trata o artigo 304, §5º, do Código de Processo Civil, baseada na técnica da sumarização da cognição jurisdicional, que privilegia a efetividade em detrimento da segurança jurídica, seja equiparada a uma decisão judicial acobertada pelo instituto que mais privilegia a segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a coisa julgada. Portanto, o fenômeno processual da estabilização da tutela provisória não se confunde com o instituto da coisa julgada, ou seja, com a conservação dos efeitos da tutela definitiva do direito material pleiteado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o 'mistério' da ausência de formação da coisa julgada*. P.16-17. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1760966&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsáveis pela Elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AP 1.0372.16.002432-2/001*. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Disponível em: <<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/procrresultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10372160024322001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=M&numero=20&select=1&listaProcessos=10372160024322001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2131939-16.2016.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Ana Catarina Strauch. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.d>>



o;jsessionid=268D62949451D4844D8B4CA2F249FCCA.cposg9?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=213193916.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=213193916.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRITO, Ícaro Fellipe Alvez Ferreira de. *Interpretação do caput do artigo 304 do CPC/15*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18317&revista_caderno=21>. Acesso em: 17 dez. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. V.2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. V.3. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015*. Revista eletrônica de direito processual – REDP. Volume XIV, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Da tutela provisória*. Breves comentários ao Código de Processo Civil. Tereza Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: principais controvérsias*. Disponível em: <http://www.academia.edu/14248035/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_e_negocia%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_de_urg%C3%Aancia_antecipada_antecedente>. Acesso em: 22 set. 2018.



TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Lucia/Downloads/TALAMINI%20-%20Coisa%20julgada%20e%20sua%20revis%C3%A3o%20(1).pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Carolina Sayuri de Carvalho Shimoide Vieira
Matsutani

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Residente Jurídico na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A Lei nº 13.718/18 trouxe uma neocriminalização para o direito brasileiro, a pornografia de vingança, que passou por um longo lapso temporal sem uma tipificação específica no ordenamento jurídico. A lei tem por objetivo criminalizar a divulgação não consentida de cena de sexo, nudez ou material pornográfico em qualquer meio de comunicação, portanto, o que se busca é tutelar a dignidade sexual da vítima, principalmente na internet. Assim, o artigo tem por objetivo analisar as consequências, circunstâncias e motivações do crime, bem como a necessidade de se oferecer, também, uma resposta extrapenal ao caso. Além disso, aborda a violência sob a perspectiva do gênero, tendo em vista que as mulheres são as principais vítimas dessa modalidade criminosa.

Palavras-chave – Direito Penal. Pornografia de Vingança. Violência de gênero

Sumário – Introdução. 1. Violência de gênero na internet. 2. Breve histórico da pornografia de vingança nos Tribunais Brasileiros. 3. Neocriminalização e desafios atuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da criminalização da conduta de expor, divulgar e compartilhar, publicamente, sem autorização, vídeos e imagens eróticas alheias, cujo foco será o contexto das relações afetivas, em que a vítima, na maioria das vezes, é a mulher.

Procura-se demonstrar que a exposição íntima gera consequências de ordem moral e psicológica às mulheres, mas é necessário entender a causa dessa modalidade de violência de gênero contemporânea e ao mesmo tempo buscar coibir sua prática.

Para tanto, abordam-se pesquisas doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir como se deu a criminalização da conduta, já que até setembro de 2018 não havia tipificação penal específica para tratar do assunto, o que resultava na ineficácia combativa da pornografia de vingança. Foi preciso encarar a temática como uma necessidade real da sociedade, que ainda possui uma dívida muito alta relacionada a proteção deficiente da mulher.

O tema ainda é pouco discutido na doutrina e na jurisprudência por ser um problema recente na sociedade, tendo em vista a sua evolução, principalmente no contexto do acesso à informação. No entanto, merece atenção, uma vez que o direito precisa se adequar as novas situações que necessitam de tutela jurídica.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “pornografia de vingança” e compreender a evolução histórica no tratamento feito pelo ordenamento jurídico pátrio.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o porquê de as mulheres serem as principais vítimas de crimes sexuais e até que ponto isso se relaciona com a violência de gênero contemporânea na internet.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como o fato vinha sendo tratado pelos Tribunais Brasileiros, antes da tipificação dada pela Lei nº 13.718/18, e como a legislação aplicada era insuficiente para a proteção da vítima. Para tanto, restou demonstrada a urgência na criação de um tipo penal, que pudesse criminalizar os autores do compartilhamento de vídeos e imagens eróticas sem a autorização.

O terceiro capítulo busca analisar essa recente atualização legislativa, que incluiu o artigo 218-C ao Código Penal brasileiro trazendo uma *novatio legis* incriminadora, tendo em vista a necessidade de adaptação do direito às novas modalidades criminosas. Além disso, deve-se ter em mente que a resposta penal não é a única forma de coibir esse tipo de conduta, devendo o Estado e a sociedade adotar meios alternativos para a solução do problema.

Para tanto, foi necessário refletir acerca dos inúmeros crimes contra a dignidade sexual na internet, que vem ocorrendo nos últimos tempos. Quanto mais fácil é o acesso, mais as informações são disseminadas, e, então, nasce o ambiente propício para o compartilhamento em massa, por isso a pornografia de vingança deixa de ser um problema isolado e meramente privado de relacionamentos afetivos e passa a ser uma questão social e jurídica que evidencia a necessidade de tutela do Estado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora 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 a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA INTERNET

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, violência é conceituada como “o uso intencional de força física ou poder, ameaçados ou reais, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade, que resultem ou tenham grande probabilidade de resultar em ferimento, morte, dano psicológico, mal desenvolvimento ou privação”.¹ Quando se debate a violência contra a mulher, em geral, a primeira dimensão imaginada são as agressões físicas, mais fáceis de serem identificadas, por serem visíveis: deixam marcas, dor na pele, mutilações e até morte.

No entanto, a violência precisa ser debatida de forma plural, pois nela o que se manifesta são as mais diversas formas da imposição de um poder sobre outro, que vai desde a agressão física, perpassando pela psicológica, moral, sexual até a de gênero, sendo esta última uma noção mais nova, que necessita de urgente debate e amparo. Portanto, violência é toda forma de violação da dignidade capaz de causar dor física ou emocional.

Segundo Giovana Rossi², “a violência pode ser definida como uma violação à liberdade, uma vez que implica no silenciamento do outro, de modo a retirar-lhe sua vontade e sua capacidade de escolher, tratando-o como coisa e maculando seus direitos e sua autonomia.”

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará, define violência contra a mulher como “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”.³

A legislação brasileira também trata do assunto, como a Lei Maria da Penha⁴ (Lei nº 11.340/06) que apresenta mais duas formas de violência: moral e patrimonial no contexto de violência doméstica e familiar. E ainda, a Lei nº 13.104⁵ de 2015 que trouxe a previsão do feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, como sendo aquele qualificado contra as mulheres “por razões da condição de sexo feminino”.

¹ UNESP. *Educando para a diversidade*. Disponível em <<http://www.unesp.br/educandoparadiversidade/>> Acesso em: 12 de set. 2018.

² ROSSI, Giovana. *A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica*. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 30.

³ BRASIL, CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. *Convenção de Belém do Pará*, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁴ Id. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁵ Id. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

No entanto, as pesquisas sobre a violência contra a mulher no Brasil apontam dados alarmantes. Segundo o Mapa da Violência, realizado em 2015, o Brasil figura em quinto lugar entre os países que mais matam mulheres em uma lista de 83 países.⁶ De acordo com os Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil registrou 1 estupro a cada 11 minutos em 2015.⁷ Estatísticas do ano de 2018 revelam que a cada 7.2 segundos uma mulher é vítima de violência física, segundo o Instituto Maria da Penha.⁸

Para melhor elucidação, deve-se atentar para o fato de que a violência contra a mulher é produto de uma sociedade patriarcal, que enxerga a mulher não como sujeito de direitos, mas como um objeto de propriedade do homem. Portanto, não pode ser interpretada como um problema de ordem privada, e, sim, como fenômeno estrutural de responsabilidade da sociedade como um todo.

Razão disso é que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em pesquisa sobre a tolerância social à violência contra as mulheres traz dados surpreendentes. Sessenta por cento por entrevistados concordam parcial ou totalmente com a afirmação “Mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar”. Ademais, mais da metade dos entrevistados concordaram parcial ou totalmente com a afirmação “Se as mulheres soubessem se comportar, haveria menos estupros”.⁹

Portanto, não restam dúvidas de que as mulheres são vítimas do patriarcalismo e foram, ao longo do tempo, educadas para servir ao homem e se submeterem à força de uma ideologia machista. Culturalmente, a violência se enraizou em hábitos e costumes que estão presentes na consciência coletiva, que perpetua estrutura de poder patriarcal, ainda predominante.

“Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. É de Simone de Beauvoir¹⁰ uma das frases mais emblemáticas do movimento feminista, que nasceu para questionar o papel da mulher na sociedade e causar rupturas nas estruturas sociais e políticas. O nascimento dá a existência, contudo não atribui essência, ou seja, nascer não torna aquilo que os indivíduos são de fato, pois isso somente se adquire com a vivência.

⁶ MAPA DA VIOLÊNCIA 2015: HOMICÍDIO DE MULHERES NO BRASIL Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

⁷ FORUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública* Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>> Acesso em: 12 set. 2018.

⁸ INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.relogiosdaviolencia.com.br/#>> Acesso em: 12 set. 2018.

⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

¹⁰ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. V. 1. Tradução Sérgio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p.3.

Nesse contexto, a autora defendia que ser mulher não se restringe a aspectos biológicos, ou seja, ao “sexo feminino”, na verdade, é muito mais amplo, pois o indivíduo deve ser analisado dentro da cultura em que é criado e dentro da construção social em que é inserido.

Para tanto, cabe aqui a diferenciação entre “sexo” e “gênero”. Enquanto o termo “sexo” é utilizado para diferenciar biológica e anatomicamente homens e mulheres, a partir de seu nascimento, o termo “gênero” distingue as diferenças sociais e culturais que definem papéis sexuais destinados a homens e mulheres em cada sociedade.¹¹ Portanto, é necessário analisar a ótica feminina a partir do gênero e sua construção social.

A partir de então, é preciso entender a violência sobre a perspectiva do gênero, como reflexo das marcantes relações de poder entre homens e mulheres, que também estão interligadas com questões econômicas, políticas e sociais. É nas relações de gênero que se observa o caráter de opressão, que incide muito mais fortemente sobre a realidade feminina.

É muito claro que a organização social vivenciada é pautada na crença da dominação masculina e que, conseqüentemente, influencia o nosso sistema penal. As leis são feitas pelos homens e para os homens, por isso é tão difícil garantir uma proteção mais ampla e efetiva para as mulheres.

Ao se estudar as novas formas de violência de gênero no mundo contemporâneo, uma delas tem chamado a atenção da doutrina e da jurisprudência brasileira, a pornografia de vingança, que consiste no registro ou divulgação não autorizados de cenas da intimidade sexual de uma pessoa.

A sociedade evoluiu muito nos últimos anos, principalmente em relação às novas tecnologias e meios de comunicação. Com isso, a internet se tornou a protagonista de avanços e retrocessos. Se por um lado facilitou o acesso a informação, por outro contribuiu para o aumento da violação da vida privada, e ainda se tornou o ambiente propício para a disseminação dos chamados crimes cibernéticos.

Portanto, a pornografia de vingança pode ser entendida como a violência de gênero *online*, cuja principais vítimas são as mulheres. Cabe ressaltar que essa crescente onda de compartilhamento de imagens e vídeos eróticos de mulheres sem a sua autorização é, muitas vezes, iniciada por seus ex companheiros, com o intuito de vingança, ou seja, mais um fator indicativo da sociedade patriarcal, que objetifica a mulher e não a enxerga como sujeito de direitos e merecedora da tutela da dignidade humana.

¹¹ ROSSI, op. cit. p. 18.

A prática também se revela como produto das relações desiguais entre homens e mulheres, fundamentada na visão cultural que trata a mulher como inferior e submissa. Portanto, é necessário entender a pornografia de vingança como modalidade de violência de gênero contemporânea, que deixa de ser um problema privado de relacionamentos afetivos e passa a ser uma questão social e jurídica que evidencia a necessidade de tutela do Estado.

2. BREVE HISTÓRICO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

No Brasil, sob a perspectiva criminal, o delito vinha sendo tipificado, principalmente, como crime contra a honra, especificamente nas modalidades de injúria e difamação, previstos, nos artigos 139, *caput*, e 140, *caput*, do Código Penal¹².

Destaca-se que, honra é o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais do ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima, cuja ofensa produz uma dor psíquica e abalo moral¹³.

Segundo Cleber Masson¹⁴, difamar é imputar a alguém um fato ofensivo à sua reputação, consiste, pois, em desacreditar publicamente uma pessoa, maculando sua honra objetiva e os atributos que a tornam merecedora de respeito no convívio social. Injúria, por outro lado, é crime contra a honra subjetiva, e caracteriza-se com a simples ofensa da dignidade ou do decoro da vítima, mediante xingamento ou atribuição de qualidade negativa.

Portanto, a exposição pornográfica não consentida constitui não só uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente como também macula sua dignidade e lesa o aspecto subjetivo de sua honra. Tanto podendo ser associando fato ofensivo à reputação da vítima, no caso da difamação, quanto ferindo sua dignidade e decoro, no caso da injúria.¹⁵

De fato, mediante a lacuna legislativa existente à época, era perfeitamente cabível enxergar a pornografia de vingança como crime contra a honra. Não há dúvidas de que tal exposição geraria consequências drásticas na honra, imagem, reputação e decoro da vítima. No

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

¹³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes contra a honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 2-3.

¹⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., atual. e ampl - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 211-217.

¹⁵ SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. *Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossocijurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834/34346>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

entanto, ao analisar sob a perspectiva da proporcionalidade, não era razoável tratar uma situação fática tão grave com um tratamento jurídico tão brando.

Como se sabe, os crimes contra a honra são considerados como de menor potencial ofensivo, já que suas penas são de detenção de três meses a um ano, no caso de difamação e de detenção de um a seis meses, em caso de injúria. Dessa forma, também são de competência dos Juizados Especiais Criminais, sob o rito da Lei nº 9.099/95¹⁶ e de ação pena privada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se posicionou dessa forma:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS. PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta.¹⁷

Fica evidente a fragilidade do sistema punitivo frente a magnitude do delito considerado, tendo em vista “desproporção dos danos causados à mulher e a efetiva proteção dela”¹⁸, se ainda considerarmos a possibilidade de transação penal e renúncia ao direito de queixa e representação, muitas vezes motivado por ameaças e violência perpetradas pelos próprios agressores.

Além disso, dependendo do caso, o delito ainda podia ser tipificado nos crimes de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal¹⁹ e até mesmo extorsão, previsto no artigo 158 do mesmo diploma normativo. São os clássicos casos de agressores que ameaçam divulgar fotos e vídeos pornográficos das vítimas, chegando até a exigir vantagem financeira ilegal, configurado o latente constrangimento. Conforme pode-se observar no julgado abaixo correlatado:

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁷ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Criminal nº 756.367-3*. Relatora: Desembargadora Lilian Romero. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11140382/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-756367-3#>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁸ SILVA; PINHEIRO, op. cit.

¹⁹ BRASIL, op. cit. nota 12.

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM FACE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE. IMPOSSIBILIDADE. Não há falar em trancamento da ação penal por meio de habeas corpus quando não está efetivamente comprovada a atipicidade da conduta ou a inocência do paciente. Da mesma forma, quanto ao pedido de trancamento da ação penal em decorrência da aplicação do princípio da fragmentariedade, melhor sorte não assiste o paciente. E isso porque, no presente caso, não existe ou, pelo menos, não se percebe exclusiva tonalidade cível na controvérsia, como se quer fazer crer. No caso dos autos, o paciente teria ameaçado gravemente sua excompanheira a fim de obter para si indevida vantagem econômica, afirmando que divulgaria suas fotos íntimas acaso ela executasse a sentença judicial de dissolução de união estável do casal, liberando o veículo BMW que estava na posse do réu. ORDEM DENEGADA.²⁰

Em razão das peculiaridades do caso concreto, como no caso de relacionamento íntimo de afeto entre agressor e vítima, ainda seria possível aplicar a Lei Maria da Penha²¹ (Lei nº 11.340/06), que foi criada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei não visa a proteger apenas a integridade física da mulher, conforme se depreende do artigo 7º, II e III do diploma legal. Evidente que, tanto a violência psicológica como a moral estão contidas na pornografia de vingança por causarem constrangimento, humilhação, isolamento, ridicularização, dentre outros prejuízos mentais às mulheres.

Uma importante inovação legislativa ocorreu em 2012, com o fim de adaptar o ordenamento jurídico as novas modalidades criminosas. A Lei nº 12.737/12²², mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, tornou crime a invasão de dispositivo informático alheio mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Portanto, se no caso concreto, tal mecanismo de invasão fosse utilizado como meio para obter material íntimo da vítima, sem o seu consentimento, e posteriormente divulgado, distribuído ou oferecido incorreria o agressor no crime do artigo 154-A, *caput* e parágrafo primeiro do Código Penal²³.

No entanto, da mesma forma, a pena para tal crime constitui em detenção de três meses a um ano, também muito ineficiente para um delito de tamanha gravidade, que decorre de uma

²⁰ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus nº 0046493-40.2014.8.21.7000*. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_ph/consumlta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058539305&num_processo=70058539305&codEmenta=5690401&temInTeor=true>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²¹ Id. op. cit. nota 4.

²² Id. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²³ Id. op. cit. nota 12.

verdadeira violação sexual. Desse modo, mesmo com a evolução legislativa, ainda era necessária uma proteção mais efetiva para as vítimas e um tipo penal destinado especificamente para a exposição pornográfica não consentida.

A conduta da exposição íntima só era, de fato, tipificada em caso de vítimas menores de 18 anos, na qual é possível aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴, que criminaliza a pornografia infantil, independentemente de consentimento, em seus artigos 240 a 241-E.

O enquadramento da pornografia de vingança apenas como crime contra a honra ou crime cibernético comum da Lei nº 12.737/12²⁵ ratificava a usual postura patriarcal e desconectada do legislador com a realidade social vivenciada pelas vítimas desses delitos, que são, majoritariamente, as mulheres. Não enxergá-las, por tanto tempo, como sujeito de direitos, merecedoras de tutela e destinatárias de políticas públicas foi o que causou esse vácuo legislativo durante anos de proteção ineficiente.

Quando se encara a exposição pornográfica não consentida de forma dissociada da violência de gênero, deixa-se de dar a devida atenção às lesões psicológicas, à saúde mental e à integridade física e moral da mulher. Não são raras as ocorrências de suicídio ou de depressão severa em mulheres jovens e adultas, no Brasil e no mundo, após serem vítimas dessa prática violenta. Portanto, já era hora de aprimorar a definição desse tipo de violência para tornar as situações de julgamento mais claras²⁶.

Em março de 2018 a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que alertou sobre o crescente número de ações judiciais envolvendo a questão da exposição pornográfica não consentida, na qual a pornografia de vingança é espécie. Além disso, alertou sobre essa nova modalidade de violência, que tem as mulheres como as principais vítimas, refletindo uma problemática de gênero:

A divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de 'exposição pornográfica não consentida' ou 'pornografia de vingança', em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo.²⁷

²⁴ Id. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

²⁵ Id. op. cit. nota 21.

²⁶ Id. Superior Tribunal de Justiça: *Exposição pornográfica não consentida é grave forma de violência de gênero, diz Nancy Andrighi*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exposi%C3%A7%C3%A3opornogr%C3%AIfica-n%C3%A3o-consentida%C3%A9-grave-forma-de-viol%C3%Aancia-de-g%C3%AAnero,-diz-Nancy-Andrighi>. Acesso em: 15 fev. 2019

²⁷ Ibid.

Portanto, ainda que os Tribunais já estivessem encarando o fato como ilícito civil e concedendo indenizações às vítimas, era urgente a necessidade de uma tutela penal efetiva e específica para essa modalidade de violência.

3. NEOCRIMINALIZAÇÃO E DESAFIOS ATUAIS

Em 2018, após muito apelo ao Poder Legislativo, foi promulgada a Lei nº 13.718/18²⁸, que implementou diversas modificações no capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, dentre elas, incluiu o art. 218-C ao Código Penal, que criminalizou a divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos, com a seguinte redação²⁹:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

O artigo trouxe uma verdadeira neocriminalização, tipificou aquilo que não possuía amparo legislativo específico, em que pese a divulgação não autorizada de imagens ou vídeos íntimos de uma pessoa já caracterizasse incontestável ofensa à sua dignidade sexual. Portanto, o objeto jurídico tutelado é a intimidade sexual, principalmente no âmbito dos meios de comunicação em massa, como o virtual.

No que concerne à análise do tipo penal, trata-se de crime de ação múltipla, ou seja, existem várias formas pelas quais o crime pode ser praticado, sendo nove as ações nucleares: oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender, expor à venda, distribuir, publicar e divulgar. Além disso, trata-se de tipo penal misto alternativo, portanto, se o agente praticar mais de uma conduta no mesmo contexto fático, não se altera a unidade do crime, por afetar o mesmo bem jurídico. Já a pena cominada para o crime em questão, é de reclusão, de 1 a 5 anos, se o fato não constituir crime mais grave.

²⁸ Id. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

²⁹ Id. op. cit. nota 12.

Cabe destacar que o legislador não previu como conduta delituosa a aquisição, posse e armazenamento de imagens pornográficas não consentidas, não estando estes núcleo presentes no Código Penal. Ou seja, o mero acesso ao material não configura o referido crime.

No entanto, em relação a divulgação de cenas de pornografia envolvendo vítima menor de 18 anos, deve ser aplicado o art. 241 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰, independentemente do seu consentimento para a prática. Nesse caso, o artigo 218-C do Código Penal³¹ é subsidiário, já que expressamente diz que será aplicado se o fato não constituir crime mais grave.

Os objetos materiais do crime são as fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais que violem o bem jurídico tutelado, difundidos pelos meios de comunicação que permitam, das mais diversas formas, a transmissão dos arquivos. Portanto, o legislador foi bastante amplo ao abarcar as formas de divulgação em massa.

Além disso, o crime do art. 218-C é punido no tipo doloso, não se exigindo elemento subjetivo específico, nem mesmo a finalidade de lucro nas condutas de vender ou expor a venda, e, se consuma no momento em que praticada uma das condutas³².

Com o advento da Lei nº 13.718/18³³, que modificou o artigo 225 do Código Penal³⁴, agora a ação penal para crimes contra a dignidade sexual é pública incondicionada.

O sujeito ativo do crime é comum, já que pode ser praticado por qualquer pessoa. E, apesar de não se exigir qualidade especial do sujeito passivo, há previsão de aumento da pena, no parágrafo 1º, de um a dois terços, caso a vítima mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com o autor.

Ainda no que diz respeito ao sujeito passivo, este parágrafo primeiro do art. 218-C do Código Penal³⁵, trata especificamente da pornografia de vingança em sua tipificação própria: “§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação”.

³⁰ Id. op. cit. nota 24.

³¹ Id. op. cit. nota 12.

³² CUNHA, Rogerio Sanches. *Lei nº 13.718/18 - introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

³³ BRASIL, op. cit., nota 28.

³⁴ Id. op. cit., nota 12.

³⁵ Ibid.

Portanto, o legislador trouxe duas hipóteses de majorante: caso o agente tenha cometido o crime contra quem possui ou possuía relação íntima de afeto ou caso tenha cometido o crime com o fim de vingança ou humilhação em relação a vítima. Segundo Guilherme Nucci³⁶:

A presente causa de aumento se justifica pela conduta ser mais grave diante da relação de confiança normalmente existente entre pessoas que se relacionam intimamente, com afeto; o agente que, quebrando essa confiança, divulga, por exemplo, um vídeo da relação sexual na internet, sem o consentimento da outra parte envolvida, por certo, merece uma pena maior.

Fernando Capez³⁷, de forma semelhante, justifica o aumento de pena por ser mais grave a conduta do agente que se aproveita do fato de manter ou ter mantido relação íntima com a vítima para, em seguida, expor sua intimidade em razão de motivo fútil ou torpe.

A segunda parte do parágrafo primeiro, ao mencionar a finalidade de vingança ou humilhação, ao contrário do disposto no *caput*, trouxe o dolo específico de agir. Aqui, não importa se o agente tenha tido qualquer tipo de relacionamento amoroso ou sexual com a vítima, a causa de aumento de pena se configura com a divulgação do material pornográfico não consentido com a finalidade vexatória. Rogério Sanches³⁸ assevera que poderá incidir ainda que autor e vítima tenham tido apenas um encontro casual.

É o famoso e recorrente caso de divulgação das “nudes”³⁹ nas redes sociais. O autor do fato se vale da confiança da vítima que envia fotos íntimas suas, para em seguida transmitir e divulgar em grupos de WhatsApp, redes sociais e até mesmo em sites pornográficos.

Conforme já restou demonstrado, as principais vítimas da prática de pornografia de vingança são as mulheres⁴⁰, daí a necessidade de criação da causa de aumento de pena, uma tutela ainda mais específica. Fato é que o direito precisou se adaptar as novas demandas sociais.

Para tanto, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)⁴¹ pode ser, perfeitamente aplicável, sendo o instrumento jurídico mais adequado para o processamento e julgamento do crime previsto no parágrafo primeiro do artigo 218-C do Código Penal⁴². Não restam dúvidas que se

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte especial: arts. 213 a 361 do código penal - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense: 2019. p. 93.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. V. 3, parte especial: arts. 213 a 359-H - 17. ed. atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 146.

³⁸ CUNHA, op. cit.

³⁹ As “nudes” são fotografias de pessoas nuas ou seminuas, normalmente tiradas por elas mesmas e enviadas virtualmente para um destinatário.

⁴⁰ BRASIL. *Cidadania e Justiça*: Mulheres são principal alvo da pornografia de vingança. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/11/mulheres-sao-principal-alvo-da-pornografia-devinganca>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

⁴¹ Id. op. cit. nota 4.

⁴² Id. op. cit. nota 12.

trata de violência moral e psicológica contra a mulher, e que se enquadra na proteção da mencionada Lei, tendo em vista que uma parte expressiva dos casos ocorre em razão de relação de afeto preexistente entre as partes.

Espera-se que com o avanço legislativo em questão, o julgador seja capaz de entender a pornografia de vingança como modalidade de violência, e para tanto, destine o tratamento jurídico adequado para aplicar a Lei Maria da Penha. Nesse sentido⁴³:

A caracterização da pornografia de vingança como violência psicológica teria consequências jurídicas importantes, como o atendimento humanizado, acompanhamento da vítima por equipe interdisciplinar, indisponibilidade da ação penal possibilidade de aplicação de medidas protetivas pelo juízo competente, além de acompanhamento de vítima e agressor por diversas instituições, tendo em vista a gravidade da violência.

No entanto, é importante esclarecer que, em que pese seja muito importante oferecer uma resposta penal eficiente, também é preciso abandonar a crença na criminalização como única forma existente para solucionar os problemas da sociedade. A discussão vai muito além de casos isolados que necessitam de uma proteção jurídica, trata-se, na verdade, de um problema social grave que está diretamente ligado às questões de gênero.

É necessário garantir um debate amplo e saudável na sociedade, e, principalmente, educar as crianças e jovens a quebrar o ciclo vicioso de violência. Ainda que se vivencie, novamente, uma onda de conservadorismo, é urgente que se freie a perpetuação da estrutura social atual que se baseia no patriarcalismo. As mulheres precisam ser vistas como donas de seus corpos e escolhas; e a sua liberdade sexual precisa ser garantida⁴⁴:

Uma sociedade que tratasse a mulher como um ser humano cujo valor não é medido por critérios relacionados à sua vida sexual não rechaçaria a vítima de pornografia de vingança. Ao contrário, voltaria seu repúdio a quem, de fato, agiu de forma errada nesta situação, que é o indivíduo responsável pela exposição não autorizada da intimidade alheia.

Muito além de questões político-partidárias, a humanização feminina precisa se sobrepor a ideia de objetificação, e é a partir da educação que se garante o questionamento de preceitos estigmatizados e que se formam novos indivíduos mais conscientizados. O ser humano é produto do meio que está inserido, por isso, a sociedade precisa parar de formar machistas e agressores de mulheres.

⁴³ SILVA; PINHEIRO, op. cit.

⁴⁴ MORELLI, Amirton Archanjo; MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. *Violência de Gênero no Século XXI: A pornografia de Vingança*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista71/revista71_88.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Daí a importância do papel do Estado, como um todo, e não somente do legislativo e do judiciário, para punir certas práticas e comportamentos. Dessa forma, não só estaria se garantindo o efetivo cumprimento da Constituição, Leis, Tratados e Convenções internacionais, como também cessaria a violência institucional, de quem tem o dever legal de proteger e agir.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou trazer a reflexão sobre o crescente número de casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual na internet nos últimos tempos, cujas principais vítimas são as mulheres. O amplo acesso aos meios de comunicação em massa propiciou as duas faces da moeda, já que tanto facilitou as interações sociais e relacionamentos afetivos, como também tornou seus usuários mais vulneráveis a exposição íntima não consentida.

A partir dessa premissa foi exposto o que se entende por “pornografia de vingança” e a consequência gerada na vida das pessoas afetadas pela sua prática. Por muitos anos, vivenciou-se uma lacuna na legislação penal para tratar do assunto, o que resultou na ineficácia combativa deste delito, que era tipificado pela jurisprudência, principalmente, no capítulo dos crimes contra a honra.

Ainda que se tentasse adaptar a tipificação, a abordagem estatal era falha e ineficiente, pois era nítida a necessidade de um tratamento justo e efetivo no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, foi possível sustentar que, com a maior facilidade de acesso de compartilhamento de dados, a pornografia de vingança passou a ser um questão jurídica relevante que evidenciou a urgência pela tutela do Estado, por meio de regulamentação e combate.

Restou evidenciado, também, para além de conceituações básicas, que na atual conjuntura social, a violência precisa ser debatida sob a perspectiva de gênero, como produto das relações desiguais entre homens e mulheres. Pesquisas demonstram que a predominância da prática da exposição íntima não consentida é contra as mulheres, por isso, não restaram dúvidas de que a pornografia de vingança precisava ser analisada sob esta perspectiva.

Além disso, os Tribunais brasileiros já identificam a violência moral e psicológica contida neste delito, e, inclusive são suscetíveis a aplicação da Lei Maria Penha para resguardar ainda mais a vítima.

Com a recente promulgação da Lei nº 13.718/18, que acrescentou o art. 218-C no Código Penal, o Estado passou a oferecer uma resposta penal mais objetiva. Especificamente, o tema foi tratado como causa de aumento de pena do crime de divulgação de cena de estupro

ou de estupro de vulnerável, de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima. A pena maior é justificada, pois é mais grave a conduta de quem se valeu da relação de confiança, inerente das relações afetivas, para divulgar, por exemplo, fotos e vídeos íntimos da vítima na internet ou de quem o fez com a finalidade de vingança ou humilhação.

Sendo assim, como a própria terminologia já pressupõe, trata-se de uma forma de vingança, que muitas vezes ocorre pelo término de um relacionamento amoroso, na qual o agressor com o intuito de humilhar a vítima, expõe sua intimidade publicamente, causando danos morais e psicológicos e traumas sem precedentes.

Por fim, deve-se dar primazia à interpretação mais consentânea com a realidade em que vivemos, pois para além de qualquer discussão, a resposta penal aplicada isoladamente não é medida suficiente para coibir sua prática. A sociedade precisa parar de culpar a vítima e precisa humanizar a mulher, ao invés de encará-la como pessoa vulgar e desmoralizada.

O patriarcalismo não pode mais ter espaço nas relações sociais, pois com esse pensamento a sociedade normaliza a objetificação da mulher e torna válida a prática dessa nova modalidade de violência, na medida em que a enxerga como merecedora de punição por ter exposto sua intimidade. Para tanto, o diálogo é fundamental, a educação sexual é urgente e os antigos paradigmas de liberdade e dignidade sexual precisam ser desconstruídos.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Crimes contra a honra*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. V. 1. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL. *Cidadania e Justiça: Mulheres são principal alvo da pornografia de vingança*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/11/mulheres-sao-principal-alvo-da-pornografia-de-vinganca>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. *Convenção de Belém do Pará*, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei 13.104*, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça: *Exposição pornográfica não consentida é grave forma de violência de gênero, diz Nancy Andrighi*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exposi%C3%A7%C3%A3o-pornogr%C3%A1fica-n%C3%A3o-consentida-%C3%A9-grave-forma-de-viol%C3%Aancia-de-g%C3%AAnero,-diz-Nancy-Andrigh>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Criminal nº 756.367-3*. Relatora: Desembargadora Lilian Romero. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11140382/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-756367-3#>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus nº 0046493-40.2014.8.21.7000*. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70058539305&num_processo=70058539305&codEmenta=5690401&temIntTeor=true>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 3, parte especial: arts. 213 a 359-H - 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARTA CAPITAL. *Violência de gênero: nas ruas ou nas redes online, não é não!* Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/violencia-de-genero-nas-ruas-ou-nas-redes-online-nao-e-nao>> Acesso em: 15 de set. 2018.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Lei nº 13.718/18* - introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/09/140afc83-crimes-sexuais-lei-13718-18.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

FORÚM DE SEGURANÇA PÚBLICA. 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>> Acesso em: 12 set. 2018.



INSTITUTO MARIA DA PENHA. Relógios da violência contra a mulher. Disponível em <<http://www.relogiosdaviolencia.com.br/#>> Acesso em: 12 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

MORELLI, Amirton Archanjo; MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. *Violência de Gênero no Século XXI: A pornografia de Vingança*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaeemerj_online/edicoes/revista71/revista71_88.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2015: HOMICÍDIO DE MULHERES NO BRASIL Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 12 set. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., atual. e ampl - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do código penal* - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense: 2019.

ROSSI, Giovana. *A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica* – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. *Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha*. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834/34346> >. Acesso em: 10 fev. 2019.

UNESP. *Educando para a diversidade*. Disponível em: <<http://www.unesp.br/educandoparadiversidade/>> Acesso em: 12 de set. 2018.



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Cesar Tomas Miranda Gonçalves

Graduado em direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – O processo penal brasileiro tem passado por uma mudança radical nos últimos anos com inserção de elementos da justiça penal negociada, que tem mais proeminência em países de tradição da *common law*. Isso se deve ao anseio da população pela punição de crimes nas esferas de poder, o que tem levado a comunidade jurídica a se movimentar para atender tais anseios. Sobrevém, todavia, o questionamento de a que custo esses anseios devem ser atendidos, se deve-se aguardar a vontade da classe política ou se é legítimo que se tente fazer mudanças à revelia da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave – Direito processual penal. Princípio da obrigatoriedade. Princípio da oportunidade. Acordo de não persecução penal. Resolução 181 do CNMP. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da obrigatoriedade no direito brasileiro e seu declínio em face do princípio da oportunidade. 2. O acordo de não persecução penal na resolução 181 do conselho nacional do ministério público: conveniente, porém, inconstitucional. 3. A conveniência da ampliação do princípio da oportunidade na prática criminal brasileira, mas pelas vias constitucionalmente legítimas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer um estudo sobre os novos movimentos do processo penal brasileiro com a introdução de métodos de investigação e resolução de questões criminais advindas de países de tradição jurídica da *comon law*, como o chamado *plea bargain* e outros métodos de justiça criminal negociada.

Com o descortinamento de organizações criminosas que dominaram a política nacional nos mais diversos níveis nas primeiras décadas pós Constituição de 1988, tem crescido na população o anseio por ver a punição dos criminosos envolvidos com as classes dominantes, chamados de criminosos corporativos.

Isso tem feito com que o Poder Judiciário e o Ministério Público se movimentassem para atender esse anseio popular que é legítimo, tomando para si o



protagonismo no combate ao mal da corrupção e da criminalidade organizada que aflige o país há anos.

Essa conduta voluntariosa da classe jurídica, todavia, por vezes se mostra equivocada em alguns aspectos, realizando excessos, apesar dos nobres motivos, e violando direitos fundamentais e princípio constitucionais.

Foi o caso da Resolução nº 181/2010 criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público que previu a possibilidade de o Ministério Público celebrar com acusado de crimes acordos para não persecução penal em troca de confissão e de penas restritivas de direito, a revelia do poder judiciário.

No primeiro capítulo será visto que tal movimento vai de encontro ao princípio da obrigatoriedade que vigora no processo penal brasileiro há anos, que é aquele que o Ministério Público não pode se olvidar de denunciar pessoas acusadas de crime que possua contra si indícios de autoria e de materialidade.

Esse movimento abre caminho para o princípio da oportunidade. Criou-se diversas possibilidades na legislação em que o estado acusador poderia ter outras opções em vez de instaurar uma ação penal. Como por exemplo a transação penal da Lei nº 9.099/98 e a colaboração premiada prevista em algumas leis especiais.

Já no segundo capítulo, será analisada *in loco* a mencionada resolução, bem como sua viabilidade constitucional. Será analisado também os seus problemas práticos e os defeitos decorrentes exatamente do fato de ter sido criada por um órgão administrativo sem legitimidade democrática e sem competência legislativa.

O centro da pesquisa não será fazer juízo de valor sobre esses novos métodos de justiça criminal, malgrado acredite-se que sejam o futuro inevitável do processo penal brasileiro. O que se pretenderá no trabalho será demonstrar que tais mudanças devem ser implementadas pelas vias constitucionalmente adequadas, com legitimidade democrática, portanto.

Pra isso, será visto também outros movimentos legislativos que, aí sim, atendem aos ditamos democráticos da separação de poderes, para implementar o que se pretende, como o Projeto de Lei nº 882 de 2019 e o projeto de Novo Código de Processo Penal.

Nesses projetos legislativos há clara inserção de elementos da justiça criminal negociada, que serão aprovados ou não pelo legislador após o contraditório popular, atendendo ao que determina a constituição. Há que se observar que numa democracia os poderes constituídos devem respeitar um ao outro, no que a doutrina constitucionalista



chama de mecanismo de *check and balances*.

Por fim, será defendido que tais ideias devem ser implementadas no Brasil. São necessárias para combate a criminalidade e são, de fato, o futuro do processo penal. Todavia, devem ser feitas da maneira correta, obedecendo ao que manda a Constituição Federal.

Para a realização da pesquisa será adotado o método hipotético-dedutivo, a fim de elencar especulações a serem comprovadas com base em estudos, análises sociais e fáticas, com estudo de projetos de lei. A abordagem será qualitativa, pois se apoiará em obras literárias, jurisprudência e na legislação pátria, bem como em projetos de lei, para corroborar a tese sustentada.

1. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SEU DECLÍNIO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

A ação penal pública no ordenamento brasileiro sempre teve como uma de suas principais características o princípio da obrigatoriedade, ao contrário do que ocorria nas ações penais privadas, em que vigora o princípio da disponibilidade ou oportunidade.

O Ministério Público, na condição de titular da ação penal, estaria sempre obrigado a denunciar um investigado, desde que presentes os requisitos (indícios de autoria e de materialidade)¹. Apenas não havendo tais requisitos, poderia o membro do Ministério Público adotar outras possibilidades: ou promover o arquivamento da investigação, ou requerer novas diligências a fim de novas provas.

E qual seria a origem axiológica desse princípio? Resumidamente, Afrânio da Silva Jardim diz que o direito penal se presta a tutelar bens juridicamente relevantes, e que o Ministério Público seria o único legitimado para promover a punição da violação a tais bens. Dessa maneira, não poderia o promotor, investido no órgão do poder público, deixar aplicar o direito penal, pois seria renunciado algo que não lhe pertence. Seria como negar a proteção aos bens jurídicos.²

¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

² JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.



Pois então, caso o membro optasse por promover o arquivamento, caberia ao juiz avaliar tal possibilidade, fazendo uso dos poderes previstos art. 28 do Código de Processo Penal em caso de discordância, situação na qual os autos seriam remetidos ao Procurador Geral de Justiça (ou Procurador Geral da República, no caso do Ministério Público Federal), que daria a última palavra sobre o caso.

Até aqui, não caberia ao membro do Ministério Público fazer qualquer juízo acerca da oportunidade e da conveniência da propositura da ação penal, de modo que, presentes os requisitos fáticos e legais, órgão estaria obrigado a promover uma ação penal, oferecendo denúncia, dando início a um processo criminal perante o poder judiciário³.

Esse sempre foi o cenário do ordenamento nacional, forte no princípio da obrigatoriedade, sustentado pela doutrina e no Art. 28 do Código de Processo Penal. Esse ademais, é um princípio presente também na maioria dos países de tradição jurídica de *civil law*⁴, família da qual, o Brasil historicamente faz parte.

Ocorre que em determinado momento, esse princípio começou a ser mitigado, aproximando aos poucos o processo penal brasileiro do princípio da oportunidade, que vigora predominante comumente em países de *commom law*.

Pode-se notar alguns marcos legislativos importantes, que demonstraram o início de mudança de paradigma da justiça criminal brasileira: um deles foi a Lei nº 9.099/98 e outro foi a Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850/2013.

Interessante mencionar aqui que esse movimento não é exclusividade nossa: na Alemanha ocorreu um movimento parecido (há décadas), conforme registrado pelo Afrânio da Silva Jardim em 1994:

[...] “... *la OPP, através de los §153 hasta 154c, disciplina um sin numero de excepciones que, como alguna vez hemos dicho, amenazan com trasformarse em regla no bien prossiga la tencencia dominante de estos últimos años*”.

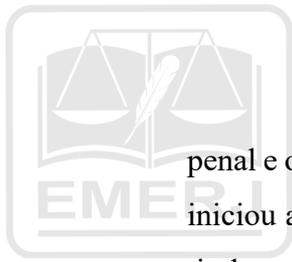
A seguir, o citado professor Julio Maier explica que as exceções ao princípio da obrigatoriedade começam com a idéia de não punir futilidades (*Bagatellsachen*) e se ampliam a situações outras que não encontram resposta na lei penal material.⁵

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. também aponta que tal princípio começou, ainda que de maneira tímida, a perder a rigidez no Brasil a partir do advento da transação

³PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 134.

⁴JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 77.

⁵Ibid. p. 78



penal e o *sursis* processual, trazida pela Lei nº 9.099/95.⁶ De modo que o direito brasileiro iniciou aí uma caminhada em direção ao princípio da oportunidade. A partir de então, o titular constitucional da ação penal passou a poder deixar de propô-la nos chamados crimes de menor potencial ofensivo.⁷

Surge ali, uma nova possibilidade para os membros do *parquet*. Além de denunciar, arquivar, ou requisitar novas diligências, passou-se a poder também oferecer a transação penal, nos crimes de bagatela, assim definidos em lei.⁸ E esse foi o um importante marco legislativo pois mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Passados mais 3 anos, em 1998 a lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) previu no art. 1º, §5º a possibilidade de a pena aplicada ser diminuída ou mesmo perdoadada caso o autor ou coautor colaborasse com as investigações.

Posteriormente foi criada a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013), com o instituto da colaboração premiada, constituindo mais uma mitigação ao princípio em estudo – dessa vez mais enérgica que a anterior.

O art. 4º dessa lei, deu a possibilidade ao Ministério Público de não denunciar um investigado que colaborar com as investigações (acordo de não denúncia), desde que, não seja ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, sem exigir que o crime fosse de menor potencial ofensivo.⁹

Fica claro, portanto, a aproximação das duas leis acima: tanto nos institutos da Lei nº 9.099/95 como no acordo de não denúncia, vinculado à colaboração premiada, não há um processo criminal instaurando, com discussão do mérito dos fatos, e busca da construção de uma verdade processualmente válida. Há somente o consentimento do acusado a condições impostas pelo Ministério Público em troca da não instauração do processo judicial.

Não é por acaso o surgimento desses novos institutos; eles aparecem em um cenário de relativo descrédito em relação ao poder judiciário, alta sensação de impunidade, preocupações com a morosidade, que desencadeiam uma inegável necessidade de modernização, flexibilização da nossa justiça criminal.¹⁰

⁶LOPES JR, op. cit., p. 240.

⁷JARDIM, op. cit., p. 79.

⁸Crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapassem 2 anos, cumulada ou não com multa na forma do art. 61 da Lei nº 9.099 de 1998.

⁹BRASIL. 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: 06 mai. 2019.

¹⁰BRODT, Luis Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'placido, 2017, p. 676.



O escancaramento do submundo das organizações criminosas que escamoteavam o patrimônio público, sobretudo por ocasião da lava-jato somada a crescente onda de violência urbana, que levaram o país a atingir em 2016 a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo dados do IPEA¹¹, despertaram a população para a necessidade de punição severa e imediata dos homens de poder, que por anos dominaram o cenário político e econômico do País.

E é nesse contexto, pegando o caminho em direção ao princípio da oportunidade com a onda, justificada, diga-se, de insatisfação com impunidade, que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a controvertida Resolução 181/2017, criando e regulamentando o que se tem chamado de acordo de não persecução penal, o qual veremos a seguir.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO 181 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: CONVENIENTE, PORÉM, INCONSTITUCIONAL

Por ocasião da Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (que regulamento os procedimentos de investigação criminal impelido pelo Ministério Público – PIC), foi criado o chamado *acordo de não persecução penal*, que abre ao órgão a possibilidade de deixar de oferecer denúncia em algumas situações ali previstas, firmando com o investigado um acordo, em que ele assume algumas obrigações em troca de não ter contra si uma ação penal judicial.

Diz o art. 18 da referida resolução que nos crimes com pena mínima até 4 anos, sem violência ou grave ameaça a pessoa, mediante confissão formal e circunstanciada, poderá ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado um acordo que impõe condições, que são verdadeiras penas restritivas de direito a serem seguidas pelo acusado.

¹¹IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 15 abr. 2019.



Dentre elas, destacam-se: obrigação de reparar o dano, perda de bens que segundo o Ministério Público seriam produto do crime, prestação de serviço à comunidade e multa.¹²

Na redação atual, o acordo deverá ser submetido a apreciação do poder judiciário (§4º), que caso discorde, remeterá os autos ao Procurador Geral (§6). Este, por sua vez, tomaria as medidas cabíveis, em uma ritualística parecida com o art. 28 do Código de Processo Penal. A diferença é que aqui o Procurador Geral tem aqui o poder de manter o acordo, sem que o Poder Judiciário se imiscuisse mais no assunto (§6º, inciso IV). O acordo, neste caso, é implementado à revelia do Poder Judiciário, somente a critério do Ministério Público.

Essa foi, pra dizer o mínimo, uma manobra ousada do CNMP. Buscou a instituição por meio de um ato infralegal dar um salto em direção ao princípio da oportunidade, abandonando quase que de uma vez por todas o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que até aqui vigorava no processo penal brasileiro.

Como já foi dito, considerando as circunstâncias pelas quais atravessa o Brasil, é compreensivo um certo grau de ativismo. A população anseia por diminuição da criminalidade, punição para os crimes, combate efetivo a corrupção e ao crime organizado. Todavia, deve-se ter como limite sempre a Constituição.

A influência do direito norte americano, com o chamado “*plea bargain*”, é sem dúvida um norte pra esse movimento. Por essa corrente, o réu confessa o crime em troca benefícios legais. Como já foi dito, isso já existe no Brasil, com a colaboração premiada nos crimes cometidos por meio de organização criminosa, lavagem de dinheiro, e tráfico de drogas.

A mencionada resolução amplia sobremaneira esse instituo (*plea bargain*), para aplicá-lo mesmo em casos em que não há organização criminosa, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. O investigado confessa apenas os seus crimes (sem necessidade de ajudar em outras investigações) e obtém o benefício.

Por óbvio, a novidade não foi bem recebida por parte da comunidade jurídica. Houve resistência até mesmo por parte de alguns ministérios públicos estaduais, como é o caso do Rio de Janeiro, que em um primeiro momento rechaçou a aplicação do acordo por parte de seus membros.

¹²BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.



Existe também uma resistência na doutrina criminal para o instituto do *plea bargain*. Autores como Aury Lopes Jr¹³. sustentam que o instituto, além de violar a reserva de jurisdição, se revela como um instrumento de pressão para fazer o investigado confessar falsamente, ou entregar informações inverídicas apenas para se ver livre do aparato estatal acusador¹⁴.

Mas, para além dessa última crítica, que não é meritória, diga-se, a resolução também foi reprovada (aí sim corretamente) pela sua forma. Sustentou-se a sua inconstitucionalidade formal por ter trazido um assunto que deveria ser regulamento por ato legal, e não por uma resolução, ato infralegal.

Com efeito, o CNMP agiu aqui como legislador de fato e causou flagrante alteração no Código de Processo Penal, criando situações típicas do legislador ordinário, o que viola a competência da União para legislar sobre processo penal e também sobre direito penal. (art. 22, inciso I da Constituição Federal).

Vejam as inconstitucionalidades formais e materiais.

A primeira inconstitucionalidade é a violação de competência para legislar sobre direito penal e processual penal. Isso porque, a resolução cria por ato infralegal um instituto novo no ordenamento: o acordo de não persecução penal. Antes existia a transação penal, criada por lei, e a colaboração premiada, também criada por lei. Agora a resolução tenta incrementar no ordenamento um novo instituto, à revelia do legislador.

Pode-se observar aqui que, *in caso*, o que se dará é o afastamento de uma norma legalmente constituída (um tipo penal incriminador e sua respectiva pena), por um ato infralegal, o que sem dúvida nenhuma viola o princípio republicano da separação de poderes, além do princípio da legalidade, previsto no Art. 5º, inciso II da CRFB/88). A Resolução nega vigência à norma penal.

A Resolução cria também um novo rito, determina que o Ministério Público submeta o acordo a apreciação do juiz, que caso discorde remeterá ao Procurador Geral, que, por sua vez adotará as medidas ali previstas, entre elas, manter o acordo.

Além de regras de processo penal, a resolução também cria regras de direito penal, pois possibilita o cumprimento de penas restritivas de direitos - nos mesmos moldes daquelas estabelecidas no Art. 43 do Código Penal -, sem o devido enquadramento

¹³LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargain no projeto “anticrime”*: remédio ou veneno?. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁴Ibid.



legal. O que também viola a competência da União para legislar sobre direito penal, conforme Art. 22, I da CRFB/88. Em última análise, o que ocorre é uma substituição de pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direito sem previsão legal e sem determinação judicial.¹⁵

Por fim, há violação ao art. 129, inciso I da constituição. Diz o dispositivo que incumbe ao Ministério Público *na forma da lei*, promover a ação penal. Observa-se, portanto, uma norma de eficácia contida, mas que para ser restringida, deve ser feita por meio de lei, como diz expressamente o dispositivo.¹⁶

Nesse mesmo ponto, pode-se dizer que há também violação ao princípio da individualização da pena. Pois o investigado acordante estará submetido a uma pena oferecida pelo ministério público sem a devida análise das circunstâncias judiciais, agravantes atenuantes, que devem ser feitas exclusivamente pelo poder judiciário, o que viola o art. 5ª inciso XLVI da Constituição Federal¹⁷.

Além dos vícios de inconstitucionalidade, a resolução, do jeito que esta colocada, pode gerar um quadro de insegurança jurídica por causa de dois institutos: a (ausência de) coisa julgada e a prescrição. Veja-se bem os dois.

Entre a ocorrência do fato criminoso, início das investigações, oferecimento do acordo e cumprimento do acordo, não se verifica nenhuma das causas impeditivas nem interruptivas do prazo prescricional previstas nos arts. 116 e 117 do Código Penal. A resolução não pode, ao menos em tese, criar uma causa interruptiva da prescrição. Até mesmo porque, como ficaria a situação do acordante que, observando a iminência da prescrição de seu crime, deixasse de cumprir o acordo? Não se responde, de maneira que, o acordo poderia, ao final, se revelar um gargalo impunidade.

Por outro lado, com relação a coisa julgada, sabe-se que somente o poder judiciário tem competência para prolatar decisões definitivas. Um acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado jamais poderia invocar coisa julgada, pelo fato de que o judiciário não ter apreciado a matéria.

¹⁵POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁷Ibid.



Sendo assim, como ficaria por exemplo, em um caso em que se admita ação penal privada subsidiária, se a vítima oferecer queixa? O acordo anteriormente firmado obstará o prosseguimento da ação? Por óbvio que não. O acordo não faz coisa julgada nem vincula o poder judiciário. A questão permaneceria aberta até que sobreviesse a prescrição.

Revela-se, portanto, aqui o quadro de insegurança jurídica que pode ser causada no caso concreto quando da aplicação do mencionado instituto.

Não foi por menos que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB propuseram duas ADIs pedindo a inconstitucionalidade da Resolução em análise. São as ADIs 5.790 e 5.793, que tramitam no STF aguardando o julgamento.¹⁸

Pelo que foi dito, pode-se observar que o chamado acordo de não persecução penal, apesar de representar o futuro do processo penal com o *plea bargain*, carece de constitucionalidade, porquanto deveria ter sido introduzido no ordenamento por lei em sentido estrito, não por um ato infralegal.

3. A CONVENIÊNCIA DA AMPLIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NA PRÁTICA CRIMINAL BRASILEIRA, MAS PELAS VIAS CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMAS

O objetivo desse trabalho não é combater o caminho que a ciência jurídica percorre em direção ao princípio da oportunidade e a introdução do *plea bargain*, pelo contrário, defende-se. Mas que seja feita pelas vias constitucionalmente legítimas. Com participação da sociedade, respeitando a vontade do povo e a separação de poderes.

É legítima a vontade popular de ver uma justiça mais célere, punindo aqueles que cometem malfeitos. Essa é, inclusive, uma das facetas da nossa Constituição, presente na vedação a proteção deficiente. Além de prever garantias para o indivíduo em face do estado, prevê também que o estado dará proteção ao indivíduo em face de violações perpetradas por outros indivíduos.

¹⁸POLASTRI, op. cit., nota 15.



Com a erudição que lhe é peculiar, diz o professor Lênio Streck¹⁹:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, neste momento histórico, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: *exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato*. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito *demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos* que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo.

Verifica-se aqui que, externamente, o processo penal também cumpre uma importante função de garantia de direitos fundamentais que é a vedação a proteção deficiente. Se internamente o processo penal deve garantir que o indivíduo que responde por crimes tenha seus direitos fundamentais assegurados, que é o chamado garantismo penal de Ferrajoli; por outro lado, externamente o mesmo processo penal tem o dever de assegurar a toda sociedade que as violações a bens jurídicos serão punidos na forma da lei.

A título de exemplo no Brasil, quando se verificou que as mulheres não encontravam a necessária proteção estatal em face das violações aos seus direitos fundamentais, sobretudo a partir da condenação do Brasil na Comissão de Direitos humanos, foi criada a Lei nº 11.340/2006²⁰, que criou regras penais e processuais que asseguraram mais efetivação no combate a esse tipo de criminalidade. Esse foi um caso que revela a expressão da aplicação do princípio da vedação a proteção deficiente.

Isso ocorre, porque os órgãos de poder não podem se omitir diante da criminalidade que viola direitos fundamentais das pessoas. É dever constitucional o combate efetivo do crime com a justa punição dos culpados. Se omitir diante da crescente criminalidade seria uma omissão inconstitucional, situação não desejável por todos os brasileiros.

¹⁹STRECK, Lênio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)*: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>> . Acesso em: 15 abr. 2019

²⁰BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.



Desse modo, é justo que a comunidade jurídica se articule para atender a esses anseios da população, arregimentando a máquina estatal para o combate a criminalidade, sobretudo aquela que atua nos núcleos de poder político e econômico, cometidas pelos chamados criminosos corporativos.

Os instrumentos advindos da justiça criminal negociada e o *plea bargain* se revelaram eficientes no combate às organizações criminosas. No Brasil se viu o desmantelamento de esquemas de corrupção que escamotearam o patrimônio do povo brasileiro por décadas, mormente com advento da chamada Operação Lava-jato.

Todavia, é necessário que isso seja feito da maneira legítima, respeitando o estado democrático de direito, os debates públicos, e, sobretudo, o Poder Legislativo que é o ente constitucionalmente encarregado de criar as leis.

E é por isso que tem-se visto movimentos políticos no sentido de introduzir essas mudanças no nosso ordenamento da maneira correta que é pela via legislativa.

Esse projetos de alteração legislativa servirão exatamente para cumprir o que determina a constituição na questão da vedação a proteção deficiente. Eles darão concretude a esse princípio possibilitando a melhor investigação e punição daqueles que cometem malfeitos por meio de organizações criminosas.

O mais em voga no momento é o Projeto de Lei nº 882/2019, chamado Pacote Anticorrupção, enviado pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional²¹, que possui uma proposta de alteração do Código de Processo Penal para incluir um instituto quase idêntico ao acordo estudado no capítulo anterior.²²

E até mesmo por serem feitos da maneira correta, com legitimidade democrática e debate público é que eles corrigem erros constantes na referida Resolução do CNMP.

Por exemplo, nesse projeto de lei, existe a previsão expressa de que durante o cumprimento do acordo, não correrá prescrição, o que resolve um dos problemas apontados pela resolução 181 do CNMP mencionado no capítulo anterior.

Mais a mais, o projeto também propõe outra alteração para que, mesmo após o recebimento da denuncia ou queixa, desde que antes do início da instrução, o Ministério

²¹BRASIL. Câmara dos deputados. *Pacote anticrime propõe alteração em 14 leis*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANTICRIME-ROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²²O projeto de lei propõe a inclusão de um art. 28-A do Código de Processo Penal, que é quase idêntico ao acordo de não persecução penal da Resolução 181 do CNMP. A diferença maior é que segundo o projeto de lei, poderia se proposto para crimes com pena máxima de 4 anos, ao passo que na Resolução 181, pode ser proposto para crimes com pena mínima não superior a quatro anos.



Público e o réu, por meio de seu defensor, possam celebrar acordo de imediata aplicação da pena, mediante confissão e outros requisitos ali previstos.²³

Outro movimento legislativo legítimo nesse mesmo sentido é o Projeto de Lei nº 8.045/2010 - Novo Código de Processo Penal (NCPP), que tramita também no Congresso Nacional.²⁴

Além das diversas mudanças ali consignadas, prevê o art. 283 do Projeto de Novo CPP que nos crimes cuja pena máxima não ultrapasse 8 anos o Ministério Público e o acusado poderão celebrar acordo de aplicação imediata da pena mediante presença dos requisitos ali descritos à semelhança do que propõe o PL nº 882/2019. É um instituto semelhante àquele previsto no PL 882/2019.²⁵

Sabe-se que ainda há muito o que ser discutido na doutrina especializada sobre a introdução desses institutos no direito brasileiro. O debate público vai aprimorar cada um desses institutos e certamente escolher aquele que mais atende a vontade do povo.

Mas fato é que, bem ou mal, esses projetos estão sendo introduzidos no ordenamento pela via constitucionalmente correta. No parlamento, onde devem realmente ser debatidas essas questões, com ampla publicidade e participação tanto da comunidade acadêmica, profissionais do direito e da sociedade civil.

Não pode uma questão tão importante e tão controvertida como essa ser colocada no direito posto a revelia das forças democráticas constituídas. Malgrado ser respeitável a ideia, não agiu bem o CNMP nesse intento.

Deve sim ser introduzido no Brasil elementos da justiça criminal negociada, com *plea bargain*, possibilidade de o Ministério Público negociar diretamente com o acusado, por ser um instrumento necessário ao combate a criminalidade organizada, e atendimento ao princípio da vedação a proteção deficiente. Mas isso deve ser feito com amplo debate popular, até mesmo para revestir de legitimidade as ações de combate para evitar infundados discursos de perseguição política.

²³BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de lei nº 882/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 15 abr. 2019

²⁴BRASIL. *Projeto de lei ordinária nº 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=030737A9F3FC8A9142187078332E7B B5.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 abr. 2019

²⁵ Ibid.

CONCLUSÃO

Nesse trabalho foi traçado uma evolução histórica do princípio da obrigatoriedade que sempre for norteador da relação do Ministério Público com as ações penais. O Ministério Público sempre deveria ingressar com a ação, desde que presentes os pressupostos.

A mitigação de tal princípio coincide com um movimento que já ocorreu em outros países de tradição *civil law*, e somado a onda de insatisfação da população com a impunidade de crimes, levou a comunidade jurídica a se movimentar em direção ao princípio da oportunidade.

A liberdade do Ministério Público como órgão de acusação pode ser útil no combate a criminalidade organizada, sobretudo àqueles crimes corporativos, que são cometidos das estruturas mais elevadas de poder.

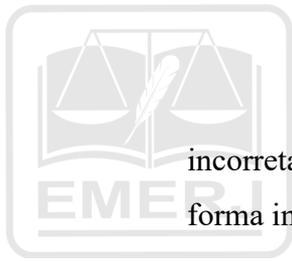
Sabe-se que essas organizações criminosas muitas vezes se revelam estruturas altamente complexas, ancoradas no poder financeiro, e acobertadas pela corrupção. Muitas vezes somente com a colaboração de um dos integrantes é que se pode dismantelar essas organizações, e o Ministério Público tem que ter liberdade para efetuar acordos a fim de obter essa colaboração.

No Brasil isso ficou bem claro nos últimos anos com o advento do movimento político-criminal decorrente da Operação Lava-jato. Viu-se verdadeiras organizações criminosas que estavam imbricadas no poder público e nas estatais, desviando milhões de reais do dinheiro público para enriquecer alguns poucos empresários e sustentar politicamente aqueles que detinha o poder, afim de lá se perpetuarem.

Como decorrência disso, ficou demonstrado aqui que pelo princípio da vedação a proteção deficiente, que é de ordem constitucional, não pode os órgãos de poder se olvidar na sua tarefa de punir aqueles que violam direitos fundamentais das pessoas. É dever de todos a atuação efetiva no combate à criminalidade, obviamente cada um atuando na sua esfera de competência.

Os atos dos órgãos jurídicos, todavia, devem sempre estar em sintonia com o que determina a Constituição. Não pode um órgão, agindo voluntariosamente, agir a revelia das regras do ordenamento para implantar uma pauta própria.

Nesse sentido, a aqui estudada Resolução 181 do CNMP padece de vício de inconstitucionalidade, pois, malgrado trazer inovações desejáveis, o fez da maneira



incorreta, usurpando a função do poder legislativo, inovando no ordenamento jurídico de forma indevida e negando vigência a normas válidas.

As mudanças que se pretende fazer no ordenamento jurídico só podem ser feitas da maneira constitucionalmente adequada. Até mesmo para conferir mais legitimidade democrática a tais medidas e para afastar casuísmos retóricos por parte dos investigados e acusados de malfeitos.

Sendo assim, o mais correto é que haja movimento político legislativo para aprovação do Projeto de Lei nº 882/2019 ou do Projeto de Lei nº 8.045/2010, com amplo debate nacional a acerca dessas novas tendências.

De mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal deveria julgar procedentes as ADIs 5.790 e 5.793 que foram propostas pelo CFOAB e pela AMB para declara inconstitucional a Resolução 181 do CNMP, pelo que ficou demonstrada aqui sua flagrante inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

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.

_____. Câmara dos deputados. *Pacote anticrime propõe alteração em 14 leis*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/572586-PACOTE-ANT-ICRIME-ROPOE-ALTERACOES-EM-14-LEIS.html>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Câmara dos deputados. *Projeto de lei nº 882/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filena me=PL+882/2019>. Acesso em: 15 abr. 2019

_____. Câmara dos deputados. *Projeto de lei ordinária nº 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=030737A9F3FC8A9142187078332E7BB5.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filenam e=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 abr. 2019



_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

BRODT, Luis Augusto Sanzo; Siqueira, Flávia. *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'placido, 2017.

IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 15 abr. 2019.

JARDIM Afrânio da Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. – 21. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

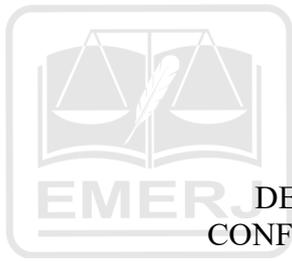
PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120.- 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLASTRI, Marcellus. *O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 23 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>> . Acesso em: 15 abr. 2019



DECISÕES JURISDICIONAIS CONTRAMAJORITÁRIAS: UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE DECISÕES JUDICIAIS E A VONTADE POPULAR DA MAIORIA

Cícero Batista do Nascimento Júnior

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O sistema de repartição dos Poderes adotado no Estado brasileiro pressupõe a independência e harmonia entre eles no exercício de suas funções típicas. Com o surgimento do Estado democrático de Direito e a evolução dos direitos fundamentais, essas funções, por vezes, imbricam-se para que se viabilize a máxima eficácia ao texto constitucional, o que causa, por vezes, interferências de um Poder em outro. O cerne do presente artigo científico visa a abordar os eventuais conflitos de legitimidade entre as decisões parlamentares, qualificadas pela vontade representativa da maioria, e decisões jurisdicionais contramajoritárias, para, ao fim, identificar instrumentos de conformação do exercício das funções dos Poderes.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Decisões Jurisdicionais Contramajoritárias.

Sumário – Introdução. 1. O impacto da distinção entre o texto da lei e a norma jurídica sobre a necessidade de se empregar racionalidade às decisões judiciais. 2. Democracia, governo da maioria e tutela de grupos sociais minoritários – O juiz pode exercer a função de representar minorias sociais? 3. O conflito entre a legitimação da decisão judicial contramajoritária e a deferência à vontade democrática da maioria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a tarefa da jurisdição contramajoritária em cotejo com a vontade política da maioria, expressa por meio de atos legislativos. Procura-se analisar o processo de legitimação da função contramajoritária do Poder Judiciário, quando tutela os direitos de minorias sociais em face da vontade política da maioria.

Para essa tarefa serão analisados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que versam sobre o tema, para aferir a possibilidade de se conferir legitimidade a decisões judiciais que contrariam o conteúdo de atos legislativos.

A doutrina clássica de Oitocentos entendia que a função do juiz limitava-se a declarar o texto da lei geral e abstrata, sob a lógica decisória da dedução pura, desprovida, portanto, de qualquer valoração, mas firme nas bases do logicismo e do formalismo.

A partir da distinção entre o significado do texto de lei e da norma jurídica, a atividade jurisdicional passou a exigir do magistrado um esforço interpretativo maior e fundamentação racionalmente justificada para que se atribua sentido ao caso concreto, de modo a dar

efetividade à força axiológica emanada do texto Constitucional.

Essa alteração de entendimento quanto à função do juiz tem provocado críticas contundentes em razão de decisões judiciais que vão de encontro ao conteúdo de atos legislativos, dando ensejo ao que se tem denominado de ativismo judicial e de legislativização da jurisprudência.

Por isso, o primeiro capítulo deste trabalho tem por objeto a análise da repercussão da distinção entre o texto de lei e a norma jurídica sobre a necessidade de se empregar racionalidade às decisões judiciais.

Prossegue-se, no segundo capítulo, com o escopo de abordar a representatividade da maioria pelo parlamento e o eventual conflito entre escolhas legislativas e a decisão jurisdicional contramajoritária, em face da necessidade de se tutelar os direitos de grupos sociais minoritários.

Por fim, o terceiro capítulo tem a finalidade de pesquisar o processo de legitimação da decisão judicial contramajoritária e o seu reflexo na jurisprudência e na produção de leis.

O trabalho proposto é desenvolvido a partir da metodologia do tipo bibliográfica e descritiva, na medida em que o conteúdo será coletado de leis, livros e artigos acadêmicos, bem assim serão feitas exposições do processo de legitimação das decisões judiciais em conflito com as decisões legislativas. Quanto à abordagem do tema pesquisado será utilizada a pesquisa teórica. O método utilizado será o dedutivo, tendo em vista a sua melhor adequação para levar a uma conclusão quanto à possibilidade de haver legitimidade na jurisdição contramajoritária.

1. O IMPACTO DA DISTINÇÃO ENTRE O TEXTO DA LEI E A NORMA JURÍDICA SOBRE A NECESSIDADE DE SE EMPREGAR RACIONALIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS

No início do século XX, sob a influência dos valores do Iluminismo e da Revolução Francesa, entendia-se que a função do juiz devia estar voltada estritamente à atuação da vontade concreta da lei, entendida como a mera adequação da norma geral e abstrata ao caso concreto¹, simplesmente declarando-a para a solução da lide.

O quadro teórico clássico do positivismo de Oitocentos partia do pressuposto de que a atividade do magistrado era exercida posteriormente ao surgimento da norma jurídica, isto é, adotava-se o pensamento de que o parlamento outorgava tanto o texto da lei quanto a norma

¹CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 3.



jurídica ao legislar, negando-se à atividade jurisdicional o poder de atribuir qualquer sentido ao texto legal, senão apenas o de pronunciá-lo.

É dizer, restava ao julgador da época apenas ter o conhecimento intrínseco do dispositivo legal e realizar a subsunção dos fatos apresentados no caso concreto que lhe fosse submetido à apreciação ao texto da lei, limitando-se a função jurisdicional a ser meramente declaratória quando aplicava o texto da lei ao conflito de interesses.

Havia uma absoluta separação entre o Poder Legislativo, como poder político por excelência, exercido pelo parlamento, composto por representantes do povo e encarregado da criação do Direito, e o Poder Judiciário, um poder puramente técnico, exercido por juízes profissionais cuja tarefa se esgotava na declaração e aplicação das leis².

Essa percepção estava atrelada à tomada de posição frente ao ordenamento jurídico vigente à época, quando ainda não se pensava na Constituição e nos direitos fundamentais como pressupostos que vinculassem a validade da lei, e onde o teor de uma sentença judicial era considerado como um ato externo à ordem normativa, com função simplesmente declaratória, o que deu origem à teoria dualista do ordenamento jurídico.

Já sob a ótica do cognitivismo interpretativo, à jurisdição³ era atribuída a função de justa composição da lide, por meio de um processo de particularização da norma genérica e abstrata. Sob esse prisma, o magistrado, por meio da sentença, criava uma norma individual e particular para a lide, tornando concreta a lei abstrata e integrando-a ao ordenamento jurídico, sendo por isso denominado de teoria unitária do ordenamento jurídico.

Na esteira dessa linha de visada, Kelsen afirmou que “Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste ante de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais”⁴.

Com isso não se quer dizer que o juiz criava o Direito, mesmo porque para Kelsen o juiz criava a norma individual com base na norma geral, pois toda norma teria fundamento em outra norma superior, até se chegar à norma fundamental hipotética que estaria no ápice do ordenamento.

A atividade exegetica do magistrado era exercida especialmente pela lógica dedutiva, de modo que depois de interpretada, aplicava-se a norma à lide por meio do silogismo

² BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, Unam, p. 8.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 18.

⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151.

judiciário, estruturado na premissa maior — representada pela norma —, na premissa menor — que espelhava o fato —, cujo produto era a decisão que individualizava a norma geral.

É necessário destacar que nesse período os conflitos sociais eram marcados por características homogêneas, onde no Estado Liberal, sob forte influência do princípio da legalidade, a sociedade era compreendida a partir de um prisma formalmente igualizador, o que não demandava do julgador uma especial compreensão das suas particularidades.

Em consequência, não se exigia do magistrado um esforço interpretativo ou de atribuição de sentido ao texto legal que não o literal, atribuindo-se ao julgador uma atividade quase mecânica ao decidir o conflito de interesses, via de regra, pela lógica da subsunção.

Com o advento do constitucionalismo, a promoção dos valores sociais e dos direitos fundamentais no texto da própria Constituição, e mais modernamente no que se denomina de bloco de constitucionalidade, passou a constituir o fundamento de validade de todos os atos normativos estatais.

Junto com o advento do constitucionalismo houve um gradativo aumento na complexidade que permeia as relações sociais, de modo que não mais se admite ao juiz ignorar o pluralismo existente na sociedade moderna e a constante transformação dos fatos sociais, fazendo-se necessário, portanto, à atividade jurisdicional atribuir sentido ao texto legal e solucionar os conflitos que se lhe apresentem em consonância com os valores constitucionais e com os direitos dotados de fundamentalidade.

A mudança de paradigma na transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, marcada por profundas alterações econômicas, sociais e políticas, que ensejaram as “gerações de novos direitos”, também influenciou na forma de atuação do juiz.

Vale dizer, exigiu do magistrado o desapego ao formalismo para aprofundar a sua cognição da carga axiológica dos interesses envolvidos em determinado litígio, a fim de prestar uma adequada tutela jurisdicional por meio da concretização dos direitos constitucionais, mormente os fundamentais.

Atualmente, o fato de o Poder Legislativo criar documentos normativos, nos quais estão os dispositivos, os textos dotados de autoridade, mas não ainda normas, evidencia a realidade de que a norma jurídica adscritiva não constitui mais o objeto, revelando-se, agora, como o produto da interpretação⁵.

Esse é o ponto de partida para se compreender a distinção entre a norma jurídica e o texto legal, de maneira que este não representa mais o limite do discurso jurídico.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, V. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

Essa distinção, atribuída à hermenêutica constitucional, repercutiu na legitimidade da atividade jurisdicional, que passa a depender de um discurso racionalmente justificado, e no conceito de fundamentação, que requer uma adequada formulação, para suprir o *déficit* de legitimidade do Poder Judiciário quando atualiza o texto da lei ao trazer à lume uma norma jurídica.

A diferenciação que aqui se propõe a estabelecer entre o texto e a norma é a que compreende o dispositivo legal, concebido como texto da lei, e a norma jurídica como o produto da interpretação do texto legal, sem olvidar que por interpretação do dispositivo legislativo se deve entender o resultado da filtragem constitucional do seu objeto.

Importa ainda ressaltar que o ato de criação da norma jurídica é meio de conformação da legislação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, bem como de qualificar a atividade interpretativa do magistrado como adscritiva de sentido ao Direito positivo e não apenas como simplesmente cognitiva e declaratória.

Nesse sentido, a sentença precisa apresentar algumas características para que possa ser considerada legítima em um Estado Constitucional, dentre as quais se faz necessária uma justificação racional da fundamentação como produto do contraditório, sem a qual a decisão jurisdicional não será intersubjetivamente controlável ou não democraticamente aceitável.

A decisão judicial, enquanto fruto da atividade exegética, tornar-se-á racional quando justificada interna e externamente⁶.

A sentença revela justificação interna quando a sua parte dispositiva é corolário das premissas constantes da fundamentação, onde devem estar os argumentos aduzidos pelos litigantes e as razões do convencimento do julgador, a partir de uma regra de dedução aceitável.

Portanto, conforme a validade da regra dedutiva, haverá uma sentença internamente justificável. Exemplo disso ocorre com a particularização de uma norma geral pelo método da subsunção. Essa justificação interna é corolário da necessidade de que haja uma justificação formal na decisão, na qual não haja contradição no argumento judicial.

Noutro giro, há justificação externa na sentença quando as premissas empregadas são adequadas para dirimir o conflito de interesses, consistindo em uma justificação substancial, onde se adotam razões suficientes e adequadas para o processo da tomada de decisão.

Aqui, são avaliadas tanto a validade como a consistência das premissas adotadas pelo julgador, a exemplo do que sucede com a realização do controle abstrato de constitucionalidade e a cristalização da interpretação mediante precedentes vinculantes.

⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 209-262.

De outro modo, cuida-se da argumentação lógico-racional que incide na atividade interpretativa criadora da norma jurídica, na qual o magistrado particulariza a relação conflituosa, atribui qualificação jurídica aos fatos, a partir da compreensão dos textos legislativos (análise e decodificação das ideias presentes no texto) e de sua interpretação (conclusão a que se chega ao conectar as ideias do texto com a realidade apresentada na lide), e toma a decisão com base nos recursos hermenêuticos que produzam, dentre as possíveis, a melhor solução à controvérsia.

Nessa linha, o produto da exegese será considerado racional caso também seja coerente e universalizável. A universalização da justificação adotada na decisão judicial tem que ser idônea de ser replicável para conflitos futuros semelhantes, pois ausente a replicabilidade não haverá as qualidades da imparcialidade e da objetividade da interpretação.

Quanto à coerência da sentença, mister que o conteúdo da justificação da decisão judicial seja internamente, formal e materialmente, consistente, pois a coerência na argumentação jurídica é uma característica própria da racionalidade⁷.

Em verdade, a atividade criadora de normas teria por função essencial o incremento, não a repetição, do conteúdo normativo que começaria na Constituição e continuaria nas leis, decretos, regulamentos, disposições administrativas e sentenças, todas elas colaborando para dotar de significado o último ato de execução⁸.

2. DEMOCRACIA, GOVERNO DA MAIORIA E TUTELA DE GRUPOS SOCIAIS MINORITÁRIOS – O JUIZ PODE EXERCER A FUNÇÃO DE REPRESENTAR MINORIAS SOCIAIS?

Compreender a democracia como o governo da maioria é bastante comum, mas também sério equívoco porquanto não se revela suficiente considerar a democracia como o governo da maioria do povo.

Faz-se necessário ter em conta que mesmo em decisões coletivas majoritárias há ou pode haver resquícios de irracionalidade.

A complexidade da relação entre minorias e maiorias hodiernamente conduz a ponderar que, em determinadas situações, o fenômeno da massificação dos indivíduos é

⁷ MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Princípios e Coerência da Argumentação Jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 267.

⁸ BULYGIN, op. cit., p. 2.

inadequado. Ele faz com que as pessoas deixem de se comportar como indivíduos e passem a carecer de consciência, a qual fica sobrepujada por uma “consciência coletiva”. Esse é o terreno propício para a tirania das majorias, tradução da onipotência moral e material exercida pelo pensamento majoritário, geradora de um cerceamento, até então desconhecido, ao pensamento minoritário.

A revolução democrática era um processo de redução progressiva da distância social entre nobres e plebeus e uma “realidade providencial”, pretendendo, com isso, afirmar como característica central dessa crescente igualização a duração secular do processo, a sua extensão geográfica e o fato de ele ser irresistível historicamente, isto é, sobreviver apesar de ações contrárias⁹.

Nesse ponto, cabe recordar a definição mínima de democracia bobbiana. Para o jurista e politólogo italiano, a única maneira de se compreender a democracia, enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

Uma decisão pode ser considerada como sendo coletiva, quando é tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que vincularão todos os membros do grupo e quais os procedimentos que serão adotados. Bobbio acrescenta três condições para a existência da democracia.

A primeira diz respeito aos sujeitos que participarão: “um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo”.

A segunda condição relaciona-se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Frise-se, “fundamental”, não a única.

Por fim, pela condição terceira, as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e eles devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra.

Como corolário, tem-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, na medida em que os direitos de liberdade (de pensamento, de expressão das próprias opiniões, de reunião, etc.) deverão ser assegurados aos chamados a decidir¹⁰.

⁹ JASMIN, Marcelo Gantus. *Tocqueville, a Providência e a História*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1992. Disponível: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002>> Acesso em: 15 jan. 2019.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18 a 20.

Nesse contexto, as constantes modificações dos arranjos que antecedem às decisões baseadas na vontade da maioria acabam por colocar em xeque as próprias decisões. Os cenários políticos, sociais e econômicos podem se transformar sem que os processos de sondagem da vontade coletiva possam captar essas alterações, visto não serem contínuos.

Releva pontuar que, à época do Estado liberal, a lei era considerada o produto da vontade de um parlamento formado tão somente por representantes da classe burguesa, onde inexistia confronto ideológico.

Após essa fase, uniformidade perde espaço nas casas legislativas, tornando-se locais da divergência, em que ideias distintas a respeito da função do Direito e do Estado passam a compor embates. Por evidente, não mais subsiste uma vontade geral, falando-se mais apropriadamente em uma “vontade política”, ou melhor, na vontade do grupo mais forte dentro do parlamento.

Hodiernamente, no entanto, essa denominada vontade política é amalgamada com o interesse dos *lobbies* e dos grupos de influência que agem nos bastidores do parlamento.

Nos Estados Unidos, a jurisdição – *adjudication* – tem a função de atribuir significado concreto e de aplicar os valores constitucionais¹¹. Essa linha doutrinária tem preocupação preponderante com a proteção das minorias sociais e se fundamenta na ideia de que um regime constitucional não tem legitimidade tão somente pela submissão à vontade da maioria, consubstanciada na predominância das instituições políticas, representativas de maiorias, em prejuízo dos órgãos jurisdicionais.

Por esse viés, critica-se a teoria coordenativa que rege a relação entre os tribunais e as outras instituições de Estado, com fulcro no “defeito legislativo” (*legislative failure*). Consoante as balizas da teoria do defeito legislativo – cuja referência mais difundida consta da nota de rodapé nº 4 da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States versus Carolene Products*¹² –, há um dever de deferência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo em assuntos de estatura constitucional, a menos que se identifique alguma razão para se admitir que o processo legislativo esteja funcionando de modo inadequado.

Todavia, essa teoria tem ao menos duas inconsistências. Uma delas é a sua incapacidade de explicar por qual razão os chamados defeitos legislativos devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário. A outra inconsistência resulta da ausência de justificação da sua basilar

¹¹ FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, p. 4

¹² EUA. 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>> Acesso em: 20 jan. 2019.

premissa normativa: a de que os órgãos políticos majoritários detêm supremacia ainda quando os valores constitucionais são potencialmente desafiados.

O “defeito legislativo” restringe-se a identificar as ocasiões em que o Poder Judiciário deve atuar, mas não de que forma. Não obstante a incompletude dessa teoria, além de se fundamentar numa ideia majoritária inconciliável com um regime constitucional, é importante enfatizar o seu ponto mais interessante: a tese segundo a qual os tribunais têm por função agir quando o processo político ordinário resulta na vitimização de grupos minoritários isolados e sem voz ou de maioria silenciosa, assim entendida quando, no aspecto quantitativo, é composta por maior número de integrantes que outros grupos sociais, porém sem ocupar o adequado espaço no debate político.

Em alguns momentos, porém, a prevalência da vontade da maioria que vitimiza um determinado grupo minoritário pode ser preservada mesmo que os interesses dessa minoria sejam formalmente computados no processo político.

Ainda quando exista uma situação de desconfiança em relação ao funcionamento adequado do processo legislativo, “não há razão para pensar que a decisão oposta prevaleceria se o processo legislativo estivesse funcionando perfeitamente; não há razão para supor que o grupo isolado e sem voz venceria ao invés de perder”¹³.

É dizer, apenas garantir a participação de todos os grupos sociais no processo legislativo é insuficiente. Os grupos minoritários, mesmo que tenham os seus interesses considerados, podem ser relegados no processo de deliberação legislativa. Logo, a proteção dos direitos das minorias não deve ser alcançada por meio de eventual defeito de participação no processo legislativo, mas na dimensão da Constituição.

Na dimensão do texto constitucional, o juiz não deve argumentar em nome das minorias, senão apenas declarar a eficácia dos valores constitucionais. Carece de qualquer sentido e de juridicidade atribuir ao magistrado a função de representante das minorias, como forma de evitar que se torne um atuante na política de grupos de interesse. À jurisdição cabe dar a cada um o que é seu mediante a interpretação da Constituição, tendo em conta o seu texto, o contexto histórico e os fins sociais para, então, se for o caso, dar tutela à minoria.

Conforme a compreensão da lei pelo magistrado deva ter por parâmetro a Constituição, ainda não implica que declarar os valores constitucionais seja suficiente. O exercício da judicatura exige que o magistrado compreenda o verdadeiro significado da Constituição, de modo a conferir, conscientemente, o real sentido aos textos constitucionais, legais e ao caso

¹³ FISS, op. cit., p. 9.

concreto para, assim, dar tutela efetiva ao direito. Eis a razão fundamental de uma adequada compreensão da expressão “dar sentido aos valores públicos”.

“Os tribunais existem para dar sentido aos nossos valores públicos, não para resolver disputas. A jurisdição constitucional é a mais viva manifestação dessa função, mas ela também parece verdadeira para a maior parte dos casos civis e criminais”¹⁴.

Conferir significado aos valores públicos não é, porém, apenas atribuir-lhes significados específicos. Para além disso, é dotá-los de substrato operacional, ou seja, concretizá-los, efetivá-los e atualizá-los como forma de a jurisdição realizar o que se denomina de “reforma estrutural” por meio do exercício da função típica dos tribunais.

A reforma estrutural, como um dos efeitos do exercício da jurisdição, deve ser vista com reservas em razão de promover um encontro entre as burocracias estatais e o Poder Judiciário. O juiz busca dar sentido aos valores constitucionais no funcionamento de outras instituições, com espreque no pressuposto de que “valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se efetuem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações”¹⁵.

Uma reforma estrutural realizada pelo Judiciário é aquela em que o magistrado, cotejando a operacionalidade institucional com valores de dimensão constitucional, avoca para si a responsabilidade de reestruturar uma organização estatal, para suprimir a ameaça de violação àqueles valores imposta pelos arranjos institucionais vigentes.

A ampliação da compreensão sobre a função judicial, no sentido de dar sentido aos valores públicos, importa em enfatizar a necessidade de dar efeito concreto ao teor material do ordenamento jurídico, uma vez que somente definir o significado dos valores públicos é muito pouco, pois à função jurisdicional é indispensável implementar esses valores.

Não obstante o magistrado, para interpretar a lei e dar tutela ao direito material, tenha que compreender o real significado da norma constitucional, a atividade jurisdicional não se encerra no ato de declarar os valores constitucionais.

“A tarefa não é apenas declarar quem está certo e quem está errado (...) a tarefa é remover a condição que ameaça os valores constitucionais”¹⁶. Mais propriamente, a tarefa da jurisdição está nessa perspectiva em atuar os “valores” encampados pelas normas constitucionais.

¹⁴ Idem, op. cit., p. 29.

¹⁵ Idem, op. cit., p. 2.

¹⁶ Idem, op. cit., p. 28.



Além de dar sentido ao caso concreto em face da lei, da realidade social e do texto constitucional, o magistrado não pode adscrever a norma jurídica do caso concreto mirando exclusivamente a Constituição. Faz-se imprescindível a consideração das necessidades do direito material para uma prestação adequada da tutela jurisdicional.

Isso porque a tutela jurisdicional exerce uma função de instrumentalidade no que se refere ao direito material em litígio. Portanto, além de se estear no texto da Constituição, a tutela jurisdicional deve identificar as necessidades do direito material, de maneira que as normas constitucionais iluminem a tarefa de proteção jurisdicional dos direitos. Aqui reside o motivo pelo qual atribuir significado aos valores previstos nas normas constitucionais, em uma primeira análise, revela a complexidade do exercício da judicatura.

A jurisdição tem, assim, por objetivo atualizar a norma jurídica capaz de atender as demandas do direito material controvertido e, por via de consequência dessa finalidade, produzir o efeito da pacificação social.

3. O CONFLITO ENTRE A LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL CONTRAMAJORITÁRIA E A DEFERÊNCIA À VONTADE DEMOCRÁTICA DA MAIORIA

As questões que provocam inquietações acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, isto é, os questionamentos que pairam sobre a legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, assenta-se sobretudo na questão da legitimidade do Poder Judiciário para controlar a decisão da maioria parlamentar¹⁷.

Isso é decorrência do fato de que a lei tem sua base na vontade popular que elegeu o (s) seu (s) elaborador (es), o que se denomina de democracia representativa.

Já os magistrados, por sua vez, não se submetem ao processo de escrutínio pelo povo, não obstante devam ser investidos nos cargos da estrutura do Poder Judiciário mediante o procedimento previsto no texto constitucional, segundo o qual há a necessidade de que se submetam à regra do concurso público para o ingresso na magistratura no primeiro grau de jurisdição, a despeito de critérios outros para o ingresso nos tribunais.

¹⁷ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf> Acesso em: 20 jan. 2019.

Nessa perspectiva, é evidente que há uma deficiência de legitimidade do magistrado, o que conduz ao entendimento de que a legitimidade do juiz para controlar uma decisão política do parlamento é consequência atribuível ao procedimento, deslocando-se o ponto de referência da legitimidade do julgador para o procedimento.

A legitimação do exercício da jurisdição por meio do procedimento se baseia na ideia de que a melhor maneira para o regular desenvolvimento do processo de julgamento, que leva à edição da decisão, é pela observância do quadrante estabelecido pelo legislador.

A par da distinção entre legitimação e legitimidade¹⁸, duas são as formas que delimitam o procedimentalismo.

A primeira, fundada em uma postura de ceticismo moral, parte da premissa de que o problema da legitimação só se pode discutir racionalmente. Como inexistente imunidade ao subjetivismo em relação a juízo de valor em questões normativas, o problema da legitimidade é consumido pelo da legitimação.

Quando se admite a legitimação por meio do procedimento, enclausura-se o conteúdo da decisão, não sendo este relevante para aferir a legitimidade, na medida em que a aceitação não é corolário do conteúdo decisório, mas da observância estrita do procedimento.

Entretanto, sob outro prisma procedimental, não se nega que a questão da legitimidade possa ser analisada de forma racional. Mas adota como pressuposto o argumento de que decisões normativas só podem ser racionalmente avaliadas de acordo com critérios procedimentais.

Para essa concepção, a legitimidade de uma decisão advém de um procedimento no qual as condições que asseguram a correção de seu resultado foram observadas.

Essa compreensão do procedimentalismo se opõe a teorias substanciais da legitimidade, nas quais o crivo de correção das decisões é avaliado mediante a comparação com alguma outra decisão ideal tida como justa ou correta.

Ao magistrado, em certa medida, é impossível decidir de forma puramente racional sobre as decisões políticas a partir tão somente dos direitos, valores e princípios constitucionais de justiça.

Com efeito, o grau de fluidez das normas constitucionais permitiria sempre a possibilidade de o julgador manifestar-se de variadas formas diante do mesmo texto legal, sendo o procedimento o único meio de assegurar previsibilidade do exercício da jurisdição.

¹⁸ O uso dos termos legitimação e legitimidade, nesse contexto, demonstra que eles não devem ser confundidos. A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão se apresente em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutro, um juízo normativo.

Mesmo que o procedimento mitigue o *déficit* de legitimidade do magistrado, ainda persiste uma dificuldade na aceitação de decisões contramajoritárias, que poderia ser assim resumida: quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei produzida no Legislativo, há, de certo modo, a frustração da vontade das pessoas que elegeram um Parlamento.

Isso porque a vontade do Parlamento é associada à ideia de governo do povo, que elege diretamente seus representantes.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510¹⁹, em que se julgou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, o Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar Robert Alexy, pontuou que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”.

Na experiência brasileira, tem-se emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual se reconheceu, como afirmação dos direitos de minorias, a união homoafetiva como uma relação jurídica de entidade familiar legítima, em face de eventuais interpretações tidas como discriminatórias ou preconceituosas, a saber:

[...] INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. [...] Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (ADPF 132, Ministro Relator Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: DJ 14/10/2011)²⁰.

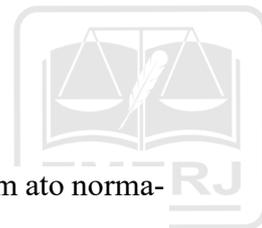
Na posição de guardião da Lei Fundamental, o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que deve assumir a vanguarda no controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias.

Essa responsabilidade compõe o caráter contramajoritário desempenhado pela Corte Suprema brasileira, sem que implique em ausência de deferência ao Poder Legislativo, porque tem seu fundamento de validade no pacto social materializado na Constituição da República.

Esse papel contramajoritário da Suprema Corte brasileira, cujo exercício é, por vezes, estimulado pela crise de representatividade dos parlamentares, tem seu espaço de atuação, sobretudo, no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, na medida em que modifica o

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 jan. 2019.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 jan. 2019.



resultado de um processo eminentemente político ao decidir pela expurgação de um ato normativo, discutido e votado pelo Poder Legislativo, do ordenamento jurídico.

O Excelso Pretório, no exercício de sua função contramajoritária, interfere em função típica do Poder Legislativo, ora decidindo de forma diametralmente oposta à vontade de maiorias eventuais, ora impondo ao Poder Público a promoção de direitos fundamentais, para garantir a máxima efetividade dos mandamentos constitucionais e assegurar o exercício de direitos por grupos sociais minoritários aliados do processo político, mas não sem observar os limites impostos pelo dever de autocontenção²¹.

Portanto, a função contramajoritária, moderada pela autocontenção, é indispensável à efetividade da Constituição porquanto a prevalência da vontade de maiorias ocasionais no processo político, substrato fático do sistema e da lógica que dá suporte ao regime democrático, não é o suficiente para garantir a concretização dos direitos públicos fundamentais destinados a grupos sociais minoritários ou a maiorias silenciosas, quando a vontade daquelas maiorias não traspassa o filtro constitucional.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o processo de legitimação da decisão jurisdicional contramajoritária em cotejo com a vontade popular representativa da maioria.

A função contramajoritária do Poder Judiciário se revela como um meio de conferir a máxima eficácia ao texto da Constituição, não obstante o seu *déficit* de legitimidade e a eventual ausência de convergência com a vontade da maioria representada pelo Parlamento.

A partir da ideia de distinção ontológica entre o texto de lei e a norma jurídica, a hermenêutica constitucional propiciou a compreensão da necessidade de se dotar as decisões jurisdicionais de fundamentação racionalmente justificada, afastando-se da lógica decisional de subsunção e da leitura acrítica dos atos legislativos.

Essa alteração de entendimento quanto à função do magistrado tem provocado, de certo modo, um tensionamento na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, em razão de decisões judiciais que vão de encontro ao resultado de deliberações políticas tomadas por maiorias eventuais em detrimento de grupos minoritários, dando ensejo ao denominado ativismo judicial ou de legislativização da jurisprudência.

A compreensão da imbricação das funções típicas dos Poderes da República passa pelo

²¹ TAVARES, André Ramos. Minorias e justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, V. 4, n. 13, jan. 2010.



sistema representativo pelo parlamento, que trouxe à tona a teoria do defeito legislativo, pelo qual os tribunais devem deferência ao Poder Legislativo, em questões constitucionais, a menos que haja razão para admitir que o processo legislativo esteja funcionando de forma inadequada.

Não obstante essa teoria se limite a identificar as ocasiões em que o Poder Judiciário deve atuar, sua relevância está na circunstância de, não raras vezes, a preferência majoritária, no sistema representativo, vitimizar ou denegar direitos fundamentais a determinados grupos sociais minoritários, ainda que as preferências desse grupo sejam formalmente consideradas no processo legislativo.

Assim, por meio do procedimentalismo, viu-se que o *déficit* de legitimidade do magistrado é mitigado, superando-se, em certa medida, a frustração da vontade da maioria quando um ato normativo é, por exemplo, declarado inconstitucional, na medida em que a vontade do Parlamento é associada à ideia de governo do povo, que elege diretamente seus representantes, abrindo-se espaço ao processo de legitimação das decisões judiciais contramajoritárias.

No Brasil, viu-se que o Supremo Tribunal Federal, na posição de guardião da Lei Fundamental, passou a assumir a vanguarda no controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias, desempenhando uma função contramajoritária.

Portanto, o exercício moderado dessa função contramajoritária, sobretudo pela imparcialidade do Poder Judiciário e pela observância da autocontenção, faz-se imprescindível para garantir a máxima eficácia dos mandamentos constitucionais e superar a lógica do regime democrático, em relação à prevalência da vontade da maioria nas deliberações legislativas, a fim de garantir que grupos sociais minoritários, alijados do processo político, sejam contemplados na concretização de direitos públicos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 10 jan. 2019.

BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía do direito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, Unam.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930.

FISS, Owen M. *The forms of justice*. V. 93. Harvard Law Review.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf> Acesso em: 20 jan. 2019.

JASMIN, Marcelo Gantus. *Tocqueville, a Providência e a História*. Dados, Rio de Janeiro, V. 40, n. 2, 1992. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002>> Acesso em: 15 jan. 2019.

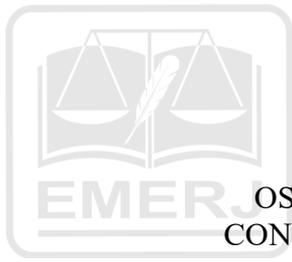
MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, V. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Princípios e Coerência da Argumentação Jurídica. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo, Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *A theory of justice*. V. 121. Harvard Law Review.

TAVARES, André Ramos. *Minorias e justiça constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, V. 4, n. 13, jan. 2010.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.



OS FINS E OS MEIOS DA TRIBUTAÇÃO. A FORTE TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL COMO FATOR DE DESIGUALDADE SOCIAL. ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DA REFORMA FISCAL

Claudia Aiex Baptista Martins

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a origem e a evolução da tributação explicam como a imperiosidade da cobrança dos tributos se tornou a maneira indispensável de viabilização da vida em sociedade. A obrigatoriedade do pagamento de tributos para a efetivação dos direitos fundamentais. Merece reflexão o desafio de encontrar o modelo de tributação ideal para o exercício da atividade arrecadatória, que é a que mais desagrada ao cidadão e, também, é essencial para a sua manutenção e desenvolvimento, pois o estado foi paulatinamente assumindo obrigações de prestações de serviços à sociedade. Dessa forma, a política tributária deve ser ajustada de acordo com as mudanças e necessidades da coletividade, visando o desenvolvimento social e econômico a fim de promover a justiça e a cidadania.

Palavras-chave – Direito Tributário. Liberdade. Justiça social. Reforma fiscal.

Sumário – Introdução. 1. Como a tributação passou de contribuição espontânea ao confisco. A constitucionalização como limite ao poder de tributar do Estado. 2. A justiça fiscal como meio para o exercício da cidadania e da liberdade. 3. A redução da desigualdade social por meio da tributação: a reforma fiscal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa a uma análise da influência negativa da excessiva tributação sobre o consumo, que se traduz em injustiça tributária e é um dos fatores que dificultam as camadas menos privilegiadas da sociedade ao acesso a bens de consumo e aos direitos básicos, essenciais para uma participação igualitária na sociedade.

Dessa forma, objetiva-se traçar um paralelo entre a imprescindibilidade da arrecadação para a segurança nacional do Estado e, ao mesmo tempo, para o exercício de suas funções essenciais de prestação de serviços à sociedade na busca da realização dos direitos fundamentais.

O Estado, no exercício das suas atividades de império, deve perseguir a justiça tributária e maior desenvolvimento social por meio de melhor distribuição da renda, tendo como base a efetivação dos princípio constitucional da capacidade contributiva, o que se traduz em justiça social.

Para melhor análise do sistema tributário brasileiro atual, este trabalho irá analisar no primeiro capítulo o que motivou a origem do tributo nas primeiras nações constituídas no mundo e a evolução dos conceitos que a sua cobrança foi adquirindo ao longo das eras até chegar ao que no Brasil é chamado de Direito Constitucional Tributário.

No segundo capítulo deste estudo, será analisado o complexo sistema tributário do brasileiro, que fomenta a injustiça e conseqüentemente a desigualdade. A discrepância entre a tributação de bens e serviços *versus* a de patrimônio e renda contribuem para a concentração de renda e a conseqüente desigualdade social.

Diferente dos outros países do bloco ocidental, no Brasil a tributação tem inúmeros fatos geradores distintos, o que acaba por criar um sistema em que incide tributo sobre tributo, onerando drasticamente produtos e serviços básicos e afastando ainda mais do consumo a camada menos privilegiada da população. A lógica tributária deixa de fora o grande capital e os bens exclusivos da classe privilegiada.

Em um país de sistema capitalista, é um objetivo incluir o maior número possível de consumidores, não é apenas para que se tenha altos índices de comércio, mas para que se possa dar acesso a um maior número possível de pessoas aos bens e serviços produzidos por aquela sociedade. A criação de um imposto único sobre o valor agregado - IVA - poderia emprestar maior transparência e efetividade para a atividade arrecadatória.

Maior inclusão se traduz em uma sociedade mais igualitária, em que a maior parte desfruta de um nível de vida que inclui saúde, educação, lazer, informação: itens básicos para uma sociedade segura e estável.

Os fundamentos da Constituição de 1988 só se realizarão na medida em que maior número possível de cidadãos tenha alcançado algo acima do mínimo existencial e possa pensar em lazer já tendo satisfeitas as suas necessidades básicas com saúde e educação.

A Constituição trata sobre a limitação do estado em tributar em capítulo próprio. Estabelece diversas regras para que essa função, que é a espinha dorsal da administração pública, seja exercida de forma a observar os direitos fundamentais do contribuinte.

Porém, políticas tributárias têm, ao longo das décadas, diminuído a tributação sobre patrimônio, capital e renda e aumentado sobre o consumo. O progressivo aumento da tributação sobre bens e serviços se deu em contrapartida à diminuição da tributação sobre a renda e patrimônio.

É importante ressaltar que, embora a tributação seja um grave problema a ser enfrentado, sobretudo, por pequenos e médios empreendedores e pelas classes média e baixa, ou seja, quase a totalidade da sociedade brasileira, a arrecadação no Brasil está bastante



abaixo do que seria adequado para a implantação dos planos de governo para o desenvolvimento e manutenção do país.

No Brasil, considerando que a arrecadação é indispensável para a manutenção do sistema e também é uma questão de segurança nacional, é necessário encontrar a medida justa de tributação para que haja maior inclusão social e, ao mesmo tempo, arrecadação satisfatória que permita ao Estado exercer, e bem, suas funções.

Tendo em vista que a grande concentração da tributação incide sobre o consumo e menos sobre a renda e patrimônio, presume-se que o sistema tributário nacional não está de acordo com os princípios constitucionais norteadores da justiça social.

Pagar tributos é a mais repudiada obrigação que qualquer cidadão tem para com o Estado, sobretudo diante do baixo retorno desse dinheiro entregue e, conseqüentemente, da repugnante injustiça social vivida no Brasil.

Dessa forma, é urgente uma reflexão sobre como tornar mais efetivo o sentido dos princípios da seletividade e progressividade para amenizar essas distorções.

Assim, o terceiro capítulo irá discorrer sobre o atual modelo tributário e a possibilidade de, no Brasil, ser adotado o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), com o intuito de simplificar o sistema, desonerar o contribuinte da classe menos favorecida, diminuir a concentração de renda e trazer maior crescimento ao país, concomitantemente a uma revisão sobre a política de tributação sobre o patrimônio, renda e fortuna.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora 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 a pesquisadora 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. COMO A TRIBUTAÇÃO PASSOU DE CONTRIBUIÇÃO ESPONTÂNEA AO CONFISCO. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO LIMITE AO PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO

A cobrança de tributos talvez seja a atividade do Estado que mais desagrada à população. Parte do que o cidadão recebe como contrapartida de seu trabalho, quando produz ou circula bens ou serviços ou os consome, é compulsoriamente repassado ao estado.

Desde que os grupos de indivíduos começaram e se reunir em coletividade, foi se tornando necessário estabelecer um meio de financiar as atividades que objetivavam o fortalecimento do ente político - estado – e ao mesmo tempo fornecer os meios essenciais para que aquela sociedade se desenvolvesse e recebesse as prestações de serviço necessárias.

Não se pode precisar o momento exato em que surgiu o tributo. A história se encarrega de apontar as primeiras contribuições desde que o homem passou a se organizar em grupos sociais e políticos. Originalmente, o tributo era uma manifestação voluntária dos membros da sociedade em favor dos líderes guerreiros como forma de presente pela proteção recebida¹.

A imperiosidade veio em momento posterior, em princípio, não contra os membros daquela sociedade, mas contra os vencidos em batalhas, forçados a entregar seus bens aos vencedores.

A seguir, os chefes daquilo que começou a se delinear como estado passaram a cobrar os tributos de seus próprios súditos para a manutenção daquele sistema. Fala-se aqui em mais de dois mil anos antes da era cristã, com escritos em cuneiforme encontrados na Suméria, onde hoje é o Iraque, com cobranças extorsivas e confisco de bens a favor do rei².

Mais próximo do marco zero da era cristã, em torno do século VII A. C., a Grécia, que se tornou um dos maiores impérios da antiguidade, foi o primeiro estado a organizar a cobrança de tributos aos moldes do que vemos hoje. Isso possibilitou sua expansão e desenvolvimento em todos os níveis, a ponto de até os dias atuais utilizarmos dos mesmos conceitos, pensamentos e valores construídos naquela época. Tanto que a ascensão do império romano, também com seus arrojos, não conseguiu dominar e submeter os gregos, optando por assimilar sua cultura e também seu modelo de tributação, utilizando-o no domínio de outras terras ao longo de sua ascensão, que consistia em conquistar outros povos sem, no entanto,

¹ FERREIRA, Rodrigo. *Tributos: origem e evolução*. Breve abordagem histórica sobre a evolução dos tributos. Disponível em: <<https://rfer Santos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>>. Acesso em: 20 set. 2018.

² Ibidem.

impor-lhes suas crenças e costumes, preservando-lhes a liberdade, mas tributando-os compulsoriamente para sustentar e expandir seu império para outras terras e outros povos³.

Os romanos implementaram um modelo de cobrança de impostos sobre importação e consumo em geral que até os dias de hoje são cobrados pelos Estados e foram indispensáveis para a manutenção desse império.

Se por um lado, o modelo de tributação desenvolvido pelos gregos e posteriormente pelos romanos, atravessou as eras até chegar aos dias de hoje, o modo de cobrança sofreu profunda evolução, passando do confisco de bens para a cobrança exclusivamente em pecúnia, observando os princípios da capacidade tributária e da proporcionalidade⁴.

O senhor feudal detinha o poder absoluto para ditar regras e para decidir sobre vida e morte de seus servos, que lhe destinavam sua mão-de-obra e a melhor parte de sua produção como tributo, pagando com a sua restrita liberdade ou a própria vida caso não o fizessem. Em troca, recebiam proteção e o direito/obrigação de se manterem nas terras do senhor.

As cruzadas, fomentadas pela igreja entre os séculos XI e XIII, tinham não só objetivos religiosos, mas também econômicos e políticos, visava-se as conquistas das terras do oriente e a busca por produtos e mercados. Essas empreitadas consumiram grande quantidade de recursos e por isso, a cobrança de tributos se tornava mais e mais agressiva.

A questão que se impunha era como proteger as terras conquistadas e desenvolver as atividades estatais, não só a bélica, mas também as de prestação à população, segurança, urbanização, saúde, educação e tantas outras, sem que alguém fosse obrigado a fornecer o recurso financeiro. Em função dessas atividades estatais, o tributo era cobrado de forma a configurar verdadeiro confisco, sem considerar a capacidade contributiva e as necessidades básicas do pagador.

Foi nesse contexto que na Inglaterra, o rei João Sem Terra, sucessor de Ricardo Coração de Leão, com o objetivo de cobrir todos os gastos e recuperar as terras perdidas na guerra contra a França em 1204, adotou política tributária cada vez mais onerosa para seus súditos⁵.

A insatisfação gerada pelas derrotas para a França somada aos altos impostos exigidos pela realeza, fez com que a nobreza inglesa obrigasse João sem terra a assinar a Magna Carta em 1215, documento que representa um marco constitucional impondo limitações ao rei e que

³ FERREIRA, op. cit., nota 1.

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo: da interpretação e da exoneração tributária*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 26-43.

⁵ SILVA, Evander de Oliveira. *A magna carta de João Sem Terra e o devido processo legal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 20 set. 2018.

serviu de base para a elaboração das constituições dos países, lei maior que norteia todas as outras.

Os estados nacionais surgidos na Europa com o fim da idade média foram forçados a buscar novas rotas para o oriente por meio da navegação, atividade extremamente cara, por isso, os reis cobravam tributos de seus súditos em moedas de ouro e prata e não mais em mercadorias, como na idade média.

O absolutismo era financiado pelos pesados tributos pagos pelos comerciantes – os burgueses –, uma vez que as classes dominantes, a nobreza e o clero nada pagavam. Onerados além do limite, a reação não foi outra senão a deflagração da revolução francesa em 1789, que constituiu o marco da idade contemporânea e teve como escopo a implantação da república.

Como poderia o estado fazer frente às suas necessidades sem que houvesse a extorsão de seus súditos e como poderiam os súditos produzir riquezas sem que o estado tomasse tudo em nome próprio, eram questões sem resposta até aquele momento.

Dessa forma, o embrião das constituições – a carta de 1215 - trouxe em seu bojo os direitos do homem, elevados ao conceito de fundamentais e, entre tantos, o da limitação dos poderes do rei para criar ou majorar impostos, o que, a partir desse instante, passou a exigir a aprovação de um conselho formado por nobres, que poderia, também, reformar decisões do rei, até mesmo com o uso da força⁶.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷ observa que a força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais possui eficácia irradiante e, por isso, fornece diretrizes para a aplicação dos direitos infraconstitucionais, que recebem interpretação conforme os direitos fundamentais.

O lema da revolução francesa de 1789 foi liberdade, igualdade e fraternidade. Esse foi o ambiente para o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fundamental na história do ser humano por ter sido o primeiro documento que definiu os direitos inalienáveis da pessoa humana. Contemporaneamente, os Estados Unidos, nos mesmos moldes da revolução francesa, tornaram-se independentes da Inglaterra impulsionados pelo mesmo motivo: os altos impostos cobrados pela coroa britânica.

Como ensina Felipe Faria de Oliveira⁸, não há como separar a interpretação constitucional da interpretação infraconstitucional sobre os direitos fundamentais.

⁶TORRES, Heleno Taveira. *A magna carta completa 800 anos e influencia nossa Constituição tributária*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/consultor-tributario-magna-charta-influencia-nossa-constituicao-tributaria>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁷SARLET apud OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 52.

⁸OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 52.

No Brasil, o principal movimento com o objetivo de se libertar de Portugal e instituir a república se deu em fins do século XVIII e início do século XIX, com a conjuração mineira, cuja motivação foi a cobrança do quinto do ouro que deveria ser pago à coroa portuguesa.

Assim, se organizava o movimento da Inconfidência Mineira. Segundo Martins⁹:

[...] na segunda metade do século XVIII, a exploração de ouro em Minas Gerais começou a decair (...). A cobrança de impostos que era feita sobre o ouro foi mantida pela coroa portuguesa, mesmo sabendo que os mineiros já não tinham como pagar o "quinto" (20% do ouro). (...) O rei ordenou (...) a derrama, a cobrança dos impostos atrasados (...) foram cobrados à força, com policiais, de qualquer cidadão mineiro. (...) Era comum acontecerem casos de todos os bens de uma família serem tomados. Foi em meio a essa crise que surgiu a Conjuração Mineira ou Inconfidência Mineira [...].

Ao se exaurirem as minas, a coroa portuguesa, afogada em dívidas, imaginando que o ouro estava sendo sonogado, ameaçou com a derrama, que era a cobrança de todos os valores não pagos de uma só vez. No dia prometido para a cobrança desse ouro supostamente omitido, haveria o movimento dos inconfidentes que, traído, foi derrotado. Estava plantada ali a semente que viria a inspirar o movimento de independência do Brasil.

Contudo, não se deve olhar o direito constitucional apenas sob o ponto de vista da limitação do estado autoritário e faminto em benefício do contribuinte, seria um pensamento maniqueísta acerca da relação estado/contribuinte. A efetivação dos direitos fundamentais, e não só suas garantias, abarca um sistema amplo e complexo. O estado fiscal, e nele está inserida a sociedade, também goza do direito de arrecadar para concretizar os ideais sociais e liberais presentes no capítulo dos direitos fundamentais¹⁰.

2. A JUSTIÇA FISCAL COMO MEIO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E DA LIBERDADE

Na medida em que o Estado se viu obrigado a garantir cada vez mais serviços à sociedade, mais foi tendo necessidade de aumentar os tributos, tanto qualitativa como quantitativamente.

No Brasil fala-se em sistema tributário injusto, uma vez que quem ganha menos paga mais imposto. Esse é o resultado da transferência da carga tributária dos impostos diretos para os indiretos.

⁹MARTINS, Lucas: *Inconfidência mineira*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/inconfidencia-mineira-conjuracao-mineira/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 53-54.

Os impostos diretos são aqueles que o sujeito passivo paga sobre o fato gerador, em geral propriedade ou renda e, via de regra, não repassa a outro sujeito. Os indiretos são aqueles em que o ônus é transferido a outro e incide no preço final, dificultando sua identificação, como é o caso do ICMS e IPI, por exemplo.

No Brasil, segundo Nóbrega¹¹, a iniciativa de criar um tributo que incidisse sobre a renda surgiu no reinado de D. Pedro II pela necessidade obtenção de receita fiscal e também como medida de diminuir as desigualdades:

[...] a primeira sinalização de um real e definitivo imposto sobre a renda remonta a 1867, quando o Visconde de Jequitinhonha expôs e defendeu sua implementação, sem, no entanto, lograr êxito. Afonso Celso, o Visconde de Ouro Preto, quando Ministro da Fazenda, preocupado em reorganizar o sistema tributário, consultou, em 1879, os maiores financistas da época sobre a conveniência de instituir o imposto sobre a renda. As opiniões ficaram divididas [...]

Embora antes já houvesse tributação pontual sobre a renda, o imposto geral sobre renda no Brasil nasceu oficialmente em 31 de dezembro de 1922 para aplicação no exercício de 1923. Com alíquotas ainda tímidas, variando progressivamente entre a mínima de 1% até a máxima de 8%. A progressividade do tributo determina quem deve pagar mais de acordo com sua capacidade contributiva e é eficiente para uma política tributária mais justa¹².

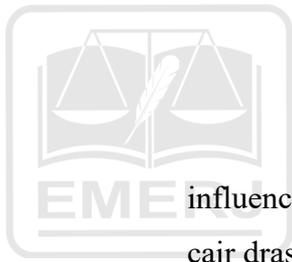
Os tributos arrecadados pelo estado se destinam a custear não só a segurança nacional e seus gastos funcionais, mas, também, a suprir as necessidades dos cidadãos. Na medida em que o estado nacional ampliava a prestação de serviços à população, foi, com isso, aumentando a necessidade de arrecadar mais e mais. Houve, a partir daí, uma elevação na progressividade e na quantidade de alíquotas e na elevação destas de maneira gradual.

Entre os anos 30 e 40, a alíquota máxima do imposto sobre a renda, que já estava em 20%, passou de um só pulo para 50%. E assim foi, até que, no governo do Presidente João Goulart de 1961 a 1964, em meio a grave crise econômica, chegou a 65%, a maior da história.

A partir do golpe de 1964, os governos militares iniciaram a redução das alíquotas e da progressividade do imposto de renda. A partir dos anos 80, com a liberação financeira internacional, surgiu a crença de que o capital deveria ser desonerado para que servisse a atrair investimentos. Esse era um pensamento dos organismos econômicos internacionais que

¹¹ NÓBREGA, Cristóvão Barcelos. *História do Imposto de Renda no Brasil: um enfoque da pessoa física (1922-2013)*. Brasília, DF. Secretaria da Receita Federal, 2014. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/trajetoria>>. Acesso em: 20 mar. 2019, [e-book], p. 25.

¹² *Ibidem.*, p. 31 - 32.



influenciavam não só a economia brasileira, mas a de muitos países pelo mundo, o que fez cair drasticamente a tributação sobre renda e capital pelo mundo¹³.

Nos fins dos anos 80, no Brasil, a Constituição Federal inaugurava um rol mais amplo de direitos essenciais do cidadão, ligados, sobretudo, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que compreendiam, em contrapartida, diversos serviços a serem prestados pelo estado, como saúde, moradia, educação e assistência social. Curiosamente, a política tributária iria baixar a alíquota do imposto sobre capital e renda de 45% para 25%, entre outras alterações que provocaram a diminuição da arrecadação sobre fatos geradores de renda¹⁴.

Para compensar essa perda, como consequência, houve brutal aumento sobre os tributos incidentes sobre o consumo de bens e serviços, o que afeta diretamente as camadas menos favorecidas da sociedade via tributação indireta, ao mesmo tempo em que as camadas privilegiadas foram favorecidas com a desoneração da renda. Quem ganhava menos passou a pagar mais impostos no Brasil, fato que ainda hoje ainda é realidade e as políticas tributárias continuam contribuindo para aumentar essa desigualdade.

Os tributos podem ser divididos, entre outras tantas categorias, em diretos ou indiretos. No tributo indireto, um contribuinte especial é obrigado a efetuar o pagamento, é o chamado contribuinte de direito. Este contribuinte repassa esse custo às suas vendas, dessa forma, ele não sofre a diminuição do seu patrimônio com a obrigação tributária. A transferência do ônus do tributo, a chamada repercussão, é o que caracteriza o tributo indireto.

O consumidor final é quem arca com o total dos custos, paga e ignora esse ônus. Ele é o contribuinte de fato. Sua percepção fica mitigada e, conseqüentemente, sua reação dificilmente acontece. Dessa forma, torna-se muito mais fácil para o ente tributante instituir ou aumentar os tributos indiretos de sua competência.

Passou-se a se observar, no Brasil e na maioria dos países do mundo, a diminuição da tributação pela via direta, como imposto de renda, por exemplo, e o aumento pela via indireta, ICMS, por exemplo. A explicação é que a via indireta dificulta a visualização pelo contribuinte, o que abrandava sua reação.

O tributo indireto não é repetível. O contribuinte que arcou com ele, se tiver pago indevidamente, não terá o direito à restituição. Na verdade, dificilmente ficará sabendo que pagou a mais ou o que não devia. O resultado é que as garantias constitucionais do

¹³ NÓBREGA, op. cit.

¹⁴ ITURRIET, Róber Avila; CONCEIÇÃO, João Santos. *Justiça Tributária: como o Brasil recuou*. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/sem-categoria/justica-tributaria-como-o-brasil-recuou/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

contribuinte, neste caso, são afastadas pela complexidade de serem restituídos os tributos indiretos¹⁵.

Em uma leitura do artigo 166, do Código Tributário Nacional, conclui-se que somente quem suportou o ônus terá direito à restituição. Se o ônus foi transferido ao contribuinte de fato, somente com sua autorização poderá o fornecedor-contribuinte repetir o indébito. No entanto, o consumidor final arca com o valor do tributo na forma de custo. Ele não faz parte da relação jurídica tributária e, por isso, não seria legitimado para repetir o indébito. Ao mesmo tempo, o contribuinte de direito só poderia pedir a restituição caso conseguisse comprovar a não repercussão. Por todo o exposto, conclui-se ser difícil se constatar na prática a devolução do tributo indireto pago a mais ou indevidamente¹⁶.

A exceção são as decisões do STJ¹⁷ no sentido de reconhecer o direito de restituição do ICMS pago indevidamente sobre a energia elétrica em caso de demanda contratada e não utilizada. Mas, ainda é uma situação específica e o consumidor individual, neste caso, tem maior facilidade de visualizar a incidência e de identificar a injustiça.

A ênfase na cobrança dos impostos indiretos mostra-se perversa, pois não observa o princípio da capacidade contributiva do cidadão, arrecadando igual de pessoas diferentes. O resultado disso é a inacessibilidade das pessoas de baixa renda aos bens e serviços para a satisfação de suas necessidades essenciais, conforto, lazer e bem estar. Essa realidade contribui para o aumento do fosso entre as classes sociais, aumentando a concentração de renda, construindo uma sociedade cada vez mais desigual e possibilitando todos os desdobramentos negativos inerentes ao fato¹⁸.

Ao mesmo tempo, observa-se uma defasagem na correção das faixas das alíquotas do Imposto sobre a renda, uma vez que a correção da tabela de incidência do imposto não tem sido corrigida de acordo com a variação do salário ou da inflação, acabando por atingir faixas salariais que até então estavam fora da incidência. O resultado é que aquele trabalhador de renda média baixa que ficava de fora, além de toda a carga que suporta dos impostos indiretos, passou a ter também a renda tributada, o que diminui sua capacidade aquisitiva, restando excessivamente onerado.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. (Coord). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23-27.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.299.303*. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1299303+SC&repetitivos=REPETITIVO S&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 5 abr. 2019.

¹⁸ CARDOSO, José Álvaro Cardoso de Lima: *O sonho da justiça tributária no Brasil*. Disponível em: <<http://desacato.info/artigo-o-sonho-da-justica-tributaria-no-brasil/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.



A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil - artigo 1º, III, CRFB - que tem como objetivos fundamentais, entre outros, sociedade livre, justa e solidária, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, sem distinção - artigo 3º, CRFB.

A garantia ao mínimo existencial é um direito fundamental implícito na Constituição Federal, que tem como justificativa a garantia ao direito à dignidade. Todavia, não é a Constituição de 1988 quem inaugura essa ideia. Ruy Barbosa e Pontes de Miranda já compreendiam que as normas que definem direitos e garantias fundamentais trazem no seu contexto a necessidade de garantia ao mínimo existencial. E este termo não deve ser entendido apenas como o mínimo para sobrevivência. Cada pessoa tem direito à vida com dignidade, de prover o próprio sustento com o auxílio do estado e de toda a sociedade. No Estado Fiscal de Direito, no Brasil, segundo Torres¹⁹:

[...] a tributação passa-se a se fazer com fundamento no princípio da capacidade contributiva e no seu subprincípio da progressividade, que ingressam nas Constituições da França e do Brasil, entre outras, o que implica a proibição da incidência sobre a parcela mínima necessária à existência humana digna, que, estando aquém da capacidade econômica e constituindo reserva da liberdade, limita o poder fiscal do Estado [...].

Nesse Estado Social Fiscal, com foco nos direitos humanos e no constitucionalismo, é imprescindível a reflexão sobre a garantia do mínimo existencial.

3. A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL POR MEIO DA TRIBUTAÇÃO: A REFORMA FISCAL

A reforma fiscal é tema de diversos projetos e está sempre em discussão, mas ainda a enorme e injusta carga tributária no Brasil segue no ritmo crescente sob o argumento de ajuste fiscal e estabilização da economia.

Como já foi visto em capítulo anterior, a tributação injusta, quer dizer, de um lado pouca onerosidade sobre renda e patrimônio, tributos diretos, e excessiva carga sobre consumo de bens e serviços, tributos indiretos, resultam em obstáculos para o crescimento do país, já que a finalidade de incentivar investimentos, desonerando o capital, não supera a dificuldade de consumo de bens e serviços por parte da população brasileira. Este fator deixa de fomentar o segundo setor da economia e constitui um empecilho para o desenvolvimento

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 123.

econômico, que ainda concorre com os altos juros e a corrupção. A taxa de crescimento econômico tem ficado aquém da de outros países em desenvolvimento²⁰.

O índice de arrecadação no Brasil chega a patamares que se superam a cada ano, batendo recordes sucessivos. A tributação indireta excessiva, incidente sobre produção, venda e consumo, constitui retirada compulsória da economia, auxiliada pela falta de transparência que esse tipo de tributação impõe, porque cobre seu peso sobre a capacidade de consumo e produção de bens e serviços.

O baixo consumo é um fator de desaceleração da economia, que resulta em menor arrecadação. Em contrapartida, para compensar, os governos (federal, estadual e municipal) aumentam as alíquotas de seus tributos com o objetivo de estabilizar a economia. Essa prática constitui um freio na economia e retira muitos do mercado de produção/consumo e incentiva a economia informal de subsistência.

A carga tributária, quando em comparação ao produto interno bruto (PIB), coloca o Brasil ao lado dos países mais ricos do mundo e muitos pontos à frente dos países em desenvolvimento, considerando apenas o tamanho da arrecadação. Ou seja, o Brasil é um país em desenvolvimento que aplica alta carga tributária. Dessa forma, pode-se dizer que combina baixa renda *per capita* com alta carga tributária²¹.

A maior parte dos países desenvolvidos tem na tributação sobre renda, lucro e patrimônio sua maior base de arrecadação. Há uma prioridade na arrecadação direta. No Brasil, ao contrário, a base da arrecadação está justamente, e cada vez mais, nos impostos indiretos. Justamente o que prejudica a produção, a distribuição e o consumo.

Tais tributos, além de incidirem excessivamente sobre o mercado interno, são cumulativos e fazem parte de um sistema complexo, talvez o mais complexo do mundo. A reforma tributária é premente.

A questão é que a proposta de reforma deveria ser para fomentar a justiça na arrecadação. O objetivo de se implementar uma reforma em qualquer campo deve ser sempre para melhorar a situação vigente. Mas o que se tem visto é que a cada reforma, aumenta a carga tributária e também a complexidade do sistema normativo com novos dispositivos e novos conceitos.

²⁰ MARTINS, Marcelo Maiolono. *A injustiça do sistema: sistema tributário injusto*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1240:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em 20 set 2018.

²¹ AFONSO, José Roberto; MEIRELLES, Beatriz Barbosa; CASTRO, Kleber P.: *A tributação no Brasil: a verdadeira carga pesada*. Revista Rio Estudos nº 207. Secretaria Especial de Comunicação Social. Rio de Janeiro. 2006, p. 2-12.

O fenômeno da globalização de todos os setores da vida da sociedade mundial, mais especificamente a globalização econômica, cuja inserção do Brasil se deu nos anos 90, influenciou na soberania fiscal dos países, criando normas internacionais oriundas dos tratados, tornando obrigatórios novos estudos sobre a tributação em cada país signatário, criando um direito tributário internacional.

Essa tendência obrigou a uma produção legislativa que remete à necessidade de reforma tributária no Brasil, que disciplina duas categorias de tratados: convenções, em geral bilaterais, para evitar a dupla tributação sobre renda e capital, e os acordos multilaterais de comércio, que disciplinam as incidências tributárias para viabilizar o livre comércio como, por exemplo, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), incorporado à Organização Mundial do Comércio (OMC) ou o Tratado de Assunção, que deu origem ao processo de formação do Mercado Comum do Sul (Mercosul)²².

Esses acordos visam derrubar as barreiras tributárias impostas de diversas formas ao comércio internacional. Para possibilitar as trocas comerciais mais livres, o que só é possível com a constituição de um território supranacional, é indispensável repensar a política tributária internamente.

É importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro já destacou a posição hierárquica dos tratados internacionais perante os outros documentos legislativos. No caso próprio do ordenamento tributário brasileiro, deve ser destacado o art. 98, do Código Tributário Nacional (CTN) que estabelece que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna²³.

Quer dizer, o tratado internacional ocupa posição superior à legislação interna tendo que antes, naturalmente, ser ratificado pelo Congresso Nacional e promulgado por decreto pelo poder executivo para adquirir validade no ordenamento brasileiro e tornar-se legislação interna.

A Constituição de 1988 desenha a estrutura federalista e traz explícita e implicitamente os fundamentos e princípios que devem reger o Estado brasileiro. Com base nessas premissas e no fato de a carga tributária no Brasil ser bastante elevada e de se considerar que a sociedade civil já se encontra no seu limite de capacidade contributiva,

²² FERNANDES, Edison Carlos: A questão do tratado internacional na reforma tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, nº 7. Rio Grande do Sul: Magister, 2008, p. 6-7.

²³ FERNANDES, op. cit., p. 6.

muitas foram as tentativas de reforma tributária, embora na maioria frustradas e sem alcançar seus objetivos²⁴.

O verdadeiro impasse na reforma é em relação às perdas que os estados e municípios sofrerão ao mesmo tempo em que se dará a centralização da arrecadação pela União, visto que este seria o resultado da desoneração dos impostos sobre bens e serviços - de competência dos estados, DF e municípios - e aumento dos impostos sobre renda e capital - de competência da União.

Uma reforma tributária eficiente teria que atacar os efeitos do atual sistema, que apresenta infraestrutura deficitária e serviços públicos sucateados, descongestionando a produção e fomentando o consumo, postergando a tributação para a última fase, no momento do consumo final, em forma de imposto único sobre o valor agregado (IVA) já utilizado pela grande maioria dos países democráticos.

Não se deve esquecer, contudo, do equilíbrio entre municípios, estados, DF e União a fim de manter o pacto federativo e a autonomia dos entes federados. Cada ente é responsável pelo fornecimento de bens e serviços para atender às necessidades da coletividade no seu âmbito de atuação, como saúde, educação, transporte e segurança. É dever de cada ente equacionar o grande desequilíbrio entre as classes privilegiadas e as menos favorecidas.

Deve-se evitar o aumento da arrecadação com a diminuição da repartição. A repartição da receita tributária tem que ser realizada de forma efetiva e eficiente a fim de promover o crescimento regional e o desenvolvimento nacional e permitir o combate à sonegação, ao superendividamento das empresas, ao desemprego e à corrupção.

A reforma tributária, enfim, deve ter como escopo a diminuição das desigualdades sociais com melhor, e não maior, arrecadação e distribuição de renda para a promoção da justiça social que tanto se almeja e que constitui um dos objetivos fundamentais da República.

CONCLUSÃO

Este estudo procurou demonstrar a importância de uma política tributária adequada para o enfrentamento do problema da desigualdade social e da injusta distribuição de rendas no Brasil. Foi visto que a situação tem se agravado devido a várias reformas que só têm aumentado a carga tributária sobre aqueles que menos têm condição de suportá-la.

²⁴ ABRÃO, Carlos Henrique: A revisão do modelo tributário e os conflitos de interesse. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, nº 7. Rio Grande do Sul: Magister, 2008, p. 32-38.



Embora a atividade arrecadatória seja a mais repudiada pelos integrantes de um estado, a tributação é atividade indispensável para a manutenção do sistema social. As disposições constitucionais não servem apenas para limitar a arbitrária atividade estatal em benefício do contribuinte. A arrecadação é o que viabiliza o fornecimento de mais e melhores serviços à sociedade. Um Estado não sobrevive se não investir em saúde, educação, segurança, moradia e transporte. Não basta apenas implementar o serviço, ele deve ser acessível a todos.

Há muito esse tema é debatido entre doutrinadores e acadêmicos, especialistas nos setores tributário e financeiro e no setor econômico. Observando o cenário brasileiro, presume-se que pouco ou nada foi implantado de forma eficiente e duradoura. A sociedade brasileira suporta o ônus de políticas tributárias mal concebidas.

A reforma tributária é necessária até mesmo para o impulso da qualidade e da quantidade das exportações. Tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário impõem o ajuste fiscal para tornar o país mais inserido na realidade internacional e mais competitivo.

A alta carga e a complexidade do sistema tributário atrasam a indústria e o comércio, elevam os custos dos bens e serviços e torna o Brasil menos apto a se destacar no mercado internacional.

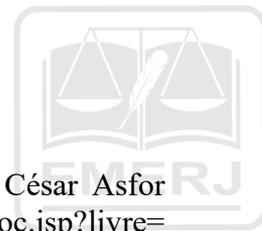
No atual quadro, são necessárias mudanças no modelo de tributação, adotando-se o imposto sobre valor agregado (IVA) com ampla base de incidência e novas regras sobre o imposto de renda e ganhos de capital para atingir lucros e dividendos.

Dessa forma, a tão aguardada reforma fiscal deve ser feita de maneira a impulsionar a economia, diminuir as diferenças regionais e fomentar a justiça social. Assim sendo, se estabelecerá, de maneira mais concreta, o desejado estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique: A revisão do modelo tributário e os conflitos de interesse. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, nº 7. Rio Grande do Sul: Magister, 2008.

AFONSO, José Roberto; MEIRELLES, Beatriz Barbosa; CASTRO, Kleber P.: *A tributação no Brasil: a verdadeira carga pesada*. Revista Rio Estudos nº 207. Secretaria Especial de Comunicação Social. Rio de Janeiro. 2006.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.299.303*. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1299303+SC&repetitivos=REPETITIVOS&&tipovisualizacao=RESUMO&b=ACOR>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 7 abr. 2019.

CARDOSO, José Álvaro Cardoso de Lima: *O sonho da justiça tributária no Brasil*. Disponível em: <<http://desacato.info/artigo-o-sonho-da-justica-tributaria-no-brasil/>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo: da interpretação e da exoneração tributária*. São Paulo: Dialética, 2003.

FERNANDES, Edison Carlos: A questão do tratado internacional na reforma tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho. *Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, nº 7. Rio Grande do Sul: Magister, 2008.

FERREIRA, Rodrigo. *Tributos: origem e evolução*. Breve abordagem histórica sobre a evolução dos tributos. Disponível em: <<https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ITURRIET, Róber Avila; CONCEIÇÃO, João Santos. *Justiça Tributária: como o Brasil recuou*. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/sem-categoria/justica-tributaria-como-o-brasil-recuou/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MARTINS, Lucas. *Inconfidência mineira*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/inconfidencia-mineira-conjuracao-mineira/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

MARTINS, Marcelo Maiolono. *A injustiça do sistema: sistema tributário injusto*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1240:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em 20 set 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. (Coord). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos. *História do Imposto de Renda no Brasil: um enfoque da pessoa física (1922-2013)*. Brasília: Secretaria da Receita Federal, 2014. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/historia/trajetoria>>. Acesso em: 20 mar. 2019, [e-book].

OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

SILVA, Evander de Oliveira. *A magna carta de João Sem Terra e o devido processo legal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 20 set. 2018.



TORRES, Heleno Taveira. *A magna carta completa 800 anos e influencia nossa Constituição tributária*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-10/consultor-tributario-magna-charta-influencia-nossa-constituicao-tributaria>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDUTAS OMISSIVAS:
AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE A EPIDEMIAS *VERSUS*
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Claudia Pinto Teixeira de Barros Herdeiro

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em Direito Empresarial pelo IBMEC. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Advogada.

Resumo – A responsabilidade civil do Estado tem como regramento primeiro a norma do art. 37 § 6º da CRFB/88. Contudo, quando se trata de conduta omissiva, há controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação do mencionado regramento constitucional. A responsabilidade por condutas omissivas do Estado é dividida pela classificação entre omissão específica e genérica, sendo apenas a primeira de geradora responsabilização do poder público. Especificamente nos casos de omissão na implementação de políticas públicas preventivas de epidemia da dengue, a questão envolve saúde da população e, portanto, direito fundamental de segunda dimensão, de sorte que é comum o Estado apresentar como tese de defesa a teoria da reserva do possível, com vistas a afastar a sua responsabilidade.

Palavras-chave – Direito Administrativo; Responsabilidade Civil do Estado; Omissão; Epidemias; Políticas Públicas de Saúde; Reserva do Possível.

Sumário – Introdução. 1. Reponsabilidade civil do Estado por omissão: genérica ou específica? 2. Omissão na implementação de políticas públicas preventivas de epidemia: requisitos para responsabilização estatal na visão dos tribunais. 3. A reserva do possível como argumento para afastar a responsabilidade do Estado diante de limitações orçamentárias. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o tema da responsabilidade do Estado, na vertente das condutas omissivas e a legitimidade da justificativa da reserva do possível para afastar a responsabilidade estatal. O objetivo é identificar até que ponto o Estado poderá ser responsabilizado pela omissão na implementação de políticas públicas preventivas de saúde, que venha a provocar vítimas por doenças epidêmicas, assim como analisar, sob o prisma da reserva do possível, se este argumento é suficiente para afastar a responsabilidade estatal nesses casos.

Episódios recentes trouxeram a lume a discussão acerca de como imputar ao Estado, na sua atuação administrativa, a responsabilização por tragédias e fenômenos que causaram (e causam) sérios danos aos indivíduos integrantes do meio social e que, porém, nem sempre são

causados por condutas comissivas diretamente imputáveis aos agentes do Estado na atuação administrativa, como por exemplo, as recentes epidemias do mosquito *aedes aegypti*.

Com base no artigo 37 § 6º da Constituição Federal de 1988, há consenso na doutrina e na jurisprudência de que, em se tratando de conduta comissiva de agentes públicos, que venha acarretar dano ao particular, surge a obrigação de indenizar da Administração Pública, desde que atendidos os pressupostos legais e constitucionais para tanto (conduta,nexo causal e dano).

Porém, a controvérsia surge quando estamos diante de danos ocasionados por fatos de terceiros ou da natureza que, todavia, há previsão de dever jurídico de serem evitados pelo Poder Público.

A grande maioria dos aplicadores do Direito se filiam ao entendimento de que, no caso de lesões provocadas por terceiros, não sendo diretamente causadas por agentes públicos estatais, não é possível imputar ao Estado a responsabilidade por danos sofridos pela vítima. Tal leitura não reconhece, muitas vezes, enxerga a existência de presunção de culpa da Administração Pública nessas hipóteses, impondo à vítima o ônus de provar o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do Estado e o dano por ela sofrido.

Por outro lado, há entendimentos, tanto no Poder Judiciário, quanto na doutrina, de que a responsabilidade do Estado por omissão rege-se pelo princípio subjetivo, ou seja, pela existência de dolo ou culpa, mesmo que “anônima”, sendo esta, no entanto, presumida. Dessa forma, em sendo presumida a culpa, não seria imposto ao particular lesado o ônus de comprová-la, de modo que ocorreria a inversão do ônus probatório a seu favor, cabendo ao Ente Estatal causador do dano afastar tal presunção.

Nesse cenário, não é incomum que o Estado, quando demandado em juízo, apresente a justificativa da reserva do possível, como limite orçamentário à implementação de políticas preventivas de saúde e como possível escudo à sua responsabilização.

Assim, o intuito é expor o pensamento do Judiciário brasileiro sobre se o Estado deve ser responsabilizado pelos danos à saúde ou pela morte de pessoas vitimadas por surtos epidêmicos, notadamente os provocados pelo vetor *aedes aegypti*, o famigerado mosquito da dengue, que, a despeito da fama de ser o transmissor desta doença, é vetor de outras mais, tais como, zika, chikungunya e febre amarela.

Para o atingimento dos objetivos deste estudo, no primeiro capítulo, será analisado sob qual(is) fundamento(s) e requisito(s) a responsabilidade civil por condutas omissivas do Estado é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, seja por omissão genérica ou específica.

Uma vez feita essa análise, já no segundo capítulo, pretende-se indicar quais os requisitos específicos, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátria, para que o Estado

venha ser responsabilizado por omissão na implementação de políticas públicas de prevenção a epidemias que cause danos à saúde ou à vida de particulares.

E, por fim, no terceiro e último capítulo, será discutido se o argumento da reserva do possível é suficiente para ilidir a responsabilidade estatal na hipótese de omissão na implementação de políticas públicas preventivas de epidemia, frente a limitações orçamentárias.

A pesquisa realizada é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva (qualitativa e parcialmente exploratória), na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: GENÉRICA OU ESPECÍFICA?

Neste capítulo, pretende-se realizar um breve estudo sobre as controvérsias existentes entre os juristas sobre qual seria o fundamento legal e jurídico para responsabilizar a Administração Pública por condutas omissivas

Partindo-se do pressuposto de que o preceito constitucional contido no artigo 37 § 6^o regula unicamente a responsabilidade estatal objetiva, e somente quando esta é oriunda de conduta comissiva, ou de omissão específica, conforme entende parte da doutrina², costuma-se indagar, qual dispositivo legal fundamenta a obrigação de indenizar por parte do Estado, quando o dano provém de conduta omissiva, na sua vertente genérica, ou mesmo se isso seria possível.

A omissão específica se caracteriza quando há um dever individualizado de agir por parte do Estado, ou seja, quando o Poder Público, por omissão sua, gera situação propícia para ocorrer o evento danoso, situação a qual tinha o dever de agir para impedir o dano³.

Nesse sentido, ao distinguir as espécies de omissão, Sérgio Cavalieri⁴ ilustra com o seguinte exemplo:

[...] se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se o motorista, momentos antes, passou por

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

² WILLEMANN, Flávio de Araújo. A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional n. 10.406/2002). In *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: v. 10, n. 37, p. 162, 2007.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 240.

⁴ Idem.

uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, é possível extrair do exemplo do ilustre doutrinador entendimento, respaldado por grande parte da doutrina, de que em se tratando de omissão específica da Administração Pública, a regra que irá fundamentar o dever de indenizar, por parte do Estado, será o próprio artigo 37 § 6º da Constituição Federal⁵, sob o regime da responsabilidade civil objetiva. Contudo, o mesmo pensamento não é aplicável quando se está diante de omissão genérica.

Complementando a distinção acima, Marçal Justen Filho⁶ ensina que há casos em que a norma prevê um dever de atuação e, assim, a omissão corresponderia à infração direta ao dever jurídico, o que ele denomina de ilícito omissivo próprio. Sendo que, existem situações em que a norma prescreve determinado resultado danoso, o qual, por sua vez, acaba se consumando em função da ausência de adoção de cautelas necessárias para evitar o dano, caracterizando-se como ilícito omissivo impróprio.

Como se vê, a conduta ilícita omissiva própria, nas palavras do Autor, nada mais é do que a omissão específica. Por outro lado, a conduta omissiva imprópria corresponde à omissão genérica, em sentido semelhante ao delineado por Cavalieri. Ademais, Justem Filho⁷, assim como Cavalieri, concorda que “os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado”, uma vez que “o agente omitiu a conduta obrigatória”.

Feitos os esclarecimentos acima, necessário registrar que, o Código Civil⁸ de 2002, no artigo 43, prevê a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, não trazendo nenhuma previsão de responsabilidade por condutas omissivas, limitando-se a reproduzir a mesma norma do texto constitucional que regula o tema.

Por outro lado, segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, para a configuração da responsabilidade subjetiva do Ente Público, não é necessária a identificação da culpa individual, bastando a presença da culpa do serviço, ou falta do serviço, quando este não funciona quando deveria funcionar, funciona mal ou funciona com atraso.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 814.

⁷ Idem.

⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 960.

Sustenta ainda o ilustre Professor¹⁰ que, em inúmeros casos de responsabilidade por falta do serviço, necessariamente haverá de ser admitida uma presunção de culpa, sob pena de se tornar inviável essa modalidade de responsabilização, diante da dificuldade que o lesado teria para demonstrar que o serviço operou aquém dos padrões devidos, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia (culposamente).

A despeito das elucidativas palavras de Celso Antônio, a doutrina questiona como fica o fundamento da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de condutas omissivas, considerando que o art. 43 do Código Civil¹¹ de 2002 não prevê as condutas omissivas, limitando-se a reproduzir a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, contida no art. 37 § 6º da Constituição Federal¹².

Sérgio Cavalieri Filho¹³ manifesta-se no sentido de que, de acordo com o Código Civil de 2002, a responsabilidade da Administração Pública, em casos de danos oriundos de fatos da natureza ou de fatos de terceiros, ou seja, omissões estatais, é de natureza subjetiva:

Por todo o exposto, é de se concluir que a *responsabilidade subjetiva* do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na *teoria do risco administrativo*, sempre que o dano for causado por agente do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da Natureza –, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na *culpa anônima* ou *falta do serviço* [...]. Em nada muda esta conclusão o fato de não ter sido reproduzido no Código Civil de 2002 o art. 15 do Código de 1916. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Porém, Flávio Araújo Willeman¹⁴, argumenta que não há porque priorizar a responsabilidade subjetiva do Estado diante da ausência de regra específica para regular as situações de omissão, uma vez que a existência do art. 37 § 6º da Constituição Federal¹⁵, juntamente com a disposição infraconstitucional do art. 43 do Código Civil¹⁶ de 2002, é

¹⁰ Ibidem, p. 972.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² Idem, op. cit., nota 1.

¹³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 255-256.

¹⁴ WILLEMANN, op. cit., p. 183-187.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ Idem, op. cit., nota 8.



suficiente para responsabilizar a Administração Pública por condutas omissivas. Contudo, o Autor faz questão de ressaltar que não se trata de conferir ao Estado o título de segurador universal de todos os danos que ocorrem no seio da sociedade, e conclui, por derradeiro, que:

[...] somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexos de causalidade e, assim, da consequente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 43 do Código Civil de 2002 [...]. A se admitir que toda e qualquer omissão estatal, isto é, tanto a omissão específica quanto a omissão genérica, são passíveis de fazer com que o Estado responda objetivamente, estar-se-ia arraigado no direito brasileiro a teoria do risco integral [...].

Nesse contexto, diante dos debates travados acima, a despeito da controvérsia existente, é possível defender que somente as omissões específicas do Poder Público são consideradas como causa direta, e imediata, de danos. Isso se dá, pois, tais omissões seriam capazes de configurar o nexos causal entre a conduta estatal e o dano suportado pela vítima, incidindo perfeitamente nessas hipóteses a norma constitucional do art. 37 § 6º¹⁷, que contempla a responsabilidade objetiva do Estado¹⁸, posto que decorrente de um “não-agir” estatal, quando se devia agir, por imposição legal ou constitucional (dever jurídico), para impedir o resultado lesivo.

Com efeito, conforme se trate de omissão genérica, a tendência é a não responsabilização estatal, de modo que, quanto mais específica for a omissão, perante o dever jurídico de agir que se impõe ao Estado, mais evidente estará o descumprimento do seu dever jurídico¹⁹.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁸ No momento em que redigimos o presente estudo, encontra-se em discussão no STF o Tema 366 (Informativo 918, de 10/10/2018), em sede de repercussão geral, no qual se discute a responsabilidade civil do Estado e o dever de fiscalizar. O Ministro Relator, Edson Fachin, pontuou que: “(...) seguimento substancial da doutrina e dos precedentes se inclinou a considerar ser objetiva a responsabilidade civil atribuível ao Estado também no caso de condutas omissivas, diante do texto do art. 37 § 6º, da Constituição Federal (CF), que não fez decote a elas de maneira expressa. No tocante à aplicação da responsabilidade, o Supremo Tribunal Federal teria acrescido ser necessário conjugar a dispensabilidade de comprovação de culpa do agente ou falha do serviço público com a imposição à Administração de um dever legal de agir. Descumprido esse dever, emergiria a obrigação de indenizar o particular pelos danos havidos em decorrência da omissão do Estado.” Porém, houve votos divergentes e o Tema ainda está em discussão no Plenário, de modo que é necessário aguardar o posicionamento final da Suprema Corte sobre a questão.

¹⁹ BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 205.

2. OMISSÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVENTIVAS DE EPIDEMIA: REQUISITOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Pretende-se a partir daqui analisar a questão da epidemia do mosquito *aedes aegypti*, popularmente conhecido como mosquito da dengue, que tem assolado vários Estados brasileiros ao longo dos últimos anos. A intenção é analisar de que forma os tribunais pátrios vêm identificando nas demandas levadas ao Poder Judiciário, por vítimas de doenças transmitidas pelo aludido vetor, situações ensejadoras de responsabilidade civil do Estado, em razão da omissão na implementação de ações preventivas do surto dessas doenças.

Vê-se que a jurisprudência assume relevância na responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, haja vista que o “direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão”, conforme ensina Helena Elias Pinto²⁰, diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva do Estado cuja diretriz é claramente dada pela norma do art. 36, § 6º da Constituição Federal²¹.

O aumento da incidência de pessoas contaminadas pelo vírus da dengue, bem como zika chikungunya e febre amarela, este com risco de aumento nas zonas urbanas²², é alarmante, o que vem demandando, tanto da coletividade quanto do Poder Público, providências urgentes, a fim de conter a proliferação do mosquito e prevenir que tais doenças se espalhem e ocasionem sérios danos à saúde da população, o que podem ser fatais.

Contudo, não menos preocupante é o desafio do Poder Público no que tange à implementação de políticas públicas preventivas do alastramento das doenças transmitidas pelo mosquito, principalmente diante da grave crise orçamentária enfrentada por vários entes da federação. Isso porque, conforme prevê o art. 196 da Constituição Federal²³, é dever do Estado garantir o direito à saúde da população²⁴, o que se dá, precipuamente, pela implementação de políticas públicas de saúde, entre as quais se inclui as políticas de natureza preventiva.

²⁰ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*: na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²² O GLOBO On-Line. ‘*Tudo indica que a febre amarela voltará, e forte*’, diz especialista em imunização. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/tudo-indica-que-febre-amarela-voltara-forte-diz-especialista-em-imunizacao-23232612>> Acesso em: 11 jan. 2019.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ Impende registrar que é de competência comum das três esferas de governo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme se constata da norma do artigo 196 da Constituição Federal, bem como do art. 2º, § 1º, da Lei 8.080 de 19/09/1990 (Lei do SUS), desenvolver políticas públicas que garantam a eficácia do direito à saúde

Assim, é dever do Estado²⁵ desenvolver políticas públicas que visem conter danos à saúde da população, ocasionados pelas doenças transmitidas pelo mosquito *aedes aegypti*, mediante a disponibilização de agentes do Estado que atuem na eliminação dos focos do mosquito nas residências dos particulares. Além disso, deve o Estado organizar o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual é esperado estrutura adequada, capaz de prover diagnósticos de doenças, disponibilizar vacinas, postos de atendimento, bem como profissionais capacitados para imediata detecção e tratamento dos doentes infectados por essas graves enfermidades.

Dito isso, impende resgatar que, no ano de 2008, o advogado Gabriel Quintanilha, em seu artigo intitulado “A Epidemia de Dengue e a Responsabilidade Civil do Estado”, denunciava que diversos carros, que deveriam ter sido utilizados no combater ao vetor, encontravam-se paralisados em depósitos da prefeitura do município do Rio de Janeiro e que, além disso, desde 2002, ocasião em que foi registrado mais de 138.000 casos de dengue, o Estado tinha condições de realizar mais investimentos para prevenir a proliferação do mosquito, porém, segundo o Autor, isso não ocorreu na época.

Diante desses fatos, Quintanilha defendeu que, tratando-se de tragédia já anunciada desde o ano 2002, não há que se falar em omissão genérica, mas sim em omissão específica, uma vez que, segundo ele:

[...] era público e notório que outra epidemia ocorreria se o Estado não investisse em prevenção. Em outras palavras, mesmo sabendo do risco de novos casos da doença, o Estado nada fez. Assim, não restam dúvidas que o Estado deve ser responsabilizado civilmente pela epidemia de dengue que assola o Rio de Janeiro [...] (2008:19)²⁶.

dos cidadãos. BRASIL. *Lei n° 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁵ O art. 1º da Lei n° 13.301, de 27/06/2016 reforça a competência comum dos entes federativos de zelar pela saúde da população, por meio do implemento de políticas públicas de combate a epidemias do mosquito *aedes aegypti*, visando proteger a saúde e a vida dos cidadãos, conforme se infere do seu art. 1º: “Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde - SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN”. Idem. *Lei n° 13.301*, de 17 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm> Acesso em: 26 ago. 2018.

²⁶ No período em destaque os números do surto de dengue no Estado do Rio de Janeiro atingiram patamares assustadores. Informações da Secretaria de Saúde do Estado, publicadas no jornal O Globo, davam conta de que nos 5 anos anteriores, o número de casos de vítimas da dengue só crescia. Considerando o ano de 2008, foram registrados 110.783 casos de pessoas contaminadas pelo mosquito, e esse número correspondia só até o mês abril daquele ano. Além disso, nesse mesmo período, foram registrados 92 casos de vítimas fatais da dengue. O GLOBO On-Line. *Dengue causa 92 mortes no Rio: epidemia é a pior já registrada*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/04/22/dengue_causa_92_mortes_no_rio_epidemia_a_pior_ja_registrad_a-427006757.asp> Acesso em: 10 mar. 2009.

Inegável que a questão trazida por Quintanilha indica uma clara omissão do Poder Público em implementar políticas públicas preventivas de saúde, a fim de conter o alastramento da epidemia do mosquito da *aedes aegypti*, que assolava o Estado do Rio de Janeiro, e continua até os dias de hoje.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), na maioria dos casos, exigia a comprovação da culpa, ou falta do serviço, do ente público, a fim de responsabilizá-lo por omissão nos casos de danos ocorridos aos cidadãos, em razão da epidemia da dengue, entendendo, portanto, o Tribunal que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva seria de natureza subjetiva. Nesse sentido, reproduzimos o julgamento a seguir²⁷:

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Município infectado por vírus da dengue. É certo que incumbe à municipalidade realizar políticas públicas para prevenção e combate à dengue, garantindo a saúde do cidadão. Entretanto, a epidemia ocorrida não deriva de atuação positiva do ente municipal. A proliferação do mosquito decorre de outros fatores, como depósitos de água, resistência da população em alterar seus hábitos de higiene e falta de programa efetivo de combate à doença. Por isso que a responsabilização é subjetiva. O conjunto probatório demonstra a infecção da primeira autora pelo vírus, além de seu evidente sofrimento durante e após a recuperação, contudo, inexistente prova de que o programa de contenção e combate ao mosquito implementado pelo município foi mal conduzido. Ou, ainda, quanto a disposição de programa outro mais efetivo, propositalmente não implementado pelo ente público. Precedente do STJ. Recurso desprovido.²⁸

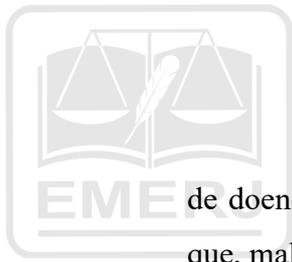
Em sentido similar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp. 703.471/RN²⁹, entendeu não configurada a deficiência do serviço público e, desse modo, não caracterizada a responsabilidade por omissão do Estado em implementar programas de prevenção e combate à dengue. A Corte Superior fundamentou-se no fato de que, sendo subjetiva a responsabilidade do Estado por condutas omissivas, deve-se assentar na falta do serviço e na ilicitude do comportamento omissivo, “sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina”. Com esse pensar, o STJ entendeu incabível a reparação de danos “ocasionados abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal”.

No voto condutor desse mesmo julgado, da lavra do Ministro Relator João Otávio de Noronha, reconhece-se que o Estado tem o dever de fomentar ações que visem reduzir o risco

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 2007.001.36985*, Décima Oitava Câmara Cível, julgado em 18.09.2007.

²⁸ Decisão com fundamento semelhante: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Apelação Cível n. 2007.001.23817*. Nona Câmara Cível: Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200700123817>> Acesso em: 01 abr. 2019.

²⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 703.471*. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 01 abr. 2019.



de doenças, principalmente, quando é previsto o risco de uma epidemia. Contudo, entendeu que, malgrado estivesse caracterizada a omissão estatal, o alastramento da epidemia de dengue não se sucedeu por ação positiva do Estado, mas sim por outros fatores, tais como: clima tropical favorável, urbanização crescente, limpeza urbana deficiente, e resistência da população em colaborar com a eliminação de focos da dengue. Este último fator, segundo o voto, seria de extrema gravidade, dado que o *aedes aegypti* é um mosquito que se adapta a áreas urbanas, onde encontra as melhores condições para a sua reprodução, dentro das residências ou perto delas. Portanto, entendeu o Relator que combater a dengue, requer efetiva participação da população.

Nesse ponto, oportuno registrar que, em 2010, a Corte Cidadã³⁰ ratificou a configuração da responsabilidade subjetiva reconhecida pelo Tribunal *a quo* e a existência do nexo causal entre a omissão de ente público no combate à epidemia de dengue e a morte de vítima pela doença: “Se o município se omite no combate à epidemia, vindo a vítima falecer acometida de dengue hemorrágica, cabe indenização por dano moral, se provado o nexo causal”.

É possível extrair do que foi exposto que tanto o TJ-RJ quanto o STJ, nos julgados mencionados, coadunam com o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, o qual entende que, para a constatação de responsabilidade por condutas omissivas do Estado, não bastaria a mera relação entre a omissão estatal e o dano sofrido pela vítima (nexo causal), mas também a efetiva comprovação de culpa ou falta do serviço (elemento subjetivo) e da ilicitude da conduta omissiva. E tal ilicitude, conforme explica o Autor, se caracteriza quando o Estado não impede o dano, quando deveria impedi-lo, ou quando atue de forma insuficiente e fora dos padrões normais exigíveis.

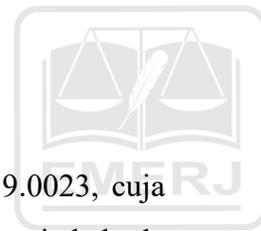
Decisões mais recentes do TJ-RJ - a exemplo da Apelação Cível TJ-RJ³² nº 0012116-52.2009.8.19.0023, e da Apelação Cível TJ-RJ³³ nº 0155811-67.2008.19.0001 - ainda referentes à situação calamitosa de epidemia da dengue enfrentada pelo Estado do Rio de Janeiro nos idos do ano de 2008, adotam mesma linha de entendimento exposta acima.

³⁰ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 1.133.257/RJ. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>> Acesso em: 01 abr. 2019.

³¹ MELLO, op. cit., p. 981.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* nº 0012116-52.2009.8.19.0023. Relator: Des. Marco Antônio Ibrahim. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201729500511>> Acesso em: 01 abr. 2019.

³³ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* nº 0155811-67.2008.19.0001. Relatora: Des. Jacqueline Lima Montenegro. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000361876E3DB129404D3EC4DC5C60F5A0038DC40316451A&USER=>>> Acesso em: 01 abr. 2019.



No caso da mencionada Apelação Cível TJ-RJ nº 0012116-52.2009.8.19.0023, cuja decisão foi proferida em 16/08/2017, o Desembargador Relator reconheceu a notoriedade da epidemia ocorrida no verão de 2008, a qual vitimou muitas pessoas, especialmente as acometidas pela dengue hemorrágica. Porém, entendeu que a situação dos autos decorria de uma “multiplicidade de fatores”, de sorte que não ficou caracterizada a omissão específica do Município-réu no que diz respeito ao controle da epidemia da dengue.

Para fundamentar o seu voto, o Relator fez menção ao já citado REsp 703.471/RN, ou seja, no sentido de que a responsabilidade do Estado por omissão é de natureza subjetiva, exigindo, assim, a constatação do elemento subjetivo culpa ou falta do serviço, além do fato de que tal responsabilidade seria afastada na hipótese de haver causas mais próximas e imediatas ao dano suportado pela vítima do que a suposta omissão do ente público^{34 35}.

O STJ, por sua vez, firmou a tese de que a “responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade”³⁶.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), constata-se jurisprudência oscilante no que diz respeito à natureza da responsabilidade civil estatal por condutas omissivas. Há situações de omissão do Poder Público em que a 2ª Turma da Suprema Corte entendeu ser hipótese de responsabilidade subjetiva, como foi o caso de crime cometido por preso foragido³⁷.

³⁴ Registre-se outro julgamento mais recentes do Tribunal Carioca, nessa mesma linha de entendimento, e que toma por base a *ratio decidendi* do REsp nº 703.471/RN, STJ, senão vejamos, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0003422-49.2009.8.19.0038*. Quarta Câmara Cível, Relator: Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044AB33137A01587413D085B0C0F874A52C5044C4E3835&USER=>>> Acesso em: 04 mai. 2019.

³⁵ Cumpre citar, pela excepcionalidade, Apelação Cível do TJ-RJ, julgada em 2008, na qual se reconheceu a responsabilidade do Município do Rio de Janeiro pela morte de vítima de dengue hemorrágica, uma vez que a municipalidade não logrou êxito em comprovar que cumpriu com a obrigação de implementar políticas de saúde preventiva da epidemia do mosquito. Além disso, levou-se em conta o fato de que o laudo técnico da Coordenadoria de Controle de Vetores não constatou foco do mosquito na residência da vítima, tendo sido constatado, porém, em vários locais ao redor da vizinhança desta. Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2008.001.03302*. Décima Sétima Câmara Cível. Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Des. Raul Celso Lins e Silva. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00034E548762223585F10EA50EF7AAE D97FBB6A6C3550D2E&USER=>>> Acesso em: 04 mai. 2019.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Item 5 da Edição n. 61* da Jurisprudência em Tese. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em: 01 abr. 2019.

³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 09.203/RS*, Relator: Min. Carlos Veloso. Segunda Turma. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2178742>> Acesso em: 01 abr. 2019.

Contudo, em outra hipótese, a mesma 2ª Turma entendeu que a responsabilidade civil estatal, em caso de omissão pela falta do serviço, é de natureza objetiva^{38 39}.

Assim, do conjunto jurisprudencial apresentado é possível extrair que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva na implementação de políticas públicas preventivas de epidemias estará configurada quando houver nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano suportado pela vítima, comprovação da culpa anônima ou a falta do serviço, bem como o descumprimento de um dever legal de agir por parte do Poder Público, ao não agir para evitar a ocorrência do evento danoso.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ARGUMENTO PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DE LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

No Estado constitucional moderno em que vivemos, a primazia dos direitos fundamentais se impõe, de sorte que o ordenamento jurídico e as relações estabelecidas no mundo dos fatos têm como centro de gravitação o princípio da dignidade da pessoa humana e, como valor, o princípio da solidariedade social, contemplados de forma expressa nos arts. 1º, inciso III e 3º, inciso III, respectivamente, ambos da Constituição Federal⁴⁰.

Dessa forma, os direitos fundamentais ganham protagonismo, de sorte a exigir máxima efetividade desses direitos, que são tão caros à existência humana, impondo-se aos entes federativos um especial dever de promovê-los, principalmente por meio do cumprimento de políticas públicas.

Nesse cenário de ideias surge, em contraposição, o argumento de defesa da “cláusula da reserva do possível”, comumente empregado pelos entes públicos em demandas judiciais, visando afastar a imposição da obrigatoriedade de implementar políticas públicas sociais, notadamente às relacionadas à saúde, educação, segurança pública e infraestrutura, ou seja, em sua maioria, políticas públicas que visam conferir efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE AgRg em RE n° 720.215/RJ*. Relator: Min. Gilmar Mendes Segunda Turma. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4324242>> Acesso em: 01 abr. 2019.

³⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 655.277/MG*. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28655277%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9wyl5cb>> Acesso em: 01 abr. 2019.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

O STF, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello⁴¹, no STA 175 AgRg/CE, já se manifestou sobre o tema no seguinte sentido:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Mas o que seria, de fato, a cláusula da reserva do possível? Pode-se afirmar que é a alegação feita pelo ente público acerca da existência de limitações financeiras para o custeio de uma gama de obrigações que lhe cabem cumprir, uma vez que os recursos são finitos, porém, os interesses são ilimitados⁴², o que demanda a realização de “escolhas drásticas” na aplicação dos recursos públicos.

O tema em discussão assume ainda maior relevância nos dias de hoje, diante da crise fiscal-orçamentária enfrentada por vários entes federativos do País, em alguns casos, causada por malversação do dinheiro público ou mesmo por condutas ilícitas praticadas por agentes públicos.

Desse modo, quando a questão envolve direitos fundamentais, tais como, vida, saúde e segurança das pessoas, entende-se legítima a interferência do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, visando conferir máxima efetividade a esses direitos, de sorte a corrigir distorções promovidas pelo Estado, no emprego de recursos público e no implemento de políticas públicas sociais. Isso porque o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial, a ponto de limitar a plena realização e efetividade da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido já decidiu o STJ⁴³, no REsp 1.041.197, Segunda Turma:

[...] 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA n° 175 AgRg/CE*. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiasf/anexo/sta175.pdf>> Acesso em: 10. abr. 2019.

⁴²BRAGA NETTO, op. cit., p. 65.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.041.197* Relator: Min. Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009> Acesso em: 10 abr. 2019.

prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. [...]

Assim, verifica-se a possibilidade de afastamento, em certas situações, da tese de defesa da reserva do possível, sob o fundamento de que somente após serem atendidos o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, é que os recursos excedentes poderiam ser remanejados para demandas e interesses de menor prioridade ou relevância.

Isso tudo, em verdade, relaciona-se com o dever, imposto ao Estado pelo ordenamento jurídico vigente, de proteção aos direitos fundamentais, passando o Poder Público estar sujeito à responsabilização por conduta omissiva, caso não atue para implementar políticas públicas protetivas de direitos fundamentais. Ao Estado cabe aparelhar-se adequadamente e gerir os recursos públicos de forma eficiente, com o fim de proteger e promover os direitos sociais, que são fundamentais. Daniel Sarmiento⁴⁴ traz brilhante lição que ajuda a elucidar o tema:

[...] o reconhecimento dos deveres de proteção constitui premissa implícita em toda discussão concernente à responsabilidade do Estado por atos omissivos. Com efeito, do ponto de vista lógico, só é possível responsabilizar por omissão a quem estava previamente adstrito a um dever de ação. Esse dever de ação nem sempre vai se fundamentar em lei específica, decorrendo, no mais das vezes, da Constituição e da própria *natureza das coisas*, como acontece, por exemplo, em relação aos direitos à vida, à segurança, à propriedade, que o Poder Público tem que salvaguardar. [...]

Diante dessa nova realidade do ordenamento jurídico constitucional, Helena Elias Pinto⁴⁵ entende que a responsabilidade civil passa a ser instrumento de tutela e garantia dos direitos fundamentais, possuindo um “propósito ético, de solidariedade e justiça social”, dizendo ainda a Autora que: “A nova dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direito de proteção do Estado, caso não seja efetiva no caso concreto, pode ensejar a ocorrência de dano indenizável, desaguando na responsabilidade civil do Estado por omissão”.

Por tudo o que foi dito, percebe-se que a alegação da reserva do possível, em razão de limitações financeiras, não se sustenta diante de graves omissões do Poder Público em

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.302-303.

⁴⁵ PINTO, op. cit., p. 24.

implementar políticas pública preventivas de epidemias, que tenham como escopo resguardar direito fundamental à saúde e à vida da população. Com mais razão ainda não se sustenta tal argumento de defesa, quando houver notória malversação de recursos públicos ou mesmo condutas ilícitas por parte de péssimos gestores públicos que colocam o orçamento público a serviço de interesses privados⁴⁶.

É possível compreender que, nessas situações, não logrando o Estado comprovar o contrário, a responsabilidade civil por omissão se impõe, caso, obviamente, fiquem configurados no caso concreto os demais requisitos para a responsabilização do Poder Público, isto é, o nexos causal e o dano suportado pela vítima, em razão da omissão na implementação de políticas pública de combate a epidemias.

CONCLUSÃO

Como visto, o presente artigo buscou trazer à luz as principais controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca da responsabilidade do Estado por condutas omissivas, notadamente a relacionada à ausência de políticas públicas preventivas da epidemia da dengue.

Verificou-se que há certo consenso no sentido de que somente as omissões específicas são capazes de gerar responsabilidade civil estatal e o conseqüente dever de indenizar o particular pelos danos eventualmente sofridos. Isso porque somente na omissão específica do Poder Público é possível vislumbrar causa direta e imediata e nexos causal entre a conduta e o dano.

Com relação ao fundamento jurídico para a responsabilização do Estado por omissão, a doutrina mais recente entende que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal é disposição suficiente para justificar tal responsabilidade, uma vez que também na omissão, o Estado responderia de forma objetiva, ou seja, sem apreciação do elemento subjetivo “culpa” ou “culpa do serviço”. Isso se dá, pois, a responsabilidade objetiva por omissão decorreria de um “não-agir” estatal,

⁴⁶ Ballan Junior faz uma crítica contundente sobre o assunto: “Muito embora a reserva do possível seja quase que invariavelmente invocada para a sonegação dos direitos sociais fundamentais, a Administração Pública brasileira sofre de um paradoxo, desafiando a lógica mínima que tornaria viável o acolhimento da tese. É que, ao tempo em que nega a existência de recursos financeiros para a concretização de direitos básicos, há uma infinidade de recursos sendo despendidos em gastos absolutamente supérfluos ou indo para o ralo da corrupção. E conclui o Autor: (...) a teoria da reserva do possível não resiste ao paradoxo da Administração, que nega direitos humanos fundamentais em razão da falta de recursos financeiros, mas gasta bilhões com publicidade institucional e com corrupção”. BALLAN JUNIOR, Octahydes. A malversação de recursos públicos como prova para o afastamento da reserva do possível. In: AZAMBUJA, Edson; SILVA, Vinicius de Oliveira e; BALLAN JUNIOR, Octahydes (Org.). *Combate à corrupção na visão do ministério público*. São Paulo: JHMIZUNO, 2018, p. 161 e 177.

quando se devia agir por imposição legal ou constitucional (dever jurídico), para impedir o resultado danoso.

Nesse particular, realizou-se um levantamento jurisprudencial dos últimos anos acerca do entendimento dos tribunais superiores e do tribunal carioca, no que tange à responsabilização do Poder Público na implementação de políticas públicas preventivas do alastramento das doenças transmitidas pelo mosquito da dengue, principalmente diante da grave crise orçamentária enfrentada por vários entes da federação.

Diversamente da doutrina mais recente, os tribunais demonstraram entendimento no sentido de que, para a constatação de responsabilidade por condutas omissivas do Estado na implementação de política pública preventiva da epidemia, não bastaria a mera relação entre a omissão estatal e o dano sofrido pela vítima (nexo causal), mas também a efetiva comprovação de culpa ou falta do serviço (elemento subjetivo), bem como o descumprimento de um dever legal de agir por parte do Poder Público, ao não evitar a ocorrência do evento danoso.

No que tange ao argumento de defesa da reserva do possível, comumente utilizado pelo Estado para afastar a sua responsabilidade por omissão na implementação de políticas públicas, na maioria dos casos, relacionadas à efetivação de direitos fundamentais, constatamos que nem sempre essa tese prevalece na doutrina e na jurisprudência.

Entende-se que no atual protagonismo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, o ordenamento jurídico impõe ao Estado dever de proteção aos direitos fundamentais, o que sujeita o Poder Público à responsabilização por conduta omissiva, caso não atue para implementar políticas públicas protetivas de tais direitos.

Assim, seria obrigação do Estado conferir prioridade ao atendimento do mínimo existencial para, somente após, remanejar recursos públicos excedentes que visem atender demandas e interesses de menor prioridade ou relevância social.

Nesse contexto, conclui-se que a tese da reserva do possível, como limite de recursos financeiro, em determinados casos, não se sustenta diante de graves omissões do Poder Público em implementar políticas pública preventivas de epidemias, que visam concretizar direito fundamental à saúde e à vida da população, especialmente quando houver indícios de malversação de recursos públicos ou de condutas ilícitas praticadas por péssimos gestores públicos.

Desse modo, não logrando o Estado comprovar o contrário, a responsabilidade civil por omissão impõe-se, caso, obviamente, também fiquem configurados os demais requisitos para a responsabilização do Ente Estatal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26. ago. 2018.

_____. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 26. ago. 2018.

_____. *Lei nº 13.301*, de 17 de junho de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm>. Acesso em: 26. ago. 2018.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. A malversação de recursos públicos como prova para o afastamento da reserva do possível. In: AZAMBUJA, Edson; SILVA, Vinícius de Oliveira e; _____ (Org.). *Combate à corrupção na visão do ministério público*. São Paulo: JHMIZUNO, 2018, p. 155-179.

BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

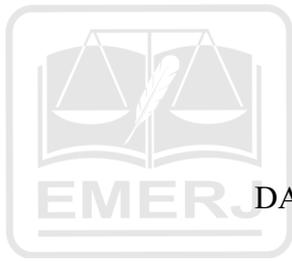
MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUINTANILHA, Gabriel. *A Epidemia de Dengue e a Responsabilidade Civil do Estado*. In Boletim Informativo Juruá (BIJ). Ano 16 n. 460. Paraná: Juruá, jun./2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002). In *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: v. 10, n. 37, 2007.



DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.286/16

Dan Balassiano Greco

Graduado pela Universidade Estácio De Sá - Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: a pesquisa trata da responsabilidade civil dos notários e registradores, com destaque para a alteração promovida pela Lei nº 13.286/2016 em que se instituiu a modalidade de responsabilização subjetiva do delegatário e prepostos por atos praticados no desempenho de suas funções e fixou prazo de 03 (três) anos para busca de reparação civil. O trabalho busca demonstrar a controvérsia doutrinária acerca da responsabilidade civil dos delegatários em razão da dificuldade de enquadrar a atividade desempenhada na regra da Teoria do Risco Administrativo consagrada pelo artigo 37 §6º da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Delegatários. Serviços Públicos. Risco Administrativo. Responsabilidade Subjetiva.

Sumário: Introdução. 1. Evolução e Princípios das Atividades Notariais e Registrais na Constituição Federal de 1988. 2. Responsabilidade Civil do Estado. 3. Responsabilidade por Atos Praticados por Notários e Registradores com o Advento da Lei nº 13.286/16 Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos delegatários das atividades notariais e registrais após o advento da modificação promovida pela Lei nº 13.286 de 10 de maio 2016, que alterou a redação do artigo 22 da Lei nº 8.935/1994, estabelecendo a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para materialização do dever de indenizar terceiro prejudicados por seus atos, na qualidade de agentes públicos.

O artigo 236 da Constituição Federal prevê que se exercem em caráter privado as atividades notariais e registrais, por delegação do Poder Público, as quais são regulamentadas pela Lei nº 8.935/1994. Esta, por sua vez, previa que respondiam os delegatários de forma objetiva por quaisquer atos que causassem prejuízo a terceiros, fossem próprios ou mesmo de seus prepostos, assegurado em face destes o direito de regresso em caso de culpa ou dolo.

Em momento anterior à edição da Lei nº 13.286/2016, a responsabilidade destes delegatários era objeto de controvérsia, considerando primeiro posicionamento majoritário nos

acórdãos do Supremo Tribunal Federal, acompanhado por parte da doutrinas sustentava-se que os tabeliães e oficiais de registro, à despeito do exercício de atividade eminentemente privada, equiparavam-se aos funcionários públicos, ensejando ao Estado o ônus da responsabilidade perante terceiros, independentemente de culpa ou dolo.

Por outro lado, segundo posicionamento, minoritário, consagrava responsabilidade pessoal subjetiva destes delegatários, interpretando de forma analógica o artigo 38 da Lei nº 9.492/1997, o qual prevê a responsabilidade pessoal subjetiva dos Tabeliães de Protesto de Títulos por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Fundamentava-se que a referida Lei poderia aplicar-se à todos os titulares de delegação, considerando sua superveniência à Lei nº 8.935/1994.

A nova redação do artigo 22 da Lei nº 8.935/1994 deu fim à polêmica, estabelecendo que responderão pessoalmente os delegatários das atividades notariais e registras subjetivamente por danos causados no exercício de suas atividades: "Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso".

Inicia-se o presente trabalho apresentando os aspectos gerais das atividades notariais e registras, breve evolução histórica e princípios regulamentadores.

Segue-se no segundo capítulo tratando dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, respectivas modalidades, e discorrendo sobre a responsabilidade estatal em face dos serviços prestados por seus delegatários.

Já, no terceiro capítulo, será abordado tema da responsabilidade civil aplicada às atividades notariais e registras e os impactos decorrentes da alteração promovida pelo advento da Lei nº 13.286/2016.

Neste capítulo, o pesquisador discorrerá sobre a competência do Poder Público na delegação e fiscalização, da possibilidade de responder o Estado juntamente com o particular e do que pode se interpretar como culpa ou dolo no desempenho das funções e atos próprios da serventia.

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 intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Como forma de sustentar a sua tese o pesquisador irá se valer da bibliografia pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência).

1. EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A evolução histórica das atividades notariais e registras relaciona-se intrinsecamente com a do próprio Direito e da própria sociedade, desde os tempos em que as relações interpessoais eram regidas pela palavra e boa-fé entre as partes, praticamente dispensado o documento escrito. Apenas nos casos de interesse estatal, ou hipóteses de supressão e garantia de determinados direitos, se faziam necessários registros minutados.

Remonta-se à era dos descobrimentos, também chamada de Grandes Navegações, período que transcorreu entre os séculos XV e XVII, caracterizada pela extensa exploração global através do mar, inicialmente promovida por portugueses e espanhóis em busca de novos territórios para exploração econômica. Os registros dos acontecimentos históricos ocorridos no âmbito das expedições demandavam a necessidade de acompanhamento por técnico incumbido exclusivamente desta função, o escrivão, e serviam para dar ciência ao Rei.

No Brasil, nomeado pelo Rei de Portugal e escrivão da frota de Pedro Álvares Cabral, o fidalgo Pero Vaz de Caminha foi o primeiro escrivão a lavrar um ato notarial em território brasileiro, documentando a descoberta e apossamento das terras brasileiras, descrevendo em detalhes suas características, bem como a população indígena que as habitavam.¹

Para se promover a colonização, inicialmente, através do regime das capitanias hereditárias, momento em que se fez surgir a propriedade imobiliária no Brasil, para controle e fiscalização do Reino de Portugal sobre as transferências de terras, instituiu-se aqui o Registro Geral, tornando obrigatória a transcrição e o registro de todos os atos de transmissão da propriedade, vedando a mera tradição.

Com o desenvolvimento das relações civis, sobretudo comerciais, o Registro Geral ganhou maior amplitude e relevância, passando a garantir o resguardo da fé pública e manutenção da segurança jurídica. A partir daí, suas atividades foram desmembradas para serventias próprias de notas, registros civis e imobiliários.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988², as atividades notariais e registras eram exercidas por particulares investidos sem concurso público, nomeados pelo Chefe do Executivo Estadual, e considerados servidores do foro extrajudicial, na qualidade de

¹ BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.22.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

integrantes dos Serviços Auxiliares da Justiça.

O advento da Constituição de 1988³ introduziu através do seu artigo 236 profundas mudanças nessas atividades, consagrando o caráter privado em seu exercício, a ser desempenhado por pessoas naturais em regime de delegação, habilitadas em concurso público de provas e títulos, e sob exclusiva fiscalização pelo Poder Judiciário.

Desta forma, preenchido pelo individuo os requisitos e devidamente aprovado em concurso público, passa este a ser investido na função de notário ou registrador sob sua conta e risco, tendo direito ao recebimento da sua remuneração através do pagamento dos emolumentos pelos usuários da serventia a qual se encontra responsável.⁴

Além, previu a necessidade de regulamentação própria e específica, posteriormente efetivada em 1994 com o advento da edição da Lei Federal nº 8.935⁵, conhecida como a Lei Orgânica dos Notários e Registradores.

Editada sob a égide da Constituição de 1967⁶, a Lei básica de registros públicos, Lei nº 6.015⁷ de 1973, já regulamentava as atividades notariais e registrais e estabelecia em seu artigo inaugural os atos de registro como aqueles que conferem à autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Da mesma forma, a Lei Orgânica dos Notários e Registradores⁸ reafirma os mesmos objetivos, porém incluindo entre eles a publicidade conferida pelos atos emanados destes delegatários.

Conforme Salles⁹, o ato de registro não é apenas e tão-somente forma solene destinada à preservação de determinado ato jurídico, resguardando o seu conteúdo e sua estrutura. É mais do que isso, pois confere, além de segurança e autenticidade, a fé pública e segurança jurídica necessárias à efetividade do ato.

A autenticidade não envolve tão somente atestar a veracidade de determinado ato ou documento, mas também indica sua presunção de regularidade em estar amparado por presunções legais que lhe conferem força e validade.¹⁰

Significa dizer que a autenticidade atesta que determinado ato atende aos princípios da

³ Ibidem.

⁴ SANTOS, Mauro Cesar. *Direito Notarial e Registros Públicos na perspectiva da advocacia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p.23.

⁵ BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

⁶ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁷ BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁹ SALLES, Venício. *Direito registral imobiliário*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13.

¹⁰ CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.



legalidade e legitimidade, conferindo-lhe, portanto, eficácia decorrente da fé pública que nessa qualidade o atesta.

Tratando da segurança, tem-se que o registro configura atributo da imutabilidade ou da garantia de preservação do conteúdo do ato de registro¹¹, sendo um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito com a finalidade de garantia de estabilidade dos atos jurídicos e relações deles decorrentes.

Como condição de validade de qualquer ato administrativo, seja ele discricionário ou vinculado, o requisito da publicidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal¹² consagra a exigência da mais ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente previstas.

Para Ceneviva¹³, a publicidade registral se destina ao cumprimento de dar conhecimento de terceiros interessados ou não interessados a informação do direito correspondente ao conteúdo do registro. Por outro lado, também sacrifica parcialmente a privacidade e a intimidade das pessoas, informando sobre bens e direitos seus ou que lhes sejam referentes, a benefício das garantias advindas do registro. Afirma, ainda, servir para fins estatísticos, de interesse nacional ou de fiscalização pública.

Especificamente em relação às atividades notariais e registrais, a publicidade se materializa na consulta aos arquivos das serventias por meio do sistema de obtenção de certidões, conforme preceitua o artigo 16 da Lei nº 6.015/73¹⁴.

De todos os requisitos acima mencionados decorre, portanto, a principal finalidade das atividades notariais e registrais: a aptidão de produzir o ato seus efeitos jurídicos e oponibilidade *erga omnes*.

¹¹ SALLES, op. cit., p. 04.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ CENEVIVA, op. cit., p. 37-38.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da responsabilidade civil surgiu em razão da necessidade de assegurar à eventual prejudicado o direito de ser indenizado pecuniariamente em face ao descumprimento obrigacional por parte de outro indivíduo¹⁵. Qualquer responsável por causar dano a outrem, dolosa ou culposamente, tem contra si o dever de indenizar e/ou reparar o dano, obrigação que também recai sobre o Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ define a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos materiais ou jurídicos.

De início, antes de se analisar a responsabilidade civil do Estado, deve-se ter em mente que a Administração Pública em geral, em que se englobam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é exercida por agentes públicos, pessoas físicas incumbidas do dever de representação e no exercício de função pública.

Sendo o Estado uma pessoa jurídica, não pode ter vontade nem ação próprias, logo, se manifestará por meio de pessoas naturais, que ajam na condição de seus agentes, desde que revestidos nesta qualidade.

Estes agentes públicos, desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam no aparelho estatal, tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, pois estão prepostas no desempenho de funções públicas¹⁷

A expressão agentes públicos envolve gênero em que se apresentam os públicos e administrativos.

Por agentes públicos propriamente ditos, compreendem-se aqueles titulares de cargos eletivos, por meio de mandato transitório, responsáveis pela elaboração e condução das diretrizes de atuação governamental, como Chefes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo.

Já por agentes administrativos, englobam-se de forma geral servidores e empregados públicos, bem como aqueles que exercem em caráter privado atividade delegada pelo Poder

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12 ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.372.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 799.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 04.



Público.

A despeito da distinção, deve-se considerar que todos os atos praticados por agentes públicos, sejam eles políticos ou administrativos, materializam a soberania do Poder Público por meio da imposição dos atos de império e gestão, sempre voltados no interesse da coletividade, amparados pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

O artigo 37, §6º da Constituição Federal¹⁸ indica a adoção da Teoria do Risco Administrativo em que se consagra a ideia de que a responsabilidade estatal pelos prejuízos causados a terceiros por seus agentes no exercício de suas atividades é objetiva, resguardado o direito de regresso para fins de ressarcimento do *quantum* indenizatório em casos de dolo ou culpa.

Entende-se, portanto, que a nenhum particular incumbe o ônus de suportar eventual dano advindo das atividades do Poder Público, salvo em caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva daquele que sofreu as consequências do dano.

Pela respectiva Teoria, a Administração Pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de dano à comunidade. Considerando que as atividades são exercidas de forma genérica e *erga omnes*, não seria justo que apenas alguns arcassem com os ônus por elas gerados, motivo pelo qual deve o Estado, como representante do todo, suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes¹⁹, figurando como excludentes ou atenuantes a força maior e culpa exclusiva da vítima quando o nexo causal entre o dano causado e a atuação administrativa não restar comprovado.

Cavaliere Filho²⁰, acerca do tema, estabelece a diferenciação com a Teoria do Risco Integral, a qual consiste em modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Neste caso, tendo o risco como fundamento da responsabilidade civil, exige-se tão somente o nexo causal entre a lesão e o ato, ainda que praticado de forma regular pelo agente público. Comprovada a existência do prejuízo, nasce o dever de reparação estatal.

Alguns autores entendem que a Teoria do Risco Integral foi a adotada pelo direito brasileiro no que se refere à atos comissivos praticados por agentes públicos.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.252.

²⁰ Ibid., p. 253



Todavia, a interpretação literal do texto do artigo 37, §6º da Constituição Federal²¹ enseja discussão se o dever objetivo do Estado em indenizar subsiste também em relação aos atos omissivos. Isto porque, a expressão “danos” não distingue o fato gerador que lhe deu ocorrência, e o verbo “causarem” poderia tanto se dar mediante ação quanto por omissão.

A distinção entre as modalidades de omissão, genérica ou específica, pode ser elucidada através do exemplo trazido por Cavalieri Filho²², fundamentando a incumbência objetiva de se indenizar somente nos casos de omissão específica.

Sua obra exemplifica hipótese em que motorista embriagado atropela e mata pedestre à beira da estrada. Nesta ocorrência, a Administração, enquanto entidade de trânsito, não poderia ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Seria este exemplo de omissão genérica.

Por outro lado, se este mesmo motorista, parado por patrulha rodoviária, atestada sua condição de embriaguez por policiais, porém permitido prosseguir viagem, materializada estaria a omissão específica. Neste caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado.²³

Por outro lado, autores como José dos Santos Carvalho Filho²⁴ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵ optam por defender a responsabilidade subjetiva do Estado em indenizar prejudicados pela omissão, seja ela genérica ou específica, fundamentando este entendimento na Teoria da Culpa do Serviço ou *faute du service*, em que se comprove ter agido o Estado com dolo ou culpa.

Já Hely Lopes Meirelles²⁶ defende o dever objetivo de o Estado indenizar ainda em casos de omissão genérica ou específica, desprestigiando a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, corroborando desta forma o que consagra a Teoria do Risco Administrativo consagrada na Constituição Federal, salvo se tratando de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Segundo entendimento adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Teoria do Risco Administrativo em que se consagra a responsabilidade objetiva do Estado pode ser mitigada nos casos envolvendo omissão genérica, impondo-se da Teoria da Culpa, neste caso indispensável a presença do elemento subjetivo.²⁷

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²² CAVALIERI FILHO. op cit., p.193.

²³ Ibid., p. 231.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2011. p.542

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2011. p.647.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 683.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1183013 RN*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=5611067>>. Acesso em: 17 ago. 2019.



No que se refere aos casos envolvendo omissão específica no desempenho das funções e serviços públicos, é cediço que o Estado responde objetivamente aos eventos que tiver dado causa, bastando nestes casos a mera comprovação do nexo etiológico entre o dano e a conduta praticada por seus agentes.

3. DA RESPONSABILIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR NOTÁRIOS E REGISTRADORES COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.286/16

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988²⁸, os notários e registradores respondiam subjetivamente pelos danos que viessem a causar aos usuários dos serviços notariais e registrais, tendo em vista que, naquela época, ainda estes eram considerados funcionários públicos.

Com o fim de pacificar discussão envolvida em torno da natureza jurídica dos notários e registradores, o artigo 236 da Constituição Federal²⁹ estabeleceu que o exercício de suas atividades mediante delegação, realizadas por pessoas físicas em caráter privado.

Sob esta perspectiva, e sabendo que os notários e registradores não eram funcionários públicos e que arrecadavam um valor considerável através da percepção de emolumentos, buscou o legislador atribuir a responsabilidade pela prática dos atos danosos diretamente a essa categoria profissional, e não mais ao Estado.

Logo, submeteram-se à responsabilidade objetiva preconizada no artigo 22 da Lei nº 8.935/94³⁰, inclusive pelos atos praticados por seus prepostos, pelo que comprovado o nexo causal entre a conduta e o dano experimentado, responde o titular independentemente de culpa.

Adeptos deste entendimento, como Sartori³¹ e Maria Helena Diniz³² equiparam a função exercida pelos delegatários à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, aplicando-se, ainda, de forma subsidiária, os artigos nº 927 e 932, inciso III do Código Civil³³.

Sob outra ponta, maior parte da doutrina e jurisprudência se inclinam pelo entendimento

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. In: *Revista de Direito Imobiliário IRIB*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, julho-dezembro, 2002, p. 53.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 10.

³³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.



fundado na responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva dos delegatários quando comprovado terem estes agido com dolo ou culpa, interpretando de forma analógica o artigo 38 da Lei nº 8.429/92³⁴ de forma a aplicar aos notários e registradores o mesmo regime aplicado aos Tabeliães de Protestos de Títulos.

Justificam, ainda, que submeter as pessoas naturais dos delegatários dos serviços públicos ao dever objetivo de indenizar implicaria ofensa ao princípio da isonomia.

De qualquer forma, inequívoca é a reponsabilidade do Estado em indenizar eventuais prejudicados por danos causados por seus delegatários, considerando agirem estes na qualidade de *longa manus* do Poder Público. Entretanto, carece de se estabelecer aplicação ou não do benefício de ordem.

Com o advento da Lei nº 13.286/2016³⁵, inovou o legislador, ao estabelecer a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para fins de responsabilidade pelos atos praticados por notários e registradores, sendo ainda instituído o prazo prescricional de 03 (três) anos, contatos da prática do ato lesivo, para ressarcimento do dano.

Rosenvald defende que a alteração legislativa beneficia os titulares das atividades em detrimento dos eventualmente prejudicados por seus atos, sendo certo que a responsabilidade subjetiva correspondente, muitas vezes, em deixar eventuais lesados sem ressarcimento³⁶. Conclui no sentido que o correto seria aplicar a responsabilidade objetiva aos notários e registradores, uma vez que responsabilizar objetivamente o Estado seria, em suas palavras, privatizar o bônus e socializar o ônus.

A constitucionalidade da alteração foi ratificada com base no disposto no artigo nº 236 § 1º da Carta Magna³⁷, assim, outorgando competência ao legislador infraconstitucional para definir o regime de responsabilidade dos notários e registradores.

A controvérsia envolvendo o tema foi declarada como repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 842.846/SC³⁸ de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 27 de fevereiro de 2019 em que se consolidou entendimento fundado na responsabilidade objetiva do Estado

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

³⁵ Id. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113286.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

³⁶ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil dos notários e registradores e a Lei nº 13.286/2016*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/07/12/A-responsabilidade-civil-dos-notarios-e-registradores-e-a-Lei-n-132862016>>. Acesso em: 04 jun.2019.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 842846 SC. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4650160&numeroProcesso=842846&classeProcesso=RE&numeroTema=777>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

em responder pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros. Consagrou-se, ainda, o dever de regresso em face do delegatário nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.

Entretanto, pode-se afirmar que o julgado foi omissivo no que se refere a eventual demanda proposta pelo prejudicado diretamente em face do delegatário.

Por evidente que, ao particular, ainda que incumbido do ônus de demonstrar o liame subjetivo, ajuizar pretensão diretamente em face do causador do dano, propiciaria maior agilidade pelo fato de não submeter o recebimento de sua indenização por meio de precatório, mas sim por execução comum.

Merece, ainda, destaque a existência de outra repercussão geral, objeto do Recurso Extraordinário nº 1027633³⁹ de Relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, com data de julgamento prevista para 14 de agosto de 2019, em que se discute a possibilidade do particular, prejudicado pela atuação da Administração Pública propor pleito indenizatório diretamente em face do agente causador do dano.

No caso dos notários e registradores, considerando serem estes titulares de serventias extrajudiciais e não servidores públicos, mas particulares detentores de função pública delegada, não se vislumbra óbice para que sejam diretamente demandados, sem necessidade de se acionar o Estado.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil tem o objetivo precípuo de assegurar ao prejudicado a compensação pelo comportamento ilícito ou descumprimento obrigacional de outrem, com fins ao restabelecimento e/ou servindo de contraprestação por aquilo que teve violado.

A Constituição Federal de 1946 promoveu a busca pela reparação civil em face do Poder Público por atos comissivos ou omissivos de seus prepostos como garantia ao cidadão comum, de forma direta e objetiva, demonstrada a relação de causalidade entre a ação e o dano experimentado, prescindindo da comprovação de culpa. Atualmente doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto ao entendimento pela responsabilidade objetiva do Poder Público.

As atividades exercidas pelos notários e registradores representam serviço público de caráter essencial, com a finalidade de conferir a autenticidade, publicidade e, conseqüente fé

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1027633 SP*. Relator: Min. Min Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5136782>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

pública dos atos civis a eles submetidos, assim garantida a segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram estes juridicamente considerados como funcionários públicos, responsabilizados de forma subjetiva e regressiva pelo Estado quando o mau desempenho de suas funções acarretasse danos a terceiros.

Criada com o propósito de regulamentação das atividades notariais e registrais, desprivilegiando entendimento de que se tratem de funcionários públicos, mas particulares aprovados em concurso de provas e títulos para exercício de função pública em caráter privado, sob fiscalização do Poder Judiciário, inclusive dela aferindo lucro, a Lei nº 8.935/94, utilizando como base a Teoria do Risco Administrativo, a eles imputou a responsabilidade direta e objetiva, e não mais ao Estado.

Considerou o legislador que, enquanto agentes públicos na qualidade de particulares em colaboração com a Administração, deveriam ter regime próprio de responsabilização, e de forma independente do Estado. O ato de delegação, por si só, afastaria a responsabilização direta do ente delegante, respondendo de forma subsidiária, quando frustrado o intento em face do agente.

Acertado o intento de afastar do Estado o ônus da responsabilidade objetiva nesta hipótese. Os que exercem as atividades notariais e registrais, à título de delegação, porém com exploração econômica, gerência financeira e administrativa próprias, devem ter contra si o dever de indenizar, não podendo se utilizar do escudo estatal para proteção.

Diante das controvérsias iniciadas desde a edição da Lei nº 8.935/94, a alteração promovida pela Lei nº 13.286/16 representa o assento na discussão sobre a responsabilidade destes delegatários, estabelecendo o critério subjetivo, baseado na necessidade de comprovação de dolo ou culpa por ele próprio ou subordinados.

De certo, imputá-los, com base na Teoria do Risco Administrativo, à responsabilidade objetiva pode configurar penalidade extremada, ainda que assegurado o direito de regresso ao efetivo causador do dano. Por outro lado, o entendimento pela permanência da responsabilidade primária e objetiva do Estado por danos causados no desempenho das funções notariais e registrais, diante das considerações já expostas, desprivilegia o interesse público envolvido.

Medida mais justa, sob pena de evitar a socialização do ônus e privatização dos ônus, seria a possibilidade de demandar o prejudicado diretamente em face do delegatário, comprovados culpa ou dolo, assumindo o Estado o papel de responsável subsidiário.

Nesta linha de raciocínio, envolveria a proposta maior agilidade ao pleito indenizatório, prestigiando os postulados da economia e celeridade processual, uma vez que



não se submeteria este ao regime especial de precatório em caso de procedência.

Exceção se configuraria evidenciado o nexo de causalidade entre determinada conduta do Poder Público, como exemplo na falha de fiscalização das atividades dos delegatários, ou qualquer outra que tenha dado causa ou mesmo concorrido para o dano. Neste cenário, com base na Teoria do Risco Administrativo, assumiria o Estado o ônus do dever indenizatório em favor do prejudicado, assegurado o direito de regresso em face dos responsáveis nos casos de dolo ou culpa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.

_____. *Constituição do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.

_____. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.

ARRUDA, Jessica Pereira. *Princípio da Soberania do Interesse Público: a prerrogativa do exercício do poder de polícia administrativa*. Artigo Científico, 2014. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/principio-da-soberania-do-interesse-publico-a-prerrogativa-do-exercicio-do-poder-de-policia-administrativa/126241/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94)*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

FERREIRA, Ana Luíza Gonçalves. *Princípio da Supremacia do Interesse Público e Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público: Pilares do Regime Jurídico Administrativo*. Artigo Científico, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/principio-da-supremacia-do-interesse-publico-e-principio-da-indisponibilidade-do-interesse->>. Acesso em: 04 jun. 2019.

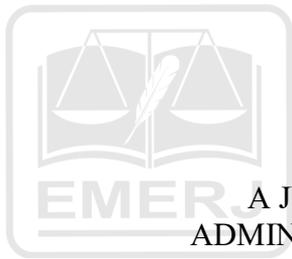
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Mauro Cesar. *Direito Notarial e Registros Públicos na perspectiva da advocacia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2018.

SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. Responsabilidade civil e penal dos notários e registradores. In: *Revista de Direito Imobiliário IRIB*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, julho-dezembro, 2002.

ROSENVOLD, Nelson. *A responsabilidade civil dos notários e registradores e a Lei nº 13.286/2016*. Rio de Janeiro. Disponível em: < [https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2016/07/12/A-responsabilidade-civil-dos-notários-e-registradores-e-a-Lei-n-132862016](https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2016/07/12/A-responsabilidade-civil-dos-notarios-e-registradores-e-a-Lei-n-132862016)>. Acesso em: 04 jun. 2019.



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CONCESSÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

Danielson Almeida do Amaral

Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá. Graduado em Serviço Social pelo Instituto Macapaense do Melhor Ensino Superior. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Meta. Servidor Público Federal.

Resumo – A redemocratização garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impulsionou mudanças na política da assistência social, que passou a integrar a seguridade social, em conjunto com a saúde e previdência social, constituindo-se em direitos sociais. A efetivação desse direito tem sido controversa, no que se refere, alcançar de forma indiscriminada todas as pessoas que se encontram nos parâmetros da real necessidade. A baixa efetividade na concessão de direitos sociais, em razão da negativa feita na esfera administrativa, tem provocado a intervenção judicial como estratégia de garantia, mediante a judicialização dos direitos sociais. O volume de judicialização se transformou num fenômeno, que tem despertado estudos e pesquisas, não apenas para ampliar a compreensão e discorrer sobre a legalização e princípios legais que são mobilizados em face da judicialização dos direitos sociais, mas também com o intuito de discutir soluções para a problemática da negativa à concessão de direitos e assim desafogar o Poder Judiciário desse grande volume de processos que tratam dos direitos sociais, já garantidos constitucionalmente. O fenômeno da judicialização de direitos sociais é, portanto, o objeto dessa pesquisa, tendo como foco específico o Benefício da Prestação Continuada (BPC). Para isso, inicialmente analisa-se o fenômeno da judicialização à efetivação das Políticas Públicas no Brasil, na sequência, faz-se uma abordagem sobre a política de assistência social e o BPC como benefício que integra essa política, e por fim, a judicialização do acesso ao BPC. As percepções e análises do pesquisador comporão as abordagens das considerações finais.

Palavras-chave – Direito Constitucional à assistência social. Benefício de Prestação Continuada. Judicialização da assistência social.

Sumário – Introdução. 1. O fenômeno da judicialização à efetivação das Políticas Públicas no Brasil. 2. A política de assistência social e o Benefício de Prestação Continuada. 3. A judicialização do acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito, através da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assegurou um conjunto de direitos sociais às pessoas. Foi nesse contexto que foi criado o Benefício de Prestação Continuada (BPC) para atender especificamente pessoas idosas a partir de 65 anos e pessoas com deficiências em situação de

vulnerabilidade social, para que em consonância ao que preconiza o Princípio da Igualdade, garanta de forma equitativa qualidade de vida às pessoas.

Todavia, ressalta-se que, a concessão e efetivação das políticas públicas de assistência social, por via administrativa, restringe-se aos parâmetros definidos na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que diverge em alguns aspectos da atual realidade social, em relação às condições de vulnerabilidade social e do novo perfil de idoso definido no Estatuto do Idoso. Dessa forma, o Instituto de Previdência Social (INSS) encontra-se amparado legalmente, a negar a concessão dos benefícios para as pessoas que requerem tal benefício e que não esteja enquadrado no perfil definido pela LOAS.

É para corrigir essa falha na LOAS que o Poder Judiciário tem sido pontual em assegurar a concessão do BPC nos pedidos judicializados, protagonizando uma nova realidade nas garantias dos direitos sociais, que, em tese, seria uma atribuição do Poder Legislativo e Executivo. E mesmo considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ter garantido a ampliação dos mecanismos de proteção sociais ao Judiciário, o fenômeno de judicialização das políticas públicas tem chamado atenção, despertando interesse por investigações e pesquisas diretas sobre a temática, que é o foco do presente estudo.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa é analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas, focando para a assistência social e o papel do judiciário frente à Concessão do BPC, garantindo o acesso a um direito social que tem sido negado esbarrando no Princípio da Legalidade, tendo em vista, o impeditivo idade e parâmetros da vulnerabilidade social ainda não atualizado na LOAS, tornando-se necessário recorrer aos processos judiciais.

Para atender aos objetivos propostos, foram realizadas pesquisas bibliográficas, baseadas em autores, pesquisadores, teóricos e doutrinadores que abordam sobre as temáticas em estudo. Seguindo o caminho metodológico de leituras sistemáticas, fichamentos e elaboração das ideias, apresentadas no corpo do trabalho.

Para efeitos didáticos, o estudo apresenta-se em capítulos específicos: Para atender a proposta de estudo, a presente abordagem está organizada estruturalmente em 03 (três) capítulos: O primeiro capítulo aborda sobre o fenômeno da judicialização à efetivação das políticas públicas no Brasil, o qual aponta para o índice elevado de processos judiciais para garantir o BPC aos idosos com menos de 65 anos e às pessoas com deficiência, que ficam excluídos pela análise do INSS.

O segundo capítulo abordará sobre a Política de Assistência Social e o Benefício de Prestação Continuada fazendo referência ao contexto social que referendou a implementação da referida política e regulamentou o BPC, buscando apresentar um resgate histórico do

processo evolutivo que possibilitou a conquista específica para a assistência social, enquanto política pública. Embora, alguns elementos precisem ser revisados atualmente, visando adequar às atuais demandas sociais.

No terceiro capítulo volta-se para a judicialização do acesso ao Benefício da Prestação Continuada, como recorte dos diferentes benefícios sociais que precisam da intervenção do Poder Judiciário para sua concessão. Aponta-se as falhas detectadas na letra das leis que concedem tal benefício, e que com isso provocam interpretações dúbias e limitação na concessão dos benefícios. A partir dessa identificação, discute-se sobre as possíveis alternativas de correção, as quais requerem uma atuação mais efetiva do Poder Público em adequar as condições normativas do BPC, assegurando-o a quem de fato necessita.

Reserva-se um espaço para as considerações finais, apontando compreensões e análises da conjuntura em que ocorre a judicialização das políticas de atendimento ao idoso e à pessoa com deficiência, bem como, reforça-se a necessidade de medidas legais urgentes frente à citada problemática da não concessão do direito pelo impedimento legal imposto pela LOAS, evitando assim o volume de processos judiciais para uma condição de um direito social e reconhecido por outros instrumentos legais.

1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO À EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 é marcado pela ampliação dos direitos sociais, fazendo com que esta Carta Magna seja considerada a Constituição Cidadã. Dessa forma, a partir da promulgação da CRFB de 1988, tornou-se possível a implementação de um conjunto de políticas públicas no âmbito da seguridade social, contemplando a saúde, assistência social e previdência como forma de regulamentar e efetivar os direitos ora reconhecidos.

Todavia, observa-se que a concessão dos direitos sociais nem sempre é consolidado de forma ágil e pelos trâmites normais da esfera administrativa, através dos órgãos e entidades que detêm a tutela e a responsabilidade por tais políticas públicas sociais. Dessa forma, a única alternativa é a judicialização das políticas sociais, que tem se tornado um fenômeno em crescimento na sociedade atual.

Apesar de não ter surgido no Brasil e nem ser exclusivo da realidade local, a judicialização de políticas tem ganhado força na sociedade brasileira, por razões diversas, que

numa tentativa empírica de explicação, pode-se supor que a ampliação dos direitos sociais e o acesso às informações, e mais a negação de concessão dos direitos via esfera administrativa impulsionaram a recorrência ao Poder Judiciário, pela busca das garantias de seus direitos.

Segundo Cappelletti¹ a tendência do Poder Judiciário garantir os direitos sociais advém da necessidade de adequar o Direito às reais necessidades sociais, e para isso, precisaram modernizar e inventar novos Direitos e remédios, obrigações e defesas, interferindo diretamente no que sentido estrito do Direito, para torná-lo mais adequado às necessidades sociais, em correspondência aos princípios de equidade (*aequitas*) vagos e não escritos, e com isso, contribuir com a promoção a justiça social.

É bem verdade, que as políticas sociais e econômicas, correspondem às obrigatoriedades do legislativo e executivo², todavia, frente às discordâncias no atendimento às necessidades imediatas das pessoas, que são público-alvo dessas políticas, o papel do Poder Judiciário tem sido pontual para corrigir essa falha não apenas no entendimento, mas nas divergências das leis que se contrapõem em aspectos importantes limitando o acesso aos direitos sociais e às políticas públicas.

A observação do fenômeno da judicialização de forma tão expressiva em relação às políticas públicas sociais têm ampliado o debate no âmbito das Ciências Políticas, não apenas para explicar em dados quantitativos a problemática, mas especialmente para chamar a atenção para necessária adequação legal, de modo a reconfigurar e atualizar as legislações voltadas para as políticas sociais, e também para promover uma reflexão sobre a necessidade da criação de instrumentos que controle judicial, que atuem diretamente na efetivação da justiça social.

De acordo com Carvalho³, os estudos realizados pelos autores brasileiros sobre a temática judicialização de políticas, mostram que os aspectos práticos da realidade brasileira estão em consonância com a literatura internacional, que foca nos seguintes elementos: democracia; separação de poderes; direitos políticos; usos dos tribunais pelos grupos; uso de tribunais pelos partidos políticos e inefetividade das instituições. Reforça-se essa percepção com a seguinte exposição:

Quando observamos o caso brasileiro, parece-nos que todas essas condições estiveram presentes nos últimos anos, em maior ou menor medida, o que nos tornaria um importante exemplo de judicialização da política: a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. V. 1. Tradução e notas Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.18.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 643-544

³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004.

uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo, além de um modelo constitucional que delegou à Justiça a proteção de interesses em diversas áreas, refletindo até mesmo o alto grau de legitimidade do Judiciário e do Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação.⁴

Identificar os elementos que reforçaram a busca desenfreada pela intervenção do Poder Judiciário como alternativa viável para assegurar os direitos sociais negados inicialmente pelos órgãos administrativos é de suma importância, mas se faz necessário também compreender o cerne do problema, e visualizar as soluções pontuais, de forma que desafogue o judiciário de processos que podem ser resolvidos em trâmites administrativos, e mais relevante ainda, diminua o percurso percorrido pelo cidadão na busca do benefício a que tem direito, consolidando assim a garantia dos direitos sociais como uma conquista advinda do Estado Democrático Brasileiro, do contrário, a CRFB se transformará apenas em uma referência utópica e distante da realidade.

Nesse contexto que o Poder Judiciário, em alguns casos, corrige a ineficácia e inexatidão legislativa no que tange a subjetividade na concessão de direitos, tendo por base o entendimento de que negar tais benefícios sociais, é uma forma cruel de colocar a justiça na contramão dos princípios básicos constitucionais, dos quais, da Igualdade e da Dignidade da pessoa humana. E assim, para resguardar a democracia:

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.⁵

É importante analisar que os resultados positivos ou negativos aos processos judiciais voltados para a obtenção de direitos, advêm da interpretação particular do Juiz, que apesar de basear-se em vários instrumentos legais, mas a falta de objetividade de tais instrumentos, pode levar a prevalência de posições particulares de acordo com o entendimento do avaliador (no caso, o juiz). Assim, em algumas circunstâncias, mesmo diante da coletânea de proposições legais que definem direitos sociais, os pedidos podem ser negados, e a justiça ao invés de corrigir as desigualdades sociais, próprias do sistema capitalista, acaba sendo mais um instrumento de exclusão social.

⁴ ARANTES, Rogério Bastos. O Judiciário entre a justiça e a política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007. p. 107-108.

⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p.41.

É nesse sentido, que se defende a necessidade de readequação dos dispositivos legais e criação de instrumentos judiciais que sejam capazes de apresentar objetividade. É preciso que as leis que regulamentam direitos sociais estejam em consonância com a CRFB de 1988, assim como, são necessárias atualizações na letra das leis observando a dinamicidade da sociedade que na atualidade apresentam características não mais condizentes, por ora da criação.

Por essa razão, reforça-se a necessidade de revisão na letra da lei, para que haja ajustamento e direcionamento na concessão das garantias sociais, e que sejam executadas de fato como políticas públicas que são, atendendo indiscriminadamente a todos que realmente necessitam e se enquadram no perfil do atendimento, deixando de gerar frequentes e inúmeros processos individuais. Sobre a necessidade de efetivas medidas para resolver essa problemática com a qual o judiciário se depara.

Nessa linha de raciocínio e apontando a dicotomia entre a CRFB de 1988 e a realidade concreta, chama-se a atenção para a seguinte narrativa: chama a atenção:

De um lado, a previsão de direitos sociais na Constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como simples “lírica constitucional, ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. De outro lado, não é possível, [...] que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário.⁶

Dessa forma, o fenômeno da judicialização de políticas que ocorre de forma desenfreada impõe ao Juiz uma demanda processual que naturalmente seria sanada, se por exemplo, as vagas nas escolas fossem suficientes para atender a todas as pessoas, se os serviços de saúde fossem eficientes nos atendimentos, se a previdência social acolhesse de forma indiscriminada a quem já adquiriu esse direito, se os programas de assistências sociais fossem efetivos. É essa ineficácia que empurra o cidadão para recorrer ao Poder Judiciário com a solicitação simples e dolorosa de forçar o Poder Executivo a cumprir com seu papel de provedor e concessor de direitos.

Conforme o que foi analisado no decorrer dessa seção, o fenômeno da judicialização das políticas sociais é uma problemática preocupante, por apresentar-se em estado crescente, que deságua em várias outras situações problemas, tais como, demanda judicial aumentada, desvio do foco do exercício do Poder Judiciário e ampliação no processo de exclusão social.

⁶ SILVA, Naiane Louback da. *A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da assistência social*. Serviço Social e Sociedade, n. 111, jul.- set./2012. p.158.



Por isso requer atenção especial e preocupação por parte dos poderes representativos da sociedade, no sentido de criar mecanismos de resolução do problema, iniciando por revisões no ordenamento jurídico para não provocar entendimentos dúbios e assim tornar a concessão dos direitos sociais algo mais efetivo.

2. A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

A historicidade da Assistência Social no Brasil é marcada por um modelo filantrópico, resultado da benevolência de grupos isolados, com iniciativas particulares, que se dirigia aos pobres, doentes e miseráveis. Esse tipo de atendimento tanto deu origem as diversas nomenclaturas de atendimento observadas na história da assistência, como divulgou uma cultura de assistencialismo/ paternalista que gera dependência com baixas perspectivas de superação. Esse aspecto pode ser observado na citação a seguir:

Na história da humanidade, a assistência aparece inicialmente como prática de atenção aos pobres, aos doentes, aos miseráveis e aos necessitados, exercida, sobretudo, por grupos religiosos ou filantrópicos. Ela é antes de tudo, um dever de ajuda aos incapazes e destituídos, o que supõe uma concepção de pobreza enquanto algo normal e natural ou fatalidade da vida humana. Isto contribuiu para que, historicamente e durante muito tempo, o direito à Assistência Social fosse substituído por diferentes formas de dominação, marginalização e subalternização da população mais pobre.⁷

Observa-se que as primeiras iniciativas de assistência foram no âmbito da benemerência, filantropia e prática de caridade, realizada por iniciativa particulares, sob a influência religiosa, e em raros casos, com a presença governamental. Somente após longos anos/ décadas/ séculos que a assistência foi reconhecida como direito, e sendo assim, passou a compor a Política Pública, sob a responsabilidade do Estado.

Embora não haja consenso para uma única definição, as Políticas Públicas estão voltadas para apresentar soluções práticas para os problemas sociais que se acumulam e se avolumam, representando a perda na qualidade de vida, mediante aos processos históricos de exclusão social, que restringem o usufruo dos direitos básicos do cidadão. Sendo assim, as Políticas Públicas com base em alguns elementos que são: a presença de um problema público;

⁷ OLIVEIRA, Iris Maria de. *Assistência Social após LOAS em Natal*, a trajetória de uma política social entre o direito e a cultura do atraso. Programa de estudos pós-graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de SP - PUC/SP, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1556>. Acesso em: 17 de mai. 2019.



a busca pela resolução pacífica dos conflitos; o uso de procedimentos formais e informais para atuar nas problemáticas; e articulação e estratégias, visa atuar de forma positiva para garantir meios e mecanismos de proteção social.⁸

Essa ideia de proteção social é amplamente absorvida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que insere a Assistência na Seguridade Social, a qual passa compor o tripé do qual fazem parte também a Saúde e Previdência Social. Isso significa que a Assistência Social se veste de uma nova roupagem, deixando de ser vista como um ato de caridade e benevolência, sendo reconhecida como uma condição de direito subjetivo público, para o exercício da prática de cidadania. Isso significa que pela primeira vez na história do Brasil, a Assistência Social é reconhecida como um Direito Social.

A importância da definição da Assistência Social como um direito subjetivo assenta-se na possibilidade de transformá-la em um dever jurídico do Estado, ou seja, o não cumprimento das normas que regulam a concessão de benefícios sociais, abre espaço para atuação dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, para exigir a garantia do acesso aos benefícios a que tem o cidadão tem direito.⁹

É nesse sentido que é pertinente afirmar que, a seguridade social, como uma Política Pública, representa extrema importância para diminuir o distanciamento entre as condições reais vivenciadas pelas pessoas e as condições ideais definidas na Carta Magna, e que representam os direitos sociais essenciais para as dignas condições de vida, nos quais se inserem a assistência social, que como política pública social volta-se para assegurar benefícios sociais. No âmbito da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reserva-se um título exclusivo para tratar da Seguridade Social, sob a denominação “Ordem Social”, que instrumentaliza a efetivação dos direitos sociais, como garantia de cidadania, condição eminente do exercício da democracia.¹⁰

Observa-se 02 (duas) vertentes assumidas pela Seguridade Social, uma voltada para oferecer cobertura aos trabalhadores que contribuíram com contrapartida dos seus rendimentos salariais e outra dar atenção e atender a todos os cidadãos que necessitam de atendimento mesmo sem haver contribuído. O direito à Assistência Social está contemplado por essa última

⁸ MOREIRA, Vinícius de Souza; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. *Indicadores de desempenho do Programa Minha Casa, Minha Vida: avaliação com base na satisfação dos beneficiários*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 20, n. 66, jul. 2015.

⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.25.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Diário Oficial da União, 05 out.1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 maio. 2019.

vertente que tem amplas finalidades, conforme dispõe o artigo 203 da CRFB de 1988, que se refere à assistência não contributiva e a que assegura os direitos do contribuinte.¹¹

No que se refere à seguridade social, 05 (cinco) anos após a promulgação da CRFB de 1988, através da Lei Orgânica de Assistência Social nº 8.742 de 1993 (LOAS), a Assistência Social é regulamentada, e através dessa Lei, cria-se critérios e normatização para a concessão dos benefícios sociais. Nos anos 2000, seguindo a lógica da legitimidade e legalidade da Assistência Social, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é instituído, com o objetivo de favorecer acesso simplificado aos direitos sociais, direcionados às pessoas que se enquadram no perfil e atendem critérios para obtenção dos benefícios sociais.

É no 1º artigo da LOAS que se define a Assistência Social é conceituada como direito do cidadão e dever do Estado, compondo a política de seguridade não contributiva, visando assegurar as condições sociais mínimas para o atendimento das necessidades básicas que garantam o usufruo de uma vida com dignidade¹², conforme a CRFB/1988 prevê.

Para esclarecer sobre os direitos sociais e diferenciá-los dos direitos individuais, aqueles se referem às garantias que propiciem adequadas condições de vida aos mais necessitados, de modo que promova a equidade e a igualdade social, frente às situações sociais desiguais, isso pode ocorrer através de diferenciados benefícios sociais, dos quais a transferência de recursos financeiros, conforme será abordado a posteriori. Enquanto que P.¹³

Para assegurar o Inciso V do Artigo 203 da CRFB de 1988, e no âmbito da Política da Assistência Social que o Benefício da Prestação Continuada (BPC) é regulamentado, com a finalidade de transferir ao idoso ou à pessoa com deficiência o benefício de 01 (um) salário mínimo mensal, sem 13º salário¹⁴, visando promover cidadania, através da melhoria na qualidade de vida, de modo que desfruem, no caso do idoso, uma velhice mais confortável; e no caso da pessoa com deficiência, uma vida com mais dignidade:

O BPC constitui-se como direito de cidadania no escopo da Seguridade Social brasileira, conferindo segurança de renda a segmentos populacionais sem meios próprios para prover sua manutenção. O benefício se destina a pessoas idosas e a pessoas com deficiência em face de vulnerabilidades decorrentes da velhice e da deficiência agravadas pela insuficiência de renda. Alcança pessoas que, por diversas circunstâncias do contexto da vida social, não conseguem ou não conseguiram participar do mundo do trabalho ou não tiveram a chance de suas atividades estarem

¹¹ Idem.

¹² BRASIL. *Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 1993.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., SP: Malheiros, 2005. p. 409.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 72.

¹⁵ BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA e SILVA, Maria Ozanira da. *O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados*. Ser Social, Brasília, n.12, jun. 2003.

sob a guarda de sistemas de previdência social e, conseqüentemente não dispõem de meios próprios para o seu sustento.¹⁵

Pelos critérios estabelecidos pelo BPC, o benefício é concedido ao idoso a partir de 65 anos, que não disponha de condições econômicas suficientes para garantir seu sustento e nem sua família tem como provê-lo; está incluído também no benefício a pessoa com deficiência que se encontre em condição de vulnerabilidade social, ou seja, que esteja inserido numa família com renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.¹⁶

Para a elegibilidade ao BPC, analisam-se os integrantes do núcleo familiar do requerente, que moram sob o mesmo teto, para fazer a composição da renda, de modo que indique a real necessidade do idoso, e no que se refere à deficiência, além da situação econômica, é objeto de análise a condição incapacitante da pessoa para o trabalho e para a sua autonomia.¹⁷

Embora a Política de Assistência Social esteja voltada para promover a equidade social, por via da inclusão da população idosa e com deficiência no programa federal que transfere recursos financeiros como complementação de renda e/ ou como única renda, através do Benefício da Prestação Continuada (BPC). Sua aplicabilidade ainda apresenta controvérsia, deixando inelegíveis grande parcela populacional tanto de idosos, como de pessoas com deficiência. Essa situação tem provocado grande quantitativo de processos judiciais que buscam acesso ao benefício, fenômeno que será analisado no próximo capítulo.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Como já mencionado anteriormente, quem tem a tutela sobre o BPC é o INSS, em todo país. Os critérios de pobreza do idoso e da pessoa com deficiência são analisados pelos técnicos do INSS, já a condição de deficiência declarada pela pessoa solicitante do BPC é realizada por peritos médicos das agências do INSS, em conjunto a uma perícia social feita por assistentes sociais.¹⁸ Essa análise pode gerar elegibilidade ao programa ou negativa.

¹⁵ LINS, Andrea Duarte, *et al.* *BPC 2015: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*. Abri, 2016. Doc. Eletrônico. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

¹⁶BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SANTOS, Wederson Rufino dos; DINIZ, Debora e PEREIRA, Natália. *Deficiência e Perícia Médica: os contornos do corpo*. Recis, v. 3, n. 2, jun. 2009.

Diante da inelegibilidade, há a possibilidade de recorrer junto ao próprio Instituto (INSS), o direito de realizar nova perícia, visando obter o parecer de outros profissionais. A persistência da negativa, abre a possibilidade de direcionar novo pedido, mas dessa feita na esfera Judicial.¹⁹ Sob o amparo do devido Processo Legal, as negativas têm sido em grande escala, especialmente, quando não há clareza quanto à deficiência e a idade do idoso ainda não atingiu 65 (sessenta e cinco) anos, somando-se, ainda, aos critérios de pobreza.

A frequência alta de negativas faz com que o Benefício de Prestação Continuada (BPC) torne-se objeto de judicialização, visto que, os critérios limitantes que definem a concessão do referido direito, excluem grande parte da parcela populacional que dele necessita. O cerne do problema que ocasiona a restrição está nas seguintes vertentes: idade do idoso, inadequada definição de deficiência e situação de vulnerabilidade social advinda do fator econômico (1/4 do salário mínimo). Questões essas que geram divergência de entendimento, recaindo no aumento de contingente de processos judiciais. São essas questões que serão abordadas nesse capítulo.

No que se refere à questão da deficiência, a LOAS no seu artigo 20 estabelece que concessão do BPC à pessoa com deficiência, deve seguir ao critério da total incapacidade para exercer atividades profissionais e que essa pessoa não disponha de autonomia para ter uma vida independente. A comprovação da condição incapacitante deve ser comprovada por uma perícia médica realizada por uma equipe de peritos do INSS, que é o gestor do benefício.²⁰

A disposição legal atualizada que assegura o BPC, encontra-se na Lei nº 12.470/2011, que no seu artigo 20, define critérios para elegibilidade ao benefício. Com relação à pessoa com deficiência, além da avaliação que leva ao reconhecimento da condição, inclui-se a renda familiar, que não pode ser superior a 1/4 do salário mínimo. Outros requisitos são contemplados, dos quais tempo de incapacidade do requerente.²¹

Como critério de impedimento de longo prazo, a lei considera o período mínimo de dois anos. Em caso, de um tempo inferior a esse prazo estabelecido pela legislação, o benefício não é concedido. Todavia, essa é uma avaliação subjetiva, e que pode apresentar elementos

¹⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Benefício Prestação Continuada*. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

²⁰ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SQUINCA, Flávia. *Estudo do Programa Brasileiro de Transferência de Rendas para a População com Deficiência e Suas Famílias: uma análise do Benefício de Prestação Continuada*. Texto para discussão nº. 1184, IPEA: Brasília, 2006.

²¹ Brasil. *Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011*. Altera os artigos. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente à família de baixa renda. Diário Oficial da União 2011; 01 set.

controversos, impossibilitando acesso a quem, de fato, necessita. Uma vez que é frágil a interpretação de que as condições limitantes advindas da condição de deficiência, sejam superadas em determinado tempo, podendo ou não acontecer, de fato.

Por outro lado, o conceito de deficiência adotado pela legislação relaciona essa condição às limitações das habilidades básicas para uma vida social autônoma. Todavia, não esclarece quais habilidades são reconhecidas como básicas/ essenciais. Essa inexactidão conceitual, abre a possibilidade de interpretações divergentes e/ou equivocadas pelos peritos, que acabam excluindo algumas pessoas que poderiam ser contempladas pelo benefício.²²

Sposati ao analisar a postura do INSS em limitar o conceito de deficiência no ato da concessão do BPC, às pessoas que apresentam características limitantes mais graves e definitivas, levanta a hipótese de que o fato a Previdência Social ao adotar o procedimento de preparar os médicos peritos para levar em consideração unicamente o aspecto laborativo da pessoa, restringe aspectos mais subjetivos da compreensão conceitual mais abrangente de deficiência, ignorando aspectos relevantes que definem inabilidade e limitações de uma vida autônoma, o que leva a várias pessoas serem avaliadas como inaptas para o benefício.²³

A divergência na compreensão conceitual da deficiência, que exclui pessoas do BPC, mediante a controvérsia nos procedimentos adotados pelo INSS, apresenta-se como um retrocesso à aplicabilidade do direito de seguridade social, garantido pela CRFB do 1988. A percepção na contradição entre o que preconiza a Constituição Federal e a compreensão do INSS em relação à deficiência, impulsiona, aqueles que tiveram o direito negado, judiciar o pedido ao BPC, avolumando-se a outros pedidos com as mesmas características.²⁴

Embora desde 2009, tenha sido implantado um novo modelo avaliativo para elegibilidade ao BPC, que se baseia na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde (OMS), classificação essa que amplia o conceito de deficiência, passando a considerá-la a partir das limitações nas funções ou nas estruturas do corpo, inserida num contexto pessoal e social, ou seja, a deficiência passou a ser conceituada como incapacidade que resultam da interação entre saúde, ambiente (sócio familiar) e participação na vida em sociedade. Na prática ainda há limitação no entendimento.

Outro aspecto que leva a inelegibilidade ao BPC é a idade do idoso. Segundo aos critérios da legislação (LOAS), a pessoa adquire o direito ao benefício a partir de 65 (sessenta

²² SPOSATI, Aldaiza. *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil*, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 1. Ed., 2004. p. 77.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

e cinco) anos e que se encontre em condição de vulnerabilidade social. Todavia, posterior a implementação da LOAS, foi instituído o Estatuto do Idoso, que considera pessoa idosa a partir de 60 (anos) de idade. Essa divergência na definição do perfil do idoso, recai na negativa do INSS aos pedidos de BPC para pessoas com idade inferior a 65 (sessenta e cinco) anos, o que leva a geração de processos judiciais, para a aquisição desse direito.

Com relação à vulnerabilidade social, há também uma divergência ao que se encontra definido na letra da lei, e à realidade atual da sociedade. De acordo com a LOAS, considera-se situação de extrema pobreza, as famílias com renda per capita de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Todavia, ao analisar as mudanças socioeconômicas ocorridas ao longo das últimas décadas, posteriores à implementação da LOAS, a equação que mede o grau de vulnerabilidade mudou. Na atualidade, uma família, com renda per capita de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, já pode ser considerada em condição de vulnerabilidade social. Essa divergência de entendimento também é objeto de judicialização do BPC.

Em ambos os casos, na medida em que, os pedidos do BPC são direcionados ao Poder Judiciário, cabe a ele, a responsabilidade de atuar diretamente sobre a vida das pessoas. Nesse caso, a concessão do benefício depende da forma como o Juiz interpreta cada situação. Bem verdade, que os parâmetros para essa decisão serão os aspectos preconizados na LOAS, que por ora, entende-se como limitados; e, as definições da CRFB de 1988, que se manifestam pelo caráter cidadão e humanitário. Todavia, a visão do Juiz é quem vai definir a concessão ou não do benefício.

Essa é uma situação problemática, considerando que as decisões dificilmente serão uniformes, tendo em vista, a inexistência de um padrão normativo claro e com as regras efetivamente definidas. O que reforça a defesa do posicionamento delineado desde o início das abordagens que, é necessária e urgente uma readequação da Lei Orgânica de Assistência Social, de modo que defina adequadamente o conceito de deficiência, orientando procedimentos avaliativos dos médicos peritos do INSS; reformule o perfil de vulnerabilidade social, compreendendo-se que $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita, na prática, já deixou de ser parâmetro para indicar a extrema pobreza; e por fim, reconheça a idade de 60 (sessenta) anos definida pelo Estatuto do Idoso como padrão para o direito à aposentadoria do idoso em condição de pobreza.

Todos esses fatores provocaram e intensificaram a abertura de processos judiciais em busca da garantia do direito ao BPC. Registros apontam que o primeiro litígio judicial ocorreu em novembro de 1993, através de um Mandado de Injunção nº 448/RS, antes mesmo da publicação da LOAS, ocorrida em dezembro do mesmo ano. A requisição deste ato voltava-se para a regulamentação do inciso V do artigo 203, da CRFB de 1988, que dispõe sobre a

transferência de recursos à população idosa e pessoa com deficiência, no perfil de vulnerabilidade social e econômica, conforme já mencionado anteriormente. O julgamento para esse Mandado ocorreu após a publicação da LOAS.²⁵

Um volume grande de processos foi ajuizado, posterior a esse, no âmbito da requisição de inserção ao BPC, incluindo as diferentes abordagens que restringem a concessão do benefício, seja de ordem conceitual referente à deficiência, idade e/ou condição de vulnerabilidade socioeconômica. Tais pedidos, apontam a necessidade de correção via judicial aos aspectos controversos presentes nas legislações vigentes, conforme se observa a seguir:

[...] três tendências principais de correção judicial: 1. Atuação judicial em razão de erro administrativo provocado no momento da execução do BPC nas agências do INSS, 2. O questionamento do conceito legal de deficiência do BPC, e, 3. O questionamento do critério de pobreza estabelecido na LOAS.²⁶

No âmbito conceitual, embora atualizações legais já terem incluído mudanças na compreensão da deficiência, ainda não foram capazes de contemplar todas as especificidades que compõem o conjunto amplo das ocorrências relacionadas à deficiência; assim como, as demais inconsistências legais, persistem em avolumar as incidências processuais mostrando a inabilidade do Estado em atender as demandas sociais, o que torna as Políticas Públicas com baixa efetividade.

CONCLUSÃO

A compreensão em torno do fenômeno da judicialização de direitos sociais está estritamente ligada ao entendimento sobre o caminho histórico pelo qual a Assistência Social brasileira percorreu, até se efetivar como direito. Foram séculos de uma postura eminentemente assistencialista e de benevolência, que ficou arraigada na cultura e no pensamento popular, o que dificulta o reconhecimento de uma assistência mais ampla como direito social, voltada para corrigir o distanciamento das camadas mais pobres do pleno exercício da cidadania e do usufruo de uma vida mais digna.

A dificuldade de reconhecer os direitos sociais que atendam aos mais necessitados e de garanti-los tem sido objeto de judicialização dos direitos sociais. Nesse sentido, o Poder Judiciário atua em defesa da cidadania, visando a consolidação dos direitos, frente a ineficácia dos Poderes Executivo e Legislativo em naturalmente garanti-los. Frente a isso, observa-se que

²⁵ PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, jan./abr. 2010.

²⁶ SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência e democracia: a interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação (Mestrado) — UnB, Brasília, 2009. p. 73.

em grande medida, a concessão dos direitos sociais em geral, e especificamente o BPC, advém da atuação do judiciário.

A ineficiência do Estado em dar cumprimento às garantias sociais, advém de diversos fatores, que a priori, relaciona-se aos recursos financeiros insuficientes para contemplar todos os que necessitam dos benefícios. Todavia, é pertinente pontuar, que a grande problemática ainda persiste na dificuldade de entendimento em relação à política de Assistência Social, embora amplamente definida nos dispositivos legais, ainda não convenceu e até mesmo envolveu os operadores dos benefícios.

As inconsistências legais, que se relacionam à idade do idoso, conceituação de deficiência e concepção de pobreza, que geram a problemática na inelegibilidade ao BPC, até atualidade não se constituíram em objeto de preocupação, a ponto de se promover as correções necessárias, e com isso, as negativas do pedido de benefício são frequentes, resultando no fenômeno crescente da judicialização do BPC.

Dessa forma, é bem verdade, que o Poder Judiciário tem atenuado a desigualdade social, mediante a concessão dos benefícios, em regiões em que o acesso à justiça é mais fácil. Todavia, não consegue contemplar a totalidade os pedidos, assim como, não está presente em regiões mais distantes, o que acaba também reforçando a desigualdade social, uma vez que, a camada populacional que não tem acesso à justiça ou que não dispõe de conhecimentos suficientes que lhes leve a judicializar seus pedidos de benefícios, deixam de ser contemplados.

Essa observação reforça a necessidade de uma revisão nas legislações, criando critérios claros e absolutos, de modo que, ninguém deixe de ser contemplado e fique sem receber o benefício, estando enquadrado no perfil da necessidade. É necessário a atualização na lei que concede o BPC, tornando uniforme a idade do idoso, de acordo com o Estatuto do Idoso; adotando uma definição que inclua todas as deficiências limitantes para uma vida autônoma; e que atualize, os critérios que definem a pobreza.

A necessidade da uniformização legislativa assenta-se no fato de que a assistência social, sendo política pública não pode ser seletiva e de alcance desigual. Essa condição que a mantém com postura discriminatória reforça as características de uma sociedade seletiva, elitista e desigual, condição que distancia a realidade social dos pressupostos que definem os princípios democráticos, amplamente difundidos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Observa-se que para o exercício pleno da cidadania se faz necessário a superação de vários aspectos da atual sociedade, que envolvem desigualdades sociais, regionais, dificuldades de acesso às informações, à justiça. As atuais condições reforçam a manutenção dessa



disparidade social, mediante a exclusão e limitações de oportunidades. As Políticas Públicas, em tese, seriam para corrigir essas condições, se não conseguem, demonstram a inabilidade do Poder Público. Nesse caso, é inegável que é preciso corrigir, e o caminho é, a readequação legal e a uniformização nas ações administrativas responsáveis pela concessão dos direitos, sem que seja necessária a intervenção da justiça.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a justiça e a política*. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. Sistema político brasileiro: uma introdução. São Paulo: Unesp, 2007.

BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA e SILVA, Maria Ozanira da. *O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados*. Ser Social, Brasília, n.12, jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 8.742, de 7 dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1993.

_____. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências*.

_____. *Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda*. Diário Oficial da União 2011; 01 set.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Benefício Prestação Continuada*. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. V. 1. Tradução e notas Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.18.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004.



LINS, Andrea Duarte, et al. *BPC 2015: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*. Abril, 2016. Doc. Eletrônico. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia. *Estudo do Programa Brasileiro de Transferência de Rendas para a População com Deficiência e Suas Famílias: uma análise do Benefício de Prestação Continuada*. Texto para discussão nº. 1184, IPEA: Brasília, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Vinícius de Souza; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. *Indicadores de desempenho do Programa Minha Casa, Minha Vida: avaliação com base na satisfação dos beneficiários*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 20, n. 66, jul . 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Iris Maria de. *Assistência Social após LOAS em Natal, a trajetória de uma política social entre o direito e a cultura do atraso*. Programa de estudos pós-graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de SP - PUC/SP, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1556>. Acesso em: 17 de maio de 2019.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, jan./abr. 2010.

SANTOS, Wederson Rufino dos; DINIZ, Débora e PEREIRA, Natália. *Deficiência e Perícia Médica: os contornos do corpo*. Reciis, v. 3, n. 2, jun. 2009.

SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência e democracia: a interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação (Mestrado). UnB, Brasília, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., SP: Malheiros, 2005.

SILVA, Naiane Louback da. *A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da assistência social*. Serviço Social e Sociedade, n. 111, jul.- set./2012.

SPOSATI, Aldaíza. *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 1. ed.,2004.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulo Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

A PERDA DA NACIONALIDADE COMO PERMISSÃO PARA A EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO

Débora Pereira Natario

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Advogada.

Resumo – A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em seu rol de direitos fundamentais, que nenhum brasileiro será extraditado (art. 5º, LI da CRFB/88), salvo exceções que apenas enquadram brasileiros naturalizados. Não há qualquer exceção relativa ao brasileiro nato. Da mesma forma, a Carta Magna enumerou hipóteses em que é possível a perda da nacionalidade brasileira, inclusive de brasileiro nato (art. 12, § 4º, II, da CRFB), o que é uma medida extremamente grave e excepcional. Pois, a perda da condição de brasileiro nato engloba a perda de inúmeros outros direitos, dos quais apenas os nacionais são titulares, como a vedação à extradição. Assim, a essência do trabalho é analisar como a perda da nacionalidade pode possibilitar a extradição de brasileiro nato.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Perda da Nacionalidade. Extradição.

Sumário – Introdução. 1. A perda da nacionalidade de brasileiro nato 2. A vedação constitucional à extradição de brasileiros natos 3. A perda da nacionalidade como permissão para extradição de brasileiro nato: uma sanção? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da perda da nacionalidade de brasileiro nato e as eventuais consequências dessa decisão. O enfoque será a análise de possível viés punitivista na decretação da perda da nacionalidade, ao permitir a supressão de garantias e direitos constitucionais que são exclusivos dos cidadãos nacionais. Dentre essas garantias, será estudada, em especial, a vedação à extradição de brasileiro nato.

A proteção do cidadão nacional está consagrada constitucionalmente e engloba uma grande rede de direitos fundamentais, dos quais a vedação à extradição de nacionais faz parte. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, em seu rol de direitos fundamentais, que nenhum brasileiro será extraditado (art. 5º, LI da CRFB/88), salvo exceções que apenas enquadram brasileiros naturalizados. Não há qualquer exceção relativa ao brasileiro nato.

Da mesma forma, a Carta Magna enumerou hipóteses em que é possível a perda da nacionalidade brasileira, inclusive de brasileiro nato (art. 12, § 4º, II, da CRFB). Uma medida extremamente grave e excepcional, visto que a perda da condição de brasileiro nato acarreta a perda de inúmeros direitos, que apenas os nacionais são titulares.

Há, ainda, o reconhecimento internacional de que o direito à nacionalidade, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é um direito humano fundamental. A ideia tradicional de soberania absoluta passa a ser rejeitada, sendo impostos certos limites à discricionariedade dos Estados na regulamentação da nacionalidade, em nome da proteção integral dos direitos humanos. Tanto é assim que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece, em seu artigo 20.3, que ninguém deve ser privado arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la. A CADH foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678 de 1992.

Nesse contexto de direitos garantidos internacionalmente e constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, no julgamento do Mandado de Segurança nº 33864/DF e do Processo de Extradicação nº 1462, que uma brasileira nata ao se naturalizar “voluntariamente” norte-americana teria perdido a nacionalidade brasileira e conseqüentemente poderia ser extraditada.

Desse modo, se faz necessário analisar criticamente todos os institutos que são abordados pela referida decisão da Corte Suprema Brasileira (aquisição, perda da nacionalidade e extradicação), no intuito de evidenciar que a perda da nacionalidade pode acabar se tornando uma sanção, suprimindo direitos fundamentais que são apenas garantidos aos nacionais na Carta Magna.

Para isso, o primeiro capítulo do trabalho irá estudar o instituto da perda da nacionalidade de brasileiro nato, analisando principalmente o procedimento que deve ser adotado nessa hipótese. Será discutido se a perda da nacionalidade de brasileiro nato pode ocorrer de forma automática, de modo que possa ser requerida de ofício pelo Ministro da Justiça; ou se é necessária a manifestação inequívoca da parte interessada a afirmar que opta pela nacionalidade estrangeira, em detrimento da brasileira.

O segundo capítulo irá tratar acerca do instituto da extradicação, sobretudo a proibição constitucional à extradicação de nacionais. Será examinado se a vedação à extradicação de brasileiro nato comporta alguma exceção e quais foram os motivos históricos relevantes que fizeram o Brasil adotar em seu ordenamento jurídico constitucional essa vedação como direito fundamental.

Por último, o terceiro capítulo será destinado a abordar a problemática da possibilidade da perda da nacionalidade adquirir caráter de punição, permitindo que direitos fundamentais que somente os nacionais são titulares sejam suprimidos, como a vedação à extradicação. Será analisada a perda da nacionalidade como instrumento de sanção à brasileiros

atos que não são mais “desejados” pelo Brasil, sendo uma camuflagem da pena de banimento, vedada no ordenamento constitucional (art. 5º, XLVII, d, da CRFB).

Com relação as técnicas metodológicas, o método dialético se mostrou o mais adequado para a produção do artigo científico em comento. Dessa forma, serão apresentadas as polêmicas e divergências sobre o tema, de modo que acrescente riqueza às novas discussões e que, ao final, seja evidente a adoção de um posicionamento de acordo com o ordenamento jurídico nacional e com a tutela dos direitos fundamentais.

A pesquisa será amparada por obras doutrinárias de autores atuais e utilizará como fonte a legislação pertinente e a jurisprudência mais relevante acerca do tema escolhido, sendo qualitativa a abordagem.

1. A PERDA DA NACIONALIDADE DE BRASILEIRO NATO

O direito à nacionalidade é um direito fundamental do homem, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ que estatui no seu artigo 15 que “todo ser humano tem direito a uma nacionalidade e que ninguém será arbitrariamente privado da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”. No âmbito dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)² possui a mesma disposição, em seu artigo 20. A CADH foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678 de 1992.

Apesar do reconhecimento internacional do direito à nacionalidade, que inclusive impõe limites a atuação do Estado, será o ordenamento jurídico interno de cada país, sobretudo o constitucional, que determinará quem são os seus nacionais (modos de aquisição de nacionalidade) e quais são os casos de perda da nacionalidade.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)³ de 1988 disciplina, no capítulo III, o instituto da nacionalidade. A perda da nacionalidade brasileira está regulada no parágrafo quarto do artigo 12 da CRFB⁴, que estabelece que:

Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

¹ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁴ Ibid.

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
- II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
 - a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
 - b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Desse modo, a doutrina, balizada aqui na figura do professor Guilherme Peña de Moraes⁵, faz distinção entre dois modos de perda da nacionalidade, a “perda-punição”, referida no inciso I do artigo supracitado, que tem como alvo apenas os brasileiros naturalizados e a “perda-mudança”, referida no inciso II do mesmo artigo, que pode atingir tanto os brasileiros natos como os brasileiros naturalizados.

O presente trabalho irá analisar mais detalhadamente a hipótese da “perda-mudança”, em especial, o seu procedimento, tendo em vista que é a única forma do brasileiro nato perder a sua nacionalidade.

A “perda-mudança” é aquela originada pela aquisição de outra nacionalidade por naturalização voluntária, que deve ser entendida como toda forma de aquisição de nacionalidade secundária dependente da vontade do interessado, segundo ensinamentos de José Afonso da Silva⁶.

Essa declaração de vontade deve ser feita de forma ativa e específica, ou seja, o interessado deve se manifestar inequivocamente no intuito de querer se tornar nacional (nacionalidade derivada) de outro país, o que não enquadra a concessão automática da nacionalidade por outro Estado, ensina Rezek⁷.

Entretanto, não basta que o brasileiro nato adquira outra nacionalidade de forma derivada e por manifestação livre de vontade para que perca a nacionalidade. Pois, para que ocorra a perda da nacionalidade é necessário um procedimento administrativo prévio, em que seja respeitado o contraditório e a ampla defesa, até porque o nacional tem o direito de demonstrar que se enquadra em uma das exceções enumeradas nas letras a e b do inciso II, parágrafo quarto do artigo 12 da CRFB, quais sejam, reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira e a imposição de naturalização pela norma estrangeira.

⁵MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 663.

⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 338.

⁷REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.



Nesse ponto é necessário abrir um parêntese, o Ministro Marco Aurélio⁸, muito coerente, apesar de minoritário, afirma que o direito à condição de brasileiro nato é indisponível. Acrescentando, ainda, que seria absurdo a perda dessa condição -que considera indisponível- estar submetida, em termos de eficácia, a uma legislação estrangeira, que reconhece ou não a nacionalidade adquirida como originária ou derivada, o enquadrando ou não na exceção constante na alínea "a" do inciso II do § 4º do artigo 12 da CRFB.

Visto isso, o procedimento de perda da nacionalidade brasileira pode ser instaurado de ofício pelo Secretário Nacional de Justiça ou a requerimento da parte interessada, ou seja, pessoa que não deseja mais possuir a nacionalidade brasileira, de acordo com a Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça e Ministério da Segurança Pública nº 11 de 2018⁹.

É compreensível que o brasileiro que não queira mais ser detentor dessa condição tenha a possibilidade de requerer a perda da nacionalidade, até porque, como já mencionado, nenhum Estado pode arbitrariamente privar alguém de mudar a sua nacionalidade.

O problema ocorre na hipótese em que a perda da nacionalidade de brasileiro nato é requerida de ofício pelo Secretário Nacional de Justiça, sem que o brasileiro deseje efetivamente perder a nacionalidade brasileira.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já exarou o entendimento, no Mandado de Segurança nº 4.442/SP¹⁰, anterior a publicação da Constituição de 1988, quando o país ainda vivia na ditadura militar, que “preservar a nacionalidade originária, natural, é uma tradição do direito brasileiro”. O voto do ex-Ministro Candido Motta Filho, cita, ainda, a prestigiada doutrina de Pontes de Miranda¹¹ que diz que “aquele que se naturaliza estrangeiro perde a sua nacionalidade, desde que o queira” e que “o Brasil não deve inquirir da figura jurídica que o Estado estrangeiro deu à atribuição da nacionalidade. O que lhe importa é saber que o seu nacional prefere outra nacionalidade”.

Entretanto, o STF adotou outro posicionamento ao julgar o Mandado de Segurança nº 33864/DF¹², quando o país vive um regime democrático, estando em vigor a Constituição de 1988. Apesar de a decisão ter sido tomada por maioria, foi decidido que uma brasileira nata ao

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 33864/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11685796>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁹Idem. *Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça e Ministério da Segurança Pública nº 11 de 2018*. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=359682>>. Acesso em: 24 set 2018.

¹⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 4.442/SP*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82747>>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹¹MIRANDA apud Ibid.

¹²BRASIL. op. cit., nota 8.



adquirir a nacionalidade americana, por livre manifestação de vontade, teria perdido a nacionalidade brasileira, independente da vontade dela de querer permanecer brasileira.

Apesar de a Constituição Brasileira dar azo a essa interpretação, o entendimento de Pontes de Miranda e do Ministro Marco Aurélio parece ser o que mais se coaduna com o regime democrático, com os direitos e garantias constitucionais e com os fundamentos da República Federativa do Brasil, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Pois, a referida decisão de perda da nacionalidade acabou por permitir que uma pessoa que era brasileira nata fosse extraditada, tendo seus direitos restringidos, o que será estudado melhor nos próximos capítulos.

Desse modo, entendo que a melhor doutrina é a que afirma que o direito à nacionalidade, direito humano fundamental, só pode ser perdido por livre manifestação inequívoca de vontade da parte interessada a afirmar que opta pela nacionalidade estrangeira, em detrimento da nacionalidade originária, o que seria compatível com o direito que qualquer pessoa tem de mudar a sua nacionalidade. O que não dá permissão para que a nacionalidade originária seja perdida por imposição do Estado.

Por fim, é importante mencionar o instituto da reaquisição da nacionalidade, no qual a nacionalidade, que fora perdida pela aquisição voluntária de outra pelo requerente, pode ser recobrada por meio de decreto executivo, conforme versa o art. 76 da Lei nº 13.445/2017¹³. Nesse caso, segundo entendimento de José Afonso da Silva¹⁴, “se era brasileiro nato, voltará a ser brasileiro nato; se naturalizado, retomarà essa qualidade”.

2. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS NATOS

A extradição encontra a sua regulamentação na Lei de Migração¹⁵ (Lei nº 13.445/2017), sendo conceituada no artigo 81 da referida norma como “a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”.

¹³Idem, *Lei nº 13.445*, de 24 de maio de 2017. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁴SILVA, op. cit., p. 338.

¹⁵BRASIL. op. cit., nota 13.

Conforme ensina Rezek¹⁶, a extradição é um modelo de construção costumeira original e discricionária, que originariamente era utilizada como mecanismo próprio para a recuperação do dissidente político exilado, de modo a garantir a tranquilidade do sono do príncipe. Mas que com o tempo, sofreu modificação ampliativa para abranger, também, a rendição do criminoso comum refugiado no estrangeiro. Desse modo, a “extradição serve tão só ao regresso forçado, e à submissão à justiça ordinária, dos autores de crimes de direito comum, excluída toda perspectiva de turbação do asilo político”.

No ordenamento jurídico brasileiro cabe ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, realizar o juízo de delibação ou controle de legalidade extrínseca do pedido cooperacional de extradição, face ao teor do art. 102, I, g, da CRFB/88. Assim, o Poder Judiciário não possui competência para analisar a prova produzida ou analisar teses como excludente de ilicitude, segundo lição do Ministro Celso de Mello¹⁷, em seu voto como relator do processo de Extradição nº 669.

O controle de legalidade consiste em analisar se os pressupostos negativos para a concessão da extradição estão ausentes no caso concreto. Esses pressupostos estão elencados no artigo 82, da Lei de Migração¹⁸(Lei nº 13.445/2017), *in verbis*:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

- I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
- IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos;
- V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI - a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político ou de opinião;
- VIII - o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou
- IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.

Ademais, a própria Constituição Federal¹⁹ estabelece alguns limites para a concessão da extradição, determinando nos incisos LI e LII do seu artigo quinto que “nenhum

¹⁶REZEK, op. cit., p. 9.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Extradição nº 669*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1625470>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁸Idem, op. cit., nota 13.



brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” e que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

As referidas cláusulas de proteção foram criadas em razão da ideia de soberania nacional, de instabilidade política, do receio do exílio e do banimento de cidadãos e do dever estatal de proteção diplomática (assistência consular) que todo o Estado tem para com os seus nacionais, conforme elucida Vladimir Aras²⁰.

Importante frisar que a presente Constituição Brasileira foi elaborada logo após período ditatorial, quando era permitida e utilizada a pena de banimento, que consiste em expulsar o nacional do país pela prática de determinado crime e o exílio, que consiste no afastamento voluntário ou compulsório do local em que se habita. Medidas completamente autoritárias, abomináveis e características de regimes de exceção, mas que podem restar mascaradas na figura da extradição em épocas democráticas. Tendo em vista que, como já visto, a extradição é uma forma de cooperação internacional e que possui o ideal “nobre” de evitar a impunidade.

Para melhor elucidar a pena de banimento e demonstrar o seu caráter repugnante, sendo inclusive proibida expressamente na atual Constituição de 1988²¹ (art. 5º, XLVII, d) importante colacionar ao presente artigo científico o dispositivo constante no Ato Institucional nº 13²², que instituiu no regime ditatorial militar brasileiro a pena de banimento de natureza administrativa, *in verbis*:

Art. 1º – O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional.

Parágrafo único – Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos o processo ou a execução da pena a que, porventura, esteja respondendo ou condenado o banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação.

Art. 2º – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como os respectivos efeitos

¹⁹Idem, op. cit., nota 3.

²⁰ ARAS, Vladimir, *Estudos sobre extradição (5)*: por que o Brasil não extradita nacionais? Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2014/09/01/estudos-sobre-extradicao-5-por-que-o-brasil-nao-extradita-nacionais/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²²Idem. *Ato Institucional nº 13*, de 5 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Desse modo, de forma nobre, a atual Constituição Brasileira optou por impedir expressamente, no rol de seus direitos fundamentais, a pena de banimento do ordenamento jurídico brasileiro, assim como a possibilidade de uso desviado da extradição, fazendo constar, também expressamente e como direito fundamental a inextraditabilidade de nacionais.

Além disso, como bem pontua Rezek²³, “o Brasil se habilita, nos termos do art. 7º do Código Penal, a julgar crimes praticados por brasileiro no exterior. Assim, a recusa da extradição não importa impunidade: o acervo documental relativo ao crime permitirá que se instaure entre nós o processo”.

Tendo analisado os referenciais históricos que fizeram o Brasil adotar explicitamente a inextraditabilidade de nacionais em seu texto constitucional, importante mencionar doutrina jurídica mais moderna que acredita que não existem mais motivos para que essa vedação ainda persista na nova ordem internacional.

É pontuado, por Vladimir Aras²⁴, que em um Estado Constitucional Cooperativo, como o do Brasil, seria melhor que a concessão da extradição fosse analisada independentemente da origem da pessoa, tendo como foco os direitos humanos, inerentes a todas as pessoas, sem distinções, como a proteção à vida, integridade física e liberdade, consagrados no caput do art. 5º da Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos. Para ele, “não há motivo para diferenciá-los uns (brasileiros) dos outros (estrangeiros), quando estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa humana submetida a um processo penal.”

Não há dúvidas que o instituto da extradição deve ser analisado em consonância com os direitos humanos, inclusive em recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Wong Ho Wing vs. Peru*²⁵, restou estabelecido que os Estado Americanos não devem cooperar caso o extraditando possa ser submetido a pena de morte, a tortura, ou tratamento cruel, desumano e degradante.

Entretanto, a opção da Carta Magna democrática brasileira em oferecer uma maior proteção aos seus nacionais no que tange a proibição de serem extraditados é totalmente

²³ REZEK, op. cit., 2018, p. 154.

²⁴ ARAS, op. cit., nota 19.

²⁵ COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_297_esp.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.



compreensível, visto o histórico brasileiro de instabilidade e regimes ditatoriais, devendo ser respeitada.

Assim, a vedação constitucional à extradição de brasileiros natos possui status de direito fundamental, conferido apenas aos nacionais e que não comporta exceções.

3. A PERDA DA NACIONALIDADE COMO PERMISSÃO PARA EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO: UMA SANÇÃO?

O ordenamento jurídico brasileiro é pautado na não distinção entre brasileiros natos e naturalizados, em respeito ao princípio da isonomia, tendo como fundamento maior o artigo 12, § 2º da Constituição Federal²⁶, ao afirmar que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.”

Portanto, somente a própria Constituição brasileira poderá estabelecer eventuais distinções entre brasileiros natos e naturalizados, sendo vedada a criação de outras hipóteses através de lei. Atualmente, a Constituição Federal²⁷ elenca quatro distinções entre brasileiros natos e naturalizados, a saber: a ocupação de cargos (art. 12, § 3º); participação no Conselho da República (art. 89, VII); propriedade de empresa jornalística e de radiofusão (art. 222); e extradição (art. 5º, LI).

O foco desse trabalho acadêmico é a última distinção, a qual veda a extradição de brasileiros natos, sem estabelecer exceções, ao passo que ao brasileiro naturalizado é permitida a extradição em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Essas poucas diferenciações entre brasileiros natos e naturalizados, em áreas estratégicas para o Brasil, visam garantir a soberania nacional, sendo necessário estudar mais detalhadamente este conceito nos próximos parágrafos.

A Soberania Nacional ganhou destaque durante o período da Revolução Francesa e teve como principal porta-voz as ideias de Jean-Jacques Rousseau, em seu famoso livro: *Do Contrato Social*.

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 3.

²⁷ Ibid.

Rousseau²⁸ defendia que para garantir o bem-estar da vida em sociedade era necessário que o indivíduo abrisse mão da sua liberdade individual em função de uma liberdade coletiva, através de um contrato social. Ele defendia a criação de um Estado soberano, no qual a vontade coletiva seria o norteador das suas ações. Portanto, a primeira noção de Soberania Nacional pode ser melhor traduzida nessa passagem de seu livro:

Se o Estado ou a cidade só constitui uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, é necessária uma força universal e compulsória para mover e dispor cada uma das partes da maneira mais conveniente para o todo. Como a natureza dá para cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania.

Porém esse conceito de “soberania”, que está muito ligado à ideia de “poder absoluto do Estado”, mesmo que dirigido pela vontade do povo, precisou ser modificado no contexto atual de globalização. A soberania faz o Estado ser titular de certas competências, que não são ilimitadas, principalmente devido a existência de uma ordem jurídica internacional, mas nenhuma outra entidade as possui superiores, é o princípio da igualdade soberana de todos os Estados.

De acordo com os ensinamentos de Francisco Rezek²⁹:

A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, § 1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.

No cenário contemporâneo, a soberania fica na dependência do modo como cada governo decide se integrar à globalização. Torna-se uma construção política, associada a decisões, projetos, correlação de forças e tradições culturais. Muitos problemas atuais, como o caso dos refugiados, não podem ser enfrentados por Estados fechados em si ou intransigentemente determinados a agir por conta própria. É essencial a observância das normas

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Ridendo Catigat Mores, 2002, p. 42.

²⁹ REZEK, op. cit., 2018, p. 260.



internacionais, da ordem supranacional, mais ainda quando se quer garantir os direitos humanos.

A ênfase primordial do agir do Estado Soberano deve estar na pessoa humana, na tutela do direito dos homens. No limiar desse pensamento, pronuncia-se Norberto Bobbio³⁰:

Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado e não o contrário; que o Estado é feito pelo indivíduo e não o indivíduo pelo Estado; aliás, para citar o famoso artigo 2º da Declaração de 89, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem é ‘o objetivo de qualquer associação política’.

Desse modo, sobretudo sob a ótica da proteção dos direitos humanos, o Estado Brasileiro estabeleceu em sua Carta Magna a vedação à extradição de nacionais, visando a proteger os seus cidadãos de eventuais violações aos direitos humanos no Estado solicitante da extradição, zelando pelo dever de proteção diplomática que todo o Estado tem para com os seus nacionais, conforme apresentado no segundo capítulo do presente trabalho.

Assim, a perda da nacionalidade de brasileiro nato, medida extremamente grave e excepcional, visto que engloba a perda de direitos, dos quais apenas os nacionais são titulares, como a vedação à extradição, não pode ser banalizada, e muito menos utilizada como uma forma de punição à brasileiros natos que não são mais “desejados” pelo Brasil, não podendo em hipótese alguma a extradição servir como camuflagem para a pena de banimento.

O presente trabalho, como melhor analisado no primeiro capítulo, defende que o direito à nacionalidade só pode ser perdido por livre manifestação inequívoca de vontade da parte interessada, a afirmar que opta pela nacionalidade estrangeira em detrimento da nacionalidade originária, não sendo permitido que a nacionalidade originária seja perdida por imposição do Estado.

Dessa forma, seria evitado que brasileiros natos sofressem retaliações do próprio Estado brasileiro, motivadas seja por pressões externas ou até internas, de modo que a perda da nacionalidade fosse usada como sanção ao “ex-nacional”, que ao perder a sua condição de nacional passaria, também, a poder ser extraditado.

Destarte, na atual conjuntura brasileira, abriu-se um perigoso precedente para que a perda da nacionalidade funcione como punição ao antes brasileiro nato, visto que permite, como consequência, a perda de garantias constitucionais que antes lhe eram asseguradas.

³⁰ BOBBIO apud ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 28.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a possibilidade da perda da nacionalidade adquirir caráter de penalidade, ao suprimir direitos fundamentais que são apenas garantidos aos nacionais na Carta Magna, com enfoque no direito à não extradição.

Primeiramente, foi analisada a perda da nacionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, diferenciando a “perda-punição”, que apenas atinge os brasileiros naturalizados, nas hipóteses de cancelamento da naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; da “perda-mudança” que abrange também os brasileiros natos, na hipótese em que adquire outra nacionalidade.

Foi estudado mais detalhadamente o procedimento da “perda-mudança”, sendo certo que é a única forma do brasileiro nato perder a sua nacionalidade. Constatou-se que a legislação pátria permite que o procedimento de perda da nacionalidade brasileira seja instaurado de ofício pelo Secretário Nacional de Justiça ou a requerimento da parte interessada. Assim, percebeu-se que o conflito principal ocorre na hipótese em que a perda da nacionalidade de brasileiro nato é requerida de ofício pelo Secretário Nacional de Justiça, sem que o brasileiro deseje efetivamente perder a nacionalidade brasileira.

Destarte, foi defendido que, em que pese o ordenamento jurídico pátrio dar azo a outras interpretações, aquela que mais se coaduna com o regime democrático, com os direitos e garantias constitucionais e com os fundamentos da República Federativa do Brasil, sobretudo a dignidade da pessoa humana, seria a de que o direito à nacionalidade, direito humano fundamental, só pode ser perdido por livre manifestação inequívoca de vontade da parte interessada a afirmar que opta pela nacionalidade estrangeira, em detrimento da nacionalidade originária.

Portanto, somente seria possível a perda da nacionalidade originária por aquele que assim desejasse, em respeito ao direito que qualquer pessoa tem de mudar a sua nacionalidade. O que não pode ser concebível, à luz dos direitos fundamentais e da sistemática dos direitos humanos, é que a perda da nacionalidade originária ocorra por imposição do Estado.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a da vedação constitucional à extradição de brasileiros natos, foram estudadas as suas raízes históricas, compreendendo que foram criadas em razão da ideia de soberania nacional, de instabilidade política, do receio do exílio e do banimento de cidadãos e do dever estatal de proteção diplomática (assistência consular) que todo o Estado tem para com os seus nacionais.



Portanto, restou assentado que, apesar da doutrina mais moderna considerar que não há mais motivos para subsistência da vedação à extradição de nacionais na nova ordem global, a opção da Carta Magna democrática brasileira em oferecer uma maior proteção aos seus nacionais no que tange à proibição de serem extraditados é totalmente compreensível, visto o histórico brasileiro de instabilidade e regimes ditatoriais, devendo ser respeitada.

Por fim, foi abordada a possibilidade de a perda da nacionalidade assumir caráter punitivo, ao permitir que direitos fundamentais dos quais somente os nacionais são titulares sejam suprimidos, como a vedação à extradição.

Restou salientado que a perda da nacionalidade, não pode ser banalizada, e muito menos utilizada como uma forma de punição à brasileiros natos que não são mais “desejados” pelo Brasil, não podendo em hipótese alguma a extradição servir como camuflagem para a pena de banimento.

Dessa feita, o presente trabalho defende que deveria haver impedimentos para o Estado requerer de ofício a perda da nacionalidade originária, o que evitaria que brasileiros natos sofressem retaliações do próprio Estado brasileiro, motivadas seja por pressões externas ou até internas, de modo que a perda da nacionalidade fosse usada como sanção ao “ex-nacional”, que ao perder a sua condição de nacional passaria, também, a poder ser extraditado.

Por fim, restou consignado que o julgamento do Mandado de Segurança nº 33864/DF e do Processo de Extradição nº 1462 abriu perigoso precedente, ao permitir a extradição da brasileira Cláudia Sobral, sob o fundamento de que ao se naturalizar “voluntariamente” norte-americana teria perdido a nacionalidade brasileira. Tendo sido demonstrado que a tradição brasileira, inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, era a de preservar a nacionalidade originária.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir, *Estudos sobre extradição (5): por que o Brasil não extradita nacionais?*. Disponível em: < <https://vladimiraras.blog/2014/09/01/estudos-sobre-extradicao-5-por-que-o-brasil-nao-extradita-nacionais/>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. *Ato Institucional nº 13*, de 5 de setembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça e Ministério da Segurança Pública nº 11 de 2018*. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=359682>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 669*. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1625470>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 33864/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11685796>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 4.442/SP*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82747>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_297_esp.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

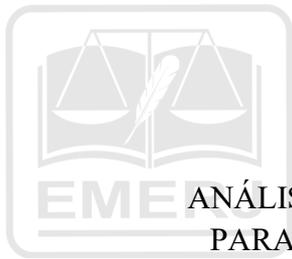
MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.



ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE FATURAMENTO/RECEITA BRUTA
PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS E OS REFLEXOS DO *LEADING*
CASE RE Nº 574.706/PR NO ISSQN

Diana Filizola Brandão Felipe

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – Após intensa discussão acerca do conceito de receita bruta/faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que o faturamento se restringe às receitas auferidas nas vendas de bens e serviços intrinsecamente ligadas ao objeto social do contribuinte. Assim, seja qual for a natureza da receita, a ela não podem ser integradas importâncias que não serão incorporadas ao patrimônio da pessoa jurídica. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, o STF entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. Diante disso, o objetivo do presente estudo é abordar os reflexos do *leading case* e defender, notadamente, a sua aplicação analógica também às teses de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Palavras-chave – Direito Tributário. ICMS. PIS/COFINS. Exclusão. Base de cálculo.

Sumário – Introdução. 1. O Conceito constitucional de faturamento/receita bruta para fins de incidência do PIS e da COFINS. 2. Impossibilidade de se considerar o ICMS como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS. 3. Reflexos do *leading case* RE nº 574.706 no ISSQN. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a composição da base de cálculo do PIS e da COFINS. O PIS (Programa de Integração Social) e a COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) são contribuições sociais previstas nos artigos 195, I, b e 239 da Constituição da República, e suas cobranças foram instituídas pelas Leis Complementares nº 07/1970 (PIS) e nº 70/1991 (COFINS), e tem por base de cálculo a totalidade das receitas ou faturamento da pessoa jurídica, de modo que tais contribuições possuem bastante peso dentre os tributos cobrados no país.

Desde a sua vigência, a COFINS provocou polêmica, começando pela indefinição legal do que de fato significaria o termo “faturamento” contida na regra constitucional, questionava-se se tal conceito acarretaria um bis in idem por incidir sobre a mesma base do

PIS. Ela foi criada para substituir o FINSOCIAL que, segundo o STF, tinha natureza de imposto residual.

Ainda no tocante à base de cálculo do PIS e da COFINS, outro questionamento ventilado foi acerca da possibilidade de inclusão ou não do ICMS na base impositiva das referidas contribuições. Até que, após inúmeras decisões contraditórias no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, decidiu, por maioria, que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), por entender que o tributo não compõe o faturamento ou a receita bruta das empresas.

Os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao custeio da seguridade social. Essa decisão causa um impacto enorme nos cofres públicos, pois gera a possibilidade de recuperação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS e COFINS dos últimos 5 anos. E justamente por conta do possível impacto nos cofres públicos, a União Federal opôs embargos de declaração, ainda pendente de julgamento, requerendo a modulação dos efeitos da decisão, para que o Supremo Tribunal defina o momento de aplicação da referida decisão.

Diversos contribuintes que até então não haviam ajuizado ação judicial, começaram a distribuir mandados de segurança a fim de obter decisão com respaldo no entendimento do STF. E aqueles contribuintes prestadores de serviços, sentindo-se amparados pelo *leading case*, começaram a ajuizar ações pleiteando que o mesmo entendimento seja aplicado ao ISS.

Dessa forma, o presente trabalho de pesquisa visa abordar o conceito constitucional de base de cálculo do PIS e da COFINS, adentrar nos vários questionamentos sobre a declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, abordando os reflexos do *leading case* aos demais tributos.

Com efeito, o interesse por esse tema partiu do intento de discutir a extensão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no paradigma aos demais tributos de natureza simular, como o Imposto sobre Serviços (ISS).

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito constitucional da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o entendimento emanado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 no sentido de que o ICMS não pode ser considerado como



receita ou faturamento, para fins de incidência do PIS e da COFINS, uma vez que não integra o patrimônio do contribuinte.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de se adotar o raciocínio do referido *leading case* para demais tributos, como o ISS.

Assim, o objetivo do artigo é analisar as questões jurídicas, acerca do conceito constitucional de base de cálculo do PIS e da COFINS, abordando o *leading case* que decidiu no sentido exclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, em debate desde 1990.

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. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RECEITA BRUTA/FATURAMENTO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS

Para melhor compreensão do assunto, é importante o esclarecimento acerca do conceito de faturamento/receita bruta que, por muito tempo, foi um desafio para o contribuinte, pois objeto de intensa discussão nos julgados do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

A Constituição da República¹, originalmente, previa como uma das fontes de custeio para a seguridade social, o faturamento. A COFINS foi criada pela LC 70/91², que em seu art. 2º conceituava faturamento como a “receita bruta das vendas de mercadorias, mercados e serviços e serviços de qualquer natureza”.

Os contribuintes, então, passaram a alegar que faturamento englobava só venda a prazo (com fatura). A matéria foi submetida à Suprema Corte, na primeira Ação Declaratória

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²Id. *Lei Complementar nº 70*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

de Constitucionalidade nº 1-1/DF³, na qual se reconheceu a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º, 9º e 13 da Lei Complementar nº 70/91⁴, que instituiu a COFINS, ou seja, o Supremo Tribunal entendeu que faturamento para fins fiscais era exatamente aquilo descrito no art. 2º da referida lei.

Portanto, a fonte de custeio “faturamento” significa que a contribuição será calculada sobre o fruto das vendas de bens e serviços no estrito cumprimento do objeto social, valores estes que devem ingressar no patrimônio do contribuinte, agregando-lhe riqueza nova.

Assim, consolidado o conceito constitucional de faturamento, adveio a Lei nº 9.718/98⁵, que tentou ampliar este conceito para quaisquer receitas auferidas. Todavia, esta tentativa de alargamento da base de cálculo das contribuições em comento foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal que, novamente, preconizou o conceito restrito de faturamento (RE nº 357.950-9/RS⁶).

Sobreveio, então, a EC nº 20/98⁷, que modificou a redação do art. 195 da Constituição⁸, ampliando a competência da União em matéria de contribuições para a Seguridade Social, de modo a permitir-lhe tributar o faturamento e a receita. E, diante deste novo cenário constitucional, foram editadas as Leis nº 10.637/2002⁹, para o PIS, e 10.833/2003¹⁰, para a COFINS, que estabeleceram como base de cálculo das referidas contribuições às receitas auferidas pelas empresas.

Daí surge o questionamento: Qual o conceito de receitas auferidas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal havia declarado que estas não coincidem com o faturamento?

O acórdão proferido no RE nº 357.950/RS¹¹ responde essa questão, pois na oportunidade a Suprema Corte esclareceu que faturamento é uma espécie do gênero receita. A corte entendeu que enquanto o faturamento se limita ao produto agregado ao patrimônio do

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 01/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706771/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-1-df>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁴Id. op. cit., nota 2.

⁵Id. *Lei nº 9.718*, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718compilada.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

⁶Id. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 357.950/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re357950.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁷Id. *Emenda Constitucional nº 20*, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

⁸Id. op. cit., nota 1.

⁹Id. *Lei nº 10.637*, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10637.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁰Id. *Lei nº 10.833*, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.833.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹¹Id. op. cit., nota 6.

contribuinte e resultante das vendas de bens e mercadorias no cumprimento do objeto social, as receitas têm alcance mais amplo, abrangendo as denominadas receitas-meios (receitas financeiras, indenizações, etc.).

Assim, compreende-se que o limite que distingue o faturamento das receitas totais é que o primeiro é obtido no estrito cumprimento do objeto social (faturamento ou receita bruta) e as receitas totais incluem outras receitas, estranhas ao objeto social do contribuinte. Portanto, pode-se dizer que a EC nº 20/98¹² autorizou que as contribuições para o PIS e a COFINS incidissem sobre receitas decorrentes de outras atividades (como as receitas financeiras), mas não sobre outras parcelas (caso do ISS e do ICMS) estranhas ao conceito de faturamento ou de receitas próprias.

Sacha Calmon¹³ explica que para a conceituação de receita é essencial que haja o ingresso de importância que integre, como riqueza nova, o patrimônio do contribuinte, não se enquadrando aqui meras entradas que têm passagem provisória pela empresa que as recebe (inclusive em nome de terceiros).

Desse modo, seja qual for a natureza da receita, a ela não podem ser integradas importâncias que não serão incorporadas ao patrimônio da pessoa jurídica, como ocorre com o ISS e com o ICMS, cujos valores arrecadados consistem apenas em mero ingresso de caixa destinado necessariamente a repasse aos Municípios.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba¹⁴ busca na análise sobre a base de cálculo do ISS a definição de receitas:

O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Nem toda entrada é receita. Receita é entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que a recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas não pertencem à entidade que as recebe. Têm caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório, para saírem, com destinação certa, em breve lapso de tempo. (...) Tomar por base imponible o total da fatura é violar os princípios legais assinalados e violar os cânones regulamentares expressos, produzindo ato nulo, lançamento ineficaz.

Por isso mesmo, tanto o ISS como o ICMS não são faturamento e nem receita do contribuinte, não devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, seja sob a égide da

¹²BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O ICMS NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – ADC Nº 18*. Disponível em: <http://www.abdf.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=178>. Acesso em: 01 jun 2019.

¹⁴ATALIBA, Geraldo. A Nova Cofins: Primeiros Apontamentos. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 103, abril/2004, p. 7–16.

antiga redação do art. 195, I¹⁵ (faturamento), seja em face da nova redação dada ao referido dispositivo constitucional pela EC 20/98¹⁶ (receita).

Dessa forma, entende-se que, seja ao tempo da tributação do faturamento, seja após a ampliação válida da base de cálculo do PIS e da COFINS para todas as receitas, os recursos, para serem tributáveis, devem ingressar no patrimônio do contribuinte como riqueza nova e sem a imediata geração de outra obrigação. Por essa razão é que a parcela de tributos, a exemplo do ISS e do ICMS, não devem ser embutidos nos preços dos serviços/vendas realizadas pelo contribuinte, pois são valores que apenas circula no caixa das empresas, tendo como destinatário final os entes públicos detentores da competência tributária, conforme será amplamente demonstrado nos capítulos seguintes.

2. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR O ICMS COMO RECEITA OU FATURAMENTO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS – *LEADING CASE* RE Nº 574.706

O ICMS tem previsão constitucional (art. 155, II), é de competência dos Estados-membros e do DF, e incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. É imposto denominado “por dentro” porque o valor imputado ao contribuinte compõe a sua própria base de cálculo, como determina o inc. I, § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/1996¹⁷.

Acontece que, o contribuinte do ICMS acaba sendo também contribuinte da COFINS, porque ao realizar o fato gerador de circular mercadorias com intuito de lucro ou prestar serviços considerados fatos geradores do imposto, haverá a obtenção de vantagem lucrativa com o ingresso em seu patrimônio de receita bruta oriunda de tais prestações.

Diante disso, os contribuintes começaram a questionar se os valores que ingressam na contabilidade das empresas provenientes das vendas e prestações de serviços tributadas pelo ICMS deveriam ser considerados receita bruta ou faturamento a comporem a base de cálculo do PIS e da COFINS, ou se deveriam ser excluídos da base de cálculo, uma vez que tais valores são arrecadados e destinados ao Fisco Estadual.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶Id. op. cit., nota 7.

¹⁷Id. *Lei Complementar nº 87*, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

E como visto no capítulo anterior, para fins de caracterização da receita/faturamento deve haver o ingresso de importância que integre, como riqueza nova, o patrimônio do contribuinte, ou seja, não se enquadrando meras entradas que têm passagem provisória pela empresa que as recebe (inclusive em nome de terceiros).

Dessa forma, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS representa desvirtuamento do conceito de faturamento e/ou receita, a que alude o inciso I do artigo 195 da Constituição República¹⁸, haja vista que o ICMS é, na verdade, receita de competência do ente público e, portanto, não pode ser considerado faturamento das empresas.

Isso porque, segundo a lição de Roque Antonio Carrazza¹⁹ a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos destes tributos ‘faturam ICMS’. Não há dúvidas de que eles não fazem isto, pois o ICMS que circula pela contabilidade das empresas, ingressam caixa, mas não lhes pertencem, ou seja, não se incorporam a seus patrimônios, afinal são destinados aos cofres públicos estaduais ou distrital.

Aliomar Baleeiro²⁰ propõe a diferenciação entre ‘ingressos’ e ‘receitas’. Assim se manifestou o inolvidável jurista:

As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos estes ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de movimento de fundo, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionadas à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo Governo. ‘(...)’. ‘Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.

Portanto, há ingressos de dinheiro que são receitas, já que entram nos cofres públicos, a título definitivo. E há ingressos de dinheiro que neles apenas transitam, já que têm destinação predeterminada, nada acrescentando ao Erário. Logo, a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS traz como consequência que contribuintes passem a calcular as exações sobre receitas que não lhes pertencem, pois tais verbas serão repassadas ao Estado-membro ou ao Distrito Federal onde se deu a operação mercantil.

Nessa linha, compreende-se, portanto, que a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento, tampouco de receita, mas de simples ingresso de caixa, não podendo, em razão disso, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 530-542.

²⁰BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 126.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal encerrou por vez a discussão ao julgar, em 15/03/2017, em sede de repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 574.706, no qual assentou a seguinte tese: Tema 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"²¹.

Como bem salientado pelo STF no julgamento do *leading case* em análise, o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

No julgamento a suprema corte enfatizou que o recolhimento do ICMS na condição de substituto tributário importa na transferência integral às Fazendas Públicas estaduais, sem a necessidade de compensação e, por conseguinte, de identificação de saldo a pagar, pois não há recolhimentos posteriores pelos demais contribuintes substituídos. Assim, não faz sentido a norma excluir o ICMS transferido integralmente para os Estados-Membros da base de cálculo das mencionadas contribuições sociais, e não o fazer quando da transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade. Por isso mesmo, concluiu que o ICMS não pode ser considerado faturamento nem receita do contribuinte, não devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Portanto, conforme exaustivamente exposto e reconhecido pela jurisprudência supramencionada, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS representa desvirtuamento do conceito de faturamento e/ou receita, a que remete o inciso I do artigo 195 da Constituição República²², haja vista que o ICMS é, na verdade, receita pertencente ao ente público e, portanto, não pode ser considerado faturamento das empresas.

Vale dizer, a mesma sistemática também deve se aplicar aos valores recebidos em relação ao Imposto Sobre Serviços ("ISS"), cuja titularidade é do ente tributante (o Município) desde o nascimento da relação jurídico-tributária consubstanciada na prestação de serviços pelo sujeito passivo.

Em outras palavras, o ISS não constitui faturamento ou receita das empresas prestadoras de serviços, pois os valores recebidos nas operações realizadas com o consumidor

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 574.706*. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²²Id. op. cit., nota 1.

final referentes a tais tributos apenas transitam pelas contas dos prestadores de serviços, não aderindo definitivamente ao patrimônio do contribuinte, conforme será abordado no capítulo seguinte.

3. REFLEXOS DO *LEADING CASE* RE Nº 574.706 NO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (“ISSQN”)

Como visto no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 574.706²³ - afetado pela sistemática de recursos repetitivos, conforme art. 1.036 do Código de Processo Civil²⁴ - definiu que o ICMS não compõe o faturamento das empresas, tendo em vista que se trata de receita de competência do ente público, ou seja, é uma verba recolhida e imediatamente repassada ao tesouro, firmando a tese que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração contra a mencionada decisão, os quais, aqueles, ainda pendem de julgamento.

Do entendimento exarado pela Suprema Corte surgem alguns desdobramentos que têm sido discutidos no Judiciário brasileiro, dentre eles destaca-se a da possibilidade jurídica de exclusão do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) da base de cálculo do PIS e da COFINS.

O ISSQN é um tributo de competência municipal, está previsto no art. 156. III, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁵ e é regulado pela Lei Complementar nº 116/2003²⁶. De acordo com referida lei, o fato gerador do imposto é a prestação de um serviço. O autor Hugo de Brito Machado leciona que para a incidir o ISS é necessário que o serviço seja remunerado e constante na lista anexa da referida lei, que enumera os serviços de forma taxativa²⁷. Em se tratando de serviços prestados por empresas, a base de cálculo será o valor do preço do serviço, conforme artigo 7º da referida lei complementar. No tocante a

²³BRASIL. op. cit., nota 21.

²⁴Id. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²⁵Id. op. cit., nota 1.

²⁶Id. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2019.

²⁷MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 414.

alíquota, será variável em cada Município, devendo o legislador municipal respeitar as alíquotas mínimas de 2% (art. 88, do ADCT) e máxima de 5% (art. 8º, da LC n.º 116/2003)²⁸.

Considerando, pois, que o ISS, assim como o ICMS, está embutido no preço dos serviços praticados, passa-se a discutir acerca da aplicação do mesmo raciocínio adotado pelo STF no julgamento do RE n.º 574.706²⁹ para fundamentar a exclusão também do ISS das bases de cálculos do PIS e da COFINS, pois o ISS também não compõe a receita bruta do contribuinte.

A questão chegou ao STF por meio do RE n.º 592.616³⁰ o qual teve repercussão geral reconhecida, mas ainda pendente de julgamento, o recurso está sob relatoria do Ministro Celso De Mello, o mesmo que votou favoravelmente aos contribuintes no *leading case*, o que demonstra, de certa forma, que a tese possui grandes chances de também ter um desfecho positivo para os contribuintes brasileiros.

Ante a similitude da tese, o fundamento usado pelo STF para a exclusão do tributo estadual pode se utilizar também para a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que incidem sobre a produção ou circulação, além de possuírem idêntica base de cálculo, qual seja, a receita bruta.

Ademais, em ambos os tributos o cálculo do valor devido é realizado por meio da técnica conhecida como "cálculo por dentro" (art. 13, § 1º, I da Lei Complementar n.º 87/1996³¹), isto é, o valor do próprio imposto é acrescentado na sua base de cálculo, e consequentemente, a aferição do valor da operação econômica é obtida a partir da subtração do valor do imposto da base de cálculo.

Diante disso, entende-se que o melhor caminho para conferir segurança jurídica às relações tributárias, é a aplicação analógica da decisão do STF acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também à tese da exclusão do ISS da base de cálculo dos referidos tributos.

Dessa forma, a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS também representa patente desvirtuamento do conceito de faturamento e/ou receita, uma vez que, assim como o ICMS, se tratam de receitas de competência do ente público e, portanto, não podem ser considerados faturamento das empresas.

²⁸MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 564.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁰Id. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 592.616. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³¹Id. *Lei Kandir*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2019.

O presente artigo buscou analisar as questões jurídicas acerca do conceito constitucional de base de cálculo do PIS e da COFINS, abordando o *leading case* que decidiu no sentido exclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, em debate desde o início da década de 1990.

De acordo com a análise deste artigo se constatou como característica essencial para a conceituação de receita bruta o ingresso de importância que integre, como riqueza nova, o patrimônio do contribuinte, não se enquadrando nesse conceito as meras entradas que têm passagem provisória pela empresa que as recebe.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706 definiu que o ICMS não compõe o faturamento das empresas, tendo em vista que se trata de receita de competência do ente público, ou seja, é uma verba recolhida e imediatamente repassada ao tesouro, firmando a tese que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Diante disso, constatou, como problemática essencial, os reflexos do *leading case* a outros tributos e defender a aplicabilidade do mesmo entendimento no tocante ao Imposto sobre Serviços.

Entende que o ISS, assim como o ICMS, está embutido no preço dos serviços praticados, razão pela qual passou a discutir acerca da aplicação do mesmo raciocínio adotado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 para fundamentar a exclusão também do ISS das bases de cálculos do PIS e da COFINS.

Nesse sentido, ficou sedimentado no presente estudo, a similaridade entre a discussão quanto ao conceito de faturamento para fins de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, julgada no bojo do RE nº 574.706, e a tese de exclusão do Imposto sobre Serviços da base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o valor recolhido, apesar de ingressar na empresa, é imediatamente repassado para os cofres públicos, não compondo, portanto, a receita bruta da sociedade empresária.

Diante disso, é de se concluir pela aplicabilidade analógica da decisão do STF acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também à tese da exclusão do ISS da base de cálculo dos referidos tributos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, F. M., *Aspectos sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base da COFINS e do PIS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2017.

ATALIBA, Geraldo. ISS – Base Imponível. Estudos e Pareceres de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, 1º vol, nº 103, p. 7-16, abr. 2004.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Código Tributário Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. *Decreto Lei nº 2.397*, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2397.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Decreto Lei nº 1.940*, de 25 de maio de 1982. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/110831/decreto-lei-1940-82>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 20*, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 05 mar.2019.

_____. *Lei nº 12.546*, de 14 de dezembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.833*, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.833.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.718*, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718compilada.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 87*, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.



_____. *Lei Complementar nº 70*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.694.357*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.565*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.638.772*. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.624.297*. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.629.001*. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 01/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706771/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-1-df>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.616*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 574.706*. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 357.950*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re357950.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.038.329*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5163468>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

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

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O ICMS NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – ADC Nº 18*. Disponível em: <http://www.abdf.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=178>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RELVAS, Marcos. *Exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS: mais uma repercussão do entendimento firmado pelo Supremo no RE 574.706*. Disponível em: <<https://www.ibijus.com/blog/224-exclusao-do-iss-da-base-de-calculo-do-pis-cofins-mais-uma-repercussao-do-entendimento-firmado-pelo-supremo-no-re-574-706>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

REZENDE, Natália Soares. *Contribuições sociais: Pis e Cofins*. Disponível em: <<https://nataliasr.jusbrasil.com.br/artigos/183874937/contribuicoes-sociais-pis-e-cofins>>. Acesso em: 12 fev. 2019.



PENHORA DE QUOTAS POR DÍVIDA DE SÓCIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: PONDERAÇÕES ENTRE O *AFFECTIO SOCIETATIS* E OS OBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Felipe de Oliveira André

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Residente Jurídico da PGE/RJ. Advogado.

Resumo – a penhora de quotas da sociedade por dívida dos sócios desperta grandes controvérsias no âmbito do Direito Empresarial. De um lado, é certo que o credor tem direito à satisfação do seu crédito, o que interessa não só às partes envolvidas, mas também ao próprio Estado-Juiz, o qual deve garantir os meios necessários para efetivação do direito. De outro, há o interesse – igualmente legítimo – da sociedade, que pode ser prejudicada por uma eventual entrada de terceiro estranho no quadro social, em potencial prejuízo ao *affectio societatis*. Para além da divergência quanto à possibilidade da penhora, a dogmática jurídica também se mostrou oscilante em relação à sua amplitude e aos seus efeitos, sendo certo que tais questões foram objeto de diversas modificações legislativas ao longo do tempo. É nesse cenário que se insere o Código de Processo Civil de 2015, com a promessa de efetivar a segurança jurídica e de conciliar os interesses em conflito, por meio de minuciosa regulamentação do procedimento.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Processual Civil. Penhora de quotas. *Affectio societatis*. Preservação da empresa.

Sumário – Introdução. 1. Contextualização: questões teóricas afetas ao tema da penhora de quotas por dívida de sócio. 2. O regramento legal da penhora de quotas nos diplomas legislativos brasileiros. 3. O tratamento legal do Código de Processo Civil de 2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a regulamentação dispensada pelo Código de Processo Civil de 2015 à penhora de quotas das sociedades, tendo como base o *affectio societatis* e o objetivo do processo de execução, qual seja: a satisfação do direito do credor. Procura-se abordar de que forma esses institutos entram em conflito e analisar criticamente de que modo o novo diploma legal enfrentou o tema.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, há tempos, é no sentido da possibilidade da penhora de quotas por dívida de sócio, mas com diversas mitigações e restrições, tendo em vista a necessidade de proteção do *affectio societatis*. O Código de 2015, sensível à importância do assunto, e seguindo a orientação da Corte, regulamentou o aspecto procedimental do referido instituto.

Faz-se necessário, então, examinar a efetividade e o acerto da solução proposta pelo Novo Código, dentro do contexto de conflito de princípios que permeia o assunto. Nesse sentido,

serão abordadas questões de direito material e de direito processual do instituto, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com o intuito de melhor compreender as mudanças trazidas pelo Código de 2015 e de realizar uma análise crítica a respeito.

O tema tem nítida relevância em razão do grande impacto na atividade das sociedades, instrumento essencial para o empreendedorismo e para o desenvolvimento econômico brasileiro. A propósito, a regulamentação dada pelo Código de 2015 foi importante ao estabelecer regras claras sobre a aplicação do instituto no âmbito processual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho explorando os aspectos teóricos de direito material e direito processual necessários à compreensão do tema, tais como a natureza jurídica das quotas, a classificação de sociedades de pessoas e de capital, o *affectio societatis* e o objetivo do processo de execução.

Em seguida, abordam-se as diversas regulamentações legislativas da penhora de quotas, a fim de verificar como as diversas modificações culminaram na edição do Código de Processo Civil de 2015. Serão analisadas, também, as oscilações da jurisprudência pátria.

O terceiro capítulo trata da regulamentação do Código de Processo Civil de 2015. Examinar-se-á o procedimento encartado no novo diploma legal, investigando criticamente as novidades. Conforme se verá, a regulamentação em geral foi positiva, mas há problemas que devem ser enfrentados. Ao final, serão propostas soluções.

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 é de natureza qualitativa, porquanto baseada na bibliografia pertinente à temática em foco. O tema, por sua vez, é de natureza efervescente, na medida em que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, a penhora de quotas das sociedades por dívidas dos sócios ganhou ainda mais importância, sendo certo que a produção doutrinária existente, embora já seja relevante, ainda está longe de esgotar o assunto.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO: QUESTÕES TEÓRICAS AFETAS AO TEMA DA PENHORA DE QUOTAS POR DÍVIDA DE SÓCIO

Antes de tratar do histórico legislativo e da regulamentação do Código de Processo Civil de 2015, cabe, primeiro, apreciar institutos do Direito Empresarial e aspectos principiológicos do Direito Processual Civil que permeiam o tema da penhora de quotas, a fim de melhor entender a colisão de princípios que norteia o tema. A propósito, deve ser destacado, desde logo, que este artigo versa sobre a penhora de quotas por *dívidas particulares de sócio*, conforme nomenclatura utilizada por Alexandre Assumpção e Matheus Souza, no sentido de que a penhora é promovida por credor particular do sócio, e não por credor social.¹

As quotas são “as parcelas, ou as frações, as partes do capital social dividido entre os sócios. Revelam o resultado da divisão do capital”². O sócio, ao contribuir para o capital social, recebe em troca uma quota e adquire direitos e deveres perante a sociedade, tais como direito à participação nos lucros, o direito de voto e o dever de lealdade e cooperação, dentre outros. A partir dessa noção, entende Arnaldo Rizzardo³ que sua natureza jurídica é de “título de crédito sobre bem móvel, do qual emerge o exercício de direitos dos sócios, mas que advêm do contrato social. Mais propriamente, adquire a natureza de um direito creditício de natureza patrimonial”.

Fica claro, assim, que as quotas têm valor econômico, já que conferem ao seu titular um direito de crédito contra a sociedade, no sentido de que o sócio pode exigir dela, dentre outras coisas, a parte dos lucros que lhe cabe.⁴ Justamente por isso, é possível que a quota seja cedida a outrem, em caráter oneroso ou gratuito.⁵ Essa cessão pode, ainda, ser livre ou restrita, a depender do tipo societário e do contrato social.⁶

A possibilidade de a quota ser cedida a terceiro não-sócio guarda relação com uma

¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RAMALHO, Matheus Sousa. *Penhora de quotas por dívida particular de sócio: evolução histórico-legislativa e jurisprudencial*. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/download/1291/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 190.

³ *Ibidem*, p. 193.

⁴ A propósito, o art. 1.008 do Código Civil veda a chamada cláusula leonina, que exclui qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas. In: BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 371.

⁶ A título de exemplo, veja-se que, na sociedade do tipo simples, o art. 1.003 do Código Civil exige o consentimento dos demais sócios, sob pena de a cessão não ser eficaz a estes e à sociedade. Já na sociedade limitada, o art. 1.057 do mesmo diploma legal prevê que, diante da omissão do contrato social, a cessão a quem é sócio é livre, enquanto a cessão a terceiro não-sócio depende da não-oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

importante classificação do Direito Societário, que distingue entre as sociedades de pessoas e de capital. Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho⁷, essa classificação leva em conta “o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades subjetivas das pessoas”. O autor ensina que, nas sociedades de pessoas, são fundamentais as qualidades individuais dos sócios. Já nas sociedades de capitais, prepondera a contribuição material dos sócios para a sociedade, sem que as suas características pessoais tenham maior relevância. O doutrinador, então, conclui que:

Pois bem, nas sociedades em que prepondera o fator subjetivo, a cessão da participação societária depende da anuência dos demais sócios. Como os atributos individuais do adquirente dessa participação podem interferir na realização do objeto social, é justo e racional que o seu ingresso na sociedade fique condicionado à aceitação dos outros sócios, cujos interesses podem ser afetados. Já em relação às sociedades de capital, a regra é a inversa, ou seja, o sócio pode alienar sua participação societária a quem quer que seja, independentemente da anuência dos demais, porque as características pessoais do adquirente não atrapalham, não têm como atrapalhar o desenvolvimento do negócio social⁸.

Outro elemento que distingue as sociedades de pessoas e de capital, como aponta Marlon Tomazzete⁹, é o *affectio societatis*, entendido como a vontade dos sócios de cooperarem e de se manterem associados em prol de um fim comum. Numa sociedade de pessoas, que depende fundamentalmente das qualidades individuais dos sócios, o bom relacionamento entre estes é imprescindível para a continuidade da atividade societária. Já na sociedade de capital, que depende muito mais da contribuição material, esse elemento não tem a mesma importância.

Registre-se que o *affectio societatis* deve estar presente durante toda a existência da sociedade, sob pena de grave risco à continuidade da atividade econômica. Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça admite a exclusão do sócio responsável por abalar a confiança entre seus pares e por romper a harmonia entre eles.¹⁰

A classificação entre sociedades de pessoas e de capital é particularmente importante para o tema deste artigo.

Conforme visto, nas sociedades de pessoas, o ingresso de terceiro no quadro social pode prejudicar o vínculo entre os sócios e, conseqüentemente, o bom desempenho da atividade. Afinal, esse terceiro pode não ter as qualidades individuais essenciais para a consecução do

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 18. ed. V. 2: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 220.

¹⁰ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.129.222. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=16340563&tipo=51&nreg=200900512578&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110801&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 15 set. 2018. É preciso registrar, no entanto, que, para a exclusão de sócio, não basta a mera quebra de *affectio societatis*, sendo indispensável a comprovação dos atos que causaram a ruptura e que põem em risco a continuidade da atividade, conforme entendimento do STJ.

objeto social, sendo legítimo que os sócios estabeleçam mecanismos que restrinjam a sua entrada, a fim de preservar o *affectio societatis*.

Transportando essa ideia para a questão da penhora de quotas por dívida particular de sócio, vê-se que, na sociedade de pessoas, a adjudicação da quota pelo credor ou a arrematação por terceiro pode ser especialmente desastrosa para a sociedade. É que ele não tem nenhum vínculo com os sócios, de modo que seu ingresso poderia colocar em risco o bom relacionamento entre eles¹¹. Por isso, historicamente, o *affectio societatis* sempre despontou como um grande entrave à possibilidade de penhora de quotas da sociedade por dívida particular de sócio¹², consoante se exporá no próximo capítulo.

Nas sociedades de capital, por outro lado, o que interessa é a contribuição material do sócio. Logo, não têm tanta relevância as características subjetivas dos indivíduos, exigindo-se apenas que contribuam para o capital social da sociedade, a fim de que injetem recursos que serão utilizados na atividade econômica. Por isso, caso ocorra a adjudicação ou arrematação da quota, não haverá, ao menos em princípio, maior prejuízo para os negócios sociais.

Atento a essa distinção, o Superior Tribunal de Justiça, logo após a sua criação, consolidou importante entendimento sobre as limitações à penhora de quotas. O assunto será melhor explorado no capítulo seguinte, mas vale registrar, desde logo, que a Corte estabeleceu mecanismos de proteção da sociedade contra a penhora de quotas por dívida particular de sócio, sempre que o contrato social tiver cláusula limitando a cessão a terceiros. É que, nesse caso, há uma presunção de que se trata de sociedade de pessoas, devendo ser preservados os vínculos entre os sócios.

Para além desses temas de Direito Empresarial, é preciso destacar que também estão em jogo questões principiológicas do Direito Processual Civil. Como se sabe, o processo de execução tem como objetivo a satisfação do direito do exequente que, com lastro num título executivo, vai a juízo para obter do devedor a prestação a que faz jus. Sobre o assunto, Daniel Assumpção ensina que:

A execução chega ao seu fim normal quando é bem-sucedida, ou seja, quando o direito do exequente é satisfeito. (...) O processo de execução se desenvolve com um único objetivo: satisfazer o direito do exequente. Sendo esse o único objetivo da execução, a doutrina aponta para o princípio do desfecho único, considerando-se que a única forma de prestação que pode ser obtida em tal processo é a satisfação do direito do exequente, nunca do executado¹³.

¹¹ REICHELTE, Luis Alberto; MATTOS, Alexandra. *Penhora de quotas de sociedades personificadas e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/31695/22429>>. p. 224. Acesso em: 21 ago. 2018.

¹² ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 202.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Volume único. Salvador:

Em sentido semelhante, Luís Alberto Reichelt e Alexandra Mattos, em artigo sobre o tema, mencionam o art. 797 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual a execução se faz no interesse do credor, bem como o direito à tutela jurisdicional efetiva, devendo o processo alcançar seu fim¹⁴.

Pois bem. Com isso, é possível ver, com clareza, o conflito entre, de um lado, o *affectio societatis* e a necessidade de salvaguardar a empresa (princípio da preservação da empresa) e, de outro, o papel do processo de execução. Isso porque, penhorada a quota por dívida particular do sócio, a última solução, diante da impossibilidade de o devedor pagar o passivo, é que ela seja arrematada pelo credor ou adjudicada por terceiro em leilão¹⁵.

Nessa hipótese, caso se admita que o credor ou o terceiro arrematante adquira a condição de sócio, com todos direitos que daí advém, haverá grande chance de abalo no bom relacionamento entre os sócios, já que, como visto, um terceiro estranho entrará no seio da sociedade¹⁶. Por outro lado, o direito do credor é prestigiado, uma vez que, frustradas as demais tentativas de satisfação do crédito, poderá se tornar sócio, por meio de adjudicação, ou alienar a quota em leilão, recebendo o produto da operação.

Essa dificuldade, inerente ao tema, fez com que diversas soluções legislativas fossem adotadas ao longo da história para equilibrar o direito do credor e o direito da sociedade. Antes de se debruçar sobre a proposta do Código de Processo Civil, cumpre analisar esses antecedentes normativos.

2. O REGRAMENTO LEGAL DA PENHORA DE QUOTAS NOS DIPLOMAS LEGISLATIVOS BRASILEIROS

A problemática da penhora de quotas por dívidas particulares de sócios foi objeto de diferentes soluções legislativas ao longo da história brasileira.

Inicialmente, a tese predominante era no sentido da impenhorabilidade das quotas, com base no art. 292 do Código Comercial¹⁷, que permitia apenas a penhora dos fundos líquidos,

JusPodivm, 2017, p. 1064.

¹⁴ REICHELT; MATTOS, op. cit., p. 221/222.

¹⁵ Essa solução tem sempre cunho subsidiário, conforme se extrai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e das disposições do Código de Processo Civil. O assunto será melhor tratado nos capítulos seguintes.

¹⁶ REICHELT; MATTOS, op. cit., p. 224.

¹⁷ BRASIL. *Código Comercial*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019. Art. 292 O credor particular de um sócio só pode executar os fundos líquidos que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo este outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento (...).



entendidos como:

parte do patrimônio líquido da sociedade que restar após a satisfação dos credores sociais, valor apurado após a liquidação ordinária (pelos próprios sócios) ou judicial, ou ainda na hipótese de haveres em favor do credor, se a sociedade não estivesse em dissolução¹⁸.

Conforme ensinam Alexandre Assumpção e Matheus Souza, a doutrina da época distinguia os fundos líquidos (parte que cabe ao sócio após a liquidação) dos fundos sociais (patrimônio da sociedade)¹⁹. Entendia-se, então, que a quota integrava os fundos sociais, de titularidade da sociedade, de modo que, ao sócio, só caberia um direito de crédito. Ora, se a quota pertence à sociedade, e não ao sócio, não seria possível penhorá-la em razão de dívidas particulares dele.

Somado a isso, tem-se o caráter *intuitu personae* e o risco de rompimento do *affectio societatis*, argumentos que, como visto, eram tradicionalmente invocados para afastar a possibilidade de penhora de quotas por dívidas de credores particulares²⁰.

O advento do Código de 1939 reforçou esse entendimento, ao prever, em seu art. 942, XII²¹, a impenhorabilidade dos fundos sociais, ressalvando apenas os fundos líquidos do executado. Também os arts. 930, V, 931 e 943, II, do referido *Codex* caminhavam no mesmo sentido²².

Mencione-se entendimento divergente que admitia a penhora de quotas por dívidas particulares dos sócios, a depender do que dispusesse o contrato social²³. Caso o contrato previsse a livre alienação de quotas a terceiros, era de se concluir pela possibilidade da penhora. Caso, porém, exigisse-se a anuência dos demais sócios, a quota seria impenhorável. Isso porque, caso o contrato não restringisse a entrada de terceiros, entendia-se que o *affectio societatis* não era elemento essencial da sociedade, de modo que seria possível a penhora.

Essa corrente minoritária ganhou importância com o julgamento do RE 24.118/SP, em 1953, quando o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela possibilidade de penhora da

¹⁸ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 201.

¹⁹Ibidem, p. 201.

²⁰Ibidem, p. 202.

²¹BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019. Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados: XII – os fundos sociais, pelas dívidas particulares do sócio, não compreendendo a isenção os lucros líquidos verificados em balanço.

²²VEDANA, Alexandre Torres. Penhora ou liquidação de quotas? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 352/353, dez. 2009.

²³BETTI JUNIOR, Leonel (Co-autor). Penhora de quotas sociais em sociedades limitadas e o novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 133-134, nov./dez. 2017.

quota, desde que o contrato social não vedasse a sua cessão a terceiros²⁴. Dentre os argumentos invocados, destaca-se o advento do Decreto 3.708/1919, que regulamentou a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. A nova legislação se omitiu quanto à questão da penhora de quotas, bem como previu, em seu art. 18²⁵, a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônima, que permitia a penhora de ações por dívidas particulares de sócios²⁶. Com isso, ficaria afastado o art. 292 do Código Comercial²⁷.

Não obstante, a tese da impenhorabilidade permanecia majoritária, tendo em vista o art. 292 do Código Comercial e os arts. 930, V, 931, 943, II, e 942, XII, do Código de 1939, bem como o argumento do caráter *intuitu personae* e do risco de rompimento do *affectio societatis*.

A questão ganhou novos rumos com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. O novo diploma legal não reproduziu as restrições trazidas pelo Código de 1939, deixando de prever como impenhoráveis os fundos sociais²⁸.

Diante da omissão do Código de 1973, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 90.910/PR, julgado em 1980, pronunciou-se pela possibilidade de penhora de quotas por dívidas particulares dos sócios. Entendeu a Corte que, embora as quotas integrem o capital social, patrimônio da sociedade, elas conferem um direito de crédito ao sócio, compondo o patrimônio deste. Logo, tal direito deveria responder por dívidas de seus credores individuais²⁹. Quanto ao art. 292 do Código Comercial, o Ministro Relator Xavier de Albuquerque consignou que, a seu ver, a expressão “fundos líquidos” deveria ser entendida como “participação proporcional do sócio no patrimônio líquido da sociedade”³⁰, não havendo óbice para a penhora.

O Superior Tribunal de Justiça, alguns anos após o início das suas atividades, consolidou entendimento no sentido da ampla possibilidade de penhora de quota por dívida de sócio. No REsp nº 30.854³¹, julgado em 1994, de Relatoria do Ministro Sávio de Figueiredo, entendeu a Corte que (i) a limitação à entrada de terceiros na sociedade, prevista no contrato

²⁴ ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 206

²⁵ BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm>.

²⁶ Frise-se que ações não se confundem com quotas. No entanto, como havia previsão de aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas à sociedade limitada, a Corte entendeu que o tratamento da penhora de ações deveria ser aplicado às quotas.

²⁷ ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 206.

²⁸ Ibidem, p. 209.

²⁹ Ibidem.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 90910, Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184550>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 30.854. Relator: Ministro Sávio Figueiredo Teixeira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200334148&dt_publicacao=18-04-1994&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2018.

social, não pode ser oposta a terceiros, de modo que só a lei pode criar hipótese de impenhorabilidade, e que (ii) a quota é bem incorpóreo dotado de conteúdo econômico, pelo que pode ser penhorada, conforme art. 655, X, do Código de 1973, dentre outros fundamentos³².

A Corte, todavia, fez uma importante ressalva: se o contrato social tivesse cláusula restritiva quanto à cessão de quotas a terceiros, deveriam ser garantidos meios de defesa da sociedade, a fim de evitar a entrada do credor no quadro social, com base na analogia e na interpretação extensiva de dispositivos do Código de 1973³³. Assim, a sociedade poderia (i) remir a execução, na qualidade de terceira interessada, (ii) liquidar a quota, podendo reduzir o capital social, e (iii) remir o bem ou exercer, juntamente com os sócios, o direito de preferência à aquisição das quotas. Não se trata, frise-se, de impedir a penhora, mas sim de limitá-la, tutelando o direito da sociedade e dos demais sócios.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça deu maior importância à tutela do crédito e à necessidade de satisfazer o crédito do credor do que ao *affectio societatis* e ao princípio da preservação da empresa. Em relação a estes dois últimos, entendeu-se que a sociedade tinha meios para evitar a entrada do terceiro, o que seria suficiente para resguardá-la.

O Código Civil de 2002 tratou da temática da penhora de quotas em seu art. 1.026³⁴. Conforme a dicção do dispositivo, a penhora nas sociedades simples só pode recair sobre o direito do sócio aos lucros ou sobre o direito do sócio sobre o patrimônio social em caso de liquidação, autorizando-se que o credor requeira a liquidação no parágrafo único. Assim, o novo diploma legal, se por um lado permitiu expressamente que o credor se direcionasse às quotas, por outro limitava o seu direito, já que permitia apenas a penhora dos direitos patrimoniais dos sócios³⁵. No máximo, admitiu-se a liquidação da quota.

Vê-se, portanto, uma nítida preocupação com o resguardo do *affectio societatis*. De fato, o art. 1.026 do Código Civil de 2002 não prevê a entrada de terceiro estranho no quadro social – o que, como visto, poderia gerar uma séria de problemas às atividades da sociedade, especialmente nas sociedades do tipo simples, de cunho personalista.

O advento da Lei nº 11.382/06, que alterou o Código de Processo Civil de 1973 em diversos pontos, provocou nova reviravolta na questão da penhora de quotas: o art. 655, VI³⁶ do

³²ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 212/213.

³³Alexandre Assumpção e Matheus Sousa criticam tal solução, uma vez que a interpretação dada pela Corte teria extrapolado os limites hermenêuticos dos dispositivos. In: ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 213.

³⁴BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

³⁵REICHELDT; MATTOS, op. cit., p. 227.

³⁶BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impressao.htm>. Acesso em: 23 fev.2019.



referido Código previu expressamente a “penhora de quotas de sociedades empresárias”. Veja-se que o dispositivo faz referência apenas às sociedades empresárias, nada dizendo sobre as sociedades simples. Conforme entendimento doutrinário dominante, a omissão da Lei nº 11.382/06 não poderia significar uma espécie de “impenhorabilidade implícita”, porquanto as impenhorabilidades necessariamente devem vir explícitas na legislação³⁷. Plenamente possível, pois, a penhora de quotas de sociedades tanto simples quanto empresárias.

Assim, a Lei nº 11.382/06 reiterou a já pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se admitir a penhora de quotas das sociedades por dívidas particulares dos sócios. Ressalte-se, porém, que a Corte continuou a prever meios para evitar a entrada de terceiro estranho, tendo em vista a necessidade de proteger o *affectio societatis*.

A promulgação do Código de Processo Civil 2015 reascendeu a problemática da penhora de quotas, ao regulamentar, agora em capítulo próprio, o procedimento de penhora de quotas.

3. O TRATAMENTO LEGAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevantes inovações para o tema da penhora de quotas, ao regulamentar, em seu art. 861³⁸, o procedimento “da penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas”. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já previa meios para resguardar os interesses da sociedade, o novo diploma legal estabeleceu uma série de medidas que visam a evitar o leilão judicial das quotas, em atenção ao *affectio societatis* e ao princípio da preservação da empresa. Não por outro motivo, o § 2º veda a aplicação dessas medidas protetivas nas sociedades anônimas de capital aberto, já que se trata de sociedades de capital, em que o *affectio societatis*, como regra, não é relevante, consoante explicado no primeiro capítulo³⁹.

Nesse sentido, preveem o *caput* e o inciso I que, efetuada a penhora de quotas ou de ações de sócio em sociedade simples ou empresária, deve o juiz fixar prazo, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade apresente balanço especial, na forma da lei. É de se elogiar a redação do dispositivo, uma vez que previu a expressamente a penhora de sociedades simples, pondo fim à lacuna existente no art. 655, X, do CPC/73. O Código também foi feliz ao permitir,

³⁷Nesse sentido: VEDANA, op. cit., p. 364/365; ALVES; RAMALHO, op. cit., p. 217.

³⁸BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 fev.2019.

³⁹ REICHELDT; MATTOS, op. cit., p. 233.

no § 4º, a ampliação do referido prazo.

Uma vez apurado o valor da quota, a primeira providência é oferecê-la aos demais sócios, de acordo com o direito de preferência legal ou contratual, nos termos do inciso II do art. 861 do CPC/15.⁴⁰ Com isso, permite-se que um dos sócios adquira a quota, o que manteria o quadro social vigente, bem como evitaria a liquidação e a entrada de terceiro estranho. Se, porém, não houver interessados, o § 1º do mesmo dispositivo permite que a sociedade adquira suas próprias quotas, sem redução do capital social, a fim de mantê-las em tesouraria e, com isso, evitar a entrada de terceiros.⁴¹

Caso isso não seja possível, proceder-se-á à liquidação das quotas ou das ações, com depósito em juízo do valor apurado em dinheiro, consoante inciso III. A liquidação das quotas é problemática, uma vez que pode provocar a descapitalização da sociedade, mas, ainda assim, pode representar um mal menor para as sociedades de pessoas.

Por fim, se a liquidação for excessivamente onerosa, dispõe o § 5º que o juiz pode determinar o leilão judicial das quotas ou das ações. É de se criticar tal previsão, ainda que possua caráter subsidiário, só podendo ser adotada diante do fracasso das providências anteriores. Conforme antecipado, a entrada de terceiro arrematante na sociedade, adquirindo o status de sócio, seria extremamente temerária numa sociedade de pessoas, porquanto forçaria os sócios a conviverem com um desconhecido, o que possivelmente prejudicaria o bom-relacionamento entre eles, com impacto no exercício da atividade econômica desempenhada.

Relembre-se, a propósito, que a sociedade goza de importante função social, por meio da geração de empregos, da arrecadação de tributos e da contribuição ao desenvolvimento socioeconômico do país. Portanto, mais do que o interesse privado dos demais sócios, o que estão em jogo aqui são os interesses de toda a coletividade que gravita em torno da pessoa jurídica.⁴²

Dessa forma, numa análise de proporcionalidade, verifica-se que o § 5º do art. 861 do CPC/15 não se sustenta, uma vez que contempla solução excessivamente onerosa à

⁴⁰ Na visão de Luis Alberto Reichelt e Alexandra Mattos, tal providência pressuporia “a existência de cláusula contratual específica contemplando esse direito de preferência”. In: *Ibidem.*, p. 231.

⁴¹ Registre-se que há controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de a sociedade limitada adquirir suas próprias quotas, uma vez que o Código Civil de 2002 não repetiu a previsão do Decreto 3.708/19 e não mais contemplou tal possibilidade. Mas, com o advento do art. 861 do CPC/15 e seu § 1º, não há dúvidas de que, no caso da penhora de quotas, a sociedade pode adquirir suas próprias quotas. A discussão agora consiste em saber se tal dispositivo pode ser aplicado em qualquer caso, ou só na penhora de quotas. A propósito, veja-se: TOMAZETTE, op. cit., p. 374/375.

⁴² BRANCO, Gerson Luiz Carlos; DILL, Amanda Lemos. Penhora de quotas de sociedade limitada: limites e possibilidades interpretativas do art. 1.026 do CC/02 segundo o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 16, v. 64, p. 179/215, out.-dez., 2015.

sociedade e à coletividade que dela depende. Não se desconhece a importância do direito do credor, que tem direito de receber aquilo a que faz jus. Ocorre que, ponderando os interesses em jogo, o § 5º vulnera de maneira demasiada um dos direitos em conflito, razão pela qual não pode ser admitido. Perdeu o Novo Código a oportunidade de superar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de impedir, de uma vez por todas, a aquisição do status de sócio por parte do terceiro arrematante.

Como soluções alternativas, que melhor conciliem os interesses em jogo, Luis Alberto Reichelt e Alexandra Mattos propõem a utilização de medidas executivas atípicas (art. 139, IV, do CPC/15⁴³) e a realização de soluções negociadas (art. 190 do CPC/15⁴⁴). Veja-se:

[...] O citado art. 139, IV serve como indicativo de densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, assegurando às partes a possibilidade de que soluções criativas não contempladas pelo legislador possam ser utilizadas (...). De se pensar, nesse sentido, a título exemplificativo, na possibilidade de utilização, sob o pálio da fórmula ora cotejada, de fórmulas híbridas que permitam a conjugação de estratégias de liquidação de quotas, de aquisição de quotas pela sociedade e de aquisição de quotas pelos sócios com forma de gerar em favor do exequente as quantias de que é credor. Da mesma forma, a construção de outras soluções negociadas, construídas sob a perspectiva do art. 190 do CPC, também devem ser consideradas como alternativas preferíveis [...] ⁴⁵.

As referidas sugestões são bem-vindas, na medida em que permitem a realização do direito do credor de maneiras menos gravosas. Outra saída possível seria interpretar o § 5º do art. 861 do CPC/15 no sentido de que o terceiro poderá tão somente exercer os direitos patrimoniais que dela advém, vedado o exercício dos direitos pessoais (direito de voto, direito de deliberação, dentre outros). Certo é que, ao se aplicar o referido dispositivo, o adquirente não terá os mesmos direitos que os demais sócios, justamente como forma de preservar o *affectio societatis*.

Não obstante, a fim de não deixar quaisquer dúvidas quanto à impossibilidade de adjudicação e de leilão das quotas, o melhor seria revogar o § 5º do art. 861 do CPC/2015. É que, extirpando esse dispositivo do ordenamento, o legislador passaria uma clara mensagem à jurisprudência pátria, no sentido de que não mais seria possível que juízes e Tribunais determinassem a adjudicação ou leilão das quotas. Com isso, preserva-se o direito da sociedade, cuja importância para a coletividade e a economia é indiscutível. O direito do credor, por sua vez, será tutelado na medida em que promover os meios coercitivos cabíveis, vedada, porém, a arrematação ou adjudicação, na linha do exposto.

⁴³BRASIL; op. cit., nota 38.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵REICHELTL; MATTOS, op. cit., p. 234/235.

O advento do CPC/15, de forma geral, foi positivo na temática da penhora de quotas, uma vez que estabeleceu regras claras sobre o procedimento a ser seguido, prezando pela segurança jurídica, fundamental para o ambiente empresarial e a atividade econômica. Ademais, foram louváveis as tentativas instituídas pelo Novo Código de preservar a *affectio societatis*. No entanto, pecou o novo diploma legal ao dar margem para que o credor adjudicante ou o terceiro arrematante em leilão judicial adquira o status de sócio, de modo que se propõe a revogação do § 5º do art. 861 do CPC/2015.

CONCLUSÃO

Ao abordar a problemática da penhora de quotas por dívidas particulares dos sócios, foi possível perceber o quão controvertido é o tema. Entram em rota de colisão o direito do credor e o da sociedade, ambos legítimos e igualmente merecedores de tutela jurídica.

Em matéria jurisprudencial, após e vindas do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, pouco tempo após sua criação, pacificou-se no sentido de admitir a penhora e a posterior adjudicação ou arrematação da quota. Contribuíram para isso modificações legislativas e de pensamento jurídico, com base numa nova visão sobre a matéria. Interessante destacar, porém, que a Corte se preocupou em estabelecer meios de proteção dos interesses da sociedade, com limitações à entrada de terceiro adjudicante ou arrematante, a fim de resguardar o *affectio societatis*. Afinal, o interesse do credor deve ser ponderado com o da sociedade, não sendo possível sacrificar integralmente um em prol do outro

No plano legislativo, diversas foram as modificações empreendidas ao longo da história brasileira. Inicialmente, havia as vedações do Código Comercial e do Código de Processo Civil de 1939. Após, a omissão do Código de Processo Civil de 1973 que, em sua redação originária, não tratava explicitamente do tema. Posteriormente, o Código Civil de 2002 e a Lei nº 11.382/06 cuidaram de introduzir normas atinentes ao assunto.

Nesse cenário, sobreveio o Código de Processo Civil de 2015, que se preocupou em regulamentar, de forma inédita, o procedimento de penhora de quotas da sociedade. O novo diploma positivou, em larga medida, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, permitindo a penhora e a adjudicação ou arrematação, mas com restrições e mecanismos protetivos da sociedade. Trata-se, como visto, de iniciativa louvável, porquanto confere à questão segurança jurídica, essencial para os negócios empresariais.

Verificou-se, porém, que o novo *codex* andou mal ao dar margem à entrada de

terceiro estranho no quadro social, já que, numa sociedade de pessoas, forçar os sócios a conviverem com um desconhecido pode gerar grave abalo no *affectio societatis* e, conseqüentemente, nos negócios da sociedade. Relembre-se que o tema em questão é delicado, pois exige ponderação entre o interesse do credor e o da sociedade. Nesse sentido, tem-se que a aquisição do status de sócio por parte de terceiro estranho prestigia o primeiro à custa do segundo, sacrificando de forma excessiva o direito da sociedade.

Diante disso, propôs-se a revogação do § 5º do art. 861 do CPC/15, num verdadeiro recado do Poder Legislativo ao Poder Judiciário. Repita-se que a adjudicação ou arrematação da quota por terceiro, com a aquisição do status de sócio, numa sociedade de pessoas, é excessivamente onerosa a ela e, por isso mesmo, não deve ser admitida. Revogando o dispositivo, o legislador expressaria seu desejo de não mais admitir essas providências executivas, o que, certamente, traria impactos no entendimento da jurisprudência. Quanto ao direito do credor, ressalte-se que poderá se valer dos diversos meios coercitivos cabíveis. O que não se pode admitir é a satisfação do direito do exequente a qualquer custo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RAMALHO, Matheus Sousa. *Penhora de quotas por dívida particular de sócio: evolução histórico-legislativa e jurisprudencial*. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/download/1291/pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BETTI JUNIOR, Leonel (Co-autor). Penhora de quotas sociais em sociedades limitadas e o novo código de processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 127-155., nov./dez. 2017.

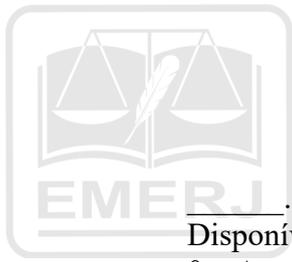
BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 fev.2019.

_____. *Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm>. Acesso em: 23 fev.2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 90910*. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184550>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 30.854*. Relator: Ministro Sávio Figueiredo Teixeira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200334148&dt_publicacao=18-04-1994&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 18. ed. V. 2: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2014.

DILL, Amanda Lemos (Co-autor). Penhora de quotas de sociedade limitada: limites e possibilidades interpretativas do art. 1.026 do CC/2002 segundo o novo código de processo civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 16, n. 64, out./dez. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2017.

REICHELT, Luis Alberto; MATTOS, Alexandra. *Penhora de quotas de sociedades personificadas e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/31695/22429>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 190.

TOMAZZETE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 7. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2017.

VEDANA, Alexandre Torres. Penhora ou liquidação de quotas? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, dez. 2009.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Fernanda Esteves Freire Peixoto Bandeira

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

Resumo – o regime de bens no casamento apresenta distinções, limitações e regras específicas e complexas com relação aos sujeitos envolvidos. Com o passar do tempo, a expectativa e qualidade de vida do idoso aumentaram, permitindo a consciência e capacidade destes por cada vez mais tempo. Contudo, as limitações legais quando se trata do regime de bens adotado pelo nubentes da terceira idade não acompanhou a evolução social desse grupo, violando os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A essência do trabalho é abordar essa evolução social, passando pelos marcos legais do regime de bens no casamento envolvendo idosos ao longo do tempo e então analisar a (in)constitucionalidade da atual previsão legislativa à luz dos princípios mencionados.

Palavras-chave – Direito Civil e constitucional. Regime de bens. Princípio da Dignidade Humana. Princípio da liberdade e igualdade. Autonomia da vontade. Patrimonialismo. Idade.

Sumário – Introdução. 1. Separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos no ordenamento jurídico pátrio: uma reflexão sobre o fundamento da limitação à autonomia da vontade e suas motivações patrimoniais. 2. Análise aplicada aos CC/16 e CC/02 3. Inconstitucionalidade da vedação à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos com base nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a inconstitucionalidade da vedação à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos. Busca-se demonstrar que a proibição privilegia aspectos patrimoniais, em detrimento da autonomia da vontade, e os impactos disso na liberdade individual.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a vedação à escolha de regime de bens aos maiores de setenta anos mais protege o indivíduo ou limita-o.

A Constituição Federal consagra a igualdade como direito fundamental a todos. Contudo, quando se pesa o aspecto patrimonial que rege a separação de bens referente aos maiores de setenta anos, esse princípio é colocado em segundo plano.

Tendo em vista que a justificativa para a suposta proteção do patrimônio do idoso por meio da separação obrigatória de bens pauta-se numa presunção de discernimento reduzida, surgem as seguintes reflexões: essa premissa deve ser considerada verdadeira? E o que seria mais igualitário: a presunção absoluta ou a relativa, a ser comprovada caso a caso?



O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que o idoso goza de proteção pelo ordenamento jurídico. Assim, este artigo visa a apresentar uma análise dos princípios que devem preponderar quando se discute o regime de bens aplicável à terceira idade, diante das expectativas de longevidade no cenário brasileiro atual e capacidade de discernimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho ponderando os possíveis fundamentos da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos: autonomia da vontade x patrimonialismo, com o fim de apresentar o assunto e os argumentos utilizados para justificar a imposição desse regime de bens.

Segue-se, no segundo capítulo, fazendo uma aplicação concreta das mencionadas motivações aos Códigos Civis de 1916 e 2002, num contexto de evolução do direito e da sociedade, visando-se a esmiuçar o conteúdo legal acerca do regime de bens no casamento, e em especial as restrições em sua adoção pela terceira idade.

O terceiro capítulo, por fim, destina-se a analisar a (in)constitucionalidade da norma que proíbe aos maiores de setenta anos a escolha livre do regime de bens no casamento. Procura-se explicitar os conflitos entre a norma presente no CC/02, posterior à Constituição Federal, e os princípios da liberdade individual e dignidade humana, consagrados pela Magna Carta como pilares fundamentais invioláveis, buscando-se, assim, demonstrar a incoerência entre a imposição restritiva positivada no Código Civil de 2002 e os princípios constitucionais norteadores da condição humana.

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. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: UMA REFLEXÃO SOBRE O FUNDAMENTO DA LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE E SUAS MOTIVAÇÕES PATRIMONIAIS

O ordenamento brasileiro, por meio do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002¹, estipula a vedação à escolha de regime de bens aos maiores de setenta anos quando estabelece a separação legal de bens como o regime obrigatório a ser adotado por esse grupo de indivíduos ao resolverem contrair matrimônio em idade avançada.

No regime da separação legal de bens, segundo Washington de Barros², “cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”. Ou seja, um cônjuge não tem acesso nem direitos sobre os bens do outro, nem mesmo para fins sucessórios.

Nesse sentido, observa-se que a limitação à escolha do regime de bens para os maiores de setenta anos baseia-se em um critério meramente etário, uma vez que ao completar determinada idade o cidadão deixa, automaticamente, de gozar de autonomia da vontade para optar por regime de bens diverso da separação legal quando da realização do matrimônio nessa fase da vida.

A justificativa para a adoção deste critério ultrapassado, em nossa opinião, consiste em suposta proteção do idoso de investidas de quem tenha a intenção de aplicar-lhe o “golpe do baú”³. Partindo-se dessa premissa, cria-se a regra com base numa minoria afortunada dentro de um grupo já seletivo, em detrimento da maioria dos idosos, que, no atual contexto social, goza de lucidez e capacidade para tomar decisões mesmo a partir dos setenta anos.

Washington de Barros⁴, por sua vez, discorda dessa posição, afirmando que:

[...] conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens

¹BRASIL. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327.

⁴ MONTEIRO; SILVA, op. cit., p. 295.

financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto.

Equivocado parecer ser seu entendimento, pois, mais uma vez, apoia-se em uma presunção relativa de que todos os idosos com idade a partir de setenta anos contraem matrimônio com pessoa muito mais jovem e/ou que possui interesses unicamente financeiros na celebração do casamento. Novamente, a justificativa apresentada para o engessamento da autonomia da vontade de idoso está calcada em casos minoritários, que deveriam ser analisados concretamente como a exceção e não a regra.

Isso porque, na atual conjuntura social do país, a expectativa de vida supera, e muito, os setenta anos. Segundo dados do IBGE⁵, de 2015 a 2016 a expectativa de vida do brasileiro alcançou o patamar de 75,8 anos, atingindo níveis ainda mais altos em determinados Estados, como Santa Catarina, onde a esperança de vida chega até os 79,1 anos.

A partir desses dados, nota-se que a realidade corresponde ao aumento da longevidade dos brasileiros e da qualidade de vida dos idosos, permitindo que estes continuem a gozar de suas faculdades mentais e civis para muito além de meros setenta anos. Logo, o artigo 1.641, do Código Civil deixa de atender a sua função social, delimitada em 2002, isto é, há 16 anos atrás, quando a expectativa de vida era de somente 71 anos⁶.

Além disso, a decisão pelo regime de bens no casamento é pautada pelo princípio da liberdade de escolha, traduzida pela autonomia da vontade, tendo em vista que os efeitos econômicos decorrentes da entidade familiar relacionam-se com os direitos disponíveis das partes envolvidas. A imposição da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos que contraírem matrimônio com essa idade funciona justamente como um fator supressivo da mencionada autonomia, uma vez que extingue a liberdade de escolha do regime patrimonial no casamento.

Nesse sentido é a posição defendida pelos doutrinadores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald⁷:

[...] nos casos de separação obrigatória de bens, a vontade das partes é irrelevante e totalmente desconsiderada. Assim sendo, ainda que se tenha manifestado vontade através de pacto antenupcial, celebrado por instrumento público e registrado no

⁵ MARLI, Mônica. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶ G1. *Brasileiro nasce com expectativa de vida de 74,6 anos, aponta IBGE*. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/brasileiro-nasce-com-expectativa-de-vida-de-746-anos-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308.

Cartório de Imóveis, não decorrerá qualquer efeito jurídico, uma vez que a proibição legal é de ordem pública e prevalece sobre a manifestação volitiva dos interessados.

Isso significa que, ainda que os nubentes venham a expressar sua vontade, essa não será admitida, prevalecendo a regra legal que, conforme já explicitado, baseia-se numa realidade minoritária e que não se adequa mais ao atual contexto social da população da terceira idade brasileira. É evidente, nesse cenário, a preponderância de uma cultura patrimonialista, que preocupa-se mais com o patrimônio do indivíduo que com a pessoa detentora de direitos em si.

Diante de tal afronta à liberdade individual, Sílvio Rodrigues⁸ manifesta opinião com a qual se concorda:

tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre a pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém (...) inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária (agora, septuagenários, após a Lei 12.344/10) ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

A regra patrimonialista, ora analisada, demonstra-se tão ultrapassada e descabida que basta pensar na situação oposta para deslegitimá-la. Isso quer dizer que, ao considerar possível um casamento entre pessoa maior de setenta anos e outra mais jovem e/ou motivada meramente por interesses financeiros, nada impede que o mesmo interesse venha a existir entre duas pessoas de quaisquer outras idades.

Assim, observa-se que não há qualquer justificativa moral ou social que legitime uma suposta maior proteção ou segurança ao idoso que decide se casar, já com idade avançada, em relação a qualquer pessoa mais jovem, rica ou pobre, que também pretenda contrair matrimônio em outra etapa da vida.

Ademais, conforme brilhantemente elucidado pela civilista Silmara Juny Chinelato⁹, não há motivação científica para a vedação imposta pelo artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, uma vez que as pessoas maiores de setenta anos possuem maturidade elevada nos âmbitos pessoal, familiar e profissional da vida, de modo a terem capacidade de manifestar vontade por si mesmas. Rotular todos os idosos que possuem setenta anos ou mais idade como incapazes de exprimir seus desejos e exercer a autonomia da vontade consiste em discriminação dessa parcela populacional.

⁸ RODRIGUES apud FARIAS;ROSENVALD, op. cit, p. 310 e 311.

⁹ CHINELATO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 475 e 476.



Diante do exposto, constata-se que o artigo 1.641, II do Código Civil de 2002¹⁰ presume certa incapacidade mental da terceira idade a partir dos setenta anos. Estipula-se que daí em diante esses indivíduos deixam de dispor de autonomia para decidir o regime patrimonial que pretendem adotar no casamento e necessitam de uma proteção especial, a qual o mencionado artigo também não é capaz de conferir, já que tem como fundamento uma realidade minoritária e ultrapassada, além de não considerar cada caso concretamente.

2. ANÁLISE APLICADA AO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO CIVIL DE 2002

A restrição à escolha de regime de bens no casamento contraído por sujeitos maiores de setenta anos nem sempre existiu da maneira como conhecemos. Apesar de ainda se mostrar retrógrada, a referida imposição sofreu evoluções ao longo do tempo, partindo inicialmente das previsões do Código Civil de 1916, passando pelo Código Civil de 2002, para finalmente chegar à publicação da Lei nº 12.344/2010, que alterou o Código Civil de 2002, conferindo ao art. 1.641, II, a sua atual redação. Com base nisso, analisaremos cronologicamente os diferentes marcos.

Durante o período de vigência do Código Civil de 1916¹¹, a restrição ao casamento para pessoas pertencentes à terceira idade pautava-se na seguinte previsão:

Art. 258 CC/16. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.
Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:
(...)
II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

Observa-se que o disposto normativo era ainda mais limitador ao estabelecer a idade para a separação obrigatória de bens no matrimônio aos homens maiores de sessenta anos e mulheres maiores de cinquenta anos. Como se pode notar, o inciso também confere tratamento diferenciado entre o homem e a mulher, ferindo a autonomia da vontade e a isonomia não apenas no aspecto etário, mas também quanto ao gênero.

Ao confeccionar a norma em análise, o legislador presumiu que chegada a fase da vida após os sessenta anos, para os homens, e os cinquenta anos, para as mulheres, o

¹⁰ BRASIL. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

¹¹ Id. *Código Civil de 1916*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/LEIS/L3071.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

patrimônio dos nubentes já estaria estabilizado, de modo a afastar o conteúdo patrimonial do casamento, conforme elucida o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa¹². Verifica-se novamente a preocupação social em relação à união de pessoa mais jovem com sujeito idoso, considerando como certa a possibilidade de interesse material e atribuindo tal viabilidade exclusivamente ao fator idade.

Em consonância com o é defendido por meio deste artigo, à época da vigência do Código Civil de 1916, o mencionado jurista Sílvio de Salvo Venosa, bem como Sílvio Rodrigues já reconheciam a evidente violação à liberdade e autonomia individuais, unicamente em virtude da faixa etária, que a norma em comento trazia ao limitar a escolha de regime de bens no matrimônio contraído por sujeitos considerados idosos. É o que sustenta o segundo autor¹³:

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Nesse contexto, argumenta-se que a autonomia da vontade deve prevalecer em detrimento da proteção patrimonialista, a uma, porque a limitação imposta aos sujeitos sexagenários e quinquenários aplicava-se tanto quando estes resolviam casar-se com pessoas mais jovens quanto com pessoas de sua idade. A duas, porque ainda que o sujeito idoso opte pelo casamento com nubente jovem, a existência de interesse meramente material nesta relação não configura preceito certo e sim simples possibilidade. A três, porque, mesmo que tal hipótese se concretizasse não haveria nenhum inconveniente para a sociedade caso o idoso rico estivesse satisfeito com o matrimônio, ainda que por interesse material, e assim decidisse permanecer.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002, cuja vigência teve início em 11 de janeiro de 2003, o anterior Código Civil de 1916 foi revogado e, conseqüentemente, a previsão legal do artigo 258, II, caiu por terra. Entretanto, embora tivesse ultrapassado a visão anteriormente fixada, o Novo Código Civil manteve a limitação do casamento entre nubentes mais velhos vinculada ao regime de separação obrigatória de bens.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175.

¹³ RODRIGUES apud VENOSA, op. cit. p. 175.

Conforme o art. 1.641, II, do CC/02¹⁴, a idade continuou sendo um critério taxativo: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de sessenta anos”.

Nota-se que, dessa vez, o Código Civil igualou as figuras masculina e feminina, estabelecendo um marco etário comum para ambos. Todavia, sustentou a violação ao poder de autodeterminação do idoso, confirmando pela segunda vez uma “proteção” patrimonialista que sempre tendeu a prevalecer em prejuízo da liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana.

Reafirmando o entendimento ora defendido, os autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald¹⁵ opinam no sentido que a norma restritiva do regime de bens é “um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que pouco se acostumou a valorizar a pessoa e não o seu patrimônio. O ser e não o ter!”.

Também seguindo esta corrente, que embora muito bem amparada pela doutrina se contrapunha ao texto legal vigente à época, Sílvio Rodrigues¹⁶ afirma que tal restrição, a seu ver, é atentatória da liberdade individual. Isso porque, a tutela excessiva do Estado, sobre a pessoa maior e capaz demonstra-se descabida e injustificável.

Pois bem, o Estado não possui o condão de interferir na vida privada do sujeito a fim de alterar e limitar a sua autonomia da vontade quando esta não coloca a sua pessoa em risco e nem mesmo a sociedade de modo geral.

Ademais, se a preocupação reside em proteger o idoso de golpes materiais motivados pelo casamento com sujeitos de idade avançada, o legislador deveria ter proibido a contração do matrimônio como um todo e não apenas limitado a escolha do regime de bens. Contudo, a proibição completa do casamento não seria possível, uma vez que versa sobre o estado civil, que é direito da personalidade.

À vista disso, o legislador utilizou-se de alternativa inconveniente e sem razoabilidade, qual seja a restrição da esfera privada e seus direitos disponíveis por meio da limitação ao regime de bens¹⁷.

Anos após do advento do Código Civil de 2002, em 2010, foi editada a Lei nº 12.344, que aumentou o parâmetro etário para a restrição do regime de bens em matrimônios de

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 245.

¹⁶ RODRIGUES apud FARIAS, ROSENVALD. op. cit. nota 15, p. 245.

¹⁷ FARIAS, ROSENVALD, op. cit. nota 15, p. 246.

idosos, por meio da alteração do art. 1.641, II¹⁸, do diploma legal e. Veja-se: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)”.

A partir de então, passou a vigorar a regra de obrigatoriedade da separação de bens no casamento para os maiores de setenta anos e não mais sessenta. Contudo, o acréscimo de dez anos ao marco inicial da terceira idade para os fins do artigo apenas acompanhou o crescimento da expectativa de vida do homem médio brasileiro, que também sofreu aumento no período de 2003 a 2010.

Ocorre que, o cerne da problemática não corresponde à idade considerada ideal para que o idoso tenha a senilidade presumida e, em virtude disso, se torne incapaz de contrair matrimônio em regime diverso do da separação obrigatória de bens. O ponto central da questão ora analisada remete, em verdade, ao estabelecimento de uma regra geral para tratar de situação que envolve direitos individuais, os quais se desdobram de maneiras diversas e de acordo com o sujeito que os detém.

Partindo da premissa de que a dignidade humana, liberdade individual e autonomia da vontade são valores e direitos com expressões distintas para cada um de seus detentores, não se pode fixar uma norma que os engesse de modo universal. Pelo contrário, aqueles devem ser examinados singularmente conforme as peculiaridades da situação concreta que os ameacem.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA

A Constituição da República de 1988 inseriu expressamente em seu artigo 1º, inciso III¹⁹, o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito, transformando-o em um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, fortalece a proteção da liberdade do indivíduo e garante a sua autonomia da vontade por meio da igualdade.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.



Em observância a esses valores, o Poder Constituinte também positivou os princípios da igualdade e liberdade no artigo 5º, caput, da Carta Magna²⁰, estabelecendo que:

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

Nesse contexto, a autora Maria Berenice Dias²¹ aponta que a Constituição Federal de 1988 é classificada como uma das mais avançadas do mundo, na medida em que “impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseada nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação”.

Assim sendo, a partir da consagração dos valores mencionados pela Constituição da República de 1988, a visão patrimonialista consolidada pelo Direito Civil é inteiramente abandonada, dando lugar à prevalência da pessoa humana e seus aspectos individuais.

Segundo o professor e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso²², a dignidade humana como vertente dos direitos humanos apresenta três espectros: o valor intrínseco, a autonomia da vontade e o valor social da pessoa humana. Primeiro, como atributo comum, “a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada, não é perdida mesmo diante de conduta indigna de seu titular”²³.

Já no aspecto da autonomia, a dignidade envolve a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir sobre a própria vida e, nesse âmbito “decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade”²⁴. Por fim, a dignidade em seu elemento comunitário tem por objetivo conectar o indivíduo ao grupo e aos valores compartilhados pela comunidade social.

Com base nessa classificação tripartite, é possível notar que o direito fundamental da dignidade humana, da igualdade e liberdade do indivíduo estão intrinsecamente conectados. Além disso, os três direitos fundamentais também se fazem presentes na medida em que os

²⁰ Ibid.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Novos rumos do direito das famílias*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²³ Ibid., p. 22-23.

²⁴ Ibid.

nubentes dispõem de autonomia para a escolha do regime de bens no casamento, Logo, partindo dessa premissa, a aplicação de regra diversa ao idoso maior de 70 anos que contrai matrimônio demonstra clara discriminação e violação aos seus direitos fundamentais.

Importante esclarecer que a discriminação do idoso é amplamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo caput do artigo 230, da própria Constituição Federal de 1988²⁵: “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Essa vedação também foi materializada pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741²⁶, com previsão expressa em seu artigo 4º no sentido de que: “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”

Pode-se dizer, assim, que a legislação brasileira concede farta proteção à terceira idade. Todavia, ainda existem regras, como o artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, ora em análise, que insiste em limitar a autonomia e liberdade do idoso.

Em consonância com esse entendimento, há o Enunciado nº 125²⁷, editado pelo Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, propondo a revogação do dispositivo em análise sob os seguintes argumentos:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Seguindo esse entendimento, é importante destacar também que a mencionada incapacidade absoluta presumida dos idosos maiores de 70 anos, com fulcro no critério etário, sequer possui respaldo legal. Isto porque, os art. 3º e 4º, do Código Civil de 2002²⁸ não arrolam a senilidade como causa de incapacidade, seja absoluta, seja relativa, do sujeito de direitos. Veja-se:

²⁵ BRASIL. op.cit., nota 19.

²⁶ Id. *Estatuto do Idoso*, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁷ BRASIL. *Enunciado nº 125*, Conselho de Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/Temp State/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/Temp State/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Com base nessa informação, demonstra-se inequívoca a incoerência entre o argumento de que o idoso, por sua condição, é incapaz para a prática de alguns atos da vida civil como a escolha do regime de bens no casamento quando, em verdade, o próprio Código Civil de 2002 não a taxa como alvo de qualquer incapacidade. Logo, a presunção apresentada é integralmente ilegítima.

À vista de todo o exposto, evidente é a discriminação do idoso pela regra positivada no art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, bem como a violação à sua dignidade, autonomia da vontade e liberdade de escolha, além do princípio da igualdade de tratamento entre todos os indivíduos. A restrição à escolha do regime de bens no casamento civil envolvendo o maior de 70 anos, com respaldo estritamente em critérios etários, e de incapacidade presumida mostra-se, há tempos, obsoleta.

Consequentemente, a reprodução de uma regra isolada de limitação do idoso baseada em critérios patrimonialistas, estes já superados pela primazia do direito fundamental da dignidade humana e pelo foco no indivíduo como ser dotado de igualdade, liberdade e autonomia da vontade, representa um enorme retrocesso imposto ao idoso no atual cenário social.

Posto isso, o art. 1.641, II do Código Civil de 2002 deveria ser declarado inconstitucional, contendo violação frontal aos direitos fundamentais da dignidade humana, igualdade e liberdade, expressos e resguardados pela própria Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, atualmente vigente, no que tange à vedação à escolha de bens aos maiores de setenta anos, com base nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A incompatibilidade materializa-se pela regulação da autonomia individual do idoso a partir de uma perspectiva patrimonialista, há muito

abandonada pela Constituição Federal de 1988, que consagra a primazia do indivíduo nas relações privadas.

Por um lado, a Lei estabelece uma espécie de incapacidade presumida ao sujeito maior de setenta anos com fulcro no critério etário, considerando-o inabilitado para escolher o regime de bens que gostaria de adotar quando da contração do matrimônio. Por outro lado, a expectativa e qualidade de vida da terceira idade demonstra crescimento contínuo, desde o início da vigência do Código Civil, em 2003, até os dias de hoje.

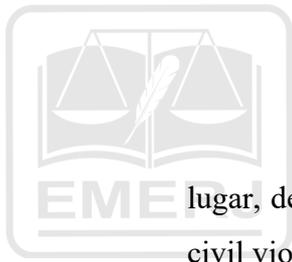
Nesse contexto, por meio das reflexões apresentadas e com base no entendimento da doutrina pátria, foi possível chegar à conclusão de que a adoção de um aspecto patrimonialista para a fixação do regime de bens do matrimônio contraído por maiores de setenta anos está obsoleta. Imprescindível, portanto, o reconhecimento da primazia da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana nesta escolha, em abandono ao patrimonialismo, de modo que passe a figurar no centro da decisão o sujeito em si e não os bens que lhe pertencem.

O entendimento a que chegou este pesquisador consiste na ideia de que a preocupação em proteger o idoso de uma relação afetiva com pessoa motivada exclusivamente por interesses materiais não pode ser suficiente para presumir a sua incapacidade de discernimento e insatisfação com tal situação, culminando em restrição patrimonial. Isso porque, conforme exposto neste trabalho, a mesma cena poderia ser vista em relações matrimoniais envolvendo duas pessoas jovens, contudo, estas não sofreriam qualquer limitação à escolha de regime de bens, cuja imposição restringe-se tão somente aos maiores de setenta anos.

Quanto à questão que se tratou no segundo capítulo, foi possível averiguar que as mudanças legislativas ocorridas desde o advento do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, em sua redação atual, foram evolutivas, porém não suficientes para desmistificar a visão patrimonialista discriminatória que rege o regime de bens no casamento envolvendo idosos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que quando se trata dos bens de cada indivíduo, o que deve prevalecer é a autonomia da vontade, liberdade e tratamento igual entre todos. Eventual restrição dos direitos patrimoniais individuais deveria ocorrer tão somente em análises concretas de casos específicos e não como regra geral, aplicável a todos e sem distinção.

O texto constitucional, editado em 1988, parte desse princípio, colocando em evidência a pessoa humana em todos os seus aspectos e garantido a sua proteção em primeiro



lugar, de maneira que a adoção de uma vertente diversa (diga-se patrimonialista) pelo direito civil viola a Carta Magna.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a atual redação do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 encontra-se obsoleta e está inapta a garantir a proteção individual a qual o idoso faz jus, já que impõe limitação universal ao regime de bens a partir de critério único e exclusivamente etário e, ao mesmo tempo, desconsidera os direitos à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana da terceira idade.

Ante às razões expostas, o artigo demonstrou que a proposta do autor consiste na tese de que não há outra alternativa senão a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, por violação direta aos princípios fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, consagrados pela Constituição Federal de 1988 como pilares do ordenamento jurídico pátrio. Somente então será possível a elaboração de norma que proteja efetivamente o idoso a partir da consideração do atual contexto de vida e desenvolvimento social em que está inserido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Enunciado nº 125*, Conselho de Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Estatuto do Idoso*, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Novos rumos do direito das famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDdias.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, *Curso de Direito Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

G1. *Brasileiro nasce com expectativa de vida de 74,6 anos, aponta IBGE* Disponível. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/brasileiro-nasce-com-expectativa-de-vida-de-746-anos-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze;PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARLI, Mônica. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros;DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.



LEI DO FEMINICÍDIO (LEI Nº 13.104/15): INSTRUMENTO DO SIMBOLISMO PENAL NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA INEFICÁCIA

Fernanda Gonçalves Corrêa Frizoni

Graduada pela Estácio de Sá de Cabo Frio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/15) foi criada como instrumento do Simbolismo Penal para dar uma resposta imediata à população feminista e seus anseios pelo combate à violência contra a mulher e pelo fim da desigualdade de gêneros. Ocorre que a nova lei apresenta uma série de peculiaridades, como a criação de uma lei desproporcional para o homicídio contra a mulher, a fragilidade e generalidade das suas hipóteses de incidência, bem como, a produção de efeitos contrários, ampliando ainda mais o tratamento desigual entre homens e mulheres.

Palavras-chave: Direito Penal. Feminicídio. Simbolismo Penal

Sumário: Introdução. 1. Lei do Feminicídio e suas alterações no Código Penal. 2. As peculiaridades das hipóteses de incidência do Feminicídio. 3. O Feminicídio como instrumento do simbolismo penal e sua ineficácia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca demonstrar que a Lei do feminicídio (Lei nº 13.104/15) não tem eficácia no combate à violência contra a mulher e desigualdade entre os gêneros. Procura-se esclarecer que o novo dispositivo, a qual alterou o Código Penal, incluindo o feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado, e o incluiu do rol dos crimes hediondos, se tornou mais um exemplo da utilização do simbolismo penal como forma de resposta imediata à população, que clama pelo combate à sociedade machista, onde as mulheres são vítimas de violência e opressão comportamental.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a analisar, de maneira crítica, a banalização do Direito Penal com a criação da qualificadora “feminicídio” e demonstrar que essa medida não apresenta nenhuma eficácia contundente no combate à violência contra a mulher, contribuindo, apenas, para a inflação legislativa.

A sociedade clama sempre, em decorrência da globalização, por mais segurança, pensando, erroneamente, que quem deve oferecer essa segurança seria o próprio Direito Penal, indo totalmente contra ao princípio da *ultima ratio* ou intervenção mínima, o qual afirma que o

direito penal deverá ser a última instância, só podendo agir em últimos casos, em virtude do tamanho da lesividade contraída ao ordenamento.

A criação dessa nova lei sob influência do populismo penal abriu margem para os seguintes questionamentos: é possível afirmar que motivação do homicídio, com vítima mulher, se dá pela simples condição desta ser do sexo feminino? A aplicação de uma sanção penal mais severa é a melhor forma de prevenir e combater o crime de homicídio contra vítima mulher? A maior valoração da vida da mulher em detrimento a do homem está de acordo com o princípio constitucional da isonomia?

Para melhor compreensão do tema, será feita uma análise dos motivos norteadores da criação da referida lei, bem como esclarecer quais foram as alterações que esta promoveu no Código Penal.

Dessa forma, inicia-se no primeiro capítulo uma análise do movimento feminista e de que forma sua influência no ordenamento jurídico contribuiu para a criação do crime de feminicídio, tornando-o exemplo de aplicação do simbolismo penal na atuação do Estado.

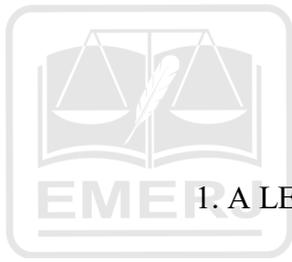
Segue-se, no segundo capítulo, com a análise das situações problemáticas que norteiam a nova qualificadora, principalmente a violação dos princípios da isonomia e da *ultima ratio* do Direito Penal.

No terceiro capítulo, será esclarecido que o crime de feminicídio não apresenta nenhuma solução eficaz no combate à violência contra a mulher e na busca pela igualdade de gêneros. Busca-se demonstrar que a introdução dessa nova qualificadora contribuiu apenas para a inflação legislativa, sendo um claro exemplo da atuação do Estado sob influência do simbolismo penal.

Para que a pesquisa seja corretamente realizada, garantindo um olhar comprovadamente científico sobre o assunto abordado, faz-se necessário um recorte epistemológico, validando o estudo elaborado.

Assim, o método hipotético-dedutivo será acolhido para a produção do trabalho monográfico, pois o pesquisador irá elencar especulações que, com base em estudos, análises estatísticas e casos concretos, serão comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, pois a pesquisadora almeja apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que possam corroborar com a tese sustentada.



1. A LEI DO FEMINICÍDIO E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Mesmo com os avanços nos campos de direitos das mulheres, passos significativos e de novas leis que favorecem as mesmas, o Brasil ainda é um país com índices altíssimos de violência e morte contra mulher. Todos os dias elevadas estatísticas de violência contra mulheres nos mostram que um número grande ainda são submetidas a alguma forma de violência, tais como assédios, estupros, tortura, violência psicológicas ou físicas, agressões domésticas, perseguições e na sua expressão mais grave, o feminicídio. O que resulta em um destaque no cenário mundial, onde o Brasil está como o 5º país com a maior taxa de homicídio de mulheres. Em 2010 estava como 7º lugar, ou seja, essa média cresceu, mesmo com o amparo das leis.¹

O Mapa da violência 2015 revela que mais de 106 mil mulheres brasileiras foram vítimas de assassinato no curto período de tempo entre 1980 e 2013. O Brasil registrou um número de 8 homicídios de mulheres por dia entre março de 2016 a março de 2017, segundo os ministérios públicos estaduais. Foram 2.925 mulheres assassinadas esse ano, 8,8% a mais em relação ao ano anterior. Mais de 50% dos casos cometidos por familiares, 33% pelo parceiro ou ex- companheiro².

É um número considerável, pois, existe, de fato, o medo de se nascer mulher em um país desses. A população teme e reconhece o grande risco que as mulheres correm. O estado com a maior taxa de mortalidade entre as mulheres é Roraima, 11,4% mortes a cada 100 mil habitantes. Dados afirmam que a economia do Brasil perde cerca de 1 bilhão por ano devido a agressão de trabalhadoras dentro de suas casas.

Nos casos de mulheres negras os números aumentaram em 54% nos últimos 10 anos, e os números de mulheres brancas diminuiu em 9,8% no mesmo período de tempo. Uma pesquisa com base em registros de certidões de óbitos das vítimas, mostra que a arma de fogo é o principal instrumento usado nos homicídios.

A palavra “feminicídio” vem do termo femicídio, cunhado pela socióloga sul-africana Diana Russell em 1976 em um episódio chamado Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, na Bélgica. Vinha da ideia de que a palavra homicídio tem um conceito

¹ ONU: *Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo: diretrizes nacionais buscam solução*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionaisbuscam-solucao/>> Acesso em: 26 set. 2018.

² Ibidem.

geral e que seria preciso criar uma definição específica para mulheres a partir da palavra “fêmea”. Homicídio de fêmeas virou, então, feminicídio.³

No Brasil, a palavra apareceu pela primeira vez em âmbito legislativo nos resultados da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Violência contra a Mulher, de 2012. O relatório final da comissão propôs o Projeto de Lei nº 292/13, do Senado Federal, que alterava o Código Penal para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.⁴

A Lei nº 13.104 de 2015 foi promulgada pela presidente Dilma Rousseff em 9 de março de 2015, instituindo o crime de feminicídio no ordenamento jurídico. Tornou o feminicídio uma espécie de homicídio qualificado e o colocou na lista de crimes hediondos, com penas mais altas do que aquelas aplicadas no homicídio simples, que tem sua pena variando entre 6 (seis) a 20 (vinte) anos, enquanto que no feminicídio a pena varia entre 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.⁵

Antes da referida lei, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido de forma genérica, como sendo homicídio simples.

A depender do caso concreto, o feminicídio (mesmo sem ter ainda este nome) poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I, do § 2º, art. 121, CP) ou fútil (inciso II), ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). No entanto, não havia nenhuma previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra mulher por razões de gênero.

Um crime é considerado feminicídio quando for cometido contra uma vítima por ela ser do sexo feminino. Segundo a lei, para ser considerado feminicídio, as situações devem envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Isso significa que houve uma situação de dominação ou humilhação, sendo o autor do crime conhecido ou não da vítima.

Também será considerado feminicídio se o criminoso for desconhecido, embora a maioria seja cometido por parceiro ou ex-parceiro. A lei pode abarcar diferentes circunstâncias. Sendo assim, as circunstâncias do feminicídio incluem a violência nas relações familiares, mas

³ RODRIGUES, Sérgio. *Feminicídio (ou femicídio): que palavra é essa?*. 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/noticias-sobre/feminicidio/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 292/13*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁵ BRASIL. *Projeto de Lei nº 292/13*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/dilma-rousseff-sanciona-lei-que-torna-hediondo-o-crime-de-feminicidio>>. Acesso em: 27 set. 2018.

também situações de maior vulnerabilidade e dá como exemplos a exploração sexual, o tráfico de mulheres e a presença do crime organizado.

O § 2º - A foi acrescentado como norma explicativa do termo “razões da condição de sexo feminino”, esclarecendo que ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher; a lei acrescentou ainda o § 7º ao art. 121, do Código Penal estabelecendo causas de aumento de pena para o crime de feminicídio⁶.

A pena será aumentada de 1/3 até a metade se for prática: a) durante gravidez ou nos 3 meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; c) na presença de ascendente ou descendente da vítima

Por fim, a lei alterou o art. 1º da Lei nº 8072/90 (Lei de crimes hediondos) para incluir a alteração, deixando claro que o feminicídio é nova modalidade de homicídio qualificado, entrando, portanto, no rol dos crimes hediondos. A atual redação do artigo 121, do Código Penal, no que tange à nova qualificadora consiste nos seguintes termos:

Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
(...)
Feminicídio
VI – Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino
Pena – reclusão, de doze a trinta anos.
§ 2º - Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I- Violência doméstica e familiar;
II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Sendo assim, resta claro que a intenção do legislador foi dar tratamento extremamente rigoroso ao crime de homicídio cometido com mulher, utilizando o Direito Penal como uma arma potente nesse combate, ultrapassando os limites da proporcionalidade na aplicação da sanção para essa conduta.

2. AS PECULIARIDADES DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO FEMINICÍDIO

Como reiteradamente afirma-se, o conceito de feminicídio estabeleceu-se nas ciências sociais como uma categoria analítica destinada a desvelar os fatores discriminatórios que determinam a morte violenta das milhares de mulheres em todo o mundo e, ao mesmo

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.



tempo, sentar as bases científicas para quantificar estes crimes cuja autêntica dimensão ainda permanece na obscuridade permitindo, assim, dar-se visibilidade a um fenômeno social camuflado em meio a uma violência supostamente neutra. Daí não decorre, contudo, uma necessidade de criminalização⁷.

A punição extremamente severa aos homicidas de mulheres que, atualmente, se encaixam neste crime, traz uma desigualdade injustificável ao tratamento daqueles que cometem homicídio contra outro ser humano, haja vista que a pena aplicada àqueles é praticamente o dobro, como visto no capítulo anterior.

Não bastasse este tratamento desigual, o que constitui motivo suficiente para questionar a constitucionalidade do dispositivo, a própria redação do tipo causa outra sorte de problemas. Pela redação da figura é possível que qualquer homicídio contra vítima mulher venha a ser capitulado nesta categoria, afinal, tanto as “razões da condição de sexo feminino” quanto a ideia de “menosprezo à condição de mulher” não têm maior precisão terminológica.

Ainda que o objetivo da qualificadora seja louvável, ou seja, punir os agressores contra mulheres e minimizar a vulnerabilidade e desamparo dessas vítimas com uma severa punição, o legislador pecou ao descrever tais elementares, dificultado a sua aplicação, e consequentemente, englobando condutas que não se encaixariam no novo tipo legal.

Dessa forma, os elementos do tipo do feminicídio, quais sejam, o homicídio motivado pela condição sexo feminino, que podem se dar através da violência no âmbito doméstico e familiar ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, trazem consigo uma definição muito vaga e generalizada acerca do tipo de conduta que deverá ser enquadrada no crime.

Não há como, a modo prático, identificar uma conduta motivada por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Como afirmar, precisamente, que a motivação do criminoso se deu pelo simples fato de a vítima ser uma mulher? Por outro lado, facilmente consegue-se identificar que as razões do atentado contra a mulher se dão por motivos fúteis, tais como, ciúmes, brigas de casal, amenidades do cotidiano, etc.

Por essa razão, estaria a nova lei trazendo para si uma criminalização já concretizada pelo ordenamento jurídico quando este trouxe a qualificadora “por motivo fútil” no crime de homicídio para tratar das condutas motivadas por banalidades, incluindo-se aí, o menosprezo

7 DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. *Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir*. Disponível em: http://www.mpsp.br/page>bibi_bol_2015> Acesso em: 10 abr. 2019.



pela vida de outro ser humano, seja este homem, mulher, idoso, criança, sem distinções de gênero?

Aos olhos do bom senso, o enquadramento do homicídio contra a mulher, por razões de menosprezo a sua condição de gênero, na qualificação de motivo fútil, estaria suficientemente suprido, haja vista que, por trás do ato de violência, há uma motivação de cunho banal, que não se limita exclusivamente a condição da vítima ser mulher.

Tal obscuridade, conseqüentemente, pode acarretar em punições injustas, uma vez que a pena aplicada ao crime dessa natureza é por demais, e diga-se, desproporcionalmente, severa, podendo englobar atos que não deveriam se encaixar nesta lei.

No que tange ao inciso II, §2º-A, do CP⁸, que trata da segunda hipótese de aplicação da qualificadora, qual seja, a prática de homicídio contra a mulher no âmbito de violência doméstica, também se vislumbra questionamentos acerca da sua incidência, uma vez que todos os tipos de violência doméstica são amparados pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

Cumprido ressaltar que tal hipótese, também deve ser interpretada a partir da nota distintiva deste crime, que é a motivação de gênero, e não o simples fato de ser praticado no âmbito doméstico ou familiar contra pessoa do sexo feminino, o que cairá nos mesmos questionamentos acerca da primeira hipótese, também, em razão da genérica descrição da elementar de menosprezo à condição de mulher da vítima.

Sendo assim, qualquer homicídio praticado contra uma mulher no âmbito de violência doméstica, também se encaixaria no crime de feminicídio, pois, também, traria a mesma generalidade e imprecisão quanto a sua elementar, não especificada pelo legislador de forma que restringisse sua incidência.

Afinal, o mesmo questionamento se faz acerca da segunda hipótese de ocorrência deste crime. Como dizer que o homicídio praticado em situação de violência doméstica contra a mulher se deu por razão, exclusivamente, de gênero e por menosprezo à condição de gênero da vítima?

Em ambos os casos, percebe-se, não há como afirmar, a não ser pela própria confissão do acusado, que o crime se deu por tais razões especificadas no novo tipo legal, podendo-se incluí-las, perfeitamente, nos dispositivos já estabelecidos no ordenamento jurídico, com o suprimento da Lei Maria da Penha nos casos de sua competência.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

Se se concorda que o que está por trás da incriminação do feminicídio é o efeito simbólico de alcançar o reconhecimento social deste tipo de violência, seria preferível que o tipo não trouxesse inovações tão severas com relação às penas. Mesmo porque parece irrecusável que essa disposição somente se justifica a partir de uma clara intenção preventiva do legislador.

Percebe-se que há aqui uma violação disfarçada do princípio do *no bis in idem*, visto que situações iguais poderão ser punidas duas vezes, pois não há uma definição clara das particularidades das elementares do feminicídio que não poderiam se encaixar perfeitamente ao homicídio qualificado por motivo fútil.

Por todo o dito, a uma tipificação desta conduta é desnecessária, pois já encontra previsão legal com penas consideravelmente severas, além de ser inócua, inclusive, para meros fins simbólicos; confere tratamento desigual em algumas hipóteses e é capaz de permitir, no cotidiano forense, a capitulação indevida de casos sob a rubrica de feminicídio, corrompendo dados estatísticos importantes - que certamente não de aumentar – prejudicando a utilidade deste conceito para pautar medidas públicas preventivas fundamentais e muito mais efetivas.

2. O FEMINICÍDIO COMO INSTRUMENTO DO SIMBOLISMO PENAL E SUA INEFICÁCIA

O Direito Penal Simbólico diz respeito a uma política criminal, que está além da aplicação do direito penal inimigo, estendendo-se, também, às consequências do efeito material que a lei não produz. O processo de expansão do ordenamento jurídico penal é fruto de uma política criminal pautada pela lógica da insegurança e do medo, que são sentimentos que se acentuam na contemporaneidade.⁹

Desta forma, comporta-se como um direito penal do terror, onde se tem uma inflação legislativa, que cria figuras penais desnecessárias ou, um aumento injustificado e desproporcional das penas para determinados casos. Deste modo, o propósito do legislador não é a efetiva proteção dos bens jurídicos atingidos pelo delito, mas apenas uma forma de adular a população, mesmo que isso não tenha nenhuma consequência na diminuição da criminalidade e da violência.

⁹ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p. 95.

Vale ressaltar que, a mídia pode ser conceituada como os meios utilizados no armazenamento e na transmissão de informação, de forma que, a depender de como for manipulada, pode afetar o que os indivíduos pensam sobre si mesmos e, também, como eles percebem o seu semelhante.

A notícia surge a partir de um processo de transformação, de modo que, a mídia manipula a notícia conforme as características pré-estabelecidas de um ou mais receptores hipotéticos e isto acaba formando a opinião de uma parcela determinada da população.

A opinião pública está sempre se dirigindo para uma decisão, mesmo que essa decisão nunca chegue a ser unânime, assim, a opinião pública pode ser entendida como uma opinião generalizada sobre determinados fatos. Sendo, também, designada por senso comum, ou seja, um sentimento, conhecimento que acumulado cotidiano das pessoas, sem que exista uma análise mais aprofundada do que é veiculado pela mídia.

Com relação à parcialidade das notícias veiculadas nos meios de comunicação, em geral, Luiz Flávio Gomes¹⁰ afirma que:

o discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta.

Portanto, divulgação de notícias exageradas na mídia desperta nas pessoas um encanto punitivista e, conseqüentemente, uma busca indomável por uma resposta repressiva do Direito Penal.

A opinião pública vislumbra, dessa maneira, o encarceramento do indivíduo delinquente como a perfeita e mais eficaz solução para a violência que acomete a sociedade. O que, por sua vez, acarreta na criação de leis penais simbólicas.

Não é outra a opinião de Bourdieu¹¹:

os jornalistas têm “óculos” especiais a partir dos quais vêem certas coisas e não outras; e vêem de certa maneira as coisas que vêem. Eles operam uma seleção e uma construção do que é selecionado. O princípio da seleção é a busca do sensacional, do espetacular. A televisão convida à dramatização, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico. Em relação aos subúrbios, o que interessará são as rebeliões.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10768>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. Disponível em: <http://www.4shared.com/file/256403417/d871520e/SOBRE_A_TELEVISAO_Pierre_Bourdieu.html>. Acesso em: 27 abr. 2019.

Com a aprovação dessa Lei nº 13.104, o inciso VI do artigo 121, do Código Penal, passou a prever como qualificadora o crime cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, observando-se que só será feminicídio se for preenchidas determinadas condições: a hipótese de violência doméstica e familiar, e a violência deve decorrer de menosprezo ou discriminação de mulher.

Primeiramente dizer que há “razões de condição de sexo feminino” quando o crime envolve “discriminação à condição da mulher”, foi uma forma do legislador dar uma norma explicativa que nada de novo diz, tratando-se apenas de uma tautologia. E segundo, é deixado totalmente a cargo do magistrado dar a definição de quais seriam essas condições, pois “menosprezo” é elemento normativo do tipo.

Parece evidente que a nova qualificadora do crime de homicídio contém circunstância de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente, tendo a possibilidade de dizer, associada ao motivo de delito. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim sua razão, seu motivo.

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio.¹² O legislador não formulou qualquer inovação verdadeira do ponto de vista político criminal para a contenção da violência contra a mulher, apenas atendendo a vontade da população sedenta por novas leis mais duras e novos crimes, sem ter em consideração a falibilidade do sistema penal, das alterações legislativas inofensivas, e da inexistência de medidas efetivas de enfrentamento do crime.

Perante a história dos direitos das mulheres e da desigualdade de gênero na sociedade brasileira, onde ainda existem fortes traços da cultura machista e patriarcal, é difícil obter resultados somente com a criação de normas mais rígidas, pois sem a devida reflexão da sociedade com a consequente alteração cultural, não será possível modificar a triste realidade da violência de gênero do Brasil.

Pensar em uma saída para a diminuição desta forma de violência e para o assassinato de mulheres implica, para além da mera alteração das normas penais, promover profundas mudanças na cultura machista e patriarcal presente na sociedade brasileira. Cultura esta pautada

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

pelo sentimento de posse do sexo oposto, pela transformação do corpo da mulher em objeto sexual e pela aceitação cultural da violência como estratégia de dominação e de eliminação dos conflitos domésticos.

Portanto, as alterações legais que provieram pela lei do Femicídio não mudaram a substância e as consequências penais ao infrator, tendo em consideração que já existia a incidência de qualificadora por motivo torpe, se o crime fosse praticado contra a mulher, simplesmente por razões da condição de sexo feminino.

Sendo percebido então, que essa alteração só reforça o caráter mais simbólico do que instrumental da norma, já que não representou, de fato, aumento no rigor punitivo, assim como não apresentou nenhuma política pública preventiva capaz de mudar o pensamento da sociedade acerca da igualdade de gênero.

Partindo do princípio constitucional da igualdade, homens e mulheres são iguais, não há justificativa para que, de um lado, alguém mate uma mulher em razão de violência doméstica ou em razão de gênero, e tenha que responder por homicídio qualificado, de acordo com o Código Penal, artigo 121, § 2º¹³, e do contrário, um alguém que venha a matar um homem, nas mesmas circunstâncias, responda por homicídio simples, nos termos do caput do mesmo artigo.

O problema é que o homicídio praticado contra mulher em razão de ódio de gênero já era um crime qualificado (motivo torpe) e hediondo (art. 1º, I, da L. n. 8.97/90)”. Assim, não basta que se crie mais uma lei tendo como pressuposto a diminuição da violência contra a mulher sendo que o objetivo é amenizar a preocupação social.

A tipificação do feminicídio foi criada como forma de amenizar a violência contra a mulher. Contudo, isto não é suficiente para resolver um problema social tão amplo e de difícil resolução, já que é ligado ao sistema patriarcal que está iminentemente entranhado em nossa sociedade machista e segregador. Assim, é muito mais fácil para o Poder Legislativo atender aos anseios da população criando normas imediatistas, o que contribui para a atuação simbólica do Direito Penal, do que resolver efetivamente os verdadeiros problemas sociais.

Portanto, é pertinente afirmar que a tipificação do feminicídio é uma tentativa de tornar visível a ocorrência do homicídio contra a mulher, pelo motivo de ser do sexo feminino, acreditando que com a tipificação acabe com a mentalidade patriarcal social e que essa tipificação mude a interpretação dos juízes nos casos de feminicídio, para que deixem de lado o seu caráter machista e patriarcal, já que são muitas vezes ligados a dogmática jurídica.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 6.

Por outro lado, a tipificação do feminicídio não irá solucionar esse problema social, já que o ramo do direito penal é incapaz de realizar uma mudança social, de um fator tão ligado a sociedade e que também não é suficiente para uma mudança de interpretação judicial, visto que seria mais eficiente políticas específicas, pois o compromisso contra a violência contra a mulher é tanto estatal como social.¹⁴

CONCLUSÃO

Como se pôde perceber ao longo desta pesquisa, a Lei do Feminicídio foi criada dentro de um contexto histórico de ampliação do movimento feminista, a fim de assegurar os direitos das mulheres, bem como diminuir a desigualdade de gêneros.

Em 2015, a lei foi sancionada e alterou o artigo 121 do Código Penal, incluindo a qualificadora para os homicídios cometidos contra mulher em razão do menosprezo à condição de mulher da vítima ou quando o crime se der em situação de violência doméstica.

Ocorre que tais hipóteses de incidência do referido tipo penal são genéricas, rasas e difíceis de serem identificadas e aplicadas, ocasionando uma série de injustiças, pois, além de incluir crimes que não deveriam dentro do tipo penal, evidencia ainda mais a desigualdade entre homens e mulheres.

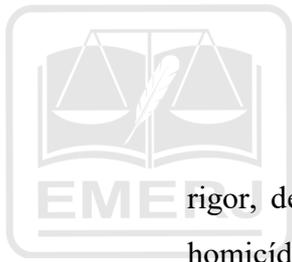
O “menosprezo à condição de mulher” é uma hipótese praticamente impossível de ser identificada, visto que, não há como afirmar que um homicídio fora motivado por tal razão. Por outro lado, é perfeitamente possível encaixar tal elemento, se existir, dentro da qualificadora “motivo torpe”, ou seja, quando o crime se dá por razões desprezíveis, repugnantes.

Do mesmo modo, a segunda hipótese de incidência do crime, “em situação de violência doméstica”, também já possui previsão legal que a supre, uma vez que Lei Maria da Pena (Lei nº 11.140/06), foi criada justamente para amparar com mais rigor os crimes contra a mulher ocorridos no âmbito de violência doméstica e familiar.

Sendo assim, não há justificativa para a criação de uma qualificadora, com uma sanção penal que supera a razoabilidade, dando tratamento diferenciado à vítimas cujo o mesmo bem jurídico tutelado fora violado, qual seja, a vida.

Ainda que o argumento da vulnerabilidade feminina seja insistentemente usado, este não supera o questionamento sobre o fato de a vulnerabilidade feminina ser amparada com mais

¹⁴ ABREU, Ana Claudia da Silva. *O movimento feminista e o feminicídio como reflexo do direito penal simbólico* – UFPR. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>> Acesso em: 15 abr. 2019.



rigor, de tal forma que mereça mais proteção o homicídio contra uma mulher, do que um homicídio contra um homem, um idoso, uma criança, etc.

O direito das mulheres merece, e deve, ser assegurado. Entretanto, a maneira como o legislador encontrou de assegurar os direitos das mulheres é de total equívoco, indo de encontro aos princípios da isonomia e da *ultima ratio* do Direito Penal, visto que a lei foi usada como verdadeiro instrumento do Populismo Penal, prevendo uma sanção desproporcional e sem fundamento para o feminicídio.

Tal despropósito se justifica de uma única maneira: o Estado precisa dar uma resposta aos apelos populares, à força do movimento feminista e apresentar uma solução imediata e eficaz. Uma clássica aplicação do Populismo Penal no combate à violência contra a mulher.

Ocorre que, embora, de imediato, a nova lei produza efeitos satisfatórios, a longo prazo, a tendência é que os números se estabilizem, tornando o que, aparentemente, era eficaz, totalmente sem efeito e não combatendo o que se vislumbrava extinguir.

Dessa forma, a Lei do Feminicídio é mais um exemplo do Populismo Penal, utilizada como forma de responder à população feminista os apelos pelo fim da violência de gênero, parecendo que a questão será solucionada, com uma sanção mais rigorosa e com resultados imediatos.

Porém, a longo prazo, sua eficácia peca, em razão das elementares genéricas, por ter tipicidade já suprida pelo ordenamento jurídico, e, por não haver fundamento plausível para a sua criação, ampliando, ainda mais, a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres, ainda que, dessa vez, de forma inversa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia da Silva. *O movimento feminista e o feminicídio como reflexo do direito penal simbólico* – UFPR. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>> Acesso em: 15 abr. 2019.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. Disponível em: <http://www.4shared.com/file/256403417/d871520e/SOBRE_A_TELEVISAO_Pierre_Bourdi.htt>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 292/13*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2015/03/dilma-rousseff-sanciona-lei-que-torna-hediondo-o-crime-de-feminicidio>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>>. Acesso em: 25 set. 2018

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. *Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir*. Disponível em: http://www.mpsp.br/page>bibi_bol_2015> Acesso em: 10.abr.2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. *Mídia, segurança pública e Justiça criminal. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10768>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 11 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p. 95.

ONU: *Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo: diretrizes nacionais buscam solução*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionaisbuscam-solucao/>> Acesso em 26 set. 2018.

RODRIGUES, Sérgio. *Feminicídio (ou femicídio): que palavra é essa?*. 2015. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/noticias-sobre/feminicidio/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Fernando Lima Azeredo de Aguiar

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando, *lato sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Teoria da Cegueira Deliberada é uma construção jurisprudencial com origem no anglo-saxônico e que preconiza a possibilidade de punição do indivíduo que, deliberadamente, se mantém em estado de ignorância, se mantendo em dúvida quanto natureza ilícita de seus atos. No direito brasileiro, tal teoria vem sendo utilizada de forma crescente, equiparando a conduta do indivíduo que se mantém propositalmente ignorante com aquele que age com dolo eventual. O presente trabalho busca justamente analisar a estrutura do dolo eventual brasileiro, os requisitos para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada e sua efetividade nos chamados crimes complexos, em especial nos crimes de lavagem de capitais.

Palavras-chave – Direito Penal. Teoria do Dolo. Dolo Eventual. Teoria da Cegueira Deliberada. Aspectos Objetivos. Crimes Complexos. Lavagem de Capitais.

Sumário – Introdução. 1. Teoria da Cegueira Deliberada: Uma Discussão Sobre Sua Aceitabilidade a Nível Internacional. 2. O Dolo nos Crimes de Lavagem de Capitais. 3. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira deliberada aos crimes de lavagem de capitais. Procura-se demonstrar que a referida Teoria vem sido utilizada pelo direito comparado para amenizar a impraticabilidade de se auferir o dolo específico dos agentes nos crimes que o exigem, mas é necessário apreciar se a referida teoria guarda compatibilidade com nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é efetivamente necessário ou mesmo viável a demonstração de dolo específico em crimes complexos, bem como que mecanismos podem ser utilizados quando do seu julgamento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Teoria da Cegueira Deliberada, estabelecendo como essa foi construída pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, especialmente nos países adeptos da *Common Law*, para então ponderar se tal teoria vem sendo aceita e se há embasamento para que seja utilizada à nível global pelas cortes internacionais.

Segue-se ponderando no segundo capítulo sobre o que é o Dolo e como o aspecto volitivo do agente pode tipificar ou não uma conduta. Nessa seara, o capítulo trará especial enfoque para o chamado Dolo Específico que permeia e aparta os crimes complexos dos demais, bem como se a Teoria da Cegueira Deliberada poderia ser utilizada como mecanismo para reduzir a dificuldade de produzir conteúdo probatório sobre um ponto abstrato como a própria vontade do agente.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada de forma concreta no ordenamento Jurídico Brasileiro, se esta vem sendo aceita ou não pela jurisprudência pátria, com quais tipos de delitos ela tem se compatibilizado e que requisitos são necessários para sua aplicação no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende investigar a realidade pelo estudo da sua ação recíproca, não se limitando apenas a questões doutrinárias, mas contrapondo ao conhecimento a ideia de uma mudança constante para se chegar a um teorema adequado ao mundo contemporâneo, concluindo por sua comprovação ou rejeição argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será Comparativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para traçar paralelos com o direito comparado e sustentar a sua tese.

1. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: UMA DISCUSSÃO SOBRE SUA ACEITABILIDADE A NÍVEL INTERNACIONAL

A Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, tem diversas nomenclaturas na doutrina. Podem ser encontradas referências sobre a mesma também por alcunhas como Instruções da Avestruz ou Ostrich Instructions, Doutrina da Evitação da Consciência ou *Conscious Avoidence Doctrine* ou ainda como Ignorância Inventada ou *Contrived Ignorance*.¹

¹ KLEIN, Ana Luiza. *A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 13 de abr. 2019.



Tem sua origem na *Common Law*, tendo sido primeiro citada no emblemático caso *Regina v. Sleep* de 1861. Nesse precedente, o tribunal inglês julgou o caso de Sleep, um ferrageiro acusado de desviar bens públicos, assim resumido por Ana Luiza Klein²:

Sleep era um ferrageiro, que embarcou em um navio contêineres com parafusos de cobre, alguns dos quais continham a marca de propriedade do Estado inglês. O acusado foi considerado culpado pelo júri por desvio de bens públicos – infração esta que requeria conhecimento por parte do sujeito ativo. Ante a arguição da defesa do réu, de que não sabia que os bens pertenciam ao Estado, Sleep foi absolvido pelo juiz, sob a justificação de que não restou provado que o réu tinha deveras conhecimento da origem dos bens, bem como não houve prova de que Sleep se abstera de obter tal conhecimento. Tal julgamento levou a parecer que, caso restasse provado que o acusado tivesse se abtido de obter algum conhecimento da origem de tais bens, a pena cabível poderia equiparar-se àquela aplicada aos casos de conhecimento.

Desse precedente, pode-se extrair a raiz do instituto, qual seja, a ação de se abster de obter conhecimento sobre a ilicitude de determinada conduta. A jurisprudência Inglesa continuou a evoluir com o caso *Bosley v. Davies* de 1.875³, no julgamento do proprietário de uma pensão por permitir que jogos ilegais fossem realizados em seu estabelecimento. A ilicitude de tal conduta, sustentava o Réu, demandaria o conhecimento dos ilícitos ali sendo praticados.

O Tribunal, contudo, discordou.⁴ Para a corte, ainda que o conhecimento não fosse obrigatório, as circunstâncias do caso levavam à conclusão de que Davies tinha ou deveria ter o conhecimento quanto a esses ilícitos, ainda que alegasse o oposto.

A Teoria da Cegueira Deliberada, veio a ganhar força e aplicabilidade real no ordenamento Jurídico Estadunidense, em especial no combate ao crescente narcotráfico a partir da Década de 1970. No emblemático caso *Estados Unidos v Jewel* de 1976, consolidou-se o seguinte entendimento:

Ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é de que, no conhecimento padrão, diz-se que uma pessoa “sabe” fatos dos quais não tem certeza absoluta. Agir “dolosamente”, portanto, não é necessariamente um agir com conhecimento concreto do fato, mas também quando se age com conhecimento da alta probabilidade da existência do fato em questão. Quando tal percepção se faz presente, o conhecimento positivo não é requerido. (Tradução livre).⁵

Assim, para as cortes Norte Americanas, a conduta daquele que age dolosamente para o cometimento de um crime é equiparável à conduta daquele que age consciente da alta

² Ibidem.

³ Ibid..

⁴ ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. The Journal of Criminal Law Criminology. Northwestern University School of Law, USA. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em: 13 de abr. 2019.

⁵ ESTADOS UNIDOS. *United States v Jewel*. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/19227>> Acesso em: 13 abr. 2019.



probabilidade de o poder estar cometendo. Frise-se, contudo que aqui também se pode retirar um limite negativo. Não seria equiparável tal conduta se a aludida consciência da alta probabilidade não se fizer presente.

Diferentemente do modelo Brasileiro, onde a União tem competência privativa para editar leis de cunho penal, o modelo Norte Americano é Federativo, pelo que, cada um dos seus cinquenta estados tem competência legislativa própria, inclusive para editar normas criminais. Como forma de unificar essas legislações, o Instituto Americano de Direito ou *American Law Institute*, publica o chamado Código Penal Modelo – MPC – que serve como orientação aos Estados.

Nesse sentido, pode-se observar as disposições do MPC para avaliar a Culpabilidade. Para o modelo estadunidense, para que uma conduta seja considerada culpável, o indivíduo tem que ter agido com uma de quatro condutas, quais sejam: *Purposely* ou propositalmente, *Knowingly* ou conscientemente, *Recklessly* ou imprudentemente ou ainda *Negligently* ou negligentemente.⁶

Desses, sob o ponto de vista do Direito comparado, pode-se equiparar a conduta daquele que age Conscientemente ao que se chama de Dolo Eventual. Ao disciplinar o tema, o MPC, na sessão 2.02, item 07 apontou que para que sejam supridos os requisitos de modo a se considerar que uma conduta foi realizada Conscientemente, basta que haja a consciência quanto a alta probabilidade do delito. Nesse sentido, assim se apresenta:

Quando o conhecimento quanto a existência de um fato particular for elementar do tipo penal, tal conhecimento restará estabelecido se a pessoa tiver ciência da alta probabilidade de sua existência, a menos que ele realmente acredite que o mesmo tal fato é inexistente.⁷ (tradução livre)

Desse dispositivo pode-se concluir um fato interessante, qual seja, diante de um caso onde seja aparente a alta a probabilidade de um ilícito, para se aferir o Conhecimento do Fato do agente em busca de seu dolo, não se buscam mais indícios de que esse poderia ter conhecimento quanto ao crime, mas sim indícios de sua convicção por sua inexistência. Ou seja, opera-se aqui uma inversão no ônus probatório, de modo que ao Réu caberia apresentar provas que justificassem sua falsa percepção da realidade de modo a afastar a culpabilidade.

⁶ ESTADOS UNIDOS. *Model Penal Code: Official Draft And Explanatory Notes*. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2019.

⁷ *Ibidem*.

A Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu sua primeira decisão aplicando as Instruções da Avestruz em 2011 no caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*⁸. Não obstante se tratar de um caso cível, entendeu a Suprema Corte que o precedente referendaria principalmente a aplicação da teoria nos casos criminais. Além disso, balizou o instituto para ser validamente aplicado, estabelecendo para tanto

O primeiro deles é de que o réu subjetivamente acredite que há uma alta probabilidade de o fato existir. Aqui, se atrela tanto o grau de consciência quanto à probabilidade ao grau de consciência do agente por si só. Um indivíduo que não está em suas plenas capacidades psíquicas não poderia ser considerado consciente quanto à probabilidade do fato típico.

Em segundo lugar, o réu deve deliberadamente atuar para evitar o conhecimento do fato. Havendo prova desses fatos, poderia concluir-se que a vontade do agente ultrapassou a mera culpa, atingindo teria um estado mental que ultrapassaria o estado de Imprudência - *Recklessly*, permitindo se afirmar que o mesmo atuou com dolo eventual, ou seja, Conscientemente - *Knowingly*.

A Teoria da Cegueira Deliberada, contudo, não mais se restringe aos países adeptos da *Common Law*. O Estatuto de Roma, internalizado no Brasil pelo Decreto n.º 4.388/02⁹ e ratificado atualmente por 123 países, instituiu o Tribunal Penal Internacional. Considerando este elevado número, pode-se concluir que quase dois terços do mundo hoje se submetem à sua jurisdição.

O artigo 28, a, I do referido estatuto internalizou a Teoria da Cegueira deliberada, ao responsabilizar criminalmente os chefes militares e outros superiores hierárquicos que tinham conhecimento ou em virtude das circunstâncias do momento, deveriam ter tido conhecimento de que as forças sob seu comando estavam a cometer ou preparavam-se para cometer crimes.

No que tange especificamente aos Crimes de Lavagem de Dinheiro e corrupção, a Teoria da Cegueira tem sido igualmente bastante recepcionada. Como destaques nesse sentido, pode-se apontar as recomendações do *Group d'action financière Le blanchiment de capitaux - GAFI*¹⁰, padrão internacional no combate à lavagem de dinheiro e o Terrorismo, bem como na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo

⁸ ESTADOS UNIDOS. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=btlj>> Acesso em: 24 fev. 2019.

⁹ BRASIL. *Decreto n.º 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

¹⁰ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Recomendações do GAFI de fevereiro de 2012*. Disponível em: <<https://www.fatf-.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019

Decreto 5.015/04¹¹ e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto 5.687/06¹².

Nesse sentido, a fim de entender as nuances da adequação da Teoria da Cegueira Deliberada e como esta tem se moldado às peculiaridades do combate aos crimes complexos, em especial o de lavagem de capitais, necessário se faz um aprofundamento específico, como será visto a seguir.

2. O DOLO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Ao falar-se de dolo, é imprescindível uma breve análise da evolução dos sistemas penais, com destaque para as teorias da ação e sua evolução. Assim, inicialmente cabe apontar o sistema clássico ou causal de Von Liszt e Beling.

Para Von Liszt, o sistema penal deveria ser construído sob aspectos puramente técnico-jurídicos, tendo por objeto a legislação positiva.¹³ Esse partia da premissa – equivocada – de que o Direito se extraía da natureza humana, ou seja, do *ser*. O Causalismo analisava o comportamento humano de um prisma puramente descritivo: matar alguém, sob a ótica causalista, seria meramente provocar o resultado morte. Analisava-se apenas se um comportamento humano voluntário teria ou não causado esse resultado morte. Isso porque o conceito de ação se transcrevia apenas como um movimento corporal causador de um resultado.

O aspecto técnico jurídico a que Von Liszt se referia nada mais era do que o exame da legislação sem qualquer apreciação valorativa de seu conteúdo. Deste modo, o enfoque de sua teoria acabava por residir em aspectos estruturais e não nas possíveis funções do Direito Penal. Isso porque o positivismo Jurídico buscava intrinsecamente elevar o Direito ao status de ciência em sua época.

A grande falha do sistema Causalista era desligar o comportamento humano de um controle mental. Para esta teoria, Dolo e culpa, estavam inseridos na culpabilidade, o que permitiria que o dolo fosse quantificado, de modo que poder-se-ia falar, por exemplo, em dolo intenso.

¹¹ BRASIL. *Decreto n.º 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: 24 fev. 2019

¹² Idem. *Decreto n.º 5.687*, de 31 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

¹³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 96.



A fim de minorar o dogma causal, mas ainda interpretando o Direito como uma ciência do ser, surgiram o movimento Neoclássico e o Neokantismo. Criticavam os modelos de Liszt e Beling pela separação metodológica que esses últimos faziam entre injusto e a culpabilidade, reservando ao primeiro todos os elementos objetivos do delito e à segunda seus aspectos subjetivos.

Como avanço, destaca-se o fato de que o Neokantismo não mais estuda o crime sob uma perspectiva meramente descritiva e neutra como no sistema Clássico, passando agora a valorar a ação enquanto devida ou indevida. Assim, a culpabilidade, até então vista como o aspecto subjetivo do crime ou psicológico da ação, adquiriu um novo status, passando a abranger a censurabilidade ou a reprovação jurídica do comportamento pessoal do agente, que deveria ter agido de outro modo, segundo as prescrições legais.¹⁴

Nesse sentido, a parte mais importante desta teoria está em terem sido agregados elementos normativos à culpabilidade. Aqui entra a expressão “poder agir de outro modo”, referente às hipóteses em que é possível exigir do agente um comportamento distinto a ser tomado, mantendo a conformidade ao Direito.

A seguir, tem-se o Finalismo. Enquanto os Causalistas podem ser considerados idealistas por criar um conceito ideal de conduta que se aplica apenas ao Direito Penal, os Finalistas, são realistas, porque trabalham com um conceito real de conduta segundo o qual a voluntariedade e a finalidade da conduta não podem ser separadas.

A Teoria Finalista é atribuída precipuamente a Hans Welzel. Welzel buscou um conceito de conduta fora do mundo do Direito, passando a entender que toda ação, seja ela penalmente relevante ou não, pressupõe um plano subjetivo, ou seja, que toda ação voluntária é finalisticamente dirigida.

Ademais, Welzel defendia que não faria sentido considerar penalmente relevantes condutas que não fossem dotadas de consciência e vontade, excluindo-se da aplicação da norma penal, por consequência, meros atos de reflexos ou oriundos de coação física irresistível.

Assim, a ação enquanto mera causa de um resultado seria irrelevante, não merecendo designação. Já a ação final, ou seja, de uma vontade dirigida pela antecipação das consequências do ato, seria vidente, e por isso, passível de regulação pelo Direito.¹⁵

Numa perspectiva finalista, dolo e culpa não se quantificam. Assim, o grau de reprovabilidade, no Finalismo, é sopesado na esfera da culpabilidade, para onde dolo e culpa foram deslocados. Com a transferência da consciência da ilicitude, para a culpabilidade, a

¹⁴ Ibidem. p. 99.

¹⁵ Ibidem. p. 101.

doutrina hoje entende que basta a potencial consciência da ilicitude para que se configure o crime.

Assim, para os finalistas, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Tem-se, portanto, uma culpabilidade normativa pura, pois ela só possui elementos normativos.

O dolo do Finalismo se despe de qualquer conteúdo valorativo, razão pela qual é chamado de dolo natural. Conseqüentemente, o injusto passa a ser objetivo-subjetivo, uma vez que é composto pela tipicidade objetiva pela subsunção da conduta à norma penal incriminadora e pela tipicidade subjetiva na seara do dolo ou da culpa.

Superada essa compreensão inicial, pode-se concluir que o Direito Penal Brasileiro, ao adotar precipuamente a teoria finalista, permitiu que seja analisada não apenas o desvalor do resultado do crime, mas também o desvalor da conduta do agente.

Assim, pode-se concluir que o indivíduo que atua com consciência e vontade visando atingir um resultado atua com desvalor diferente daquele que jamais quis o resultado, mas apenas violou um dever objetivo de cuidado, acabando por agir de forma culposa.

Ademais, passou a ser possível uma separação entre a conduta deste agente que viola o dever objetivo de cuidado com a do agente que, mesmo sem desejar diretamente sua produção, recepciona ou é indiferente ao risco de que este se produza, agindo com o chamado Dolo Eventual.

O Código Penal Brasileiro¹⁶ definiu o crime doloso em seu art. 18 inciso I, ao estabelecer que o mesmo ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Desta forma, tornou-se clara a intenção do legislador em equiparar a conduta daquele que comete o crime doloso aquele que age com o Dolo Eventual. Nessa seara, a individualização se dará durante a aplicação da pena com a análise das circunstâncias judiciais, entre as quais, a culpabilidade.

Os crimes de lavagem de capitais são, precipuamente, crimes complexos, decorrendo de dissimulação e ocultação de forma a evitar sua detecção pelas autoridades públicas. Assim, via de regra, envolvem transações financeiras complexas, com o emprego de subterfúgios como a utilização de pessoas interpostas, *off-shores* e remessas de dinheiro para paraísos fiscais, aproveitando-se das dificuldades inerentes à cooperação judiciária internacional para dificultar seu rastreamento.

¹⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 abr. 2019.

Não bastassem tal aspecto probatório material intrincado, talvez seja ainda mais difícil provar o elemento subjetivo nesses crimes. Isso porque os crimes de lavagem de capitais favorecem, por sua complexidade material, a apresentação de escusas a princípio razoáveis por parte dos agentes. Numa égide comparativa, é deveras mais simples apresentar justificativas para a prática de atos financeiros complexos do que justificativas para crimes simples, como um homicídio ou um roubo.

Para contornar essa situação, a legislação internacional tende a criar regras mais compatíveis com as dificuldades probatórias dos crimes complexos, em especial permitindo que se infiram os aspectos subjetivos do agente através de uma análise das circunstâncias fáticas objetivas.

Nesse sentido, pode-se apontar a antes citada Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto N° 5.687/06. Tal convenção buscou flexibilizar e estabelecer mecanismos para combater o crime de corrupção e outras formas de delinquência que lhe são conexas, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo nesta lavagem de dinheiro e assim dispôs em seu artigo 28:

Art.28 Conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito:
O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.¹⁷

De tal regra conclui-se, portanto, que o elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, ou seja, a intenção criminosa, poderá ser provado por meio de elementos objetivos, pelo que, dependendo das provas colacionadas aos autos, poderá o juiz inferir que o desconhecimento do agente seria impossível no caso concreto.

Dentre outros aspectos probatórios, poderá o magistrado considerar as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal das operações econômicas. Nesse sentido, a Carta Circular N° 3.542/2012 do BACEN¹⁸, 106 indícios de ocorrência do crime de lavagem de capitais que são passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Entre tais indícios pode-se encontrar situações como a realização de depósitos ou saques incompatíveis com a capacidade econômica do cliente; o aumento substancial de

¹⁷ BRASIL. *Decreto n° 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 17 mar. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Circular n° 3.542*, de 12 de março de 2012. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

depósitos em espécie; a fragmentação de depósitos em espécie de forma a dissimular o valor total da movimentação; realização de depósitos de grandes valores em espécie, de forma parcelada, especialmente em regiões geográficas de maior risco, principalmente nos mesmos caixas ou terminais de autoatendimento próximos, destinados a uma única conta ou a várias contas em municípios ou agências distintas, negociações atípicas em moeda estrangeira e cheques de viagem, realização ou proposta de operação com pessoas naturais ou jurídicas, inclusive sociedades e instituições financeiras, situadas em países que não apliquem ou apliquem insuficientemente as recomendações do Grupo de Ação contra a Lavagem de Dinheiro, entre outros.

Superadas tais premissas, necessário se faz discutir se o crime de lavagem de capitais no Brasil requer Dolo Direto para sua configuração ou se este admite também a modalidade de Dolo Eventual. Em outras palavras, passa a ser necessário avaliar quando se pode dizer que um agente assumiu o risco de utilizar, na atividade econômica ou financeira, valores que poderiam ser provenientes de crimes anteriores e se tal assunção seria penalmente punível.

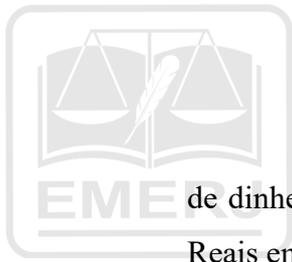
Nesse sentido, tende o direito penal pátrio a equiparar a conduta do agente que deseja o resultado direto da conduta com a do agente que, suspeitando ou devendo suspeitar que seu comportamento pode ser criminoso, opta conscientemente por se manter na ignorância acreditando que, assim, seria possível evitar uma futura condenação penal, assumindo o risco de produzir o resultado típico, ou seja, aplica-se aqui a Teoria da Cegueira Deliberada.

Assim, as cortes nacionais tem crescentemente se valido da antes referida Teoria da Cegueira Deliberada como forma de se delinear o aspecto volitivo do agente nos chamados crimes complexos, utilizando os elementos objetivos do crime para inferir os elementos subjetivos, valendo-se dos princípios e normas acima elencados, através da jurisprudência analisada no próximo capítulo.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

A primeira aparição relevante da Teoria da Cegueira Deliberada nas cortes nacionais deu-se na Ação Penal 2005.81.00.014586-0 CE¹⁹, que julgou réus acusados de envolvimento no furto qualificado ao caixa-forte do Banco Central de Fortaleza. Na ocasião, discutia-se também a culpabilidade dos sócios de uma revendedora de carros quanto ao crime de lavagem

¹⁹ BRASIL. TRF5. *Apelação Criminal* nº 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: 24 fev. 2019



de dinheiro, por estes terem vendido aos autores do assalto aproximadamente um milhão de Reais em veículos, pagos à vista e em pacotes de notas de Cinquenta Reais.

Argumentava-se que, ainda que os sócios não tivessem a percepção de que o numerário utilizado tinha origem direta no furto ao Banco Central, certamente deveriam ter se valido do senso comum para vislumbrar a origem ilícita do dinheiro. Com esse entendimento, o juiz de primeira instância condenou a ambos os sócios pelo crime de Lavagem de Dinheiro, com base na Teoria da Cegueira Deliberada, argumentando que a ignorância deliberada equivaleria à Dolo Eventual.

No entanto, em sede recursal, o TRF5 entendeu pela absolvição dos Réus, em decisão com um importante entendimento: Que a Teoria da Cegueira Deliberada estava, sim, recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, mas que, para a sua aplicação, seria necessário que o crime cometido admitisse o Dolo Eventual, o que não seria o caso no crime de Lavagem de Dinheiro.

Isso porque, para os doutos julgadores na ocasião, se fosse da vontade do legislador prever o dolo eventual para o crime de lavagem de dinheiro, este deveria tê-lo feito de forma expressa na lei 9.613/98. Assim, ao não fazê-lo, seria necessário o dolo direto para que houvesse condenação dos réus pela lavagem de capitais, o que não poderia ser percebido no caso concreto. Ademais, haveria requerimento expresso de dolo direto pela redação então vigente do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I da Lei de Lavagem de Capitais, que demandava o conhecimento do agente quanto à proveniência criminosa dos valores, assim se apresentando:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...) § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.²⁰

Tal entendimento, no entanto, foi posteriormente afastado pelo STF na emblemática ação penal 470, o caso mensalão. Nesse julgamento, o decano da corte, Ministro Celso de Mello admitiu a possibilidade de se configurar crime de lavagem de capitais quando o agente age com dolo eventual, com apoio direto na Teoria da Cegueira Deliberada, mesmo sob os crimes cometidos sob a égide dessa redação da lei de lavagem de capitais. Nesse sentido,

²⁰ Idem. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

apontou o Ministro que os agentes fingiam não perceber determinadas situações de ilicitude para, então, alcançar a vantagem indevida pretendida.

No entanto, ao condenar os Réus Anderson Aduato, João Magno e Paulo Rocha, entendeu que suas condutas foram tomadas por dolo direto, uma vez que estes buscaram ativamente conferir aparência lícita a dinheiro de origem ilícita, além de se valerem de mecanismos que visavam ocultar o rastro de suas participações no delito.

Em 2012 foi editada a lei 12.683²¹, que trouxe significativas mudanças para a lei de Lavagem de Capitais, suprimindo, em especial, os termos “sabe serem provenientes” de seu artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal:
(...)§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:
I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.

Com essa alteração, restou clara a intenção do legislador em estender o alcance da norma ao indivíduo que assume o risco de se utilizar de bens, direitos ou valores cuja procedência desconheça, mas que, por suas peculiaridades, devessem fazê-lo suspeitar de sua origem criminosa.

Após tais precedentes, a Teoria da Cegueira deliberada vem sido aplicada de forma crescente, em especial pelas cortes ordinárias não só para o crime de lavagem, mas para uma diversa gama de delitos.

Na ACR nº501703-08.2014.4.04.7002/PR²², o TRF4 manteve a condenação do réu pelo crime de contrabando se valendo da Teoria, sob o argumento de que “eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga transportada não exime o réu pela responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever.”

Na APR 10699130095242001/MG²³, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que o réu poderia ser condenado pelo crime de tráfico de drogas, apontando que “segundo a teoria da cegueira deliberada, não fica eximido da responsabilidade o agente que ignora voluntariamente o próprio em negócios escusos ou ilícitos” e que “a acusada sabia e permitia

²¹ BRASIL. *Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

²² Idem. TRF4. *Apelação Criminal nº 501703-08.2014.4.04.7002/PR*. Relator Claudia Cristina Cristofani. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/668554618/apelacao-criminal-acr-50107030820144047002-pr-5010703-0820144047002>> Acesso em: 24 fev. 2019.

²³ Idem. TJ-MG. *APR 10699130095242001/MG*. Relator Agostinho Gomes de Azevedo. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679134733/apelacao-criminal-apr-10699130095242001-mg>> Acesso em: 24 fev. 2019.

que em sua residência ocorresse a comercialização de drogas, inclusive por adolescentes.”. Esse caso, no entanto, resultou em uma absolvição em razão da prescrição.

Na AP 0000126-57.2015.7.02.0202/SP²⁴, o Superior Tribunal Militar manteve a condenação da Ré pelo crime de falsificação de documento público previsto no art. 311 do Código Penal Militar, sob o argumento de que “Não comparecer à qualquer consulta médica e ignorar o conteúdo do documento falso comprovam que a Acusada agiu a título de dolo eventual, com base na Teoria da Cegueira Deliberada.”.

Talvez a mais emblemática aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na jurisprudência brasileira contemporânea seja na Ação penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR²⁵, que julgou os crimes ocorridos no âmbito da chamada operação Lava Jato. Nessa, as instruções da avestruz têm sido utilizadas de forma reiterada para embasar condenações pelos crimes de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, o então Juiz Sérgio Fernando Moro, hoje Ministro da Justiça, apontou que:

Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

Em estudo mais amplo e prévio à referida ação, o próprio Moro já havia balizado a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada para aferir as condutas criminosas nos crimes de lavagem de dinheiro. Entre outros apontamentos em seus livros e processos, entendeu o Ministro, fazendo um estudo à época sobre a égide do antigo texto da lei de lavagem de Capitais, que o dolo direto no crime de lavagem de dinheiro exigiria o conhecimento de que os bens, direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividade criminosa, mas não necessariamente o conhecimento específico do crime antecedente, inclusive quanto à sua espécie.

Com esse entendimento, seria admissível o dolo eventual para o crime de lavagem de dinheiro, respondendo o agente que, mesmo sem conhecimento pleno, assumiu o risco de que os valores por ele geridos sejam provenientes de atividade criminosa, ao se manter em um estado de ignorância deliberada na esteira da Teoria da Cegueira Deliberada.

²⁴ Idem. STM. *Ação Penal n° 0000126-57.2015.7.02.0202/SP*. Relator Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461154379/apelacao-ap-1265720157020202-sp>> Acesso em: 24 fev. 2019.

²⁵ Idem. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Ação Penal n° 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339694341/apelacao-criminal-acr-50262128220144047000-pr-5026212-8220144047000/inteiro-teor-339694381>> Acesso em: 24 fev. 2019.

Além disso, também podemos auferir de seus estudos que o dolo poderia ser inferido da prova dos elementos objetivos do crime de lavagem quando esses autorizassem a conclusão de que era impossível ao agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, direitos e valores por ele utilizados.

Pelo exposto, a aplicação da Teoria da Cegueira deliberada tem se consolidado na jurisprudência pátria, tendo se mostrado hábil no combate a um leque amplo de crimes que se compatibilizam com o dolo eventual. Ademais, tem sido apresentada como mecanismo efetivo para se julgar os chamados crimes complexos, em especial o de lavagem de capitais, agindo como ferramenta para contrabalancear a dificuldade de se aferir o aspecto volitivo e o grau de conhecimento da realidade do agente, que refreavam sua possível condenação.

CONCLUSÃO

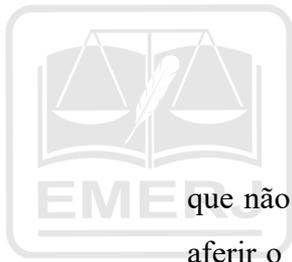
A evolução da Teoria do Crime, demonstrou a essencialidade de se aferir não apenas a conduta do agente, mas também o seu elemento volitivo para a individualização do seu delito. Tendo a responsabilização penal do indivíduo apenas pelo dolo direto se mostrado insuficiente para coibir todas as condutas penalmente reprováveis, o Direito Penal encontrou no Dolo Eventual e na Culpa Consciente instrumentos hábeis para abarcar uma miríade maior de fatos típicos.

Nessa seara, ainda havia um vácuo de responsabilização penal a ser suprido no que se tangia ao indivíduo que, propositalmente, se blindava da plena consciência quanto a ilicitude de seus atos, tanto para se salvaguardar quanto por ser este o modus operandi essencial dos crimes que visava cometer.

O surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu justamente para evitar que essas condutas de negação ativa conscientes e prévias do indivíduo pudessem permitir que esse se beneficiasse de sua própria torpeza.

Como foi observado, a Teoria da Cegueira Deliberada tem sido amplamente recepcionada pela jurisprudência brasileira, a utilizando como mecanismo hábil a permitir uma equiparação da conduta do agente ao Dolo Eventual, o que implica a possibilidade de sua responsabilização por crimes dolosos.

Nesse sentido, tem sido especialmente bem-sucedida para aferir a responsabilidade do agente nos crimes complexos, como corrupção e lavagem de dinheiro, onde suas condutas poderiam ser consideradas atípicas se vistas de forma isolada ou mesmo ser afastada naqueles



que não admitem modalidade culposa. Assim, acaba por contrabalancear a dificuldade de se aferir o aspecto volitivo e o grau de conhecimento da realidade do agente, que refreavam sua possível condenação.

Obviamente, não é uma panaceia a ser utilizada para toda e qualquer conduta, sendo necessária uma maior ponderação do magistrado para sua aplicação, bem como que esse verifique se estão presentes os requisitos para a sua adoção. Não basta alegar que o agente agiu com mera assunção de risco de ocorrência do ato, sob pena de uma indevida inversão do ônus probatório no processo penal, o que forçaria ao agente a ter de produzir prova negativa.

Nesse sentido, em que pese não se consiga comprovar a consciência de ilicitude no momento do atuar criminoso do agente, cabe à acusação comprovar e ao magistrado concluir que ou a ausência de consciência se deu por uma atuação voluntária anterior do agente ou que, ao cidadão médio, seria extremamente improvável, tal desconhecimento, se esse houvesse diligenciado minimamente para que a Teoria da Cegueira Deliberada seja corretamente empregada.

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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339694341/apelacao-criminal-acr-50262128220144047000-pr-5026212-8220144047000/inteiro-teor-339694381>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. Circular nº 3.542, de 12 de março de 2012. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. 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: 24 fev. 2019

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

_____. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *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: 24 fev. 2019.

_____. STM. *Ação Penal n.º 0000126-57.2015.7.02.0202/SP.* Relator Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461154379/apelacao-ap-1265720157020202-sp>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TJ-MG. *APR n.º 10699130095242001/MG.* Relator Agostinho Gomes de Azevedo. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679134733/apelacao-criminal-apr-10699130095242001-mg>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TRF4. *Apelação Criminal n.º 501703-08.2014.4.04.7002/PR.* Relator Claudia Cristina Cristofani. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/668554618/apelacao-criminal-acr-50107030820144047002-pr-5010703-0820144047002>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TRF5. *Apelação Criminal n.º 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: 24 fev. 2019.

_____. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 1.: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=btlj>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *Model Penal Code: Official Draft And Explanatory Notes.* Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *United States v Jewel.* Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/19227>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2013.

KLEIN, Ana Luiza. *A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro.* Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.



PODGOR, Ellen. *Supreme court speaks about willful blindness*. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html> Acesso em: 17 mar. 2019.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Recomendações do GAFI*, de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

ROBINSON, Paul H. e DUBBER, Markus Dirk. *An introduction to the model penal code*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2019.

A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO

Flora Silva Fernandes

Graduada pela faculdade de Direito Uni
La Salle do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo-o presente trabalho tem como objetivo analisar a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para assegurar o direito mais precioso que é a vida. Será analisada a atuação do Poder Judiciário para efetivar tais direito. Primeiramente, o referido artigo faz uma análise da saúde pública brasileira de forma ampla, destacando as características do SUS – Sistema único de Saúde- no Brasil, e os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988. Em seguida, será analisado de forma específica a necessidade da judicialização para assegurar direitos, devido a omissão estatal. Será destacado no decorrer do presente trabalho científico o desrespeito diário enfrentados pela população quando necessita do SUS. Será exposto que tal desrespeito vai além da falta vagas em unidades públicas, se estendendo a itens básicos como medicamentos e utensílios indispensáveis à realização de procedimentos. Por fim, será observada a relação entre o setor privado e o setor público, a solidariedade entre eles, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à saúde. Direitos Sociais. Saúde Pública. Sistema Único de Saúde- SUS. Princípio da Dignidade Humana.

Sumário - Introdução. 1- A positivação da saúde pública na constituição. 2- Judicialização e ativismo judicial. 3- Intervenção do poder público nas políticas públicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa científica é refletir sobre a necessidade da judicialização como forma de assegurar direitos básicos a população. Sendo o principal objetivo demonstrar como o Judiciário atua além de sua competência, para assegurar tais direitos positivados na Constituição, e violados por parte Estado.

Devido a omissão por parte do Estado surge a obrigação da intervenção do Poder Judiciário, e conseqüentemente judicialização e a solidariedade estatal, cujo o principal objetivo é assegurar a população o direito a saúde efetivo, disponibilizando um tratamento adequado e digno, trazendo maior celeridade e eficiência para um momento tão delicado.

Em decorrência da solidariedade estatal, foram analisados em diversos julgados a atuação complementar por parte da rede privada.

Diante da omissão do Estado, inúmeras ações foram propostas fazendo com que os Tribunais Superiores se manifestassem sobre a referida temática.

O primeiro capítulo trata da Saúde como uma garantia fundamental, fazendo uma abordagem minuciosa do surgimento da saúde Pública no Brasil. Pode se observar que através da Constituição Federal de 1988 a saúde foi positivada de fato no ordenamento como um direito fundamental. Desta forma, o art. 196 da Constituição Federal positiva que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado que tem o dever de garanti-la seu acesso a todos.

No entanto, como notório de todos, a saúde no Brasil cada vez mais está em situação de calamidade pública, os hospitais públicos estão praticamente impossibilitados de fazer os atendimentos básicos devido à falta de utensílios básicos para primeiro atendimento. Quando as pessoas por sorte conseguem ser atendidas estão impossibilitadas de prosseguir no tratamento, pois não há medicamento disponível nas secretarias do Estado e do Município, o que acaba acarretando uma necessidade de judicializar a questão.

O segundo capítulo trata efetivamente do surgimento da judicialização e do ativismo judicial. Observa que o tema ganhou relevância devido a inércia, à omissão e à ausência de recursos por parte do Estado para satisfazer os direitos essenciais a dignidade da pessoa humana, surgiu a necessidade de o Judiciário se manifestar e intervir, cujo o grande objetivo foi assegurar a supremacia das normas constitucionais.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a solidariedade dos entes públicos e particulares, mostrando na prática como essa solidariedade ocorre.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elegeu um conjunto de posições hipotéticas (premissas) 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 – legislação, doutrina e jurisprudência- para sustentar a sua tese e analisar as recentes decisões da Corte Constitucional.

1. A POSITIVAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO

O Brasil, por ser um país com grandes dimensões e vasta desigualdade social e regional, gera um grande desequilíbrio na sociedade, o que tem afetado em demasia a educação sanitária da população. Registra-se que, há quatro décadas, houve uma reforma no sistema de saúde brasileiro que modificou, significativamente, a saúde no país.



Antes da mencionada reforma não havia o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. O que tinha era apenas o Ministério da Saúde. O referido Ministério, juntamente com os Estados e os municípios, promovia as ações de saúde e as estratégias adotadas para as prevenções das doenças, disponibilizando-as para toda a sociedade brasileira. Cabe destacar que aquela reforma não foi conduzida pelo Governo Federal, mas sim pela sociedade civil. Com a Constituição de 1988, houve a criação do SUS, que passou a ter o objetivo de ampliar o acesso da população à saúde, desenvolvendo a educação sanitária no Brasil. A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 196¹ que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo um direito de estatura fundamental, de grande densidade e, por conseguinte, revelado como uma cláusula pétrea. Diante disso, podemos afirmar que o Estado brasileiro tem o dever Constitucional de garantir a saúde e o seu acesso para todos os indivíduos.

Observa que o art. 197, da CRFB/88² faz referência à regulamentação, à fiscalização e ao controle da saúde no Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento dos direitos humanos, sendo ele primordial para a criação dos outros princípios e de direitos. Vale destacar que este princípio está presente na Carta Magna, tendo ele lugar de destaque e já positivado em diversas constituições. A Constituição da República, em art. 1º, III, faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana.³

Além de positivada na Constituição da República Federativa Brasileira, a dignidade da pessoa humana também está prevista na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 8º do título II:⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor inerente à pessoa, podendo ele ser espiritual ou moral, sendo esse direito estendido a todos independentemente de raça, religião, posição social, não podendo fazer distinção entre nenhum ser humano.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

² Ibidem. “ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

³ BRASIL. op. cit. nota 1.

⁴ BRASIL. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. “Art. 8º - Todos têm o direito de viver com dignidade. Parágrafo único - É dever do Estado, garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer, as atividades econômicas e a acessibilidade, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo. * (Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 51, de 06/12/2011) Art. 9º - O Estado. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 06 ago. 2019

Segundo Jorge de Miranda⁵, o princípio da dignidade humana “atua como “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais”.

Vale destacar ainda que o princípio da dignidade humana juntamente com a sociedade sofre uma modernização, não ficando desta forma ultrapassada. Assim, pode-se falar que esse princípio é primordial para garantir o acesso à saúde a todos de forma gratuita, tendo em vista que o principal foco desse princípio é a dignidade da vida humana, com base no referido princípio, todas as pessoas merecem ter um acesso à saúde de forma digna e respeitosa devendo este serviço básico ser oferecido pelo SUS.

Atualmente o sistema único de saúde é formado por prestadores de serviços, que podem ser instituições privadas prestadoras de serviço público. O SUS é dividido em três subsetores: (i) o subsetor público, onde os serviços são financiados pelo estado; (ii) o subsetor privado, onde a rede privada atua, podendo ou não ter fins lucrativos; e (iii) o subsetor suplementar, em que temos os subsídios fiscais e os planos de saúde privados. Destaca-se que todo o financiamento do SUS é realizado por meio dos impostos e das contribuições sociais, que são pagos pelos cidadãos, arrecadados e destinados a seguridade social.

O SUS é regulado no Brasil pela Lei nº 8.080/90⁶, que estabelece as regras gerais de aplicação daquele Sistema, mas que não exaure as suas atribuições, porquanto o SUS tem, além das atribuições previstas naquela norma, a de incentivar as pesquisas científicas; criar fundos através dos recursos humanos para desenvolver a saúde; fiscalizar procedimentos; e executar ações de vigilância sanitária.

A Constituição Federal de 1988 em seu título VIII, menciona a Ordem Social, nos artigos 193 ao 204, sendo a seguridade social dividida em alguns subitens como saúde, seguridade social e previdência social.

Nesta seara de estudo, Alexandre de Moraes⁷ leciona que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A seguridade social é regida por três princípios essenciais à saúde que são o princípio da igualdade, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento e, por último, o da solidariedade financeira. O princípio da igualdade dispõe que todos os cidadãos têm que ser

⁵ MIRANDA apud SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 7 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.85.

⁶ BRASIL. *Lei do Sistema Único de Saúde nº 8.808/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 843.



tratados de forma igual perante a lei, de acordo com o critério do ordenamento jurídico. O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, no ordenamento jurídico tem o objetivo de fazer com que a seguridade social se torne acessível a todos que necessitam, sem fazer distinção de brasileiros natos ou naturalizados, desta forma, o serviço tem que estar disponibilizado a todos que lhe recorrerem.

João Vianna leciona⁸ “o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento na seguridade social é abrandado na previdência social, pois depende de contribuição dos segurados. Assim, quem não contribui está excluído do regime previdenciário”.

Por fim, tem o princípio da solidariedade financeira, que é um assunto que vem sendo discutido constantemente pelo poder judiciário. Esse princípio em sua definição dispõe que todos os entes federativos sem distinção têm responsabilidade solidária, ou seja, respondem conjuntamente; quando um ente não cumpre uma obrigação, o outro obrigatoriamente tem que cumpri-la. Cabe destacar ainda que a responsabilidade dos entes federativos se tornou questão pacificada na jurisprudência segundo o Supremo Tribunal Federal⁹:

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.

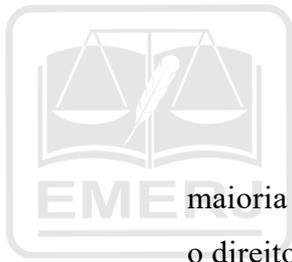
A Constituição da República também se referiu em relação ao custeio que será financiado por toda a sociedade, podendo ser de forma direta ou indireta. Diante disso, o Poder Público tem como critério obrigatório organizar seus objetivos sendo eles o custeio, atendimento e a universalidade de cobertura.

2. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Antes de tratar propriamente da judicialização e do ativismo judicial, deve-se observar primeiro o que levou a judicialização e o ativismo judicial. Sendo assim, analisa-se inicialmente a relação entre o direito e a política. Nessa esfera, a política é a vontade da

⁸ VIANNA, João Ernesto Aragones. *Curso de Direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal *RE n° 885178*, Relator. Ministro Luiz Fux. Julgado em: 05/03/2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 nov. 2018.



maioria e o direito é a supremacia da lei, ou seja, é o domínio da razão pública. Deste modo, o direito e a política atuam de forma conjunta, sendo o direito um dos principais produtos da política. Portanto, em um Estado democrático de direito, o momento da criação das normas é o reflexo de uma vontade política, legitimando e limitando o poder político.

A aplicação do direito no poder político é dividida em duas categorias sendo elas, a independência do Poder Judiciário, o segundo fator seria a independência dos juízes. Á vista disso, observa que as decisões dos magistrados devem ser fundamentadas em alguma norma, norma esta que foi estabelecida pelo legislador, sendo vedado que o juiz aja de ofício.

Vele destacar que a Carta Magna de 88, positiva o princípio da separação dos poderes em seu art.2º¹⁰, sendo este uma clausula pétrea. De acordo com esse princípio o poder Executivo, Legislativo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si, onde cada qual exerce sua função típica e atípica.

Devido à omissão, a inércia, e ausência de recursos por parte do Estado para garantir direitos essenciais a e garantir a dignidade humana, bem como o fornecimento de medicamentos, insumos, internações em leitos, surge a necessidade do Judiciário se manifestar, cujo o objetivo é assegurar a supremacia das normas constitucionais.

Para melhor entender essa temática é necessário analisar primeiro o que se entende por judicialização da vida pelo Poder Judiciário e o ativismo judicial.

Segundo Barroso¹¹ judicialização significa que “uma parcela do poder político está sendo transferidas das instâncias políticas tradicionais para o poder judiciário, significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas sociais ou morais de largo alcance estão tendo sua instância final de decisão perante o poder judiciário” sendo este um fenômeno mundial.

A judicialização decorre do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, bem como, do modelo de constituição analítica, o que permite que discussões de largo alcance moral e político sejam trazidos por meio de ações judiciais. Por estes motivos, cada vez fica mais claro que a judicialização é um fato no ordenamento brasileiro.

No entanto, o ativismo judicial é uma atitude; é o modo proativo de interpretar a Constituição, inclusive podendo ir além de situações que não foram contempladas pelo constituinte ou pelo legislador.

¹⁰ BRASIL. op. cit.; nota 1.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização e Ativismo Judicial*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/aulas/>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Segundo Barroso¹² o surgimento do ativismo judicial decorreu da decisão de um caso emblemático da Suprema corte Americana, cujo o tema era a segregação racial.

Neste giro, o ativismo judicial tem uma face positiva e outra negativa, a face positiva é a atuação do Poder Judiciário atendendo demandas sociais importantes que não foram atendidas pelo Estado. No entanto, a face negativa é que o Poder Legislativo na maioria das vezes não consegue atender as demandas sociais.

O exemplo mais notório do ativismo judicial são as inúmeras ações que tramitam no Judiciário atualmente, cujo o objetivo é sempre garantir aos cidadãos um tratamento digno. As ações mais corriqueiras são as que pleiteiam medicamentos e insumos necessários essenciais para continuidade e efetivação do tratamento. Além dessas, também estão presentes no Judiciário inúmeras ações que pleiteiam vagas em hospitais públicos e particulares para internações e realização de cirurgias emergenciais quando já esgotadas todas as possibilidades por meios administrativos. Destaca-se, que atualmente vem surgindo cada vez mais ações solicitando o bloqueio de verba do Estado para a aquisição de medicamentos e insumos, tendo em vista que as secretarias dos Estados e dos municípios estão cada vez mais escassas devido a crise econômica do país. O objetivo do ativismo é sempre promover melhores condições a população e privilegiando a vida, conforme dispõe a Constituição da República de 1988.

Desta forma, o binômio ativismo-autocomposição judicial, está presente em quase todo território nacional, pois adotam o modelo da supremacia da corte, cujo o objetivo é o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público.

Por esses motivos, o Supremo Tribunal Federal no Brasil desempenha um grande papel, sendo este contramajoritário, fazendo prevalecer a sua decisão em razão do ato do Presidente da República ou um ato do Poder Legislativo. Sendo esse papel democrático, pois quando o STF se posiciona dessa maneira ele visa a beneficiar a maioria.

Cabe ao Legislativo o poder de editar leis, não podendo o Judiciário interferir nessa função. O Poder Legislativo, bem como o Presidente da República, tem a primazia na tomada das decisões políticas que só deverão ser invalidadas caso forem flagrantemente ilegais.

O ativismo judicial, consiste numa figura proativa contributiva para o direito, o qual ocorre por meio das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário. Por esta razão o magistrado por meio da interpretação busca aplicar a norma no caso concreto para solucionar o litígio, atendendo desta forma, a necessidade decorrente da omissão dos demais poderes estatais.

¹² Idem. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Neste sentido cabe destacar o seguinte caso¹³:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF.

Assim, após a análise de diversos julgados, observa-se que os tribunais vêm admitindo a judicialização, e por consequência a concessão de medicamentos, inclusive daqueles não encontrados na lista de fármacos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e daqueles de alto custo. Sempre observando o bem-estar dos cidadãos e garantindo assim, uma vida digna para aqueles que estão em situação desfavorável e necessitam do Estado.

3. INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A relação entre o setor privado e o setor público surgiu por meio de uma parceria entre o sistema único de saúde e as unidades privadas. Hoje o sistema público possui uma relação simultânea com o sistema privado, sendo esse uma complementação para o SUS.

Através dessa união, surgiu um grande dilema, que teve início com uma proposta realizada no governo Fernando Henrique Cardoso quanto a privatização da saúde e que vem sendo discutida até hoje. Cabe destacar que a privatização da saúde violaria o art. 196 CRFB¹⁴ e as Leis nº 8080\1990 e nº 8142\1990.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *a g. reg. no recurso extraordinário com agravo* 1.049.831 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MEDICAMENTO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwdrtkw>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sendo assim, a saúde privatizada deixaria de ser um direito social e viraria uma “máquina de investimento”, pela qual quem não tem condições de arcar com os custos sairia prejudicado. Diante disso, não há o que argumentar a favor da privatização da saúde pública.

No livro de Dráuzio Varella¹⁵, denominado “A saúde dos planos de saúde”, se questiona sobre a possibilidade de ser criada uma agência nacional que possa englobar ao mesmo tempo a saúde pública e a privada. Ainda, em sua obra, Dráuzio Varella esclarece que segundo o médico Mauricio Ceschin, atualmente não é possível uma agência nacional englobar os dois setores da saúde, visto que as leis aplicáveis são distintas. Todavia, o autor não afasta a possibilidade de que possa haver a aludida união dos setores pelo prisma da fiscalização e regulação, requerendo, apenas, um aprofundamento no debate sobre o tema.

Segundo Dráuzio Varella¹⁶, Ceschin dispõe que atualmente há poucas políticas públicas comuns entre o setor público e o privado. Acrescenta que há política apenas em relação à questão do ressarcimento dos gastos efetuados pelo setor privado, quando o atendido daqueles que não possui plano de saúde, e a rede SUS tem que efetuar a restituição dos valores dispendidos pela rede privada. Hoje o que existe é uma complementação, um ressarcimento e não uma agência nacional que regula os dois, tendo em vista que cada um é regulado por sua própria lei.

Desta forma, pode se observar que mesmo com a solidariedade dos entes e a omissão deste, o Judiciário em inúmeros casos é obrigado a agir, indo além de sua competência, sendo assim, adota uma postura proativa e eficaz de forma que preenche lacunas e exercendo competência de outros poderes.

Nesse sentido observa-se que essa atuação é importante pois por meio da atuação dos juízes direitos são consagrados, bem como, o acesso aos medicamentos e o fornecimento insumos e utensílios destinados ao tratamento.

Em muitos casos, verifica uma omissão do poder público para atender de forma efetiva a população não tendo vagas disponíveis em unidades públicas para atendimento, bem como a falta de medicamento nas secretárias. Sendo assim, é necessário a intervenção do Judiciário para dirimir tais conflitos, desta forma, é necessário usurpar competência apta de outro poder, devendo esta atuação ser em conformidade com a Carta Magna de 1988.

¹⁵ VARELLA, Drauzio. *A Saúde dos Planos de Saúde*. São Paulo: ed. Schwarcz, 2015, p.85.

¹⁶ *Ibidem*.



Quando o Judiciário detecta que a administração pública não possui recursos financeiros para implementar o direito ao acesso a saúde, nem o fornecimento de medicamentos e internação em uma unidade pública, deve quando requisitado buscar implementar e a viabilizar desse direito, sempre amparando sua decisão na constituição. Não podendo falar em violação de competência de outros poderes.

A falta de recursos financeiros por parte da administração se dá por diversos fatores, quase sempre o argumento do Estado é a indisponibilidade de recursos orçamentários. No entanto, a mera alegação de ausência de orçamento não deve prosperar, devendo o Estado implementar políticas públicas e vislumbrar os casos nos quais há escassez de recursos, de forma que a administração pública consiga exercer uma administração mais efetiva.

O Judiciário, para atuar no acesso à saúde, sempre observando a alegação da reserva do possível. Deve buscar um caminho alternativo para garantir ao cidadão o direito de se tratar em um lugar adequado, bem como, com a disponibilização de medicamentos para continuidade ao tratamento. É indispensável que o Estado tenha uma atuação efetiva.

A Constituição Federal nada dispõe em relação a competência das internações, medicamentos e insumos relacionados a área da saúde. Sendo assim, a matéria é regulada por atos administrativos Municipais, Estaduais e Federais.

O Ministério da Saúde por meio da portaria nº 3.196/98¹⁷ lista os medicamentos que serão disponibilizados gratuitamente pelo SUS. Analisa-se que todos esses medicamentos são aprovados pela Anvisa. Salienta-se ainda, que essa lista é atualizada bienalmente. Sendo assim, fica evidente, que a falta de atualização da lista não é óbice para limitar o fornecimento de medicamento:

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)".

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Atualmente, uma celeuma vem sendo discutida no Judiciário, sendo assim, os Tribunais Superiores tiveram que analisar se o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Público forneça remédios que não estejam previstos na lista do SUS.

¹⁷ BRASIL. Portaria, nº 3.916 de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 14 mar. 2019.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁸, no informativo 633 da 1ª Seção, afirmou que o Poder Judiciário poderia determinar que o Poder Público forneça medicamentos mesmo sem está previsto na lei do SUS, desde que observados três requisitos: Laudo médico fundamentado, demonstrando a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, incapacidade financeira do paciente para arcar com o custo do medicamento e existência de registro do medicamento na Anvisa.

Após essa discussão outra polemica surgiu, no que tange, se o Poder Judiciário poria condenar o Poder Executivo a fornecer medicamentos não registrados pela Anvisa. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ no informativo 941 (repercussão geral), entendeu como regra geral não ser possível essa condenação, tendo em vista que o registro na Anvisa primordial para a proteção da saúde pública. No entanto, o STF admite essa condenação de forma excepcional, quando demonstrado demora irrazoável da Anvisa para apreciar o registro. Destaca ainda, que o prazo para o registro na Anvisa está positivado na Lei nº 13.411/2016, podendo variar entre 60 dias a 365 dias a depender da categoria.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

Sendo assim, o Judiciário objetivando o direito à vida, deve analisar dentro do processo por meio de averiguação de provas, qual a melhor solução para garantir o mínimo existencial, devendo aplicar a lei de forma casuística, de forma que impõe o poder público a realizar a internação ou fornecer medicamentos solicitados para provimento do pleito.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. *RESP nº 1.657.156-RJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Marco Aurélio. *RE nº 657718*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

Por fim, observa-se que o ativismo judicial, possibilita buscar a efetivação de um direito, e que este possa ser concretizado por intermédio do Poder Judiciário através dos mecanismos jurídicos que lhe são conferidos.

CONCLUSÃO

Esse trabalho foi motivado pela preocupação com o direito à saúde no Brasil, tema que está sendo cada vez mais presente nas decisões judiciais, nos meios de comunicação e, principalmente, na realidade do povo brasileiro. No presente trabalho foi possível analisar o sistema único de saúde, suas características, como ele foi formado e como o serviço é prestado.

O sistema único de saúde, também conhecido como SUS, é formado por unidades do governo, bem como por prestadores de serviços, ou seja, instituições privadas que prestam serviços para o SUS suprimindo assim possíveis carências desse sistema.

No referido trabalho também foi indagado o princípio da dignidade humana, sendo essa uma garantia Constitucional prevista no art. 5º, da Constituição de República. De acordo com o art.5º, à saúde é uma garantia fundamental do cidadão, devendo sempre ser aplicado de acordo com o princípio da reserva do possível, sendo assim, analisa até aonde o Estado tem a obrigação de atuar.

Destaca-se ainda, a atuação do Judiciário, que se mostra necessária face à omissão do Estado com a saúde no Brasil. Desta forma, o Poder Judiciário teve que ir além de sua orbita, extrapolando a sua competência e tendo que intervir no Poder Executivo para garantir o mínimo existencial, ou seja, assegurar os direitos básicos a população. Surgindo no ordenamento a necessidade da judicialização.

Expõe a destinação da verba pública e como ocorre a solidariedade entre a rede pública e a rede privada, bem como o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça se posicionam em relação a essa solidariedade. E em qual momento é necessário e indispensável a judicialização para assegurar tais direitos.

Através da lei orgânica da saúde, Lei nº 8.080/1990, o sistema único de saúde ganhou maior visibilidade, sendo este um grande avanço para o ordenamento. No decorrer da pesquisa, foi observado que não faltam leis que asseguram e protegem a saúde, o que falta é uma boa gestão, o emprego certo da verba pública e uma vontade política que à saúde pública funcione.

Se a verba destinada à saúde fosse empregada de forma correta, não seria necessário abarrotar o Judiciário com ações solicitando medicamento, leitos, insumos, cirurgias, pois o

Estado conseguiria assegurar a quem precisa de forma eficiente e com qualidade, não sendo necessário desta forma recorrer à unidade privada.

O objetivo deste artigo foi debater a possibilidade de a saúde pública no Brasil se tornar efetiva, autossuficiente, dependendo cada vez menos de interferência da rede privada e do judiciário. Tornando à saúde pública acessível a todos, sendo disponibilizados medicamentos, reduzindo as filas dos hospitais e fazendo com que os atendimentos ocorram de forma célere.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização e ativismo Judicial*. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/aulas/>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em: 6 ago. 2019.

_____. *Lei do Sistema Único de Saúde nº 8080/90*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 4 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relatora Min. Rosa Weber. *ARE nº1216602/ RN*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MEDICAMENTO%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwdrtkw>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Luiz Fux. *RE nº 855.178/ PE*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Marco Aurélio. *RE nº 657718*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 3 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Benedito Gonçalves. *RESP 1.657.156-RJ*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0625.pdf. Acesso em: 2 ago. 2019.

_____. Ministério da Saúde, *Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 23 mar. 2019.

MARTISN, Flavia Bahia, *O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo*. Disponível em:



<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Guilherme Penã, *Curso de direito Constitucional*, 10 ed. São Paulo: Atlas. 2018.

OLIVEIRA, Nilton Araújo, *Blog Direito Sanitário: Saúde e cidadania. Judicialização da saúde em alta*, 2016. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2016/06/30/judicializacao-da-saude-em-alta-desafio-renovado-do-direito-sanitario/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

PENSE SUS, *Direito à Saúde*. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VARELLA, Drauzio. *A Saúde dos Planos de Saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2015.

VIANNA, João Ernesto Aragones. *Curso de Direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: AS MEDIDAS DE REPRESSÃO E PREVENÇÃO BRASILEIRAS FRENTE A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Gabriela Moura de Oliveira

Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec). Advogada.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar o crime de tráfico internacional de crianças para fins de exploração sexual. Trata-se de um delito grave, que atinge indivíduos vulneráveis. Nesse contexto, é importante mencionar que no Brasil adota-se a política de proteção integral a criança, a fim de proporcionar maiores garantias para um crescimento saudável e uma vida digna. O Brasil é signatário de vários Tratados e Convenções Internacionais que têm por objeto combater delitos praticados contra crianças e adolescentes. Desse modo, é preciso compreender de que forma o Brasil está empenhado a implementar as regras internacionais voltadas à coibir o tráfico internacional de crianças para fins de exploração sexual.

Palavras Chave: Direito Penal. Tráfico, Exploração, Sexual, Criança, Proteção.

Sumário: Introdução. 1. O tráfico internacional de crianças para fins de exploração sexual. 2. A eficácia dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. 3. Possíveis soluções para suprir as deficiências das medidas protetivas brasileiras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa realiza uma análise das medidas de repressão e prevenção brasileiras que são aplicadas face as ratificações dos tratados internacionais sobre o tráfico internacional de crianças para fins de exploração sexual. Procura-se demonstrar que a legislação brasileira referente a proibição do tráfico, ainda se encontra fora dos padrões exigidos pelo Direito Internacional, em virtude da ausência da vontade política em empreender maiores esforços para coibir o crime e o ínfimo número de condenações existentes, considerando a dimensão do delito.

Para tanto, aborda-se a inércia do Poder Legislativo, o que ainda mantém o Brasil classificado no grupo dos países que não cumprem de forma eficiente os requisitos mínimos para a eliminação do tráfico, sendo um dos principais países da América Latina responsável pelo traslado dos traficados, que alcança cerca de 75 mil mulheres e crianças.

O crime tem a finalidade de atingir crianças, em sua maioria, humildes, caracterizadas pelos aspectos socioeconômicos, o que as torna mais vulneráveis ao tráfico, sendo um delito de

abrangência mundial, caracterizado pela transnacionalidade da dinâmica delitiva. Considera-se tráfico nesta hipótese, a retirada de crianças do seu local de origem para levá-las para outros países nos quais serão vítimas de exploração sexual.

Nesse contexto, evidencia-se o caráter *erga omnes* dos direitos humanos, ou seja, devem ser aplicadas as normas internacionais de direitos humanos a todos, sendo, portanto, exigíveis do Estado. Porém, mesmo existindo essa clara manifestação internacional de proteção, o descaso estatal para com as vítimas é tão grave que são largadas a própria sorte, sendo um crime que movimenta cerca de US\$ 32 bilhões de dólares anualmente.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a dimensão social e jurídica do delito, suas formas de ocorrência e a importância da efetivação do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a relevância e eficácia dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil sobre o tráfico internacional de pessoas e a análise das principais deficiências das medidas de proteção sobre o tema.

O terceiro capítulo apresenta as possíveis soluções para a correta efetivação dos direitos humanos e a proteção à criança, demonstrando algumas formas mais eficientes para combater os traficantes ainda em solo brasileiro, evitando que a criança saia de seu país.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo eleitos conjuntos de proposições hipotéticas adequadas para a presente análise.

A pesquisa bibliográfica concentra-se na análise de livros e artigos a respeito do tráfico internacional de crianças para fins de exploração sexual. A pesquisa jurisprudencial é baseada em um julgado sobre a saída da criança ou adolescente para o exterior, delimitando-se, ainda, o momento de consumação do delito. Assim, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

1. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

O tráfico de seres humanos construiu um mercado extremamente versátil que atinge cerca de 2 milhões de pessoas, em sua maioria mulheres e crianças. As pessoas traficadas geralmente são provenientes de países subdesenvolvidos. Diversos fatores colaboram para esse resultado, como por exemplo: a facilidade de migração de pessoas, a má distribuição de renda

e a consequente miséria estabelecida, bem como a tentativa de obtenção de vantagens econômicas por meio de falsas promessas.¹

Trata-se de uma realidade silenciosa e invisível aos olhos da sociedade, que conduz diversas pessoas rumo ao desconhecido, em uma aventura perigosa regada a ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até à morte. O destino muitas vezes são países desenvolvidos, onde são submetidas a todo tipo de exploração, inclusive sexual, a condições similares à escravidão e ao trabalho forçado.²

Estimativas internacionais apontam o Brasil como um dos principais países da América Latina a contribuir para a ocorrência o tráfico internacional. Uma marca vergonhosa quando se constata que, em média, cerca de 75 mil mulheres e crianças brasileiras são traficadas para a Europa regularmente.³

O tráfico de pessoas é a terceira atividade mais rentável do crime organizado, movimentando anualmente mais de US\$ 32 bilhões, oriundos de todo tipo de exploração humana.⁴ Além dos lucros obtidos por todo tipo hodierno de escravidão, ainda imputam as vítimas o pagamento por sua manutenção e subsistência de forma coercitiva, cuja obrigação nunca será extinta, já que são cativos e contraem dívidas pela necessidade de sobrevivência.

Embora os dados disponíveis sobre o tráfico de seres humanos no Brasil sejam escassos, as notícias veiculadas pela mídia nacional e internacional sobre o assunto indicam que esse é um problema de grande magnitude:⁵

O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (...). O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento de fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial.⁶

Dessa forma, tem como requisito central a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração, impedindo o exercício dos direitos das crianças, constringendo sua vontade e violando seu corpo.

¹ PAULA, Cristiane Araujo de. *Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em : 21 jan.2019.

² Ibid.

³ JESUS, Damásio de. *Tráfico Internacional de Mulheres e crianças: Brasil: aspectos regionais e nacionais*/ Damásio de Jesus. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. *Tráfico de pessoas movimenta US\$ 32 bilhões por ano*. Publicação: 6 nov. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u89306.shtml>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁵ PAULA, op. cit.

⁶ JESUS, op. cit, p. 07.

A globalização também é vista como fator de estímulo do tráfico por meio da facilidade do uso de novas tecnologias de comunicação, fato que aumenta significativamente a contribuição para a organização da rede do crime e para fuga do capital empregado no negócio.

Há dificuldade em se definir com clareza as rotas do tráfico devido a constantes mudanças repentinas em sua trajetória, origem, destino e pela indisponibilidade de informações. Assim, países que investem mais em políticas de prevenção e combate, geralmente os desenvolvidos, possuem uma conscientização populacional mais abrangente a respeito do problema e, conseqüentemente, as informações são relatadas com maior credibilidade.⁷

Muitas das vezes, a vulnerabilidade da criança, torna o tráfico infantil mais interessante para os aliciadores, ressaltando-se que tráfico é a combinação entre a movimentação e a exploração, não importando o momento em que ocorre a exploração e qual tipo de exploração a criança é submetida. Nesse sentido⁸:

O esquema do tráfico de crianças copia o modelo econômico que impera hoje no mundo: as crianças das comunidades desfavorecidas são exportadas em proveito de representantes das sociedades ricas. Assim sendo, outros fatores, derivados da falta de recursos e, portanto, endêmicos aos Estados marginais, consorciavam-se para agravar a situação. Nesse rol, relacionam-se o abuso doméstico e negligência, conflitos armados, consumismo, órfãos da AIDS, vida e trabalho nas ruas, discriminação, etnicismo e comportamento sexual irresponsável.

Em uma pesquisa feita entre os anos de 1997 e 2001, ficou constatado que em 12,01% das denúncias, o aliciador é alguém da própria família, sendo que a mãe figura em 64% das denúncias. Em 87,99% das denúncias, o aliciador é alguém que não tem vínculo com a família, mas que pode ser alguém próximo da casa ou da comunidade em que a criança vive. Ressalta-se que em 65,86% das denúncias, a idade das crianças varia de 12 a 18 anos; e em 7,11% das denúncias, as crianças têm menos de 11 anos de idade.⁹

O tráfico internacional de crianças é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, ainda que não tenha nenhum tipo de relação com a criança ou adolescente ou até mesmo pelos pais, sendo, neste caso, aplicada uma causa de aumento de pena de um terço a metade, conforme o artigo 13 da Lei nº 13.344/16¹⁰, da mesma forma ocorre quando praticado contra criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência.¹¹

⁷ PAULA, op. cit.

⁸ JESUS, op. cit, p. 140.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2016/Lei/L13344.html>. Acesso em: 16 jan. 2019.

¹¹ Ibid.

São exigidos dois elementos para o tráfico de crianças, de acordo com o Protocolo de Palermo, sendo eles: a) ação, consistente em recrutar, transportar, esconder ou receber pessoas; b) fins, consistentes em exploração, incluindo, no mínimo, a exploração da prostituição de terceiros, ou outras formas de exploração sexual, trabalho forçado ou serviços, escravidão ou práticas assemelhadas à escravidão, servidão ou remoção de órgãos. O elemento dos meios utilizado para caracterizar o tráfico de adultos, não é necessário para o tráfico de crianças, como o emprego da força ou até mesmo a oferta de benefícios.¹²

Para complementar o mencionado Protocolo, bem como suprir uma omissão legislativa, foi criada e aprovada a Lei nº 13.344/16¹³, que trouxe outros verbos aptos a caracterizar o tráfico de pessoas, tais como: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.¹⁴

De acordo com o artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.”:

Poderão ser vítimas também os pais, quando a criança ou adolescente for tomada de forma clandestina, bem como quando o consentimento dos pais, atuantes sem fim de lucro, for viciado, seja porque desconhecem que a criança será levada para o exterior, seja porque desconhecem o fim de lucro dos intermediários ou ainda em casos de violência, grave ameaça ou fraude, características da forma qualificada do crime.¹⁶

O tipo criminoso é aberto, assim, pode ocorrer o crime de forma clandestina, mediante transporte não autorizado da criança para o exterior, atravessando fronteiras nas quais não há controle de autoridades, ou mediante saída do aeroporto, com documentos, aparentando regularidade formal, com o conhecimento de autoridades. Nesse caso, devido a vigência da Lei 13.344/16¹⁷, o artigo 13 prevê uma causa de aumento de pena de um terço a metade.

O tipo subjetivo do tráfico é o dolo, consubstanciado na vontade de retirar a criança ou adolescente do território nacional, não havendo previsão culposa. No que toca a consumação, o crime é formal, ou seja, se consuma com a mera ação de auxiliar, não se exigindo que a criança ou o adolescente saia do país ou alcance território estrangeiro. Deste modo é o entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

¹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 795 e 796.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Idem, *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.html> Acesso em: 21 jan. 2019.

¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 795 e 796.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ART. 239, DO ECA. CRIME FORMAL. EFETIVO ENVIO DA VÍTIMA AO EXTERIOR. EXAURIMENTO DO CRIME. I- O crime de tráfico internacional descrito no art. 239, do ECA, não exige, para a sua consumação, a saída da criança ou adolescente para o exterior, contentando-se com a execução de qualquer ato de promoção ou auxílio da efetivação de ato destinado ao envio da vítima ao estrangeiro, sem as formalidades legais, ou com o fito de obter lucro. II- Trata-se de crime formal, que se consuma com a simples prática de qualquer ato destinado ao envio de criança ou adolescente ao exterior, com ou sem obtenção de lucro, nas circunstâncias referidas no tipo penal. Precedentes do STJ. III- Agravo improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 160951 RJ 2012/0072298-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013) (Grifou-se).¹⁸

A competência para processar e julgar os casos identificados de tráfico internacional de crianças é da justiça federal para fatos posteriores a 23/10/90, data da entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), foi criado um sistema nacional de garantia de direitos da Criança e do Adolescente acompanhada por uma política nacional. Dessa forma, os princípios da proteção integral à criança e da prioridade absoluta foram ampliados, tendo expressa previsão no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.¹⁹

Demonstra-se no artigo 4º desta lei, que é dever da família e da sociedade em geral, além do poder público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp: nº 160951 RJ 2012/0072298-0*, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5. Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 23/09/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24224584/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-160951-rj-2012-0072298-0-stj>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹⁹ Idem, *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/18069> Acesso em: 16 jan. 2019.

à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Assim, a prioridade é a efetivação desses direitos a fim de oferecer as crianças uma qualidade de vida digna, visando o crescimento saudável e a possibilidade de uma boa formação escolar.

Sob a ótica da proteção integral, o ECA além de ampliar a aplicação das medidas de proteção, criou o Conselho Tutelar, tendo capacidade para aplicá-las. Tais medidas se dividem em preventivas e reparadoras, cujo objetivo é afastar o perigo de lesão à criança ou ao adolescente, fazendo com que seja respeitado seus direitos fundamentais.

As principais agências da ONU e a UNICEF, em favor dos direitos das crianças, incluíram determinações para as crianças vítimas do tráfico, pretendendo apoiá-las e protegê-las, buscando sempre o interesse do menor em primeiro lugar em toda e qualquer decisão.

2. A EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL

A Convenção dos Direitos da Criança²⁰, adotada pela ONU em novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1990, visava a garantia da ampla proteção da criança e tinha como meta incentivar os Estados membros a investir no desenvolvimento de suas crianças, elaborando mecanismos de aplicabilidade e fiscalização das normas e dos princípios fundamentais. Em seu preâmbulo, demonstra a importância da cooperação mundial na melhoria da qualidade de vida das crianças em todo o mundo.

Entretanto, apesar de a Assembleia-Geral da ONU adotar dois Protocolos Adicionais à Convenção, sendo estes: o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos da Criança²¹, sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Protocolo Opcional à Convenção sobre Direito da Criança e sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos²², o Brasil apenas os assinou, não os ratificando.

Quando um Estado adere a essa Convenção, compromete-se a respeitar a identidade e as relações familiares de suas crianças, devendo fornecer a devida assistência e proteção. Nesse entendimento, preconiza o artigo 11, que os Estados-partes deverão tomar as medidas adequadas a fim de impedir o tráfico de crianças para o exterior.

²⁰ Idem, *Decreto n° 99.710*, de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

²¹ Idem, *Decreto n° 5.007*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

²² Idem, *Decreto n° 5.006*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5006.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

Para supervisionar o cumprimento das disposições da Convenção pelos Estados aderentes foi criado o Comitê para os Direitos da Criança, que deverá enviar à Assembleia Geral das Nações Unidas um relatório de suas atividades a cada 02 (dois) anos.²³

O governo brasileiro não faz a correta divulgação das metas e dos objetivos dessa Convenção aos seus nacionais, havendo flagrante descumprimento do instrumento ratificado. Tal fato se visualiza por meio da triste realidade vivida por milhares de crianças que permanecem nas ruas, sem a devida assistência, enfrentando dificuldades com o ensino público, por não haver investimento governamental e, ainda, não tendo o atendimento hospitalar necessário.²⁴

A Constituição Federal de 1988²⁵ inovou o Direito Brasileiro ao normatizar direitos e garantias fundamentais, fazendo com que Tratados e Convenções internacionais sobre os direitos humanos fossem integrados ao ordenamento pátrio, incluindo, ainda, os princípios fundamentais trazidos por meio desses instrumentos, sendo aplicados de forma plena e imediata. Cabe ressaltar que essa Convenção serviu como fonte de inspiração para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de julho de 1990²⁶.

Existem diversos protocolos e programas sociais sobre o tráfico de pessoas, e de maneira geral, todos eles mostram que é preciso que o tráfico seja considerado uma violação aos direitos humanos fundamentais, levando em conta os princípios da universalidade, da indivisibilidade e da não-discriminação.

Além disso, o Brasil aderiu à tratados internacionais que são desdobramentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷. No entanto, existe uma grande diferença entre vigência e eficácia, pois os tratados existem, são vigentes, estão prontos para produzir seus efeitos, mas não tem aplicabilidade.

Para atender essas obrigações internacionais, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45²⁸, modificou o texto constitucional, atribuindo o *status* de emenda constitucional aos tratados que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados por 3/5 (três quintos) em 02 (dois) turnos, sendo-lhes atribuído eficácia formal, diferente de os tratados não aprovados pelo quórum qualificado, os quais teriam status de norma supralegal.

²³ JÚNIOR, op. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

²⁶ Idem, op. cit., nota 19.

²⁷ Idem, *Decreto nº 19.841*, de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

²⁸ Idem, *Emenda Constitucional nº 45*, de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.



Dessa forma, um tratado, quando passa a ser considerado uma emenda constitucional, integra o rol das cláusulas pétreas, ocorrendo uma ampliação do rol de constitucionalidade material e formal da Constituição.

De outro modo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, tradicionalmente conhecida como Convenção de Palermo²⁹, foi aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em novembro de 2000, sendo ratificada pelo Brasil em fevereiro de 2004.

Tal Convenção é um marco no combate ao crime organizado transnacional e fortalece a necessidade de favorecer a cooperação internacional, sendo complementada por 03 (três) protocolos que tratam de forma específica deste tipo de delito, sendo eles: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças³⁰; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea³¹; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições^{32,33}.

Com a finalidade de diagnosticar o tráfico de crianças para fins de exploração sexual, o governo brasileiro realizou uma pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil (Pestraf), sendo coordenada pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA), na tentativa de descobrir suas possíveis causas e as rotas destinadas ao tráfico. O referido estudo fez com que houvesse uma mobilização social em torno do assunto, pois apesar do vasto número de ocorrências, não havia divulgação sobre o crime.³⁴

Desde 2006, o enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas passou a ser encarado pelo Brasil como uma forma de política pública, sendo aprovado o Decreto Presidencial nº 5.948/2006³⁵, com a Política Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas. Esta política estabelece princípios e ações que devem ser tomadas pelo governo para prevenir o tráfico,

²⁹ Idem, *Decreto n° 5.015*, de março de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

³⁰ Idem, *Decreto n° 5.017*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

³¹ Idem, *Decreto n° 5.016*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

³² Idem, *Decreto n° 5.941*, de outubro de 2006. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5941.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

³³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIM (UNODC). *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

³⁴ Ibid.

³⁵ BRASIL. *Decreto n° 5.948*, de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm>. Acesso em: 04 de mai. de 2019.

havendo monitoramento das atividades imprescindíveis baseadas na proteção da dignidade da pessoa humana.³⁶

Com a elaboração do Decreto nº 7.901/2013³⁷, foi instituída a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas, em substituição ao Grupo de Trabalho Interministerial, criado pelo art. 2º do Decreto nº 5.948/06³⁸. Essa nova proposta tem como escopo a elaboração propostas ao Plano Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas, órgão de coordenação da gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas.

A UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) tem a função de fiscalizar os países, analisando se há previsão na legislação nacional do delito em comento. Mas, infelizmente, poucas são as legislações que examinam de forma específica o tráfico de crianças.

Recentemente, em 6 de outubro de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.344/16³⁹, sendo a primeira legislação específica para o tema no Brasil, abarcando os mais variados tipos de tráfico existentes, revogando os artigos 231 e 231-A do Código Penal.

Outrossim, apesar de o Brasil reconhecer o tráfico de pessoas como um problema multidimensional, em suas políticas anti-tráfico, ainda existe uma ausência muito grande de implementação de políticas públicas. A autora Cecília Bijos afirma que é necessário fortalecer a democracia participativa, uma vez que a Política Nacional elaborada tende para a democracia representativa, configurando-se um espaço político contraditório. Portanto, é imperativo refletir novas estratégias de implementação da Política e do Plano Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas no contexto local e global.⁴⁰

3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA SUPRIR AS DEFICIÊNCIAS DAS MEDIDAS PROTETIVAS BRASILEIRAS

Preliminarmente, como forma de prevenção, é fundamental que o Estado a fim de ampliar o âmbito de proteção às crianças, faça campanhas socioeducativas nas escolas, nas redes sociais e em todos os meios de comunicação possíveis, divulgando, de forma transparente,

³⁶ BIJOS, Cecília. *A insuficiência das ações brasileiras no enfretamento ao tráfico internacional de pessoas*, 2009, p. 65. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2562>> Acesso em: 30 jan. 2019.

³⁷ BRASIL. *Decreto 7.901*, de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2013/decreto/d7901.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

³⁸ Idem, op. cit., nota 35.

³⁹ Idem, op. cit., nota 10.

⁴⁰ BIJOS, op. cit., p. 96.



a dura realidade vivida por um seguimento da sociedade tão excluído e esquecido, conforme determina o art. 26, §9º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96)⁴¹.

É preciso que haja maior conhecimento a respeito do delito, não só no âmbito escolar, mas sendo amplamente divulgado por todos os meios de comunicação existentes, para que haja maior participação da sociedade no combate ao tráfico humano, principalmente que no que tange à forma de aliciamento das vítimas, que conforme demonstrado no trabalho, tem um estereótipo definido, sendo, muitas das vezes, crianças muito humildes.

Outro ponto importante é a iniciativa de fomentação de diálogo entre os Estados e as entidades supranacionais na busca da proteção dos direitos humanos.⁴²

Destarte, a coleta de dados em busca da identificação das vítimas serve apenas como roteiro mínimo a ser considerado pelas autoridades incumbidas de reprimir o crime, bem como pelas entidades não governamentais que trabalham com o tema e, ainda, pela população em geral.

A partir desses indicadores, é possível desenvolver uma técnica de perguntas e respostas na abordagem de pessoas que estejam embarcando em aeroportos ou rodoviárias e até mesmo em portos, para que as vítimas sejam alcançadas pelas políticas públicas de assistência e os criminosos punidos.⁴³

De outra parte, como forma de prevenção ao delito, é necessária a interceptação das crianças e adolescentes no momento em que estão sendo traficadas, no âmbito nacional, no momento do embarque. Além da existência da Resolução nº 131, de 26 de maio de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, sobre as autorizações de viagem internacional para crianças ou adolescentes brasileiros residentes no Brasil, é preciso que haja um controle interno exercido pela Polícia Federal em relação a todos os menores que irão para o exterior por todos os meios de transportes.

Assim, por meio de um cadastramento eletrônico de cada criança, com data específica de ida e volta de viagem, bem como o local em que ficará hospedada, independente de acompanhamento do responsável legal, a ser realizado pela Polícia Federal. Essa forma de controle consiste na prevenção e proteção dos crimes de tráfico internacional contra crianças e adolescentes, pois, uma vez que estivesse próximo do retorno da criança ao Brasil, seu nome

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 9.394*, de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

⁴² JESUS, op. cit., p. 133.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Coordenação e Revisão. *Roteiro de atuação: tráfico internacional de pessoas*. Coordenação e organização de Raquel Elias Ferreira Dodge, Subprocuradora-Geral da República, Brasília, Ed. MPF, 2014, p. 57-60.



ficaria em vermelho e, assim, alertaria as autoridades em relação a aquele menor, diminuindo a possibilidade da concretização do crime.

Em caso de não ocorrência do retorno da criança, imediatamente a comunidade internacional deverá ser acionada, junto a Interpol, que tem como função auxiliar os Estados na localização de pessoas e na captura de foragidos.

A comunicação deverá ocorrer por meio do sistema de difusão, que consiste em pedidos feitos pelos países interessados, não precisando ser submetida à aprovação da Secretaria Geral da Interpol, o que garantiria uma maior celeridade no processo, e por esse motivo deveria ser adotado com o intuito de localizar as crianças desaparecidas.⁴⁴

Cada Estado integrante da Interpol possui uma estrutura policial nacional, com um órgão encarregado de servir de correspondente da organização dentro do seu território, denominado de Escritório Central Nacional. No caso do Brasil, essa função é exercida pelo Serviço de Cooperação Policial da Coordenação Geral de Cooperação Policial Internacional (CGCI), da Direção da Polícia Federal, em Brasília. Quando recebido o pedido da autoridade interessada, compete o representante da Interpol no Brasil fazer a difusão.⁴⁵

Dessa forma, os traficantes não teriam tanta liberdade em se locomover com as crianças de um país ao outro, uma vez que a Polícia Federal estaria acompanhando por meio do sistema eletrônico de cadastro o percurso.

O que se mostra necessário é uma mobilização nacional no combate ao tráfico de crianças, com a implementação de novas políticas públicas, ampliação da proteção e cooperação das autoridades, com o intuito de garantir uma vida digna e o crescimento saudável desses menores.

Outra forma de prevenção ao tráfico internacional de crianças seria por meio do Programa Jovem Aprendiz, que poderia ser ampliado, fazendo com que crianças a partir de os 12 (doze) anos, que frequentassem regularmente a escola e que precisassem adentrar no mercado de trabalho, possam ser remuneradas, ajudando a renda familiar, sem correr riscos.

Nos dias atuais, a idade se insurge entre 14 a 24 anos, podendo ser aprendiz pelo prazo de 02 (dois) anos. Todavia, esse prazo é muito pequeno, sendo relevante sua ampliação até os 18 (dezoito) anos completos, a fim de possibilitar a efetivação na referida empresa contratante.

⁴⁴ Ibid, p. 126.

⁴⁵ Ibid, p. 127-128.



Assim, as chances dessa criança concluir o ensino médio e ter uma melhoria na qualidade de vida aumentam demasiadamente, pois uma vez formado, está preparado para o mercado.⁴⁶

Já como forma de repressão ao tráfico internacional, é imperioso que se divulgue a Lei da busca imediata, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 11.259/05)⁴⁷, e que esta seja cumprida visando um resgate efetivo e célere das crianças vítimas.

É preciso que haja propostas legislativas aptas a robustecer as penas aplicadas aos autores do crime, havendo a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)⁴⁸, bem como a fomentação de denúncias, até mesmo de forma anônima sobre a organização criminosa responsável pelo tráfico internacional de crianças, por meio de incentivos, como por exemplo, desconto em impostos, desde que a informação seja verídica.

Ademais, a cooperação internacional entre os Ministérios Públicos dos diversos Estados não pode ser limitada à cooperação apenas com as Cortes Internacionais, devendo ocorrer também entre autoridades do mesmo nível em diferentes países, formando-se uma rede comunicativa integrada por membros do Ministério Públicos, da Magistratura. Isso é necessário para que haja maior efetividade nas buscas e repressão dos delitos, evitando possíveis abusos de autoridades, impedindo que interferências políticas atrapalhem o andamento processual quando os suspeitos são pessoas de poder econômico ou político, conforme determina o princípio da interdependência⁴⁹. Nesse sentido, o MPF tem a seguinte posição⁵⁰:

O MPF tem conseguido autorização da Justiça para que provedores que prestam serviços de busca e mantém sites de relacionamento quebrem o sigilo desses criminosos que usam a Internet para aliciar crianças e adolescentes e divulgar fotos pornográficas, assim como para obrigá-los a retirar do ar os sites com conteúdo pornográfico infanto-juvenil.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de formação de equipes conjuntas de investigação para delitos previstos nos pactos e convenções ratificados pelo Brasil, e, para que isso ocorra, é preciso que haja uma norma específica autorizando-a, como exposto na Convenção de Palermo^{51, 52}.

⁴⁶JOVEM APRENDIZ. *Jovem Aprendiz 2019 – salários até R\$ 1046*. Disponível em: <<http://www.jovemaprendiz.net.br/nacional/jovem-aprendiz-bancario-2019-14-a-24-anos-salario-ate-r-1-000-008499.html>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁴⁷BRASIL. *Lei nº 11.259*, de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/111259.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

⁴⁸Idem, nota 19.

⁴⁹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, op. cit., p. 109.

⁵⁰Idem. *Quais são os meios mais comuns de acontecer exploração sexual infantil?* Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/18-de-maio/quais-sao-os-meios-mais-comuns-de-acontecer-exploracao-sexual-infanto-juvenil>> Acesso em: 30 jan. 2019.

⁵¹BRASIL, op. cit, nota 29.

⁵²MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, op. cit., p. 124-125.



Deve haver também uma cooperação mútua entre as instituições nacionais, como Ministério Público, Tribunal de Justiça, Defensoria Pública e Polícias Cíveis e Federais para que os processos referentes ao delito tenham um andamento prioritário, em respeito a doutrina da proteção integral da criança e adolescente, bem como seu superior interesse e, sobretudo, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É crucial para fins de repressão ao delito que o banco de dados do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes criado pela Lei nº 12.127/09⁵³, seja atualizado para que haja a concreta e real dimensão da quantidade de crianças brasileiras vítimas, assim como as autoridades nacionais e internacionais possam de forma mútua agilizar a sua busca.

Por fim, é preciso que haja uma qualificação dos profissionais de atendimento no sistema de justiça, para que haja uma maior atenção e cuidado com as famílias, que por estarem sem seus filhos, se encontram mais debilitadas. Assim, se faz necessário que essas famílias tenham contato com os processos judiciais, sejam informadas a respeito das investigações e participem ativamente de todo o desdobramento judicial, até mesmo para que possam auxiliar em possíveis novas provas.

CONCLUSÃO

Apesar de toda movimentação no combate ao tráfico internacional de pessoas nos últimos anos, ainda há carência de atenção governamental na implementação e criação de políticas públicas para evitar a ocorrência do delito. A diminuição da criminalidade, em geral, não ocorre somente por meio de esforços no plano legislativo, judiciário e executivo, de definições penais cada vez mais abrangentes, de penas mais severas, de aprimoramento de funções administrativas do Estado, se, ainda persistir a real causa do problema, qual seja, a extrema vulnerabilidade das famílias e das crianças.

Atualmente, o que existe é um simples paliativo institucional que mascara a realidade de um crime tão perverso. O tráfico de pessoas está enraizado a essas questões socioculturais do qual a nossa política tolera, fazendo com que pessoas humildes sejam presas fáceis dos traficantes, tendo em vista que buscam a melhoria de sua qualidade de vida, almejando uma vida digna. Essas pessoas acabam por sair de seu país, embarcando nesse sonho, tanto de forma espontânea, quanto influenciada por falsas promessas e chegando ao destino, são surpreendidas

⁵³BRASIL. *Lei nº 12.127*, de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12127.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

pela desilusão de serem submetidas a trabalhos forçados, abusos e péssimas condições de sobrevivência.

Essa pesquisa constatou a atual realidade do Tráfico Internacional de Crianças para fins de exploração sexual no país e a flagrante afronta às garantias fundamentais constitucionalmente previstas no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção integral da criança. Dessa forma, as autoridades públicas deveriam não só aplicar e executar normas, mas também proporcionar, em razão da crescente demanda de vítimas, condições mínimas de repressão e prevenção do tipo penal.

Embora haja um trabalho de conscientização desenvolvido através de parcerias com organizações internacionais desenvolvido pelas autoridades locais e ONGs, não há uma infraestrutura para acolhimento, que muitas das vezes, são inapropriados ou inexistentes.

A legislação brasileira referente a proibição do tráfico, ainda se encontra fora dos padrões exigidos pelo Direito Internacional, apesar da entrada em vigor da Lei nº 13.344/16. Ainda nos assola a ausência da vontade política em empreender maiores esforços para coibir o crime e o ínfimo número de condenações existentes, considerando a dimensão do delito.

As medidas protetivas brasileiras existentes nos dias atuais são uma boa iniciativa contra o tráfico internacional de crianças, todavia, são insuficientes. Após as recomendações feitas ao Brasil no relatório anual *Trafficking in Persons*, foi demonstrado que, apesar de todo o empenho das autoridades brasileiras em investigar os crimes de tráfico, a coleta de dados sobre inquéritos conclusivos e processos com condenações continua deficiente, ainda que tenha ocorrido mudanças quanto a rigorosidade na aplicação das penas no que diz respeito a exploração sexual infantil.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.948*, de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto 7.901*, de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2013/decreto/d7901.htm>>. Acesso em: 04 mai. 2019.



_____. *Decreto nº 5.017*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.016*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.941*, de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5941.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 19.841*, de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.007*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.006*, de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Decreto/D5006.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 99.710*, de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Decreto nº 5.015*, de março de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 45*, de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Lei nº 11.259*, de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/11259.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Lei nº 13.344*, de 6 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.html>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.html> Acesso em: 21 jan. 2019.

_____. *Lei nº 9.394*, de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.127*, de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112127.htm>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Lei nº 12.127*, de 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12127.html> Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. *Lei nº 11.259*, de 30 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11259.html> Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça - *AgRg no AREsp: nº 160951 RJ 2012/0072298-0*, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/09/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24224584/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-160951-rj-2012-0072298-0-stj>> Acesso em: 21 jan. 2019.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.html>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BIJOS, Cecília. *A insuficiência das ações brasileiras no enfretamento ao tráfico internacional de pessoas*, 2009, p. 65. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2562>> Acesso em: 30 jan. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Tráfico de pessoas movimenta US\$ 32 bilhões por ano. Publicação: 6 nov. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u89306.shtml>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

JESUS, Damásio de. *Tráfico Internacional de Mulheres e crianças: Brasil: aspectos regionais e nacionais* / Damásio de Jesus. – São Paulo: Saraiva, 2003.

JOVEM APRENDIZ. *Jovem Aprendiz 2019 - salários de até R\$ 1046*. Disponível em: <<https://jovemaprendiz.net.br/nacional/jovem-aprendiz-bancario-2019-14-a-24-anos-salario-a-te-r-1-000-008499.html>> Acesso em: 21 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Coordenação e Revisão. *Roteiro de atuação: tráfico internacional de pessoas*. Coordenação e organização de Raquel Elias Ferreira Dodge, Subprocuradora-Geral da República, Brasília, MPF, 2014.

_____. *Quais são os meios mais comuns de acontecer exploração sexual infantil?* Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/18-de-maio/quais-sao-os-meios-mais-comuns-de-acontecer-exploracao-sexual-infanto-juvenil>> Acesso em: 30 jan. 2019.

PAULA, Cristiane Araujo de. *Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 21 jan. 2019.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIM (UNODC). *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em: 30 jan. 2019.



POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR NO CASO DE MULHER GESTANTE E MÃES DE FILHOS COM ATÉ DOZE ANOS DE IDADE

Gabriela Resende de Vasconcellos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - O reconhecido estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro tem como consequência uma posição mais atuante do Poder Judiciário para minimizar a violação de direitos fundamentais. Nesse sentido, decisões que determinem o caráter excepcional da prisão preventiva, bem como a imposição de sua conversão em prisão domiciliar no caso de mulheres grávidas e mães de filhos até 12 anos visam a resguardar a preservação não só das genitoras, como também das crianças. Porém, não é só através do Poder Judiciário que pode buscar a solução do problema, mas também através da modificação das leis impostas, como é o caso da Lei nº 13.769/2019. No que se refere à mudança legislativa, ela entra em conflito com a decisão anteriormente citada e o trabalho busca analisar todos os entendimentos, sempre pretendendo aquele que melhor resguarda os direitos das minorias e vulneráveis, mulheres e crianças, respectivamente.

Palavras-chave – Processo Penal. Substituição. Prisão preventiva. Prisão domiciliar. Mulher gestante. Mãe.

Sumário - Introdução. 1. O reconhecimento do estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e sua influência nas medidas adotada pelo judiciário para cessar com as violações de direitos fundamentais dos presos. 2. Excepcionalidade da prisão preventiva e conversibilidade em prisão domiciliar. 3. O impacto da Lei nº 13.769/2018 na aplicação do precedente do STF quanto a prisão domiciliar da mulher mãe de criança e grávida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de substituição automática da prisão preventiva em domiciliar no caso de mulheres gestantes e mães de filhos com até doze anos de idade. Objetiva-se discutir como a mudança da lei e a decisão do Supremo Tribunal Federal influenciam nas prisões preventivas já decretadas, bem como analisar quais os requisitos para que o juiz determine sua substituição.

Com o número de presos que chega a 726.000 (setecentos e vinte e seis mil), o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo. Por outro lado, o número de vagas em estabelecimentos prisionais teve um acréscimo mínimo nos últimos anos, culminando em estabelecimentos superlotados, onde os direitos básicos não são garantidos.

O presente tema ganha maior notoriedade com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconhece o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, trazendo à tona a falha do Estado em tutelar os que estão sob sua guarda.

Além disso, levando em consideração a modificação do Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 13.769, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP, a previsão de hipóteses de prisão domiciliar no caso de mulher gestante ou mãe de filho até doze anos de idade é reflexo desse panorama. Os Tribunais buscam mecanismos de garantir direitos fundamentais diante do atual cenários de graves violações.

O trabalho enfoca nessa temática diante de uma realidade de crise na segurança pública, em que a questão do encarceramento é tema latente e de extrema relevância, sem deixar de lado a preocupação com o futuro da nação, representado nessas crianças filhas de mães encarceradas, expostas a situação de violência e degradantes.

A separação traumática de mães e filhos descumpra o Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, que dispõe sobre o melhor interesse da criança, e representa não só um custo social, como também financeiro, em manter encarceradas as mães que cometeram crimes sem violência e sem decisão condenatória transitada em julgado.

Importantes aspectos serão analisados para que se extraia uma conclusão lógica a respeito de toda essa abordagem. No primeiro capítulo será feita uma análise de como a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, influencia nas medidas a serem tomadas pelo Poder Público para reverter o cenário, principalmente pelo Poder Judiciário.

No segundo capítulo, será feita uma exposição sobre a excepcionalidade da prisão preventiva e como a prisão domiciliar é uma medida cautelar alternativa de gravidade inferior. Além disso, será demonstrado como, com o passar do tempo, as hipóteses em que é possível a prisão domiciliar se modificaram e como chegamos ao cenário atual, com enfoque nas hipóteses de gestantes e mães de filhos até doze anos de idade.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão esclarecidos quais os critérios e requisitos devem ser observados para a conversão da prisão preventiva em domiciliar, bem como para sua determinação como medida autônoma, levando em conta a decisão do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2018, no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP e a posterior edição da Lei nº 13.769 de 2019 e o conflito entre os dois.



Acerca da metodologia adotada, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e documental, de forma predominantemente explicativa, passando por uma fase descritiva.

1. O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA INFLUÊNCIA NAS MEDIDAS ADOTADAS PELO JUDICIÁRIO PARA CESSAR COM AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

O estado de coisa inconstitucional é uma categoria primeiro formulada pela Corte Constitucional Colombiana¹ para descrever um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, relacionada a um determinado grupo social, causada principalmente pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Existem algumas condições para que seja reconhecido o Estado de Coisa Inconstitucional, são elas²: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a promoção dos direitos, demonstrando um quadro de bloqueio institucional; (iii) que a superação das violações de direitos pressupõem a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais que dependem de alocação de recursos públicos; (iv) potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário caso cada um dos atingidos o provocar de forma individual.

A importância de tal reconhecimento pela Corte Constitucional é justamente a atuação mais assertiva do Poder Judiciário diante de um quadro de omissão generalizada de todos os poderes e entes do Estado, inclusive do Judiciário. Ou seja, a inércia não é de uma única autoridade pública e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo.

Dessa forma, a Corte Suprema deve adotar uma postura de ativismo judicial para forçar a implementação de políticas públicas visando a solução do problema, retirando os

¹ No ano de 1997, através da *Sentencia de Unificación*, em uma demanda promovida por professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados por autoridades públicas. A Corte então determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidade em prazo razoável.

² SARMENTO. Daniel. *Petição Inicial da ADPF nº 347*. Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

outros Poderes da inércia, catalisando os debates e monitorando os resultados das medidas adotadas.

Essa atuação mais enérgica é condizente não só com os textos normativos internos, principalmente com o constitucional, como segue o que é preconizado pelos textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado. No plano internacional temos a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura ou Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras de Mandela.

No Brasil, a expressão estado de coisa inconstitucional foi primeiro reconhecida no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal³, que tratou do nosso sistema penitenciário. A decisão, em liminar, deferiu dois dos oito pedidos autorais, quais sejam: implementação das audiências de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

De acordo com o relatório do Departamento Penitenciário Nacional, de junho de 2016⁴, o Brasil tinha, à época, a terceira maior população carcerária do mundo, com total de 726.000 presos e um déficit de 358.000 vagas.

Desse número total, 40% são presos que aguardam julgamento, ou seja, não tem decisão condenatória transitada em julgado. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou 157%.

Esse quadro dramático se mostra ainda mais grave no caso das minorias, sobretudo as mulheres. Há uma falha estrutural que agrava a cultura do encarceramento, que é celerista em impor prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Do ano de 2000 ao ano de 2014 a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567%⁵. Das 42.355 mulheres presas no Brasil, 30,1% são presas provisórias⁶.

O problema do encarceramento feminino no Brasil transcende os direitos individuais da mulher e atinge o dos seus filhos, crianças que, segundo nosso ordenamento constitucional e infraconstitucional, são prioridade em termos de proteção. 74% das encarceradas têm ao

³ BRASIL. 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: 14 out. 2018.

⁴ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁵ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN MULHER*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁶ Ibid.



menos um filho⁷. Além disso, 89% das mulheres presas têm entre 18 e 25 anos, idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças⁸.

Nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõe de cela dormitório adequada para gestantes, 32% dispõe de berçários ou centro de referência em materno infantil e apenas 5% dispõe de creche⁹. Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidas dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche¹⁰.

Dentro do panorama de inconstitucionalidade do cárcere no Brasil, a situação das mulheres é ainda mais alarmante. A realidade é a de partos sem assistência médica, que ocorrem inclusive dentro das celas ou pátios das prisões, algemadas, sem nenhuma assistência pré-natal, expostas a doenças fatais como o sífilis, os abusos no ambiente hospitalar, sem contar o afastamento abrupto de mães e filhos, com manutenção de crianças em celas, sem higiene nenhuma.

Um dos motivos ensejadores da cultura do encarceramento brasileiro é o excesso na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal. Logo, cabe ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância, exercer uma função de racionalizar e concretizar a aplicação da norma, buscando uma leitura constitucional de uma legislação essencialmente punitivista.

Nesses termos a decisão do *Habeas Corpus Coletivo* nº 143641/SP¹¹ pelo seu pleno, no sentido de uniformizar a interpretação do art. 318 do Código de Processo Penal, com nova redação, dada pela Lei nº 13.257/2016. A decisão permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de mulheres grávidas e mães de filhos com até doze anos de idade.

A manifestação da Corte se mostra necessária pois, mesmo com a entrada em vigor da referida lei, metade dos pedidos de substituição foram negados, sob fundamentação de que se tratava de delito grave ou exigindo prova na inadequação do ambiente carcerário.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

2. A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E A CONVERTIBILIDADE EM PRISÃO DOMICILIAR

Seguindo as diretrizes do direito civil, a legitimidade do decreto de prisão preventiva se extrai da presença de dois requisitos¹²: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

O primeiro diz respeito à probabilidade de ocorrência do delito, ou seja, que há prova da existência do crime e indício de autoria, enquanto o segundo se relaciona com o perigo decorrente do estado de liberdade do criminalmente imputado.

Com relação ao segundo requisito, o sujeito processado, mas ainda não condenado, seria uma ameaça ao normal desenvolvimento do processo, sendo a prisão preventiva utilizada como forma de garantir a ordem pública, econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal.

A exigência desses dois requisitos é um dos motivos pelo qual a prisão preventiva é considerada uma medida cautelar, utilizada no curso do processo como meio de garantir a aplicação final de eventual pena.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, a prisão antes do trânsito em julgado só pode ocorrer se tiver natureza cautelar¹³. Por isso, esta é a natureza da prisão preventiva, cuja finalidade é conservar uma situação de fato para assegurar a utilidade e eficácia de um provimento condenatório futuro, isto é, busca tutelar o bom desenvolvimento do processo, para que ele atinja a sua finalidade.

Além de cautelar, está-se diante de uma medida excepcional, que se justifica não só pelo princípio da não culpabilidade, como também pelos danos irreparáveis do cerceamento de liberdade do indivíduo em seu grau máximo. Uma vez preso, não há como retornar ao

¹² Segundo Aury Lopes Jr., o requisito para a decretação é apenas a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto o *periculum libertatis* seria o fundamento da prisão. LOPES JR. Aury, *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 599 e 600.

¹³ Merece atenção a recente mudança de entendimento do STF quanto a execução provisória da pena, que anuncia que o cumprimento da pena de prisão não mais está condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, autorizando o início de sua execução após a decisão judicial condenatória em segunda instância. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 fev. 2019. IDEM. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

status quo ante, visto que os danos são irreversíveis, principalmente se considerarmos o estado inconstitucional dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A reforma parcial do Código de Processo Penal, através da Lei nº 12.403 de 2011, deixa ainda mais claro o caráter excepcional da prisão preventiva, trazendo medidas cautelares alternativas a prisão. Um dos seus principais objetivos é tomar o encarceramento provisório como uma exceção, adaptando a legislação infraconstitucional ao paradigma constitucional de que a prisão cautelar deve ser usada como *ultima ratio*.

A lei passa a reger as medidas cautelares pessoais, alternativas à prisão, que recaem sobre a pessoa do acusado, mas não restringem por completo a sua liberdade, aumentando o leque de alternativas do magistrado. Tais medidas estão disciplinadas no art. 319 do Código de Processo Penal que, além de enunciar que a prisão preventiva só terá espaço quando as outras medidas não forem suficientes, ainda traz um rol taxativo de opções para o magistrado.

É nesse panorama de excepcionalidade do encarceramento preventivo que a prisão domiciliar se mostra mais uma alternativa, não tão agressiva, à prisão em estabelecimento prisional. Ou seja, a intenção do legislador ao modificar a lei é justamente demonstrar a preferência por meios menos danosos de medidas cautelares e a prisão domiciliar é uma delas.

O encarceramento em ambiente domiciliar é medida menos gravosa do que o encarceramento em presídio pois, de acordo com o art. 317, do Código de Processo Penal, ocorre na residência do indiciado ou acusado, permitindo que o mesmo tenha melhor estrutura, em ambiente mais confortável, mas, principalmente, fazendo com que o acusado não rompa de forma definitiva e abrupta o convívio familiar.

A prisão domiciliar, em algumas das suas hipóteses, vislumbra uma aplicação prática do princípio da intranscendência, previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, que determina que a pena não deve passar da pessoa do condenado. Sendo assim, a opção pela prisão domiciliar não é apenas benéfica para o acusado/indiciado que a ela faz jus, mas também serve de mecanismos para minimizar danos a terceiros inocentes.

Sobre o título prisional domiciliar, a Lei nº 12.403/2011 traz novidades, sendo a mais importante delas a sua previsão como medida cautelar¹⁴, nos moldes do art. 318 do Código de Processo Penal.

Quando se diz que a prisão domiciliar é uma medida substitutiva da prisão preventiva, isso não significa a vedação de sua aplicação direta em um determinado caso

¹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei nº 12.403 comentada: Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 423.

concreto, avaliando a proporcionalidade. Logo, ela pode ser aplicada como uma medida cautelar autônoma.

É de suma importância diferenciarmos a prisão domiciliar como medida cautelar daquela prevista no art. 117, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84)¹⁵, que não é objeto do nosso estudo, pois não é de prisão provisória. Neste caso, estamos diante da possibilidade de alguém já condenado, com trânsito em julgado, cumprir a pena privativa de liberdade em sua residência, ou seja, trata-se de execução penal e não de medida cautelar.

Importante ressaltar que a conversão da preventiva em domiciliar, bem como a sua decretação autônoma como medida cautelar, só será possível se ocorrer uma das hipóteses previstas em lei, cujos requisitos são de ônus probatório do Estado.

Os incisos do art. 318, do Código de Processo Penal, que trazem as hipóteses em que é possível a substituição, foram se modificando ao longo dos anos. Em 2011 a lei previa que as hipóteses de substituição ocorreriam quando a pessoa fosse maior de 80 (oitenta) anos, ou extremamente debilitada por motivo de doença grave, ou que fosse imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Com o advento da Lei nº 13.257 de 2016¹⁶ a hipótese de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco foi alterada para apenas gestante, aumentando o campo de aplicação da norma. Sendo assim, hoje, pela redação atual do inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal, qualquer gestante faz jus a substituição.

A mencionada lei ainda adicionou mais dois incisos, prevendo a possibilidade de encarceramento domiciliar no caso de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem responsável por filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Mais tarde, em 2018, a Lei nº 13.769¹⁷, adiciona o art. 318-A, que impõe requisitos para a prisão domiciliar da mulher gestante e aquela que tem filho de até 12 (doze) anos de idade. São eles: que ela não tenha cometido crime de violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido crime contra seu filho dependente.

A previsão da prisão domiciliar como substitutiva da preventiva traz inúmeras vantagens. A primeira delas é que o indivíduo está restrito de sua liberdade, mas não

¹⁵ BRASIL, *Lei nº 7.210* de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.257* de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 mar. 2019

¹⁷ Idem. *Lei nº 13.769* de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm> Acesso em: 18 mar. 2019



experimenta as mazelas do sistema carcerário. Além disso, com previsão de hipóteses bastante pontuais, observamos que há particularidade de casos, que fogem da normalidade e exigem tal tratamento por questões humanitárias. Diminui, ainda, o contingente penitenciário de presos provisórios, que hoje ocupam mais de 40% do sistema¹⁸.

3. O IMPACTO DA LEI Nº 13.769/2018 NA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DO STF QUANTO A PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER MÃE DE CRIANÇA E GRÁVIDA

O entendimento firmado pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP¹⁹, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado no dia 20 de fevereiro de 2018 é no sentido de que no caso das hipóteses previstas no art. 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal²⁰ há obrigatoriedade na concessão da prisão domiciliar para todas as mulheres presas e aquelas que viessem a ser.

Entretanto, de acordo com a decisão da Corte Superior, cabem exceções à previsão legal, em que a prisão domiciliar não será decretada, são elas: se a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; se a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes; em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegaram o benefício.

As duas primeiras exceções se relacionam justamente com o melhor interesse da criança. Em casos tais, o retorno da genitora ao convívio com seus filhos traria mais malefícios do que benefícios, os expondo diretamente à risco. A terceira exceção ficaria à critério do juiz, para analisar diante do caso concreto se a concessão de prisão domiciliar seria ou não adequada.

A Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, altera a redação do Código de Processo Penal, adicionando o art. 318-A, para positivar em parte o entendimento manifestado pelo STF sobre o tema. Além de determinar quais as hipóteses em que a mulher faz jus a

¹⁸ DEPEN. *Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰ Idem. *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: 14 out. 2018.

substituição, seguindo a mesma diretriz da decisão da Corte, traz ainda as situações excepcionais.

É nas exceções que está a grande polêmica, pois não foi positivada a terceira e última exceção trazida pelo STF: as situações excepcionalíssimas que o juiz iria analisar diante do caso concreto. Teria sido um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar, neste ponto, o entendimento do STF sobre o tema ou é simples omissão, que pode ser preenchida pela aplicação do precedente superior?

Parte da doutrina²¹ entende que a terceira exceção continua a poder ser aplicada, pois não deriva de interpretação da lei, mas sim de uma construção jurisprudencial. Ademais, sustentam que o legislador não tem a capacidade de prever todas as hipóteses excepcionais, sendo justificável que o magistrado, diante do caso concreto, faça a análise dos requisitos da decretação da prisão preventiva²².

O entendimento²³ nesse sentido ainda levanta o fato de que a prisão domiciliar tem natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292, do Código de Processo Penal, quais sejam: necessidade e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Além disso, acabaria por violar o art. 5º, da Constituição Federal de 88, que garante, entre outros, o direito à segurança²⁴.

De um lado há a necessidade de proibição de excesso por parte de alguns magistrados no que diz respeito a proteção integral da criança, mas de outro há a impossibilidade do juiz se omitir diante de situação em que direitos estão sendo violados. Nesse caso, a ponderação entre esses dois direitos deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Logo, quem defende a aplicação da exceção prevista na decisão do STF, defende que é nesse ponto que o tema ganha ponderação equilibrada de direitos²⁵.

²¹ DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestantes e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2018/comentarios-lei-137692019-prisao.html> > Acesso em: 18 mar. 2019.

²² Ibid.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2019.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

Mais ainda, mesmo que se admita que estamos diante de direito subjetivo da presa, sempre haverá margem para que o juiz formule algum conceito de ordem subjetiva, como por exemplo a análise se a criança, filha da presa, está efetivamente em sua companhia²⁶.

Como últimos argumentos, o Ministro do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, em seu voto em processo²⁷ sobre o tema, enuncia ainda que o principal objetivo da lei²⁸ que altera o Código de Processo Penal é a proteção da criança e não a concessão de uma espécie de salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça.

O Ministro, em outra oportunidade²⁹, entendeu que naquilo que a lei não regulou deve ser aplicada a decisão do STF, pois uma interpretação restritiva poderia culminar em risco efetivo e indireto à criança ou deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. Portanto, a separação excepcionalíssima da mãe e da criança só poderia ocorrer quando violar direitos dos mesmos, tendo em vista a força normativa da lei em vigor.

O STJ vem aplicando tal entendimento em seus julgados sobre o tema. À título de exemplo, existem algumas situações que os Ministros, tanto da Quinta, como da Sexta Turma, entendem que, apesar de não ter disposição na lei, se tratam de casos excepcionais que justificam a negação da concessão de prisão domiciliar.

São elas: a grande quantidade de droga apreendida com a mulher³⁰; o fato de que o armazenamento e a comercialização de drogas se dava na presença da prole, dentro de sua casa³¹; a reincidência da mulher; o fato da mulher integrar facção criminosa perigosa, tendo cometido práticas violentas além do tráfico, como por exemplo o uso de arma de fogo³².

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 426.526/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

²⁸ A lei em comento extrai seu fundamento do art. 227 da Constituição Federal.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 470.549/TO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 475.064/GO. Relator: Ministro Rogerio Schiatti Cruz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802768778&dt_publicacao=07/12/2018 >. Acesso em: 18 mar. 2019.

³¹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 461.631/RO. Relator: Ministro Felix Fishcer. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801899340&dt_publicacao=16/10/2018 > Acesso em: 18 mar. 2019.

³² Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus* nº 426.526/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

Ademais, o Tribunal da Cidadania³³ já fixou parâmetros em que a prisão domiciliar deve ser concedida mesmo que no caso da mulher esteja sendo acusada de tráfico de drogas. São os critérios: a mulher não ser reincidente, não ter o crime de tráfico ocorrido dentro de sua residência e não ter envolvido os seus filhos na atuação criminosa.

Sobre a reincidência, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, já havia mencionado anteriormente que não é motivo que enseja a não aplicação da prisão domiciliar por si só, devendo o magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto.

Em sentido diametralmente oposto, há entendimento de que a promulgação da lei tornou impossível a aplicação da exceção enunciada pelo STF em momento anterior, tendo ela suprimido a discricionariedade do juiz.

Nesse sentido, em artigo recentemente publicado, o juiz auxiliar do Supremo Tribunal Federal Fernando Barbagalo anuncia³⁴ que a redação do caput do art. 318 do Código de Processo Penal dava margem interpretativa, que sumiu com a inclusão do art. 318-A. Entende o magistrado que a nova lei impõe a substituição quando atendidos requisitos de ordem meramente objetiva e não estabelece nenhuma ressalva que dê espaço para interpretação do juiz a luz do caso concreto.

Em tom de crítica, ressalta o magistrado que a lei deu origem a uma modalidade de constrição domiciliar obrigatória, afastando quase que por completo o controle judicial da prisão domiciliar em tais casos.

Diante do exposto, a intenção do legislador seria de criar um poder-dever ao magistrado, que somente não poderia aplicar o dispositivo se vislumbrasse uma das situações dispostas em lei, motivo pelo qual a lei é considerada mais benéfica que a decisão do STF, que abre espaço para o julgador não conceder a prisão domiciliar a depender do caso concreto.

Seguindo essa posição, a lei que altera o art. 318-A traz uma redação mais atual e mais específica sobre o tema, devendo ela prevalecer. Ou seja, o uso de verbo impositivo no caput do art. 318-A deve prevalecer sob a do caput do art. 318 que dá ao juiz a possibilidade de aplicação.

³³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 470.549/TO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF > Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁴ BARBAGALO. Fernando. *Lei nº 13.769/2.018: primeiras impressões*. Disponível em: < <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo> > Acesso em: 19 mar. 2019.



Entender em sentido contrário abriria espaço para decisões judiciais, como vêm ocorrendo no âmbito do STJ³⁵, no sentido de não permitir a concessão ou conversão no caso do crime praticado ser o de tráfico de entorpecentes. Estaria diante de um retrocesso e uma ineficiência de um dos objetivos da norma, que é justamente a de redução do número de mulheres encarceradas, levando em conta as condições desumanas e degradantes dos estabelecimentos prisionais.

Isso se justifica porque, segundo pesquisas³⁶, o tipo penal que mais leva à condenação de mulheres no Brasil é o tráfico de entorpecentes, com índice que chega a 62% das condenações.

É seguindo esse entendimento que se critica³⁷ que a imprecisão do termo abre lastro para diversas interpretações do poder judiciário, em grande medida, arbitrárias, contrariando os fins propostos pela própria decisão.

Logo, permitir a interpretação do juiz diante do caso concreto sobre a substituição ou não da prisão preventiva por domiciliar é violar a força impositiva da previsão legal, que traz um caráter objetivo de aplicação, encerrando qualquer margem de discricionariedade para o magistrado como determinava a decisão do STF. Por fim, a intenção do legislador, quando se omite na previsão de uma hipótese mais aberta é justamente de vedá-la.

O tema é divergente e não foi pacificado, não tendo o STF sido chamado a se manifestar, dada a atualidade do debate.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que diante do cenário de graves violações de direitos fundamentais dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros, foram adotadas medidas para solução do problema, com iniciativa tanto do Poder Judiciário, que atuou de maneira mais afirmativa em suas decisões, como do Poder Legislativo, no que diz respeito a modificação das lei.

³⁵ CUNHA. Rogério Sanches. *STJ: situações excepcionais que justificam a prisão preventiva de mulher gestante ou grávida*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/22/stj-situacoes-excepcionais-justificam-prisao-preventiva-da-mulher-gestante-ou-que-mae/>> Acesso em 19 mar. 2019.

³⁶ DAPP FGV. *Encarceramento feminino*. Disponível em: <daap.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/> Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁷ MOURA, Gina Kerly Pontes Moura; ROCHA, Jorge Bheron; LANDIM, Maria Noêmia Pereira. *Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei>> Acesso em: 19 mar. 2019.

No caso trabalhado, a possibilidade da decretação da prisão domiciliar para mães de filhos menores de 12 anos e de nascituros é uma dessas medidas que primeiro foi implementada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP e depois melhor aprimorada pela Lei nº 13.769/2018, que positiva tal possibilidade.

Entretanto, ficou claro que existe um conflito entre a decisão do Tribunal Superior e do ato normativo posterior, pois esta, em tese, não possibilitaria uma avaliação por parte do magistrado do caso concreto, dando menor margem à interpretação.

Diante da ausência da previsão legal de situações excepcionais que autorizam o juiz a não conceder a prisão domiciliar, apesar do preenchimento dos demais requisitos, cinge-se a controvérsia: trata-se de omissão intencional do legislador que não pretende mais que haja análise do caso concreto por parte do juiz, devendo a mulher preencher único e exclusivamente os requisitos previstos de forma expressa ou prevalece o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal dando tal poder ao magistrado.

A doutrina se divide sobre o tema pelos mais diversos motivos expostos no terceiro capítulo do trabalho. Nos tribunais, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema, diante de sua atualidade, já que a modificação da lei ocorreu no final de 2018.

Levando em conta as decisões mais recentes, verifica-se um entendimento quase que pacífico do Superior Tribunal de Justiça que, em reiteradas decisões, mantém o mandamento do corte suprema, possibilitando que o juiz não conceda a prisão domiciliar diante da análise do caso concreto.

Parece ter havido um avanço positivo não só com a decisão paradigma, mas também com a modificação da lei. Entretanto, de um lado há uma interpretação um pouco mais conservadora, que diminuiria os casos de conversão ou decretação da prisão domiciliar, pois abre uma margem de discricionariedade do magistrado que pode culminar em diversas decisões negativas, impedindo a cessação da violação de direitos.

Esta pesquisa pretende sustentar a importância do tema em análise, demonstrando que existe uma controvérsia que precisa ser pacificada, tendo em vista sua repercussão social.

Levando em conta o princípio da separação de poderes, esse controle do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo e vice-versa é muito saudável para a democracia brasileira.

Ao tempo da decisão do *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal faz uso da técnica de *judicial review* da lei posta, ampliando a possibilidade de decretação e conversão da prisão em domiciliar feminina. Diante do movimento do judiciário, atuante para minimização da violação de direitos, o Poder Legislativo também segue o mesmo ritmo, alterando o Código de Processo Penal para positivar a decisão.



Entretanto, diante de um diálogo institucional, em menor medida, os legisladores positivaram a decisão, mas o fazem com supressão de parte dela, o que gera a controvérsia hoje discutida.

Pelo exposto, não há como negar que, em sua maior parte, a atual redação do art. 318-A, do Código de Processo Penal é a reprodução da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal. Mas também não se pode ignorar o fato de que houve sim uma omissão e que na lei não é dada ao magistrado a discricionariedade diante do caso concreto.

Ante o exposto, a proposta do autor é demonstrar que o tema ainda não foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser chamado a decidir em breve. Ademais, visa demonstrar seu posicionamento no sentido de aplicação literal do dispositivo legal.

Ao longo do primeiro capítulo ficou demonstrada a importância do ativismo judicial como forma de resguardar direitos fundamentais, o que ocorreu não só quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisa inconstitucional do nosso sistema carcerário, como também quando determinou a decretação e conversão da prisão domiciliar no caso de mulheres mães e gestantes. Porém, existe também a técnica de autocontenção do poder judiciário (*judicial self restraint*), que não pode decidir no sentido de suprimir direitos em hipóteses em que a literalidade da lei os resguarda.

REFERÊNCIAS

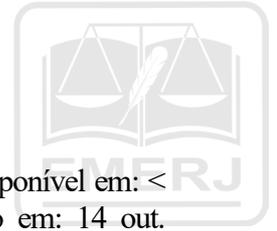
BARBAGALO. Fernando. *Lei nº 13.769/2018: primeiras impressões*. Disponível em: < <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo> > Acesso em: 19 mar. 2019.

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: 14 out. 2018.

_____. *Lei nº 7.210* de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.257* de 8 de março de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm >. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.769* de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm > Acesso em: 18 mar. 2019.



_____. 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: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 426.526/RJ*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 470.549/TO*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 475.064/GO*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802768778&dt_publicacao=07/12/2018>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 461.631/RO*. Relator: Ministro Felix Fishcer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801899340&dt_publicacao=16/10/2018> Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 426.526/RJ*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 470.549/TO*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1792638&num_registro=201802472603&data=20190220&formato=PDF> Acesso em: 19 mar. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 comentada: Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CUNHA. Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis nº 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: < <http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *STJ: situações excepcionais que justificam a prisão preventiva de mulher gestante ou grávida*. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/22/stj-situacoes-excepcionais-justificam-prisao-preventiva-da-mulher-gestante-ou-que-mae/> > Acesso em: 19 mar. 2019.

DAPP FGV. *Encarceramento feminino*. Disponível em: < daap.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/ > Acesso em: 19 mar. 2019.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf >. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN MULHER*. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. *Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen- nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> > Acesso em: 16 out. 2018.

DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestantes e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2018/comentarios-lei-137692019-prisao.html> > Acesso em: 18 mar. 2019.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA. Gina Kerly Pontes Moura; ROCHA. Jorge Bheron; LANDIM. Maria Noêmia Pereira. *Tribuna da Defensoria: Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei> > Acesso em: 19 mar. 2019.

SARMENTO. Daniel. *Petição Inicial da ADPF nº 347*. Disponível em: < <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> >. Acesso em: 14. Out. 2018.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. *Segurança pública para virar o jogo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO DIANTE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

Gabriela Soares Dantas Lopes

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC.

Resumo – O presente trabalho busca discutir a judicialização das políticas públicas na tutela dos presos, indagando se a atuação judicial é necessária nos casos de violação dos direitos fundamentais e qual seria a responsabilização do Estado diante do quadro generalizado de omissões dos Poderes da Federação. Por meio dessa análise surge a questão sobre existência ou não de um ativismo judicial nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da ADPF nº 347, sendo alvo de inúmeras críticas, uma vez que está consagrado na Constituição Federal o Princípio da Separação dos Poderes.

Palavras-chave – Responsabilização do Estado. Omissão. Superlotação carcerária. Judicialização de políticas públicas. Ativismo judicial.

Sumário – Introdução. 1. A superlotação carcerária e os mecanismos para combatê-la. 2. A responsabilização do estado por violação à dignidade dos presos. 3. Judicialização de políticas públicas ou ativismo judicial? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de limitação da atuação do Poder Judiciário na tutela das minorias, especificamente a população carcerária brasileira, dentro de um contexto de superlotação dos presídios e da situação degradante a qual esses presos estão submetidos. Procura-se demonstrar a inércia por parte dos demais Poderes e de que forma o Supremo Tribunal Federal poderá promover a implementação de políticas públicas, que atualmente são escassas e ineficientes, analisando as balizas que devem permear o seu agir.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir e chegar a uma conclusão sobre a manifestação da Corte Constitucional em tais circunstâncias. Busca-se analisar se é necessária a atuação de forma ampla do Judiciário, ou se deve haver restrições, a fim de não caracterizar um ativismo judicial.

A Constituição Federal estabelece em seu texto, expressamente, o direito de acesso à justiça e consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Diante disso, as demandas sociais, com o crescente descaso do Poder Público, migraram para o Judiciário como uma forma de se ter garantida maior efetividade na defesa de seus direitos, especialmente no contexto de crise econômica e política vivenciada no Brasil.



O tema é controvertido tanto na doutrina como na jurisprudência. Dessa forma, merece atenção e aprofundamento, sendo certo que é sempre delicada a intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, uma vez que está consagrado, no Estado Democrático de Direito, o Princípio da Separação dos Poderes.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, como forma de compreender a diferença entre ambos e analisar em que hipóteses o Judiciário pode intervir sem violar a sua inércia e imparcialidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo as possibilidades e os mecanismos que podem ser utilizados para resolver a questão da superlotação carcerária brasileira, analisando se a atuação judicial se faz necessária, ou se é possível a busca por outro mecanismo mais eficiente.

O segundo capítulo trabalha as hipóteses de responsabilização do Estado no caso de violação dos direitos dos presos, buscando analisar de que forma e quais instrumentos de coerção a Corte Constitucional poderá utilizar para fazer cumprir as suas decisões de forma efetiva e imediata. Isso porque no contexto de superlotação dos presídios, há diversas notícias de torturas, violência, celas insalubres, falta de produtos higiênicos básicos, além da dominação das prisões por organizações criminosas, ou seja, situações que demonstram a inércia da Administração Pública, capazes de ensejar a necessidade de reparar os presos pelos danos suportados.

O terceiro capítulo busca dar enfoque na questão da judicialização de políticas públicas e ativismo judicial, analisando os limites para atuação do Poder Judiciário quando é instado a se manifestar em tais casos. O enfoque será na recente decisão da ADPF 347, na qual foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, criticada por operadores do Direito e enaltecida por outros, mas que de toda forma possibilita o diálogo institucional por meio de uma decisão estruturante e inovadora.

Com relação as técnicas metodológicas, a pesquisa em tela, utilizando-se de uma metodologia de análise qualitativa e de abordagem hipotético-dedutiva, examinará recentes casos concretos decididos pelo Poder Judiciário Brasileiro, especificamente o Supremo Tribunal Federal, e suas eventuais consequências na sociedade.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa será teórica e crítica, com consulta a diversas espécies de fontes secundárias bibliográficas, além do uso da legislação e análise jurisprudenciais referentes ao tema, que possam corroborar a tese sustentada.

1. A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E OS MECANISMOS PARA COMBATÊ-LA

No contexto atual da sociedade brasileira, em meio a situação de crise econômica, social e política, surge uma das maiores discussões que está sendo enfrentada pelas autoridades e que confirma a falência do Estado Brasileiro em cuidar de políticas públicas, qual seja, a superlotação carcerária. A sujeição dos presos à condições precárias aumenta o sofrimento físico e psicológico que já é inerente à prisão e ultrapassa a própria pena imposta por sentença, retirando qualquer potencial ressocializador.

O tema passou por uma grande evolução nos julgamentos perante a Corte Constitucional. Um primeiro caso¹ relevante que merece ser citado envolveu a necessidade de realização de obras emergenciais em presídios. Neste precedente, o Supremo Tribunal Federal impôs à Administração Pública a obrigação de fazer consistente em executar reformas emergenciais em estabelecimentos prisionais, afastando a tese da reserva do possível. Constatou-se a necessidade de cumprir a pena de forma digna, de forma que o artigo 5º da Constituição Federal deve ser assegurado aos presos, como forma de proteger a sua integridade física e moral, a dignidade da pessoa humana, a função ressocializadora da pena e de cumprir as determinações da Lei de Execuções Penais.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, relator do caso, em seu voto, ressalta que o Judiciário deve fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição, assumindo um *status* de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios. Em seu voto salientou a situação das penitenciárias brasileiras, que encarceram mais de 600 mil detentos em condições subumanas, além de revoltas, conflitos, estupros e até mesmo homicídios. Essa situação calamitosa ensejou o que o Ministro denominou de “verdadeiro depósito de pessoas”, causando a aplicação de penas adicionais, na forma de situações degradantes.

Um segundo caso² marcante julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi a necessidade de impor indenizações aos presos que viviam em situação degradante nos presídios. No recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, ficou assentada a necessidade de manter padrões mínimos de humanidade, de forma que o Estado ficou responsabilizado, na forma do

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 592.591*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 24 set. 2018.

2 Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 24 set. 2018.



artigo 37, parágrafo 6º da Constituição, pelos danos morais decorrentes da falta de condições de encarceramento, no valor de R\$ 2 mil para cada um dos condenados.

Nesse importante julgado foi trazido ao debate diferentes posições dos Ministros quanto à reparação a ser adotada, sendo majoritariamente defendida a indenização em dinheiro por meio de parcela única. Contudo, importante salientar uma interessante proposta indicada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em que defendeu sobre a possibilidade de criar uma espécie nova de remissão, chamada de remissão ficta da pena. A fórmula proposta foi de um dia de redução da pena por 3 a 7 dias de prisão em situação degradante.

Contudo, o caso mais relevante e mais difundido acerca das condições degradantes das prisões brasileiras foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF³, julgada em 9 de setembro de 2015, por meio da qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para determinar que os juízes e tribunais realizassem em até noventa dias, audiências de custódia. Na decisão, o STF determinou, ainda, à União a liberação de saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e abstenção de realização de novos contingenciamentos. Essa decisão ficou conhecida pela instituição do Estado de Coisas Inconstitucional.

Diante de todas essas decisões, especialmente a última destacada, começaram os debates acerca da possibilidade de estar evidenciado um ativismo judicial. O Poder Judiciário foi criado para julgar casos concretos individuais, como função precípua a jurisdicional. A partir da Segunda Guerra Mundial, contudo, começou a surgir de fato a judicialização e introdução de novos conceitos a essa função.

A judicialização, tida como um movimento mundial, é a transferência de conflitos sociais e de poder para o judiciário. Cabe destacar que o artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo assim, o Poder Judiciário não possui uma discricionariedade para decidir ou não a causa, devendo julgar, não tendo a escolha de se omitir, como os demais Poderes habitualmente o fazem.

As causas da judicialização são inúmeras. Inicialmente, a inércia dos Poderes em solucionar os problemas sociais e implementar políticas públicas. Ademais, com o surgimento da Constituição de 1998, o rol de direitos fundamentais foi demasiadamente alargado, devendo o poder judiciário consolidar a sua máxima efetividade. Por fim, nesse contexto há a

3 Idem. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D307146003%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 24 set. 2018.

redemocratização do País, após a Segunda Guerra Mundial, em que a democracia ganha força, necessitando de um Judiciário forte, que é depositário da confiança de toda a sociedade.

Contudo, ao inovar e atribuir novas feições, começam a surgir críticas sobre o poder inflado do Judiciário, sobrecarregando-o em detrimento dos demais. Sendo a judicialização um fato vivido pela sociedade brasileira, o ativismo judicial é uma consequência dessa postura proativa adotada.

Ainda que admitido o ativismo judicial em decisões da Corte Suprema, certo é que o principal papel a ela atribuído é o de permitir uma efetivação do mínimo existencial, negligenciado pela tese de “reserva do possível”.

Mesmo atribuindo uma forte influência do Poder Judiciário na consagração de direitos e garantias fundamentais, é importante inovar nas soluções para a questão da superlotação, de modo que não fique estagnado e restrito apenas à Corte Suprema, e ainda, que não fique “perdido” nos debates sobre ativismo judicial.

Diante disso, é interessante introduzir novas possibilidades para a solução do problema sistêmico da superlotação carcerária. De início, importante salientar que a construção de novos presídios não implica em medida efetiva, uma vez que não resolve a questão, e sim a amplifica, sendo certo que as prisões brasileiras são dominadas por facções criminosas. É preciso criar medidas alternativas, de forma a garantir a dignidade dos presos e aplicar de forma concreta a função ressocializadora da pena:⁴

não é possível ignorar essa realidade que escancara a supremacia do crime organizado sobre o controle estatal dentro das unidades prisionais. A força das facções criminosas se intensifica quanto mais degradantes são as condições do encarceramento, e as condições são cada vez mais precárias na medida em que se prende além da capacidade e não se destina mais recursos para a manutenção das prisões. (...) Não haverá esperança enquanto não forem implementadas medidas que enfrentem a cultura do encarceramento em massa, sendo necessário iluminar o debate sobre a política de segurança pública e a política prisional para que medidas eficazes e racionais sejam adotadas.

Como um primeiro mecanismo de contenção da superlotação carcerária, pode-se destacar a ampliação da realização de audiências de custódia no Brasil, regulamentada pelo artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e pelas Resoluções 213 e 214 do Conselho Nacional de Justiça, que surge como uma de possibilidade de redução dos índices de

⁴ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

população carcerária. Nesse sentido, especialistas discutem a efetividade e implementação das audiências de custódia no território brasileiro⁵:

o Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), Joaquim Neto, faz uma ressalva em relação às audiências de custódia: apesar de elas serem realizadas em todos os Estados, geralmente elas ocorrem apenas nas capitais e em cidades grandes de cada Unidade Federativa. (...) Em alguns locais, como São Paulo, as audiências não são realizadas aos fins de semana e durante o recesso do Judiciário. '[A audiência de custódia] está em todos os Estados, mas não abrange todas as comarcas e unidades prisionais', diz. (...) Para Neto, é possível traçar um paralelo claro entre o instituto e a superlotação do sistema prisional. 'Se a audiência de custódia já estivesse implementada no país não teríamos chegado aos números que chegamos hoje de presos provisórios', afirma.

De fato, a difusão das audiências de custódia ao redor do País, de forma a possibilitar o comparecimento do preso em até 24 horas perante uma autoridade judiciária, possibilita a verificação de abusos na prisão e a consequente análise de ilegalidade, tornando-se desnecessário o encarceramento.

Ademais, outras proposições podem ser destacadas, por meio da importação de recomendações construídas pelo Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, em relação à superlotação carcerária, quais sejam: a privação da liberdade ser considerada como sanção ou medida de última instância; a previsão de um conjunto apropriado de medidas aplicadas em meio livre; o exame da oportunidade de despenalizar alguns tipos de delito ou requalificá-los; recorrer à aplicação do princípio da oportunidade da ação penal e procedimentos simplificados; aplicação de custódia cautelar; e o uso mais amplo possível das medidas alternativas às custódias cautelares.⁶

Na busca de medidas eficazes para combater o problema sistêmico de superlotação carcerária ganha força o princípio do *numerus clausus* ou “capacidade taxativa dos presídios”, como forma de controlar e reduzir a população carcerária e garantir o cumprimento do artigo 85 da Lei de Execuções Penais, que assim dispõe: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”⁷. Tal princípio pode ser compreendido como uma proporção “presos-vagas”, na qual uma nova entrada no sistema prisional deve corresponder ao menos a uma saída, mantendo-se uma estabilidade e, a longo prazo, uma redução de tais números.

⁵ MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?* Especialistas divergem ao responder a questão. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-13012017>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶ ROIG, Rodrigo. *Execução penal: Teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 606.

⁷ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

Desde 1989, o princípio do *numerus clausus* já era utilizado como critério e prognóstico de adaptabilidade social, por meio de medida proposta pelo Relatório Bonnemaïson. Posteriormente, em 2006, foi criada uma campanha na França com fundamento no princípio “uma vaga por cada preso”. Ainda há recentes aplicações em âmbito internacional, em países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, que criaram uma espécie de “lista de espera” e “escalonamento” do ingresso nos estabelecimentos penais”.⁸

Portanto, essas medidas de um lado fortalecem os direitos das pessoas presas e do outro criam a necessidade de o Estado adotar soluções para a situação degradante por elas vividas, de forma que a falta de recursos não pode justificar a violação massiva dos direitos humanos dessas minorias. Por fim, a superlotação deve ser entendida como um desvio de execução, impondo os indivíduos uma vida indigna, sendo certo que os instrumentos listados devem servir como uma forma de dar humanidade e proteção aos direitos fundamentais, que precisam ser garantidos a todos, sem exceções.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DOS PRESOS

A responsabilidade civil do Estado passou por longa evolução no plano histórico. No direito comparado houve uma primeira fase de irresponsabilidade civil, que vigorou a partir da metade do Século XIX, na qual o poder soberano do Monarca não possuía qualquer limitação.

A ideia que vigorava era de intangibilidade do Estado, traduzida nas expressões *the king can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*. Tal teoria foi abandonada, e evoluiu-se para a fase de responsabilidade subjetiva, pautada na doutrina civilista da culpa. Buscava-se distinguir duas situações: se o Estado praticasse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, todavia, se fosse exarado um ato de império, não haveria tal responsabilização.

Posteriormente se tornou desnecessária tal diferenciação, uma vez que o Estado passou a responder de forma subjetiva nos casos de culpa anônima ou falta do serviço (*fault du service*). Por fim, chegou-se à fase atual de responsabilidade civil, classificada como objetiva, pautada na teoria do risco administrativo e na repartição dos encargos sociais.

⁸ ROIG, op. cit., p. 100-106.



Com fundamento na necessidade de o Estado assumir prerrogativas e tarefas diversas em relação aos cidadãos, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no Direito Público, com fundamento no artigo 37, §6º da CRFB/88⁹, não havendo mais a necessidade de demonstração de culpa. Deve-se tão somente demonstrar o fato administrativo, seja a conduta comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público, o dano causado e o nexo causal. Admite-se, para tanto, as causas excludentes de responsabilidade civil, posto rejeitada a teoria do risco integral.

O Supremo Tribunal Federal¹⁰ consignou que o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões. No entanto, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só estará caracterizado quando o Poder Público tiver o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumprir tal obrigação legal.

Assim, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que ele tivesse obrigação legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorresse. Trata-se da denominada "omissão específica" do Estado.

É importante destacar que a conduta omissiva específica diferencia-se da conduta omissiva genérica. Enquanto na omissão genérica (natural) há ausência de movimento ou comportamento físico, sem produção de qualquer resultado, na omissão normativa (específica), há o descumprimento de um dever jurídico. Portanto, é dentro da omissão específica que surge a necessidade do Estado responder de forma objetiva pelos danos sofridos pelos encarcerados no interior dos estabelecimentos prisionais.¹¹

Segundo o Supremo Tribunal Federal¹², há responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos detentos no caso de falta ou qualquer insuficiência de condições legais de encarceramento. Considera-se que é dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena mantenha os padrões mínimos de humanidade previsto no ordenamento jurídico, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral, na forma do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal¹³. Dessa forma, é de sua responsabilidade a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677139/PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 805.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

¹³ Idem, op. cit., nota 9.

causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

No ordenamento jurídico brasileiro, além da necessidade de respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, há uma garantia constitucional de não submissão à tortura ou tratamento desumano ou degradante, consoante o artigo 5º, III, CRFB/88¹⁴. Ademais, o Governo Federal, por meio das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil (Resolução nº 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça¹⁵), estabeleceu a necessidade de respeito à individualidade, integridade física e dignidade pessoa dos presos, além da necessidade de satisfazer exigências da higiene. Por fim, o Pacto San José da Costa Rica, em seu artigo 5º, prevê o direito à integridade pessoa, sendo que toda pessoa tem direito a que se seja respeitada sua integridade física, psíquica e moral¹⁶.

Ainda assim, o sistema prisional brasileiro vive uma grande crise. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconheceu que o sistema penitenciário vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”¹⁷, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, no que diz respeito à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária, os espaços carcerários reduzidos, a precariedade das instalações de presídios, além de ser uma inobservância da ordem jurídica vigente, configura tratamento ultrajante e indigno a pessoas que estão sob custódia do Estado. Diante da ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes há uma verdadeira falha estrutural que gera uma violação sistemática dos direitos dos presos, assim como uma perpetuação e agravamento da situação.

Cabe ainda ressaltar que não há como acolher o argumento do princípio da reserva do possível, difundida por Cass Sunstein e considerada como a teoria das “restrições das restrições”. Segundo este princípio, os recursos públicos são limitados e as necessidades ilimitadas, de forma que não há condições financeiras de o Estado atender a todas as demandas sociais. Contudo, salienta-se que o argumento de escassez de recursos como justificativa para não atender necessidades fundamentais não deve prevalecer sobre o mínimo existencial dos presos, pois há uma flagrante violação a dignidade humana. Este princípio, quando muito, só

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Idem. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. *Resolução nº 14*, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁶ ROIG, op. cit., p. 588.

¹⁷ BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

pode servir de respaldo em ações judiciais nas quais está sendo pedida a implementação de direitos fundamentais prestacionais, especialmente direitos de natureza social, como a saúde e educação.

Todavia, neste caso, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, §6º, da CRFB/88¹⁸. Trata-se de dispositivo autoaplicável, portanto, de eficácia plena, que não depende de qualquer lei ou de outra providência administrativa para ser implementado. Ocorrendo o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

O sistema carcerário brasileiro produz uma violação generalizada de direitos humanos oriunda de da inércia e negligência do Poder Público, produzindo falhas estruturais e ferindo diversas garantias fundamentais dos encarcerados estabelecidas pela Constituição da República. A superlotação carcerária, bem como o tratamento degradante e indigno dos indivíduos que se encontram sob custódia, leva à condenação do Estado, como fruto do descumprimento de seu dever normativo, e garante o direito à indenização, à título de danos material e moral, de pessoas que se encontram submetidas ao regime do encarceramento desumano, em decorrência da omissão estatal específica na efetivação de direitos fundamentais.

3. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS OU ATIVISMO JUDICIAL?

Diante das decisões referidas ao longo do artigo, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e das reiteradas omissões estatais nos últimos anos, começou-se a observar uma tendência do Poder Judiciário em se imiscuir no papel atribuído aos Poderes Legislativo e Executivo. A Corte Constitucional passou a ser instada a se manifestar de forma mais intensa, para que pudesse garantir o efetivo cumprimento de políticas públicas. Nesse cenário, há quem entenda que tais intervenções são indevidas, de forma a violar a separação de poderes.

Historicamente, as bases da tripartição dos poderes foram criadas por Aristóteles, quando estabeleceu a existência de três poderes distintos: deliberativo, executivo e judiciário. Posteriormente, John Locke trouxe outra subdivisão, entendendo que havia o poder legislativo, executivo e federativo. Por fim, Barão de Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, sedimentou que cada função é exercida por órgãos distintos, autônomos, independentes e harmônicos entre si, dividindo-os em poder legislativo, executivo e judiciário.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 9.

A noção de repartição de poderes surge como forma de combater o Absolutismo, evitando a concentração de poder. De outro lado, possibilita a criação de mecanismos de fiscalização mútua entre todos os poderes, conforme o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). A divisão funcional de poder, portanto, além de conter os excessos de órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades dos cidadãos e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias estabelecidos na Constituição.¹⁹

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, atribuindo a chamada “eficácia vertical”, pois constitui aos três Poderes, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. É dessa forma que o juiz, diante da omissão dos demais agentes estatais pode prestar o mínimo garantido pelos direitos fundamentais, de forma direta ou imediata.²⁰

A atribuição de poderes que é dada ao Tribunal traz riscos que são lhe inerentes diante possibilidade de afetar a igualdade e equilíbrio em relação às demais funções do Estado. Com uma atuação mais enérgica, parte da doutrina entendeu que a Corte Constitucional estaria adentrando nas funções típicas dos demais poderes. Contudo, ressalta-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a atuação do Poder Judiciário, ao determinar a execução de políticas públicas para consecução de direitos fundamentais, não viola o princípio da separação de poderes, uma vez que a efetivação de direitos decorre do próprio princípio democrático.

Cabe destacar, ainda, a distinção feita entre a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial. A judicialização é uma forma do Judiciário atuar diante da ausência de qualquer outra alternativa. Já o ativismo judicial é em verdade uma forma de interpretação, com sentido de expansão sobre os demais poderes²¹:

a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

²⁰ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na revolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 143.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.ie.ufjf.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Com isso, entende-se que a determinação de medidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, é uma atitude considerada como ativismo judicial e teve como fundamento a garantia de direitos fundamentais dos presos. Como se sabe, o Poder Judiciário detém o poder de controlar a constitucionalidade de atos do Poder legislativo e executivo, com o fim de proteção de garantias e das regras do jogo democrático. De fato, a Corte Constitucional possui importante papel contramajoritário em suas decisões, pois embora não seja eleito, detém um caráter representativo. Logo, a intervenção do Judiciário em casos pontuais se dá em favor da democracia e não contra²².

A decisão que confirmou o “Estado de Coisas Inconstitucional”, surgido na Corte Constitucional Colombiana, é exemplo típico de aplicação do direito comparado como método de solução de conflitos que envolvam os direitos humanos, como uma forma de “fertilização cruzada” ou *cross-fertilization*. O Supremo Tribunal Federal determinou aos juízes e tribunais que lançassem a motivação pela não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, implementassem em até noventa dias as audiências de custódia, considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento das cautelares penais e estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, entre outras. Perceba-se que as principais medidas são destinadas exclusivamente aos juízes e tribunais, de forma que não podem ser implementadas pelos demais Poderes.

Tal decisão, contudo, não foi imune à críticas. A doutrina reagiu de forma contundente à decisão do Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque de se ter caracterizado ativismo judicial. Nesse sentido, há uma crítica interessante trazida por Lênio Streck, que embora aceite o papel garantidor do Judiciário no cumprimento das leis, entende que o objeto do controle de constitucionalidade são as normas jurídicas e não a realidade empírica sob a qual incidem²³:

o STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não

²² Ibid.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *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: 30 mar. 2019.

perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc.

Para cada um dos Poderes existem atribuições típicas e atípicas. A ideia de ativismo judicial nada mais é do que a participação do Poder Judiciário na concretização dos valores promovidos pela Constituição Federal, de forma que, conseqüentemente, intervém na esfera de atuação dos demais Poderes. A Carta Constitucional, inclusive, permite tal fiscalização de um poder pelo outro, uma vez que são independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o artigo 2º, da CRFB/88.²⁴

Enquanto existe de um lado o ativismo judicial, do outro há a chamada “autocontenção judicial” (*self restraint*), na qual há uma redução da atuação do Poder Judiciário na esfera dos demais Poderes. Nesses casos evita-se aplicar diretamente a Constituição à situações que não sejam do seu âmbito de atribuição expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores, abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas. Assim, restringe-se a incidência da Constituição em relação às instâncias que são tipicamente políticas²⁵.

Percebe-se que o ativismo judicial é necessário para atender as demandas da sociedade. A atuação ativa e expansiva no que diz respeito à interpretação da Constituição é uma forma de perpassar a inércia dos poderes majoritários, mas desde que atuem dentro dos limites do ordenamento jurídico²⁶:

uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, o Poder Judiciário detém o papel fundamental de ser o guardião da Constituição da República, conforme o próprio artigo 102, *caput*, da CFRB/88²⁷, e dessa forma deve promover os direitos ali inseridos, inclusive se for em face dos demais poderes. Sendo respeitados os limites estabelecidos de motivação idônea, justiça, razoabilidade e proporcionalidade, é seu dever e não apenas faculdade, atuar em seu legítimo papel contramajoritário e resguardar quaisquer direitos que não estão sendo objeto de tutela.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁵ BARROSO, op. cit., nota 21.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.



CONCLUSÃO

Esta pesquisa científica constatou, como problemática principal, a constante atuação do Poder Judiciário como forma de garantir direitos fundamentais. Por meio da doutrina e jurisprudência revelou-se um papel ativo da Corte Constitucional no cenário atual do sistema carcerário brasileiro.

Por meio da decisão histórica na ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” e determinou medidas que foram criticadas por operadores do Direito. Contudo, verificou-se que tal atuação foi necessária diante da omissão generalizada do Poder Público.

As penitenciárias brasileiras originam graves violações aos direitos dos presos, razão pela qual foi necessária uma atuação mais enérgica e contundente. Trata-se de um problema estrutural, que envolve vários agentes e órgãos do Estado, de forma que as decisões do Supremo Tribunal Federal não podem ser pontuais.

Nesta toada, surge a responsabilidade por omissão, principalmente do Poder Executivo, em executar políticas públicas direcionadas à solucionar o problema da superlotação carcerária e todas as suas consequências. Conforme aponta a doutrina especializada no tema, a responsabilidade possui por fundamento uma omissão específica, que gera uma responsabilidade objetiva, independente de demonstração de culpa.

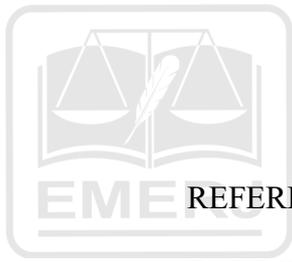
Diante de todas as problemáticas que circundam a grave e atual situação dos presídios brasileiros, surge a discussão sobre o papel do Poder Judiciário e a configuração do ativismo judicial. A Corte Constitucional buscou, por meio das últimas decisões em relação aos presídios brasileiros, dar efetividade aos direitos dos presos, sendo constatado que o ativismo foi necessário para concretizar medidas públicas ineficazes.

Contudo, o ativismo judicial não se confunde com a mera judicialização de políticas públicas. Com um quadro generalizado de violações à direitos fundamentais, o ativismo revela-se como uma alternativa, mesmo que temporária, para solucionar o problema. Ademais, mesmo para que sejam concretizadas e implementadas, deve haver a atuação, ao mesmo tempo, de todos os Poderes.

Apesar de haver críticas quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, diante da alegação de violação à separação dos poderes, ficou evidente que foram atuações necessárias diante de violações constantes e generalizadas. As suas decisões, em controle concentrado de constitucionalidade, possuem efeito erga omnes e eficácia vinculante, e por isso recebem maior importância e influenciam mais significativamente os demais Poderes.



Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve efetivar direitos fundamentais, o que ganha maior importância diante da omissão dos demais Poderes da República. Portanto, a sua atuação, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, é válida e dotada de legitimidade.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. *Resolução nº 14*, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 346/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D307146003%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 592.591*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677.139*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário*. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/encarceramento-2.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário? Especialistas divergem ao responder a questão*. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-13012017>>. Acesso em: 23 set. 2018.



OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na revolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROIG, Rodrigo. *Execução penal: Teoria crítica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *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: 30 mar. 2019.



DA CULTURA DEMANDISTA PARA OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA DO USO DA MEDIAÇÃO NA CASA DA FAMÍLIA

Gisele Silva do Carmo

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

Resumo – A mudança da cultura do litígio para a promoção dos meios alternativos de solução das controvérsias foi incentivada com a inserção no ordenamento jurídico de vários dispositivos normativos. Nesse cenário, a mediação desponta como meio alternativo eficiente e eficaz para a resolução dos conflitos, principalmente no âmbito das ações de família, exatamente porque permite que as próprias partes alcancem a composição do litígio. A essência deste trabalho é demonstrar a mediação, verificar sua capacidade de produzir o resultado esperado e apontar que um local adequado para a promoção da mediação, como a Casa da Família, atende às necessidades da sociedade contemporânea.

Palavras-chave- Direito Processual Civil. Mediação. Casa da Família.

Sumário – Introdução. 1. Da cultura demandista para os meios alternativos de resolução de conflitos. 2. Mediação como método alternativo eficiente e eficaz para a resolução de conflitos. 3. A Casa da Família e o uso da mediação para questões familiares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficácia e eficiência da mediação para solução de conflitos, principalmente nas ações familiares, quando desenvolvida em um espaço adequado que é a Casa da Família, criada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como um dos princípios que regem o Estado Democrático brasileiro na relação com os demais Estados a solução pacífica dos conflitos, sendo objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, surge a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a lei nº 13.105/15 - o novo Código de Processo Civil, que consolida os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e a lei nº 13.140/15, que trata da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial atenção à nova dinâmica social e aos comandos legais, instituiu o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), por meio da Resolução nº 23/2011 do Egrégio Órgão Especial.

Esse cenário favorece as seguintes reflexões: é possível sustentar que ainda prevalece a cultura judiciarista dos conflitos? Até que ponto pode-se afirmar que a mediação permite a solução dos conflitos de forma eficiente e eficaz? De que forma um espaço adequado para o uso da técnica da mediação, como é a Casa da Família, reduz as demandas judiciais nas varas de família?

Pretende-se apresentar o uso da mediação como meio alternativo eficiente e eficaz para resolução de conflitos familiares na Casa da Família. Isso porque no local há profissionais de diferentes áreas do conhecimento que auxiliam casais a alcançarem a resolução do litígio de forma mais justa e célere.

Dessa forma, ocorre uma redução das demandas nas ações de família, uma vez que a solução foi alcançada pelas próprias partes, o que evita o descumprimento daquilo que foi estabelecido por elas.

No primeiro capítulo, se pretende discutir se ainda prevalece na doutrina a cultura demandista, diante do cenário jurídico brasileiro nas décadas que sucederam a Constituição de 1988.

Em seguida, no segundo capítulo, se objetiva demonstrar que a mediação é meio eficaz de solução de conflitos tanto na fase pré-processual quanto na fase processual, pois permite às próprias partes chegarem a uma solução mais adequada para suas desavenças.

O terceiro capítulo requer comprovar que o uso da técnica em um local adequado como é a Casa da Família facilita a promoção do diálogo entre os casais e permite que resolvam suas desavenças, o que evita, muitas vezes, que retornem ao judiciário para a propositura de novas demandas.

A pesquisa será desenvolvida com observância do método hipotético-dedutivo, pois se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto será qualitativa, porque o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em análise, legislação e doutrina, para sustentar a tese proposta.



1. DA CULTURA DEMANDISTA PARA OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A democracia se consolida no decorrer dos séculos XIX e XX. O movimento de constitucionalização do direito firma suas bases a partir da segunda metade do século XX. O contexto político da época explica o surgimento de constituições prolixas, que se preocupam em transformar lutas políticas em direitos subjetivos. Nesse cenário, o Poder Judiciário - que tem como finalidade precípua assegurar o direito - é convertido em arena de lutas.

No Brasil isso acontece a partir do final da década de 80, com a combinação de elementos formais e materiais, como, por exemplo, a relação carteira de trabalho e oferta de emprego. A cidadania passa a ser ativa, não somente do ponto de vista político mas também do ponto de vista jurídico (os indivíduos buscam o judiciário para fazer valer seus direitos), o que gera uma grande onda de acesso à justiça.

A democracia contemporânea, sob o enfoque do judiciário, apresenta como característica a expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais em processos decisórios. Nasce a judicialização da política e a juridicização das relações sociais.

A expansão fez com que o Judiciário tenha que decidir desde situações pessoais até fluxo de capital transnacional. A população passou a buscar o Judiciário na esperança de que o mesmo cumpra as promessas que não foram efetivadas pelos demais poderes. É a judicialização da política, que apresenta como aspecto negativo a transferência de poderes decisórios do eixo legislativo- executivo para o Poder Judiciário e como aspecto positivo o preenchimento de lacunas do poder com garantia da ordem constitucional e limitação dos casuísmos do legislativo e executivo.

De outro lado, a juridicização das relações sociais traz a discussão dos conflitos sob o ponto de vista jurídico. Isto é, a juridicização decorre da vontade humana que, ao valorar o fato, revela seu viés político. O Judiciário é transformado em um balcão para a resolução dos conflitos sociais, trata-se de uma repercussão negativa deste fenômeno. Destaca-se como aspecto positivo a mobilização da sociedade civil para garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.

Nesse cenário, o Poder Judiciário assume importante função na democracia representativa e participativa, solidificadas pela Constituição Federal de 1988. O conceito tradicional de jurisdição - aplicar a lei ao caso concreto - mostra-se defasado. A resolução de conflitos e a distribuição de justiça também não estão mais tão somente associadas ao monopólio da atividade estatal. O acesso à justiça entendido apenas em seu aspecto

quantitativo igualmente não encontra guarida no atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

A cultura judiciarista, baseada na decisão de mérito e impregnada de intervenção estatal, gerou duração excessiva do processo e acirramento dos ânimos entre aqueles envolvidos na controvérsia posta em apreciação. Movida pelo aumento das demandas a política judiciária ocupou-se com expansão da estrutura física do judiciário (mais servidores, mais juízes, mais fóruns, mais equipamentos, mais custos). Isso não foi suficiente.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso¹, atrelar acesso à justiça ao exercício de cidadania é equivocado. Segundo o Mancuso², “[...] o crescimento físico do Judiciário só faz retroalimentar a demanda, a par de exacerbar a cultura demandista e desestimular a busca por outras formas, auto e heterocompositivas, de resolução de controvérsias.”

Tendo em vista o crescente do fenômeno da juridicização do conflitos, ganha força na doutrina e no ordenamento jurídico a ideia de prevenção ou resolução dos conflitos com justiça, ainda que por meio dos equivalentes jurisdicionais.

Hoje, há uma tendência à desjudicialização, com alteração do enfoque quantitativo do acesso à justiça para uma perspectiva qualitativa. Trata-se do acesso a uma ordem jurídica justa. Diz-se realizado o direito quando o conflito resulte prevenido, composto de modo justo, tempestivo, permanente, com observância da equação custo x benefício.

Mancuso³ destaca que os meios alternativos representam o efetivo exercício da cidadania, pois permitem aos próprios interessados buscarem, por si mesmos ou com a intercessão de um agente facilitador, a prevenção ou a resolução justa do litígio:

a composição justa dos conflitos pela via suasória tende a resultar mais convincente e duradoura para as partes, e mais benéfica para a coletividade, do que poderia fazê-lo a decisão judicial de mérito, e isso, para além das razões antes apontadas, porque o justo apresenta uma dimensão mais larga do que o jurídico, notando-se que este último termo se explica pela aderência ao Direito Positivo – o “fundamento legal” – ao passo que o “justo” se engaja ao que é equânime: o Direito como *ars boni et aequo*. Em suma, hoje cabe antes falar não singelamente em acesso à justiça, mas sim no acesso á ordem jurídica justa, isto é: resolução do conflito em modo equânime, tecnicamente consistente e num tempo razoável.

No âmbito do ordenamento jurídico, também se busca alterar a cultura demandista/judiciarista. Em 1988 a Constituição Federal⁴ elegeu como um dos princípios

¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.15.

²Ibid.

³Idem. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CRFB/88) e previu outros meios compositivos além da jurisdição, como exemplo tem-se a justiça de paz (art.98, inciso I, CRFB/88) e a justiça desportiva (art.217, parágrafo 1º, CRFB/88).

Vinte anos depois, em corroboração à tendência de desjudicialização nasce a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça⁵ – CNJ, que tem por finalidade de estabelecer uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Ainda em atenção ao acesso à justiça justa, célere e efetiva, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15)⁶ no art. 3º, parágrafo 2º, conclama o Estado a incentivar a solução consensual dos conflitos, sempre que possível. A regra dá ênfase à conciliação e à mediação sem, contudo, excluir outros meios de solução consensual. Além disso, o Código de Processo cria para juízes, advogados, promotores e defensores públicos o dever de estimular os equivalentes jurisdicionais, inclusive durante o curso do processo judicial.

Em que pese existir vários meios de solução consensual dos litígios, a mediação destaca-se. E, com a finalidade regulamentá-la, é criada a Lei nº 13140/15, a qual dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A mediação se mostra eficiente e eficaz na obtenção de solução adequada, duradoura e pacífica para os conflitos, o que, por consequência, contribui para a redução da cultura do litígio, sendo um incentivo à adesão aos equivalentes jurisdicionais.

2. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO EFICIENTE E EFICAZ PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação pode ser conceituada como meio alternativo⁷ de solução de controvérsia entre as partes, em que um terceiro imparcial favorece e organiza a comunicação entre elas, as partes. O terceiro é o mediador.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 20 set.2018.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁷ O adjetivo alternativo, no âmbito do processo judicial, relaciona-se à ideia de a solução não ser dada pelo juiz. Mas, sim pelas partes auxiliadas por um terceiro mediador ou conciliador – não é o órgão jurisdicional.

O mediador é responsável por desenvolver um processo de construção e maturidade das partes, para que possam enfrentar e entender o conflito, por meio da reflexão. Os mediados então são levados a repensar o problema e a visualizar outros resultados, afastando-se de suas concepções errôneas sobre o fato objeto do litígio.

Cachebuz⁸ conclui que a mediação:

[...] visa fundamentalmente dar fim efetivo ao conflito, emocional e jurídico. Isso porque busca as causas que o geraram para encaminhar as partes a detectarem a razão que as levou a chegarem a tal entendimento para que possam achar a solução mais favorável, sem se sentirem lesadas.[...] A mediação tem por finalidade a sinalização para um novo contexto, diante das divergências e dos conflitos, possibilitando a expansão de novos entendimentos, tanto no sentido emocional, como na forma de convivência.

Assim como a conciliação, a mediação também dar-se judicialmente - fase processual⁹ - ou extrajudicialmente - fase pré-processual¹⁰. E mais. Ambas usam a autocomposição¹¹. Estes são pontos de convergência entre os dois métodos.

Sobre os métodos alternativos, enfatizam Pinho e Paumgarten¹²:

[...] inicialmente considerada uma justiça informal (não porque desprovida de rituais, mas porque extraordinária à justiça informal (não porque desprovida de rituais, mas porque extraordinária à justiça estatal oficial), prima pela celeridade, busca o acordo, a resolução do conflito em todas a sua profundidade mais do que vencer ou perder, substituindo o confronto pela harmonia e pelo consenso, a guerra pela paz (e não apenas a pacificação momentânea) educando os contendores a resolver seus próprios problemas baseados no diálogo e respeito ao outro.

Contudo, há distinções entre os dois métodos de resolução de conflitos. Na conciliação, o terceiro interfere diretamente no litígio, podendo sugerir opções de solução para a situação conflituosa (art. 165, § 2º, do CPC). De forma diversa ocorre na mediação.

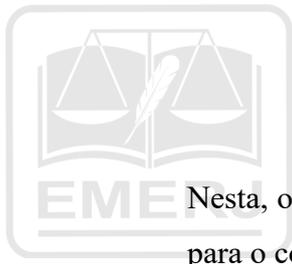
⁸ CACHEPUZ, Rozane da Rocha. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p.31.

⁹ Na esfera judicial, a mediação ocorre por requerimento das partes ou por decisão do juiz de ofício ao constatar necessidade de tratamento do conflito por mediador.

¹⁰ Na fase pré-processual, o conflito ainda não foi judicializado, sendo submetido à mediação por solicitação das partes ou dos advogados. Isso ocorre no Centro de Mediação mais próximo. Se ocorrer acordo entre as partes, a homologação deve ser procedida, através de distribuição por dependência, no Juízo do diretor do Centro de Mediação.

¹¹ Autocomposição é mecanismo por meio do qual as partes encontram solução para o litígio.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTIEN, Michele Pedrosa;. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. Coord. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; Samantha Pelajo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.15.



Nesta, o mediador não compõe o litígio, ele leva os próprios mediandos a encontrar a solução para o conflito (art. 165, § 3º, do CPC).

Esclarece Cachapuz¹³ que “o mediador não pode tomar qualquer decisão ou medida, pois ele não possui o poder de coação ou coerção; muito menos, incentivar as partes para que cheguem a um acordo se elas não estiverem aptas a fazê-lo.”

Também difere da conciliação em outro aspecto. A conciliação tem foro nos conflitos objetivos, superficiais, no qual não há vínculo anterior entre as partes. Já a mediação é usada preferencialmente para os conflitos subjetivos, pois já existe relação anterior entre as partes.

Nesse contexto, ressalte-se que a mediação pode desenvolver-se em escolas, hospitais, comunidades, nas relações trabalhistas, em sucessão por morte e nas empresas. Barbosa¹⁴ afirma que “onde houver encontro humano haverá campo propício para a mediação.”

Merece breve destaque, uma vez que será o foco do próximo capítulo, o fato de o direito de família, pela própria natureza dos conflitos, bem como pelos fatos subjacentes ao litígio, ser campo vasto para aplicação deste meio alternativo.

Superado o campo de atuação, deve-se ressaltar que, no Brasil, a mediação foi regulamentada pela Lei nº 13.140/2015¹⁵, que trouxe em seu art. 2º os princípios orientadores do instituto.

Ao observá-los, constata-se que o instituto é um grande instrumento para a conscientização social, além de permitir o deslocamento da cultura demandista para a promoção da solução amigável do litígio.

Em matéria publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ - em 13/072018, o doutrinador e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Kazuo Watanabe¹⁶, afirma que o acesso à justiça na visão contemporânea não busca a solução adjudicada dos conflitos de interesses por meio de ato decisório do juiz. Watanabe¹⁷ destaca que:

¹³ CACHEPUZ, op.cit., p.55.

¹⁴ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015, p.105.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

¹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Sucesso da mediação no TJRJ é debatido em palestra na Emerj nesta sexta-feira*. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/478670173/sucesso-da-mediacao-no-tjrj-e-debatido-em-palestra-na-emerj-nesta-sexta-feira>> Acesso em: 29 mar. 2019.

¹⁷ Ibid.

[...] o acesso à Justiça, na concepção atualizada, procura assegurar um acesso qualificado, que propicie aos jurisdicionados uma solução adequada à natureza dos conflitos e às peculiaridades das partes envolvidas, o que se obtém por meio da utilização de todos os mecanismos de resolução de controvérsias, especialmente pelos mecanismos consensuais, como a mediação e a conciliação. Daí a elevada importância dos mediadores e conciliadores que serão, desde que bem capacitados e treinados, os operadores dessa importante transformação de nossa Justiça, propiciando o surgimento da ‘cultura da pacificação’ em substituição à atual ‘cultura da sentença’.

Barbosa¹⁸ ressalta que:

a mediação como instrumento de mudança – e não de reforma – não tem como objetivo desafogar o judiciário por meio da celebração de acordo, sob a aparência de pôr fim ao litígio, mas acaba tendo como efeito a diminuição da litigiosidade e a redução do número alarmante de processos.

A mediação tem, portanto, a proposta de funcionar como um meio de aprendizado de um comportamento ético. E é exatamente por suas características peculiares que ela está despontando como método eficiente¹⁹ e eficaz²⁰ para a resolução do conflito.

Para exemplificar, retira-se do texto da notícia publicada no site do TJRJ²¹ no ano de 2017 dados referentes à mediação. Segundo a matéria, desde o advento do diploma normativo sobre a mediação – Lei nº 13140/15 – a busca por este método consensual vem aumentando ano a ano.

A notícia informa que, em 2014, antes da sanção do diploma legal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu somente sete processos por mês em busca de mediação. Porém, até julho de 2017, já havia recebido 70 processos por mês.

Note-se, assim, que houve um aumento significativo de submissão do conflito à mediação. A notícia traz também outra informação relevante sobre o instituto. Aponta que, de acordo com dados disponibilizados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos²², no primeiro semestre de 2017, foram realizadas 719 mediações, das quais 603 obtiveram acordo, o que representa um índice de 85%.

¹⁸ BARBOSA, op.cit., p.99

¹⁹Eficiência é a capacidade de produzir um efeito; efetividade, força. É a capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; aptidão, capacidade, competência.

²⁰Eficácia é atributo ou qualidade do que é eficaz. Qualidade do que produz o resultado esperado; infalibilidade, segurança, validez.

²¹ BRASIL, op.cit., nota 16.

²² Ibid.



Sobre a consolidação da mediação, em matéria publicada pela Agência CNJ de Notícias, o presidente do Supremo Tribunal Federal – STF-, Ministro Dias Toffoli²³, afirma que:

[...] além de mobilização anual dos tribunais e da sociedade para buscar soluções negociadas para conflitos em todo o país, a estruturação dos órgãos da Justiça para adotar a autocomposição e a incorporação da mediação e da conciliação à lei comprovam a consolidação da política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no Poder Judiciário.

É exatamente sobre uma das iniciativas para tratamento adequado do litígio, a Casa da Família do TJRJ, um local para resolução de conflitos familiares por meio de mediação, que será o próximo capítulo.

3. A CASA DA FAMÍLIA E O USO DA MEDIAÇÃO PARA QUESTÕES FAMILIARES

Na atualidade, a solução pacífica das controvérsias é um objetivo a ser alcançado no Brasil, tanto nas relações entre seus cidadãos quanto na atuação do País junto aos membros da comunidade internacional - art. 3º, inciso I; art. 4º, inciso IV, da CRFB/88²⁴.

Por ter a família especial proteção do Estado²⁵, o legislador pátrio, atendo às peculiaridades que envolvem as ações de família, no Código de Processo Civil de 2015 fez constar como objetivo legal a solução consensual das controvérsias por meio dos institutos da mediação e da conciliação.²⁶

Em virtude de todos os sentimentos que envolvem a ruptura do núcleo familiar e seu inegável reflexo nas ações de família, a decisão do juiz não costuma por fim à situação litigiosa. A sentença não produz o efeito esperado pela justiça.

O descontentamento com a decisão, muitas vezes, não é somente de uma das partes, mas das duas. Por isso, a doutrina é uníssona em apontar o uso da mediação como método eficaz para a solução dos litígios familiares.

Nesse contexto, observa Dias²⁷:

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mediação e conciliação estão consolidadas na Justiça, afirma Dias Toffoli*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87950-mediacao-conciliacao-estao-consolidadas-na-justica-afirma-dias-toffoli> > Acesso em: 29 mar. 2019.

²⁴ BRASIL, op.cit., nota 3.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁷ DIAS apud CAMPOS, Argene; BRITO, Erica Gentilezza de. O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A*

[...] por ser técnica alternativa para levar as partes a encontrar solução consensual, é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar.

O benefício da mediação nos conflitos familiares alcança não somente as partes mas também o assoberbado judiciário. Cite-se como exemplo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que, atualmente, o acervo acumulado está em torno de 11 milhões de processos, em um universo de 901 magistrados.²⁸ Por certo, a média de processos por juiz inviabiliza o exercício da função judicante com a qualidade e a agilidade esperadas pelo jurisdicionado.

Por isso, o uso da mediação nas relações familiares faz-se necessário não somente para permitir que as partes se tornem protagonistas da decisão, bem como para evitar que os conflitos se perpetuem em um judiciário já repleto de demandas.

Sobre a temática, destacam Pelajo, Souza e Lima²⁹:

a nosso sentir, a novel legislação processual parece afirmar, peremptória e precisamente, que o caminho da justiça, no âmbito das relações familiares – i. e., interações continuadas, que se protraem no tempo e que comportam uma miríade de possibilidades interpretativas para cada atitude, postura ou fala -, é o diálogo e o consenso, construídos por meio da negociação assistida por um terceiro imparcial. O legislador está, a um só tempo, buscando uma solução harmônica e adequada que possa considerar a saturação do Poder Judiciário e a complexidade das controvérsias familiares.

Exatamente em virtude do volume de processos em tramitação no Poder Judiciário e atento à modernização da Justiça, que, desde 2009, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro- TJRJ- privilegia a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, com foco na Mediação.

Naquele ano, foi criado o Centro de Mediação do Fórum Central da Comarca da Capital³⁰, destinado a atender às 14 (quatorze) Varas de Família. No ano seguinte, em 2010,

ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 321.

²⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

²⁹PELAJO, Samantha; SOUZA E LIMA, Evandro. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. Coord. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; Samantha Pelajo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 225.

mais 16 (dezesesseis) Centros de Mediação em Fóruns Regionais da Capital, Comarcas da Baixada Fluminense, Região Serrana e Litorânea³¹ foram instalados com a finalidade de atender às Varas de Família e aos Juizados Especiais Criminais.

Em 2011, o TJRJ instituiu o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC -, por meio da Resolução nº 23/2011 do Órgão Especial. E foi além. Para ser diferencial no tratamento dos conflitos familiares, o Nupemec cria, em novembro de 2017, a Casa da Família, que funciona nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – Cejusc.

A Casa da Família é um local, um espaço para tratamento de conflitos familiares, em que predomina a técnica da mediação. Ela baseia-se no conceito de justiça multiportas³². Por isso, o espaço dispõe de profissionais qualificados de diferentes áreas- assistentes sociais, psicólogos, mediadores-, que usam a justiça restaurativa e técnicas de mediação e constelação³³ para auxiliar pais, filhos e parentes a alcançar a melhor solução para a questão familiar conflituosa.³⁴

Em entrevista à Assessoria de Imprensa do TJRJ, sobre a importância da Casa da Família para as questões familiares, ressalta o coordenador do Nupemec, Desembargador Cesar Cury³⁵:

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Ato Executivo TJRJ nº 5555/2009*, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/ab3710c9-6795-49e0-9284-7fd03b2b8c1f>> Acesso em: 12 abr. 2019.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Ato Executivo TJRJ nº 1597/2010*, de 15 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/6e0e86b7-08d0-4c0b-9391-71c5c6038ce6>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

³² A ideia da Justiça Multiportas é a permitir que as partes escolham a forma pela qual colocarão um fim ao litígio, sendo por meio da jurisdição (atividade estatal) ou através de outras possibilidades de pacificação social, uma vez que para cada situação conflituosa existe uma forma mais adequada de solução.

³³ A constelação familiar é uma técnica que consiste em, nas relações familiares, identificar problemas que tendem a se repetir, abordando-os de forma a resolvê-lo de forma definitiva.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Casa da Família, uma nova forma da Justiça lidar com questões familiares, será inaugurada dia 27*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjrj.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Fnoticias%2Fnoticia%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.tjrj.jus.br%252Fweb%252Fguest%252Fnoticias%252Fnoticia%253Fp_p_id%253Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath%3D%252Fsearch.jsp%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_keywords%3Dcasa%2Bda%2Bfam%25C3%25ADlia%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_formDate%3D1555289847221%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_scope%3Deverything&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_assetEntryId=5200541&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_type=content&inheritRedirect=true> Acesso em: 12 abr. 2019.

³⁵ Ibid.

os conflitos da sociedade estão mais complexos, dinâmicos, com novas formações familiares e demandas. Resolvemos trazer o conceito de justiça multiportas, adaptar às nossas realidades. Assim, criamos uma estrutura que é a nova porta de entrada para questões de família na justiça.

O auxílio despendido pela Casa da Família pode ocorrer antes da instauração de um processo judicial, com a dispensa de advogados, e também durante o tramite processual. O juiz, ao analisar a demanda em curso, pode entender que a mediação é a melhor forma de obter a resolução daquele litígio. Diante desse cenário, poderá encaminhar o processo à unidade.

Por ocasião da inauguração da quarta unidade do projeto, o coordenador do Nupemec, Desembargador Cesar Cury, esclarece³⁶:

a Casa da Família começou no fim do ano passado com o objetivo de reunir pais que estão separados para que os processos de divórcio, de pensão alimentícia, transcorram sem traumas aos familiares. Ela foi pensada para tratar das questões relacionadas às famílias sem os inconvenientes do processo, de modo mais adequado e com segurança. Em muitos casos, casais desistiram dos processos na Justiça, outros não voltaram com novas ações e grande parte não precisou entrar com processo para discutir a separação.

Os números traduzem a eficiência e a eficácia da aplicação da técnica da mediação no espaço da Casa da Família para solução de questões familiares. O índice de solução dos casos familiares em 2017 foi de 96%. O indicador de reincidência é de 0%. Na área familiar a aprovação da técnica foi de 98 %.³⁷

Portanto, é evidente que, ao dispor de um local apropriado para o desenvolvimento de métodos de solução adequada dos conflitos familiares, o TJRJ contribui para a redução da cultura do litígio, evita o cenário beligerante e aproxima-se da sociedade. Concretiza o comando constitucional. É o judiciário brasileiro, que deixa de ser inacessível ao leigo por estar distante das pretensões sociais, conquista visibilidade política e aumenta sua intervenção na sociedade.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Desembargador destaca Casa da Família que ganhará quarta unidade*. Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5201934>.> Acesso em: 12 abr. 2019.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro, op.cit., nota 32.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a existência de um local adequado para a promoção da mediação, como a Casa da Família, criada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, permite às partes um novo entendimento do fato controverso, por meio de reflexão, o que faz com haja redução da litigiosidade existente, principalmente nos conflitos de família.

Demonstrou esta pesquisadora que houve uma mudança, uma transformação social da cultura do litígio para foco nos meios alternativos de solução de controvérsias. De início, no Brasil, ocorreu na década de 80 uma grande onda de acesso à justiça. Tal fato levou o judiciário a tornar-se verdadeiro protagonista da política e das relações sociais. Contudo, essa expansão gerou excessiva duração do processo e acirramento da cultura demandista.

Por isso, com a constatação de que juridicização do litígio não representava acesso à ordem jurídica justa, ganha força na doutrina e na jurisprudência a ideia de resolução de conflitos por meio dos meios alternativos, mudando o enfoque do acesso à justiça inicialmente quantitativo para qualitativo.

A inserção de normas prevendo a solução pacífica iniciou-se na Constituição de 1988. Desde então, várias outras espécies normativas apresentam dispositivos ou versam inteiramente sobre meios de solução consensual, a saber: Resolução n° 125 do CNJ, Lei n° 13.105/15 – Código de Processo Civil- e Lei n° 13.140 – que dispõe sobre mediação entre particulares.

Nesse contexto de inserção e crescimento do uso dos meios alternativos no ordenamento jurídico brasileiro, a mediação, que é o enfoque deste trabalho, desponta como forma célere e eficaz de resolução dos conflitos, uma vez que permite às partes encontrar, com base em uma comunicação qualificada, a solução para a controvérsia estabelecida entre elas.

O segundo capítulo demonstrou que mediação desponta como instrumento de conscientização social para ao deslocamento da cultura do litígio para a cultura da pacificação social, o que leva à diminuição da litigiosidade e à redução do número de processos. É o que revela dados disponibilizados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, uma vez que foi apurado alto índice de acordos nas mediações ocorridas somente no primeiro semestre de 2017.

Nesse contexto, atento aos anseios da sociedade e com o objetivo de concretizar os comandos normativos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

criou a Casa da Família, um local destinado à promoção dos meios alternativos, com destaque para o uso da mediação nos conflitos familiares.

O uso da mediação no contexto das ações familiares mostra-se necessário, uma vez a solução imposta pelo juiz, muitas vezes, não é respeitada nem por uma e quiçá pelas duas partes. Isso porque a sentença judicial pode não estar traduzindo as expectativas dos demandantes, em razão dos sentimentos que estão envolvidos na ruptura na família.

Por isso, a Casa da Família, um ambiente em que são desenvolvidas várias técnicas de solução adjudicada do litígio e que dispõe de equipe interdisciplinar, ajuda na promoção do diálogo entre os casais e tem obtido êxito para o encontro da resolução adequada dos conflitos familiares, muitas vezes sem a necessidade de processo judicial.

Esta pesquisadora comprovou, portanto, que um local adequado para o uso da técnica da mediação contribui para o acesso qualificado à justiça, bem como evita a reincidência de situações conflituosas relacionadas ao fato já composto pelas partes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. *Lei nº. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Mediação e conciliação estão consolidadas na Justiça, afirma Dias Toffoli*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/87950-mediacao-conciliacao-estao-consolidadas-na-justica-afirma-dias-toffoli>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Executivo TJRJ nº 5555/2009*, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/ab3710c9-6795-49e0-9284-7fd03b2b8c1f>> Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Executivo TJRJ nº 1597/2010*, de 15 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/6e0e86b7-08d0-4c0b-9391-71c5c6038ce6>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Casa da Família, uma nova forma da Justiça lidar com questões familiares, será inaugurada dia 27*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjrj.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Fnoticias%2Fnoticia%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_redirect%3Dhttp%253A%252F%252Fwww.tjrj.jus.br%252Fweb%252Fguest%252Fnoticias%252Fnoticia%253Fp_p_id%253Dcom_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath%3D%252Fsearch.jsp%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_keywords%3Dcasa%2Bda%2Bfam%25C3%25ADlia%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_formDate%3D1555289847221%26_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_scope%3Deverything&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_assetEntryId=5200541&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_type=content&inheritRedirect=true>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Desembargador destaca Casa da Família que ganhará quarta unidade*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/visualizarconteudo/5111210/5201934>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Sucesso da mediação no TJRJ é debatido em palestra na Emerj nesta sexta-feira*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5196465>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

CAMPOS, Argene; BRITO, Erica Gentilezza de. O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CACHEPUZ, Rozane da Rocha. *Mediação nos conflitos & direito de família*. 1. ed. (ano 2003). 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

PELAJO, Samantha; SOUZA E LIMA, Evandro. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. Coord. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; Samantha Pelajo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTIEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. Coord. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; Samantha Pelajo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Guilherme Fraga de Paiva Moreira

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-RJ). Advogado.

Resumo – Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, o gênero se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que o gênero de uma pessoa se distancia da concepção tradicional, de forma que hoje o gênero pode ser definida por três vínculos que se interligam: o jurídico ou normativo, o biológico e o psicológico. A essência do trabalho é abordar essas classificações, verificar qual a relevância de cada uma e apontar qual a que melhor orienta a determinação do gênero feminino para aplicação da qualificadora do feminicídio.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes Contra a Pessoa. Homicídio. Feminicídio.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade das distinções entre homens e mulheres. 2. A estrutura do tipo penal. 3. O sujeito passivo do feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem o intuito de expor a controvérsia existente acerca da incidência da qualificadora do feminicídio, modalidade de homicídio qualificado por razões de condição do sexo feminino, a pessoas que a sociedade considera mulher, a despeito de não serem, biologicamente, mulheres.

O objetivo do presente estudo é fornecer soluções à controvérsia referente ao sujeito passivo deste crime, compatibilizando as questões de gênero na sociedade contemporânea com a dogmática penal.

O objetivo específico do primeiro capítulo é discursar sobre a constitucionalidade da existência de distinções entre as pessoas em razão do gênero, apresentando casos em que a jurisprudência pátria reconheceu a existência dessas distinções, ressaltando a importância de tal discussão diante da importância da igualdade entre as pessoas.

O objetivo específico do segundo capítulo é narrar de forma sucinta sobre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, a fim de se obter a correta interpretação de quem poderá ser o sujeito passivo do feminicídio.

O objetivo específico do terceiro capítulo é apresentar as correntes existentes acerca do conceito de mulher para aplicação da qualificadora do feminicídio, modalidade de homicídio qualificado por razões de condição do sexo feminino, demonstrando seus âmbitos de aplicação de cada uma das correntes existentes e as vantagens e desvantagens de cada uma delas.

O artigo científico será realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental, constituída principalmente de livros e artigos científicos, o que permite uma gama de fenômenos muito mais ampla, visto tratar-se de um tema atual e polemico.

1. A CONSTITUCIONALIDADE DAS DISTINÇÕES ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição Federal de 1988 representou um importante marco na afirmação dos direitos e das garantias fundamentais, uma vez que ampliou o rol desses direitos, bem como alterou sua posição topográfica em relação às Constituições anteriores, dando ideia de sua primazia em relação a outras normas constitucionais.

Nesse sentido, apresentando redação próxima às das Constituições anteriores, o inciso I do art. 5º da Carta de Outubro definiu que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”¹. Essa equiparação encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como um fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1998.

Ademais, pela primeira vez constou expressamente em uma Constituição brasileira a necessidade de proteção das crianças e adolescentes, dos idosos e dos portadores de deficiência física, sensorial e mental. Decerto que todas essas previsões constitucionais culminaram na elaboração de leis visando proteger esses grupos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente², o Estatuto do Idoso³ e a Lei nº 10.098/2000⁴.

Previu a Carta Maior, ainda, a necessidade do Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, como se observa do art. 226, §8º, que dispõe que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”⁵

Observa-se que o também Brasil havia assumido o compromisso de condenar e eliminar a violência contra a mulher no âmbito internacional, uma vez que celebrou no ano de 1993 a Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher. Essa Declaração prevê que os Estados signatários

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

² 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: 03 de abr. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁴ BRASIL. *Lei nº 10.098*, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 01.



devem condenar e eliminar a violência contra a mulher, sendo defeso invocar costumes, tradições ou questões de natureza religiosa para se eximir das obrigações relativas à eliminação da violência⁶.

Essa Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993 define “violência contra as mulheres” como sendo “qualquer acto de violência baseado no género do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada”, como se observa da redação do seu artigo 1º.

Dessa forma, apesar da previsão da igualdade entre homens e mulheres, cada vez mais era necessária a edição de um diploma normativo visando a proteção da mulher em situação de violência doméstica, algo que apenas foi feito com a edição da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como Lei Maria da Penha⁷.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 13.104/2015⁸, que alterou o art. 121 do Código Penal⁹, inserindo a qualificadora do feminicídio, que consiste no homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, visando aumentar a proteção da mulher.

Ocorre que, diante da previsão contida no art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988¹⁰, bem como pelo entendimento de que a lei estaria tratando a mulher como “eterno” sexo frágil, questionou-se a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006. No entanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que diversos dispositivos contidos na Lei nº 11.340/2006 são constitucionais, retirando da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar, representando um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça¹¹.

A tese que prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era aquela que predominava em sede doutrinária¹², uma vez que se sustentava que, até a edição da Lei nº 11.340/2006, vivia-se em situação de calamidade pública no que se referia à violência doméstica.

Ressalta-se que o próprio texto constitucional faz, ao menos quatro vezes, distinções das

⁶ GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 255.

⁷ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03.abr. 2019.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 34-35.

pessoas em razão de gênero, uma vez que no o art. 5º, inciso L, assegura às presidiárias para que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação, já no art. 7º, inciso XX, assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher e, por fim, no art. 40, §1º, inciso III, “a” e “b” e art. 201, §7º, incisos I e II, prevêem regras distintas em relação à previdência das mulheres¹³.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312/SC, que seriam constitucionais as distinções entre homens e mulheres, uma vez que “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”¹⁴.

No julgamento mencionado no parágrafo acima, o Supremo Tribunal Federal buscou estabelecer alguns critérios para que se admitisse um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, como a consideração do histórico de exclusão da mulher, considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher, bem como observou um componente social, o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

Ora, é possível que, com base nos parâmetros constitucionais definidos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312/SC¹⁵, possamos concluir que é admissível um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

Dessa forma, visando proteger a dignidade da mulher, a liberdade, a proibição ao tratamento degradante e outros direitos fundamentais, permite-se concluir pela constitucionalidade das normas de caráter penal, como a Lei nº 10.886/2004¹⁶ que alterou o art. 129 do Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”, e a Lei nº 13.104/2015 que alterou o art. 121 do Código Penal, inserindo a qualificadora do feminicídio¹⁷, bem como das de cunho processual, como a Lei nº 11.340/2006 que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher¹⁸, e a Lei nº 13.363/2016 que estipulou direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz, que visam proteger a mulher¹⁹, considerando os parâmetros indicados pelo Supremo

¹³ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10.886*, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 07.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.363*, de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13363.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Aliás, sustentar entendimento diverso daquele consignado pelo Supremo Tribunal Federal poderia se considerado como uma afronta à direitos fundamentais, bem como uma forma de conivência com o contexto de violência contra a mulher que existe no Brasil até os dias de hoje, uma vez que “a violência de gênero é uma das mais preocupantes de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre no seio familiar, local onde deveriam imperar o respeito e o afeto mútuos”²⁰.

2. A ESTRUTURA DO TIPO PENAL

Antes de nos debruçarmos no tema central deste artigo, importante tecer alguns comentários sobre a estrutura do tipo penal, decerto que não se pretende exaurir o tema, uma vez que trata-se de matéria desenvolvida ao longo de séculos de estudo do Direito Penal. Desse modo, o tipo penal, compreendido como o comportamento humano que se pretende evitar, é composto por elementos objetivos e subjetivos.

Neste sentido, o tipo objetivo consiste no “conjunto das características objetivas do comportamento proibido, que correspondem ao aspecto exterior da conduta”²¹. Assim, os elementos objetivos são os dados que não dependem, para sua existência, da vontade do agente.

Dentre os elementos objetivos da descrição legal, devem ser mencionados o núcleo do tipo, os sujeitos do crime e os objetos do crime.

O núcleo do tipo consiste no verbo que descreve o comportamento proibido. Esse núcleo do tipo será uninuclear quando apresentar apenas um único núcleo, materializado em um verbo, como ocorre no crime do art. 121 do Código Penal, cujo núcleo do tipo é “matar”, ou, ainda, plurinuclear, quando forem apresentados diversos núcleos, cada qual representado pelo respectivo verbo, como se verifica no crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que menciona dezoito núcleos alternativos.

Os sujeitos do crime, por sua vez, devem ser divididos em sujeito ativo e sujeito passivo.

Assim, o sujeito ativo é o autor da conduta típica, ou seja, é aquele que realiza a ação ou a omissão típica, ou, no caso de concurso de pessoas, é aquele que, de qualquer forma, concorre de qualquer modo, para que outra pessoa a pratique.

Ademais, os crimes podem ser classificados quanto ao sujeito ativo em crimes comuns e crimes próprios, decerto que no primeiro caso o delito poderá ser realizado por qualquer pessoa, considerando que o delito não exige qualquer condição especial do sujeito ativo, ao passo que no

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 661.

²¹ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

último caso apenas poderá ser praticado por determinada pessoa, cabendo à lei definir, expressa ou implicitamente, alguma condição especial do sujeito ativo.

Por sua vez, o sujeito passivo é o titular do bem jurídico protegido pela lei penal.

Costuma-se dividir o sujeito passivo em sujeito passivo formal ou constante, que será a sociedade, representada pelo Estado, uma vez que toda ação ilícita viola a ordem jurídica, em decorrência da violação da norma de conduta, e em sujeito passivo ocasional ou específico, que é o titular imediato do bem jurídico tutelado.

A título ilustrativo, tem-se que no crime de furto o possuidor ou o detentor da coisa subtraída é o sujeito passivo específico da conduta, ao passo que o Estado é o sujeito passivo formal. Contudo, em certos casos o sujeito passivo ocasional e específico podem se confundir na pessoa do Estado, como ocorre nos crimes contra a Administração Pública, por exemplo.

É possível identificar na estrutura do crime um objeto material e um objeto jurídico.

O objeto material deve ser compreendido como a pessoa física ou a coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, de forma que também recebe a denominação de objeto da ação. Assim, temos que nos crimes contra a pessoa, o objeto material coincide com o sujeito passivo, ao passo que nos crimes contra o patrimônio essa coincidência não ocorre, uma vez que, por exemplo, no furto, a coisa subtraída é o objeto material, ao passo que a pessoa titular do patrimônio é o sujeito passivo. Já o objeto jurídico do crime é o bem jurídico que a norma visa proteger, de forma que no crime de homicídio, busca-se proteger a vida humana extrauterina, e no crime de aborto, a proteção da vida humana intrauterina.

Esses elementos objetivos são divididos em elementos descritivos ou normativos, decerto que os primeiros são aqueles que podem ser observados sem qualquer outro esforço, senão pelo seu significado usual, corriqueiro. Por sua vez, os elementos normativos exigem, para a sua compreensão, um juízo de valor, que pode ser social, cultural ou jurídico²².

Nesse sentido, há em doutrina quem classifique os elementos normativos do tipo penal em elementos normativos de valoração jurídica, que são aqueles que demandam, para sua compreensão, da recorrência de conceitos que usualmente outros ramos do direitos constroem em suas normas, ou o próprio Direito Penal, e em elementos normativos de valoração cultural, compreendidos como aqueles cujo significado poderá ser apreendido após uma valoração de matriz cultural, em que sejam levadas em consideração as características socioculturais em eu a utilização daquele tipo legal esteja inserida²³.

²² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 181-182.

²³ COELHO, Yuri Carneiro. *Manual de Direito Penal: volume único*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm: 2019. p. 296.

Por conseguinte, Fernando Galvão define os elementos subjetivos do tipo, veja:

Os elementos subjetivos do tipo são aqueles componentes do modelo comportamental proibido que dizem respeito aos estados e processos anímicos do sujeito, à intenção que move o comportamento humano descrito no tipo penal incriminador. Tais elementos devem-se relacionar a todos os elementos objetivos, de maneira que os aspectos objetivos da conduta descrita no tipo incriminador sempre ingressem na esfera de conhecimento e/ou previsibilidade do sujeito da infração.²⁴

Assim, é no tipo subjetivo em que ocorre a análise do dolo ou, excepcionalmente, da culpa do agente, sendo certo que cada tipo penal possui um elemento subjetivo próprio.

A definição do dolo é um tema que decorreu de longa evolução histórica, sendo explicado por três principais teorias, a teoria da vontade, a teoria do assentimento e a teoria da representação, decerto que a primeira é adotada no ordenamento pátrio no que se refere ao dolo direto de primeiro grau, ao passo que a segunda é aplicada no dolo eventual, sendo a última rejeitada pelo ordenamento vigente.

Nesse sentido, a teoria da vontade propõe que existe dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, quiser o resultado diretamente e quando obtiver o resultado.

Por sua vez, a teoria do assentimento (ou do consentimento) preconiza que existe dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, não o quiser diretamente, mas assume o risco de produzi-lo.

Por fim, a teoria da representação sustenta que há dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, não havendo que se falar em assumir risco ou se o agente quer diretamente o resultado.

O dolo é composto por dois elementos, um intelectual (consciência) e outro volitivo (vontade), de forma que, segundo o primeiro elemento, a conduta intencional do sujeito pressupõe o conhecimento de todos os aspectos do comportamento, dos meios necessários para sua realização, bem como dos resultados a serem produzidos, ao passo que o último elemento é compreendido como a tomada de decisão ante as possibilidades fáticas de atuação²⁵.

Ademais, é importante destacar que alguns tipos penais não se contentam com um dolo comum, genérico, exigindo do autor, além da vontade livre e consciente de praticar a conduta típica, uma intenção específica em seu atuar, denominado de elemento subjetivo específico.

Esse elemento subjetivo específico pode vir expressamente disposto no tipo penal, como ocorre no art. 134 do Código Penal, em que exige que o crime seja cometido com a finalidade de “ocultar desonra própria”, ou, ainda, vir implícito no tipo penal, sendo auferido por uma interpretação

²⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 279.

²⁵ *Ibid.* p. 283-284.

do tipo, é o que ocorre, na visão de parcela da doutrina, no crime do art. 213 do Código Penal, que crime deve ser praticado com a finalidade de satisfazer a própria lascívia.

Acerca da culpa, cumpre notar que alguns autores a tratam como um elemento normativo do tipo, não integrando o tipo subjetivo²⁶.

Observa-se que o Código Penal não conceituou o crime culposo, apenas prevendo em seu art. 18, inciso II, que diz-se o crime “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Por conseguinte, coube à doutrina conceituar a culpa, de forma que deve ser compreendido como “aquele em que o agente pratica uma conduta em que descumpre um dever objetivo de cuidado, de forma imprudente, imperita ou negligente, detido de previsibilidade objetiva”²⁷. A despeito do art. 18, inciso II do Código Penal não fornecer um conceito de crime culposo, é possível extrair do parágrafo único desse dispositivo uma informação valiosa, segundo a qual “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Significa dizer, portanto, que o delito apenas será punido na modalidade culposa quando houver previsão expressa na lei, como se verifica, por exemplo, no §3º do art. 121 do Código Penal, que tipifica o homicídio culposo.

Também se exige para a configuração do delito culposo a previsibilidade objetiva do resultado, de forma que não se pode imputar responsabilidade penal à alguém sem que ela tenha capacidade de prever a ocorrência do resultado e buscar, com a sua conduta, evitá-lo.

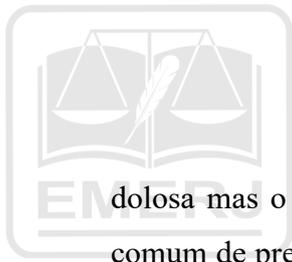
É necessário que, nos delitos de imprudência, se manifeste o nexa causal entre a conduta e o resultado, este tem de ser plenamente demonstrado, inexistindo imputação em face de sua não ocorrência.

As modalidades de culpa, por meio das quais transgride-se o cuidado objetivo exigido estão mencionadas no inciso II do art. 18 do Código Penal, compreendidas como a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência deve ser entendida como uma atitude positiva arriscada ou perigosa, um agir sem a cautela, sem a atenção necessária, com afoitamento. Por seu turno, a negligência é um não agir, é a inatividade, a ausência de precaução, a inércia do agente que, podendo agir para causar ou evitar o evento danoso, mas não o faz por preguiça, desleixo, desatenção. Por fim, a imperícia é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte, a inaptidão ou a incompetência técnico-científica para o exercício profissional.

Por fim, é possível que ocorra uma situação *sui generis* entre dolo e culpa, em que se reúnem as duas formas, caso em que se verificará um delito preterdoloso. Neste caso, a conduta do agente será

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122.

²⁷ COELHO. op. cit. p. 296.



dolosa mas o resultado ocorre à título de culpa, por ser indesejado pelo agente. O exemplo mais comum de preterdolo é a lesão corporal seguida de morte, prevista no art. 129, §3º do Código Penal, em que a vontade do agente é de apenas lesionar a vítima, entretanto esta acaba morrendo em face da lesão provocada.

3. O SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Conforme exposto anteriormente, o tipo penal pressupõe a interrelação entre três sujeitos, a saber: o sujeito ativo, que pode ser compreendido como aquele que realiza a conduta típica; o sujeito passivo, que é o titular do bem jurídico atacado pela conduta do sujeito ativo; e o Estado, que, por meio de delegação do povo, titulariza o poder punitivo e convocado para reagir ao crime com a imposição da pena²⁸.

Neste sentido, no crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal²⁹, o sujeito passivo é aquela pessoa que teve o seu bem jurídico vida violado ou ameaçado por outrem.

O feminicídio é uma forma qualificada de homicídio, a qual se impõe a pena de reclusão, de doze a trinta anos, quando o crime é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o que ocorrerá quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme estabelecem os incisos I e II do §2º-A, do art. 121 do Código Penal³⁰.

Assim, não é o simples fato do crime de homicídio ser praticado contra a mulher que faz incidir a qualificadora prevista no inciso VII, do §2º, do art. 121 do Código Penal. Por isso mesmo, distingue-se o feminicídio, que é o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, do femicídio, que consiste no homicídio praticado contra a mulher³¹.

Aliás, dada a previsão de que a qualificadora do feminicídio apenas incidiria se o homicídio fosse praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, parcela considerável da doutrina sustentava a que a qualificadora em apreço possuía natureza subjetiva, pois exigia que o delito fosse motivado pela condição de sexo feminino³².

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.707.113/MG e do *Habeas Corpus* nº 433.898/RS, afirmou que a qualificadora do feminicídio teria

²⁸ GALVÃO. op. cit. p. 272-273.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 08.

³⁰ Ibid.

³¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais Julgados do STF e do STJ Comentados*: julgados de 2018. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1053.

³² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 a 183). 2. ed. V. 2. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85

natureza objetiva, de forma que o *animus* do agente não é objeto de análise.

No tocante ao sujeito ativo, não existem discussões, qualquer pessoa pode cometer o feminicídio. Significa dizer, portanto, que o homicídio cometido por uma mãe em face da sua filha, a depender da motivação do crime, pode configurar um feminicídio.

Ademais, fácil enxergar que o sujeito passivo do feminicídio seria a mulher, não podendo o homem, ainda que em uma relação homoafetiva, *a priori*, ser sujeito passivo do feminicídio. Contudo, uma questão que se apresenta nos dias atuais seria a abrangência do tipo para inserir como sujeito passivo as pessoas que possuem algum transtorno de identidade de gênero. Importante notar que, conforme as lições da medicina legal, são transtornos de identidade de gênero o transexualismo, o travestismo e o intersexualismo³³.

O transexualismo, também denominado de síndrome de distrofia sexual, deve ser compreendido como uma inversão psicossocial em que uma pessoa nega o seu sexo de origem, levando-a a realizar a cirurgia de mudança de sexo.

O travestismo deve ser compreendido como um transtorno da identidade sexual, também denominado de *cross-dressing*, de forma que o indivíduo se sente atraído por roupas do sexo oposto, decerto que a utilização desses trajes pode ser feito na sua esfera privada, dentro da sua residência, ou, ainda, em aparições públicas. Contudo, estas pessoas não possuem o desejo de alterar seu sexo de origem, diferentemente do que ocorre com os transsexuais.

O intersexualismo é o transtorno do desenvolvimento sexual em que existem elementos dos dois sexos, de forma que variações congênitas de anatomia sexual ou reprodutiva impede que o indivíduo se encaixe perfeitamente nas definições tradicionais de sexo masculino ou sexo feminino. Assim, esta pessoa passará a assumir um desses sexos tradicionais na sua vida social.

Cumprido notar que o Direito faz a distinção entre o transgênero e o transexual, decerto que o primeiro é aquele indivíduo que quer poder se expressar e ser reconhecido como sendo do sexo oposto, não tendo a necessidade de modificar sua anatomia, ao passo que o último quer poder se expressar e ser reconhecido como sendo do sexo oposto e deseja modificar sua anatomia por meio da terapia hormonal e/ou da cirurgia de redesignação sexual³⁴.

Por conseguinte, a doutrina aponta, no tocante ao conceito de mulher para os fins da incidência da qualificadora do feminicídio, ao menos três concepções, que são a concepção normativa (ou jurídica), a concepção psicológica e a concepção biológica³⁵.

³³ BITTAR, Neusa. *Medicina Legal e Noções de Criminalística*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 322.

³⁴ DIZER O DIREITO. *Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/trans-genero-pode-alterar-seu-prenome-e.html>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁵ COELHO. op. cit. p. 660.

A primeira, qual seja, a concepção normativa (ou jurídica), sustenta que a condição de mulher não pode ser aferida à partir de uma perspectiva biológica, sob pena de violar o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Assim, seria mulher para essa concepção aquela que é judicialmente reconhecida como tal, com as alterações devidas no registro civil.

Cumprido notar que, após o julgamento do Recurso Especial nº 1.626.739/RS, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização³⁶. Ademais, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, o direito à alteração de nome e gênero independe de autorização judicial, podendo ser feita diretamente no registro civil³⁷.

Principalmente após esses julgamentos, passou-se a sustentar que, por o transexual obter o direito a se identificar civilmente como mulher, não haveria como não negar a incidência da lei penal, porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher³⁸.

Segundo a concepção psicológica, considera-se mulher aquele indivíduo que nasce do sexo masculino, mas, psicologicamente, não aceita esta condição e se identifica com o sexo oposto. Por conseguinte, essa concepção dispensa a realização de cirurgia de transgenitalização, uma vez que o transgênero seria portador de uma desordem de transtorno de identidade.

Por fim, a concepção biológica sustenta que é mulher, para fins da qualificadora do feminicídio, apenas aquela pessoa biologicamente identificada como tal, veja:

A utilização da expressão “sexo” feminino faz com que a qualificadora incida quando o sujeito passivo de fato seja biologicamente identificado como sendo do sexo feminino, acrescentando-se ainda a maior reprovabilidade do autor por ter cometido o delito “por razões da condição” do sexo feminino.³⁹

Essa concepção refuta a possibilidade daquela reconhecida juridicamente seja considerada mulher para os fins da incidência da qualificadora do feminicídio, caso contrário, configuraria-se uma analogia *in malam partem*, o que é vedado em Direito Penal.

É importante observar que os Tribunais Superiores ainda não se deparam especificamente com esta temática, de forma que não há como concluir qual entendimento é o predominante. No

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.626.739/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 70.

³⁹ PRADO, op. cit. p. 406.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, contudo, foi reconhecida a possibilidade da Lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ser aplicada à mulher, compreendidas como tal as mulheres lésbicas, as transgêneros, as transexuais e as travestis que tenham identidade com o sexo feminino⁴⁰.

O conceito de mulher estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais encontra-se em consonância com o entendimento defendido por Bitencourt, no sentido de que “o substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como do sexo feminino”⁴¹. Da mesma forma, Walfredo Cunha Campos também defende que:

A conclusão exposta supra, no sentido de conferir ao transexual o direito de ser considerado, juridicamente, como mulher, pelo que se depreende do teor da decisão referente à ADI 4275, abarcaria, inclusive, os travestis, uma vez que a autodeterminação de gênero estaria no campo psicológico, devendo ser reconhecida no âmbito social e jurídico. Desse modo, em tese, os travestis, além dos transexuais, poderiam ser contemplados pelas medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, bem como ser vítimas do delito de feminicídio.⁴²

Ocorre que parcela da doutrina é reticente em relação às travestis como sujeito passivo do feminicídio, pois, conforme mencionado acima, trata-se de uma pessoa que se sente atraído por roupas do sexo oposto, não havendo nela qualquer desejo em mudança de sexo. Não obstante, a mesma doutrina que refuta a incidência da qualificadora do feminicídio ao homicídio cometido contra uma travesti, entende que o crime praticado contra ela será qualificado pelo motivo torpe, nos termos do art. 121, §2º, inciso I do Código Penal⁴³.

Decerto, interpretando o ordenamento jurídico pátrio como um todo, não se pode refutar que houve, por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça no supracitado Recurso Especial nº 1.626.739/RS⁴⁴, uma ampliação do conceito de mulher para fins legais, se tomado como parâmetro a concepção biológica. Contudo, apenas a concepção jurídica (ou normativa) é capaz de trazer segurança jurídica ao ordenamento pátrio, não podendo ser entendido como uma hipótese de analogia *in malam partem*.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *HC nº 1.0000.09.513119-9/000*. Relator: Desembargador Júlio Cezar Gutierrez. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJESpelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Opinião: Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 16 abr. 2019.

⁴² CAMPOS, Walfredo Cunha. *Transexual ou Travesti Podem ser Vítimas de Feminicídio?*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/07/31/transexual-ou-travesti-podem-ser-vitimas-de-femicidio/>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴³ “O homicídio de um travesti realizado por preconceito constitui homicídio qualificado pelo motivo torpe.” (GONÇALVES. op. cit. p. 86).

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 26.

Diante de todas as concepções expostas acima, observa-se que a melhor dessas concepções, considerando a proteção à vítima e a segurança jurídica ao ordenamento pátrio, é a concepção jurídica (ou normativa) de mulher.

Assim, tomada a concepção jurídica (ou normativa) de mulher como referência, deve-se entender que a condição de mulher não pode ser aferida apenas em função da perspectiva biológica, sob pena de ferir o princípio da igualdade, bem como a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o reconhecimento judicial da condição, com as alterações do registro civil, não pode afastar a incidência da norma qualificadora, pois esta, para atender ao princípio da legalidade, precisaria justamente que as vítimas estejam em condição juridicamente permitida de serem tratadas normativamente como mulheres e na hipótese do reconhecimento judicial essa condição se realizaria.

Ademais, não se deve adotar a concepção jurídica (ou normativa) do conceito de mulher que sustenta que apenas a pessoa que realizou a cirurgia de transgenitalização deve ser considerada mulher, uma vez que condicionar a condição de mulher àquelas pessoas que realizaram a cirurgia de transgenitalização parece violar os princípios mencionados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, e pelo Superior Tribunal de Justiça, na análise do Recurso Especial nº 1.626.739/RS, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

Contudo, importante observar que, se aquela pessoa que não realizou a cirurgia de transgenitalização pode ser reconhecida como mulher no registro civil, haveria uma enorme desproporcionalidade em não considerar como mulher aquela que realizou a cirurgia de transgenitalização mas que ainda não assentou tais dados no registro civil.

Assim, o melhor entendimento possível é no sentido de que, havendo a cirurgia de transgenitalização, a pessoa deve ser considerada mulher, da mesma forma que aquela que não fez a mencionada cirurgia, mas que fez a alteração do seu nome e gênero no registro civil, considerando a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores.

O entendimento é simples, não se pode afastar situações fáticas do conhecimento do Poder Judiciário, de forma que a alteração do seu nome e gênero no registro civil não pode ser o único fator a ser considerado na análise do gênero de uma pessoa.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Neusa. *Medicina Legal e Noções de Criminalística*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Opinião: Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 16 abr. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03.abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.098*, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.886*, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.363*, de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13363.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.626.739/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *HC nº 1.0000.09.513119-9/000*. Relator: Desembargador Júlio Cezar Gutierrez. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 fev. 2019.



CAMPOS, Walfredo Cunha. *Transexual ou Travesti Podem ser Vítimas de Femicídio?*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/07/31/transexual-ou-travesti-podem-ser-vitimas-de-femicidio/>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais Julgados do STF e do STJ Comentados: julgados de 2018*. Salvador: JusPodivm, 2019.

COÊLHO, Yuri Carneiro. *Manual de Direito Penal: volume único*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm: 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIZER O DIREITO. *Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/transgenero-pode-alterar-seu-prenome-e.html>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 183)*. 2. ed. V. 2. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Helena Rodrigues Drummond

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo - O presente artigo busca analisar a admissibilidade da estipulação de cláusulas de não indenizar em contratos paritários. Inicialmente, analisou-se a insegurança jurídica decorrente da inexistência de previsão específica no ordenamento jurídico além da divergência doutrinária acerca do tema. Os limites existentes à estipulação da referida cláusula também foram analisados, assim como suas condições de validade e eficácia. A autonomia da vontade foi destacada como elemento essencial a permitir as cláusulas de não indenizar nos contratos denominados paritários, em que as partes podem livremente discutir e negociar os termos do negócio jurídico que irão realizar.

Palavras-chave - Direito Civil. Contratos. Responsabilidade Civil. Cláusula de não indenizar. Contratos paritários. Admissibilidade.

Sumário – Introdução. 1. A inexistência de previsão legal e consenso doutrinário acerca da cláusula de não indenizar: insegurança jurídica. 2. Os limites previstos à cláusula de não indenizar: permissão tácita? 3. A prevalência da autonomia da vontade e a validade da cláusula de não indenizar nos contratos paritários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A cláusula de não indenizar não foi tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Doutrinariamente, ainda há divergência quanto ao seu conceito, se seria uma exclusão do dever de indenizar ou afastamento da própria responsabilidade civil e ao seu campo de atuação, se restrito à responsabilidade contratual ou não.

Essa lacuna legislativa gera insegurança jurídica. Há previsões que expressamente afastam a possibilidade de pactuação da referida cláusula, como em contratos de adesão, de transporte e de consumo. Entretanto, procura-se demonstrar que nos contratos paritários, observando-se a boa-fé objetiva e a função social interna dos contratos, não haveria óbice à sua estipulação.

O trabalho enfoca a temática da cláusula de não indenizar nos contratos paritários, em que há maior observância à autonomia da vontade e liberdade de contratar, caracterizando um elemento

que pode se mostrar essencial à realização do negócio jurídico, abordando-se posições doutrinárias acerca do tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a grande insegurança jurídica nesse aspecto atualmente, em que não há previsão legal nem consenso doutrinário acerca do tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que há alguns limites expostos na legislação pátria e que, portanto, a cláusula seria aceitável, ao menos em algumas hipóteses.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a cláusula de não indenizar nos contratos paritários analisando sua importância, a prevalência da autonomia da vontade e que não se trata, em si, de um afastamento da responsabilidade, apenas do dever indenizatório, da forma estabelecida pelos contratantes para atendimento aos seus objetivos, inclusive como fomento à concretização de negócios jurídicos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, já que o pesquisador deve escolher hipóteses que acredita serem possíveis e adequadas para analisar o objeto de sua pesquisa para comprová-las ou rejeitá-las com argumentação.

Desse modo, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica é qualitativa. O pesquisador pretende utilizar-se da bibliografia disponível acerca do tema em análise para sustentar sua tese.

1. A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONSENSO DOUTRINÁRIO ACERCA DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR: INSEGURANÇA JURÍDICA

A cláusula de não indenizar é entendida por muitos como uma espécie de modulação do dever de indenizar. Desenvolveu-se em um contexto histórico de crescimento industrial em que se mostrava necessário buscar equilíbrio entre o aumento dos riscos e acidentes que ocorriam e a reparação das vítimas desses acidentes sem comprometer um ambiente propício ao fomento econômico.

Está baseada no princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, estes fundamentos também para o seu desenvolvimento. No atual ordenamento jurídico devem ser observados ainda os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e equidade, além da justiça contratual e dos requisitos inerentes a todos os contratos, como partes capazes, objeto lícito, forma prescrita em lei, requisitos de solenidade, consentimento real ou acordo de vontades

carente de vícios. Sua função é prever o surgimento de eventual dever indenizatório e limitá-lo ou excluí-lo, mediante aceitação prévia das partes. É possível apenas em se tratando de direitos disponíveis.

Há grande divergência doutrinária acerca da nomenclatura da cláusula de não indenizar. Alguns autores, como José Roberto de Castro Neves¹, diferenciam suas compreensões acerca do instituto pela escolha do termo utilizado, como “cláusula de irresponsabilidade”, “cláusula exoneratória de responsabilidade” e “cláusula de não indenizar”. Contudo, não se pode entendê-la como convenção entre as partes que afaste a responsabilidade civil pelo dano causado. Restringe-se somente à reparação pelo referido dano. Como ensina José de Aguiar Dias², a referida cláusula afasta apenas o dever futuro de ressarcir pecuniariamente o dano e não a responsabilidade em si. A vontade das partes jamais poderia fazê-lo, somente a lei.

Segundo lição de Sérgio Cavalieri Filho, a obrigação é um dever originário decorrente da lei, da ordem jurídica ou do contrato. A responsabilidade pelo dano, pelo inadimplemento de tal dever originário é um dever secundário. Assim, tem-se a responsabilidade quando o dever jurídico originário for violado, descumprido. A cláusula de não indenizar suprime somente a indenização, o ressarcimento do dano que advém o descumprimento da obrigação originária³.

Desse modo, parece mais acertado o termo cláusula de não indenizar em detrimento de cláusula de irresponsabilidade. Não é possível o afastamento da responsabilidade civil por um consenso entre as partes no negócio jurídico. É somente uma modulação dos direitos de que dispõem os credores do ressarcimento advindo de responsabilização e não da responsabilidade em si.

Destaque-se que não há qualquer previsão expressa sobre a cláusula de não indenizar no Código Civil de 2002. Contudo, há proibição expressa de sua estipulação nos contratos de consumo (Art. 24, 25 e 51, CDC) e nos contratos de transporte (art. 734, CC).

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro permite que o devedor de indenização responda somente por culpa grave no inadimplemento, por meio de disposição contratual, que seja

¹ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

² DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar* (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade). 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2012, p. 562, 563.

prefixado valor indenizatório por meio de cláusula penal compensatória além de outras convenções entre as partes.

Assim, não haveria óbice à estipulação de cláusula de não indenizar em contrato paritário, observando-se certas limitações. Afinal, trata-se do afastamento do dever de reparação e não da responsabilidade do devedor.

Não há consenso doutrinário quanto à legitimidade da cláusula de não indenizar. Alguns autores⁴ entendem pela sua ineficácia, acreditando que sempre haveria ofensa ao princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio, que condiciona o exercício de todos os direitos e, desse modo, estimularia a negligência do devedor. Assim, haveria violação à ordem pública, além de estímulo à inexecução contratual injustificada, aumentando a insegurança e o desequilíbrio nas relações jurídicas.

Este o entendimento de José Roberto de Castro Neves⁵:

Na cláusula de irresponsabilidade, uma parte exime a outra de uma futura e eventual responsabilidade pelo inadimplemento. Segundo boa parte da doutrina, isso não seria possível, pois a responsabilidade apenas pode ser afastada nos casos referidos em lei [...]. O que se pode afastar é o dever de reparar, não a responsabilidade.

Por outro lado, outros doutrinadores, como Leticia Avelar⁶, Antônio Junqueira de Azevedo⁷, Sergio Cavalieri Filho⁸, José de Aguiar Dias⁹, Fernando Noronha¹⁰, Silvio Rodrigues¹¹ e Silvio de Salvo Venosa¹² defendem sua validade em todos os casos em que a autonomia da vontade imperar, o que nos parece mais acertado, desde que respeitados a ordem pública, a inexistência de dolo ou culpa grave e a proteção ao elemento essencial do contrato, além das limitações legais. A proibição completa de estipulação da cláusula seria violação direta à lei e à liberdade de contratar. Os novos

⁴ Aguiar Dias sustenta que Aubry *et* Rau, Laurent, Pardessus, Ruben de Couder adotam esse entendimento. (DIAS, op. cit., p. 47-48). Entretanto, na doutrina pátria não se encontrou adepto dessa corrente.

⁵ NEVES, op. cit., p. 317.

⁶ AVELAR, Leticia Marquez de, *A Cláusula de não indenizar: Uma Exceção do Direito Contratual à Regra da Responsabilidade Civil*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 139.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – Estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 769. 1999, p. 105.

⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 564.

⁹ DIAS, op. cit., p. 40 e 73.

¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180-181.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: Responsabilidade Civil*. V. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas 2005a, p. 68.

princípios da ordem constitucional, quais sejam, boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato foram acrescentados ao acervo principiológico contratual brasileiro. A liberdade contratual é essencial à lógica econômica e a força obrigatória dos contratos, a *pacta sunt servanda*, traz segurança jurídica às relações.

A omissão legislativa cria grande insegurança jurídica. Não há qualquer regra genérica em relação à cláusula de não indenizar, apenas proibições pontuais.

Ressalte-se entendimento de alguns autores¹³ no sentido de que a autonomia da vontade tem limitações importantes, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, sendo apenas um campo residual, aplicável após a incidência fundamental das novas regras constitucionais. Assim, haveria um novo modelo de autonomia, de acordo com o paradigma decorrente do Estado Social, através de seu sistema jurídico. As partes têm seu poder normativo garantido, desde que em equilíbrio com os moldes da Constituição Cidadã, respeitando-se o bem-estar social e a liberdade das partes. Os contratos que respeitem a nova ordem constitucional, ou seja, o princípio da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do justo contratual, estariam sempre de acordo com a ordem pública.

A vontade das partes deverá se submeter à proteção de um bem maior, um interesse comum, social, mas a liberdade dos indivíduos permanece garantida e protegida pelo Estado, na forma da Constituição Federal. Havendo conflito com interesses patrimoniais, o direito existencial prevalece.

2. OS LIMITES PREVISTOS À CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR: PERMISSÃO TÁCITA?

Sendo válida a estipulação da cláusula de não indenizar diante de omissão legislativa, cabe analisar os limites que essa cláusula deverá observar. Por se tratar de uma cláusula acessória, que se destina a afastar consequências advindas do inadimplemento, não poderá ser estipulada em todas as circunstâncias. Novamente, ressalte-se sua proibição em contratos de consumo e adesão, considerando a vulnerabilidade da parte contratante no primeiro e a inexistência de negociação no segundo.

¹³ No mesmo sentido Claudio Godoy e Gisela Hironaka, citados por Avelar (AVELAR, op. cit., p. 143-144).

Um dos principais limites à cláusula de não indenizar é a ordem pública. Desse modo, só poderá vigorar se estiver relacionada a obrigações que não tutelem interesses de ordem pública, ou seja, interesses individuais disponíveis. Assim diz José Roberto de Castro Neves¹⁴:

Evidentemente, a cláusula de não indenizar – como todas as que estabelecem uma alteração das regras gerais de reparação dos danos – se funda no princípio da autonomia da vontade.

Logo, ela apenas será admissível nos casos em que essa autonomia possa verificar-se de modo amplo, ou seja, quando não houver limitações de ordem pública.

Quanto ao que seria ordem pública, não há um conceito preciso sobre esse instituto. Pode ser entendido como um princípio, como regras de grande repercussão na sociedade que visam proteger valores culturais e sociais. Assim, modificam-se com o passar do tempo, as diferentes organizações de mundo, percepções sociais e valores morais de determinada época.

De acordo com Leticia Marquez de Avelar¹⁵, a ordem pública “tem sua supremacia assegurada por princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro: é o chamado princípio da supremacia da ordem pública.” O princípio da ordem pública apresenta-se de forma explícita ou implícita em nosso ordenamento. Na jurisprudência tem como função precípua atuar no silêncio da lei.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942¹⁶) estabelece que, na omissão da lei, o juiz decidirá o caso utilizando-se de analogia, costumes e princípios gerais de direito: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Há princípios expressamente manifestados em lei e outros situados em um plano pré-positivo, sendo princípios gerais de direito. O princípio da supremacia ordem pública se encaixaria nessa classificação. Trata-se, em verdade, de uma disposição normativa aberta, permitindo que os juízes, no caso concreto, a preencham, desenvolvam. Assim, haveria uma atuação instrumental. O aplicador do direito poderá se utilizar de normas, princípios e valores jurídicos e metajurídicos que estejam de acordo com a realidade em que se inserem. Esses valores metajurídicos podem,

¹⁴ NEVES, op. cit., 2014, p. 371.

¹⁵ AVELAR, op. cit., p. 166.

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

inclusive, ser inferidos do próprio ordenamento jurídico. Uma ideia genérica, como a ordem pública, serve de ponto inicial para a concretização de normas jurídicas.

A ordem pública pode, também, ser entendida como um conceito jurídico indeterminado, restringindo-se ao campo dos fatos. Tais conceitos são indicações meramente genéricas que o aplicador do direito deverá preencher de acordo com regras de experiência, em relação à hipótese em análise.

Assim, em algumas situações a ordem pública pode ser somente um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo juiz ao fixar a premissa da norma, predeterminando suas consequências. Quando atuar como cláusula geral, o aplicador do direito deverá preencher seu conteúdo de modo a criar efetivamente a norma, a solução jurídica aplicável ao caso concreto. Assim, haveria normas cogentes, inspiradas pela noção de ordem pública, muitas vezes chamadas de normas de ordem pública e exigências de ordem pública que, mesmo não estando expressas em norma jurídica, deverão sempre ser respeitadas.

Para que a cláusula de não indenizar esteja de acordo com a ordem pública, deverão ser respeitados os atuais princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Se, na hipótese em concreto, for percebida violação à ordem pública, a cláusula não poderá ser aceita. Nenhuma convenção entre as partes pode sê-lo.

Outro limite a ser observado na estipulação da referida cláusula é o dolo ou culpa grave. Nesses casos, a cláusula de não indenizar garantiria impunidade em danos de maior gravidade já que a vontade do agente é no sentido de descumprir o contratado. No dolo, a vontade alcança a efetivação do efeito danoso decorrente do fato, o agente visa a ação em si e suas consequências. Já na culpa grave, o agente deseja somente a conduta e não o resultado.

Permitir a cláusula de não indenizar nesses casos permitiria a impunidade de má-fé desde logo, uma dispensa de cumprimento da própria obrigação, que não é o objetivo da cláusula. O dolo poderá ser verificado no momento da pactuação da cláusula ou no momento da execução do contrato. No primeiro caso, será considerada inválida e, assim, anulável, por se tratar de um vício do negócio jurídico. No segundo, torna a cláusula ineficaz já que o devedor irá se tornar inadimplente de forma intencional visando justamente o não ressarcimento. Não há solução legal expressa nessa hipótese, mas não deverá ser admitida por violar a ordem pública, os princípios da boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.



O credor deverá comprovar o dolo para que se possa reconhecer a invalidade ou ineficácia da cláusula. Por se tratar também de afronta à ordem pública, não se poderá admitir, sob nenhum aspecto, a eficácia da convenção quando houver dolo, seja no momento de estipulação seja no momento de execução do contrato.

A culpa grave, por sua vez, representa grande negligência, ausência de cuidado, vigilância. Nesses casos também, por observância à moral e boa-fé, não seria possível reconhecer a validade da cláusula de não indenizar. Ainda que não haja, em nosso ordenamento, relevância na graduação de culpa, esta pode ser considerada até para estabelecimento do *quantum* indenizatório, por exemplo. Apesar de haver grande distinção entre o dolo e a culpa grave, os institutos podem ser equiparados pela gravidade da falta cometida pelo agente. Logo, em ambos os casos, não seria válida a cláusula de não indenizar.

Outro limite a ser observado é em relação a elemento essencial do contrato. A cláusula de não indenizar pode ser estipulada para excluir ou mitigar indenização devida pelo inadimplemento de obrigações acessórias e não centrais do contrato. Se isso fosse permitido, tratar-se-ia de real cláusula de irresponsabilidade, frustrando a própria natureza do negócio jurídico pactuado. Pode-se tomar como exemplo cláusulas comuns vistas em estacionamentos, eximindo a empresa de responsabilidade por furtos ou danos sofridos no veículo. Trata-se, em verdade, de um contrato de guarda que tem, por sua natureza, a proteção do bem ali depositado. Haveria uma desnaturação completa do negócio jurídico, permitindo ao contratante por ela beneficiado cumprir a obrigação principal somente se quisesse, caracterizando uma condição puramente potestativa, proibida no nosso ordenamento jurídico.¹⁷

Essa vedação refere-se também aos elementos essenciais ainda que não sejam o objeto do próprio contrato. Por exemplo, não se pode admitir, em um contrato de compra e venda, que as partes estipulem a dispensa de entrega da coisa vendida. Há, ainda, como antes mencionado, limitações legais que deverão ser observadas. Os artigos 24, 25 e 51, I, CDC¹⁸, proíbem a cláusula

¹⁷ BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

¹⁸ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019: Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

de não indenizar nos contratos de consumo e, em relação aos contratos de transporte, o art. 734, CC¹⁹ traz essa proibição.

3. A AUTONOMIA DA VONTADE E A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR EM CONTRATOS PARITÁRIOS

Após análise da omissão legislativa, da inexistência de consenso doutrinário acerca de sua validade e dos limites a serem observados sendo entendida possível a sua estipulação, cabe examinar a cláusula de não indenizar especificamente nos contratos paritários.

Incontroversa a sua inaplicabilidade em contratos de adesão e consumo, como explicado no capítulo anterior. Entretanto, como elemento de negociação entre partes com o objetivo de afastar o dever de indenizar, essa cláusula é permitida em nosso ordenamento jurídico. Nos contratos paritários a autonomia da vontade impera e o dever de indenizar é entendido como um risco do negócio. Assim, pode ser negociado e interferir diretamente no preço de um bem ou serviço objeto contratual, condicionando ou não a realização do negócio jurídico. Como em qualquer contrato, o consenso é elemento essencial.

A convenção que estabelece a cláusula de não indenizar deverá ser definida por meio de um ajuste que seja interessante para ambas as partes, além de apresentar uma contraprestação satisfatória que justifique sua estipulação. Essa contraprestação é um requisito de validade. A pactuação da referida cláusula não viola as normas de ordem pública e permite a redistribuição dos riscos, tornando-se uma parte integrante do contrato, podendo ser discutida por partes em igualdade de negociações, como por exemplo duas grandes empresas. É modulação dos efeitos da responsabilidade civil e não da própria responsabilidade, como anteriormente explicado, sendo, assim, um incremento à atividade produtiva e à economia.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

¹⁹BRASIL. op. cit., nota. 7.: Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Destaque-se que é prevista, em nosso ordenamento, disposição contratual que prefixe valor indenizatório com a cláusula penal compensatória, além de outras convenções entre as partes. Desse modo, não haveria qualquer óbice à estipulação da cláusula de não indenizar nos contratos paritários, ou seja, aqueles em que as partes estão em igualdade de condições negociais, respeitando-se certas limitações.

Segundo José de Aguiar Dias²⁰, a proibição completa da cláusula de não indenizar violaria de forma direta a lei e a liberdade de contratar. O autor entende que, havendo vedação específica, por consequência há o reconhecimento implícito de sua validade em outros contratos:

O fato de interditar certas leis, a cláusula de irresponsabilidade não enseja a conclusão forçosa de sua repulsa genérica. É, antes, argumento em seu favor, pois os motivos que inspiraram o legislador, naqueles casos, não são comuns a todos os contratos.

Forçoso ressaltar que os contratos são grande elemento de expressão da autonomia da vontade, que deve respeitar os limites impostos pela Constituição Cidadã, tais como a função social do contrato, o justo contratual e a boa-fé objetiva. Cumpridos esses requisitos, a liberdade contratual deverá ser também reconhecida, permitindo que as partes em igualdade de condições negociais pactuem da forma que lhes convier. Em relação ao entendimento atual acerca do direito contratual, assim ensina Orlando Gomes²¹:

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, na qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. (grifos no original)

Nossa sociedade é de grande desenvolvimento de atividades empresariais, que devem ser estimuladas, possibilitando que as partes, novamente, em situação de igualdade, possam distribuir os riscos do negócio da maneira que lhes parecer mais adequada. Torna-se possível, portanto, a

²⁰ DIAS, op. cit., p. 73.

²¹ GOMES, Orlando, *Contratos*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22

prestação arriscada que, de outra forma, não seria aceita por uma das partes. Essa lógica econômica depende inteiramente da liberdade contratual e o *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, trouxe segurança jurídica às relações.

Nesse sentido, de respeito à autonomia da vontade em contratos paritários, observe-se o ensinamento de Carolina Raboni Ferreira²²:

De fato, as relações paritárias ainda existem e ostentam importância singular na prática econômica. E, tal como as relações em que presente o elemento *vulnerabilidade*, as relações paritárias merecem regime especial de disciplina. Ora, se os sujeitos em igualdade de condições de negociação têm interesses particulares e visam compor tais interesses, privativamente, por meio de um contrato; se têm a intenção ética de formar vínculo conforme o direito; negar-lhes espaço de negociação livre é promover o dirigismo contratual exacerbado, cuja consequência será a de lhes podar a iniciativa privada, desestimulando o desenvolvimento econômico. (grifos no original)

Uma das mais importantes características da estipulação de cláusula de não indenizar em contratos paritários é a necessidade de contraprestação à cláusula, garantindo-se o equilíbrio contratual. O cumprimento a esse princípio do equilíbrio deverá ser analisado no caso concreto, observando-se a contraprestação oferecida diante da cláusula de não indenizar. É um requisito de validade da cláusula em análise. Ao credor deverá ter sido oferecida vantagem, como, por exemplo, a reciprocidade na exoneração, a concessão de condições mais benéficas ou ainda redução do preço do bem ou serviço objeto do contrato.

Não se pode falar que a exoneração da indenização retiraria da obrigação originária sua exigibilidade jurídica. O credor terá elementos para exigir do devedor o cumprimento das obrigações contratuais, restando prejudicado tão-somente o direito à indenização. É possível a busca da satisfação do crédito pela via judicial e a utilização das astreintes como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação, não se confundindo com perdas e danos. Logo, podem ser requeridas independentemente da existência de cláusula de não indenizar. Destaque-se a possibilidade de cumulação da multa com as perdas e danos e o direito do credor de opor a exceção de contrato não cumprido em contratos bilaterais ou ainda o direito de retenção.

²² FERREIRA, Carolina Raboni. *As Cláusulas Exoneratória E Limitativa do Dever de Indenizar E Os Princípios Contratuais Contemporâneos*: Admissibilidade Numa Perspectiva Franco-Brasileira. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS, 2015, Florianópolis. P. 306. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/K094uMhj829iR4Ht.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2019.

Em um contexto de grande risco ao qual o empresário se submete, aumentando sua margem de lucro, as cláusulas de não indenizar mostram-se necessárias como instrumentos de alocação de riscos e, como dito anteriormente, podem servir como fator determinante à realização de um negócio.

CONCLUSÃO

A cláusula de não indenizar pauta-se na autonomia privada e mostra-se de imensa valia às partes nos contratos, em que pese a analisada divergência doutrinária. O estudo realizado permite concluir que essas cláusulas, como convenções privadas com o objetivo de afastar o dever de indenizar, são permitidas em nosso ordenamento jurídico. Nos contratos paritários, em que a autonomia da vontade tem maior liberdade e é mais valorizada, desde que observados os limites apresentados, o dever de indenizar é percebido como um risco do negócio. Desse modo, pode ser negociado de forma livre e interferir diretamente no preço do bem ou do serviço objetos do contrato, inclusive condicionando, ou não, a realização do negócio jurídico.

A negociação livre é um requisito de validade da cláusula de não indenizar, de maneira que seja pactuada por meio de convenção interessante para ambas as partes. Uma contraprestação satisfatória também é um requisito de validade a ser observado para permitir que a convenção possa produzir seus efeitos. É possível observar que a autonomia da vontade e a negociação livre são essenciais para permitir que a cláusula seja pactuada. Esses dois elementos estão presentes de forma clara nos contratos paritários, são essenciais à sua natureza.

Desse modo, as cláusulas de não indenizar encontram nos contratos paritários um meio de se desenvolver e existir em nossa realidade econômica. Os contratantes obtêm benefícios quando há a pactuação da cláusula de não indenizar. Desde que observadas normas de ordem pública não se encontra óbice à sua pactuação. Em um contexto econômico de recuperação, como o que vivemos atualmente, as referidas cláusulas mostram-se de grande valia à configuração desses negócios contratuais, sendo parte integrante do contrato e discutida em igualdade de condições pelos contratantes.

A utilização dessa cláusula permite a redistribuição dos riscos, a modulação dos efeitos da responsabilidade civil, servindo então, como incremento à atividade produtiva e à economia. As

regras contratuais presentes em nossa Constituição Federal e no Código Civil são essenciais à ordem jurídica e protegem as partes hipossuficientes, como em contratos de adesão e de consumo.

O papel do Poder Judiciário, nesses casos, é assegurar que os limites não sejam extrapolados e não interferir quando há paridade de poder nas negociações. Assim, garante-se a autonomia da vontade das partes, prevista em nosso ordenamento. Ocorre uma antecipação de eventual dever de reparação e pactuação de limitação ou exclusão desse dever, possível quando se trata de direitos disponíveis.

Há um outro nicho que não pode ser desconsiderado, no qual as partes têm igualdade de negociação, podem discutir de forma livre, oferecer diferentes garantias e buscar uma solução que seja interessante economicamente para ambas. Inclusive, a cláusula de não indenizar, como uma modulação dos efeitos da responsabilidade civil, pode ser essencial à formação do negócio jurídico. A cláusula de não indenizar encontra, assim, nos contratos paritários, um ambiente muito propício à sua existência.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar*. Uma exceção do Direito Contratual à Regra da Responsabilidade Civil. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – Estipulação em favor de terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 769. 1999.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019

_____. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar (Chamada Cláusula de Irresponsabilidade)*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.



FERREIRA, Carolina Raboni. *As Cláusulas Exoneratória E Limitativa do Dever de Indenizar E Os Princípios Contratuais Contemporâneos: Admissibilidade Numa Perspectiva Franco-Brasileira*. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS, 2015, Florianópolis. Disponível em: <<http://222.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/K094uMhj829iR4Ht.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. rev. e atual. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo et. al. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: Responsabilidade Civil*. 5. ed. V. 4. São Paulo: Atlas 2005.

O PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM CASO DE INIMPUTABILIDADE SUPERVENIENTE

Henrique Seabra d'Almeida

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o tratamento dispensado pela legislação penal aos inimputáveis é algo pouco debatido. Existe um forte movimento de inflação da legislação penal, com o recrudescimento da resposta estatal os crimes. Dentro desse contexto, as leis penais que versam sobre o tratamento dos inimputáveis, incluídos os casos de inimputabilidade superveniente, se mostram em total descompasso com as novas diretrizes que devem ser adotadas no tratamento e na ressocialização dessas pessoas. A essência do trabalho é abordar o instituto da medida de segurança, comparando-o com o instituto da pena privativa de liberdade, apontando um novo caminho a ser seguido. Assim, partindo da tese de que a medida de segurança não alcança os objetivos pretendidos, pretende-se defender que o tratamento dos inimputáveis deve ser dissociado do meio penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Absolvição Imprópria. Medida de Segurança. Inimputabilidade Superveniente. Prazo Máximo.

Sumário – Introdução. 1. A medida de segurança e seu prazo máximo de cumprimento: a (des)igualdade de tratamento em relação à pena. 2. Execução da pena e da medida de segurança: a distância entre os institutos. 3. Falência do modelo atual de internação: evolução e perspectivas para o futuro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata sobre o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança, dando enfoque aos casos de inimputabilidade superveniente, isso é, quando a inimputabilidade do réu surge durante a fase de execução da pena. Procura-se demonstrar que o tratamento adotado pela Lei de Execuções Penais e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores não está de acordo com o atual entendimento acerca do tratamento que deve ser dispensado aos portadores de distúrbios mentais.

Para tanto, foi abordada a posição da doutrina clássica, bem como da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Além disso, foi utilizado um material de apoio, consistente em artigos científicos que versam sobre a temática, com o objetivo de ampliar a discussão para além do universo do Direito, enriquecendo-a.



O tema envolvendo o prazo máximo de cumprimento das medidas de segurança é controverso por sua própria natureza. O Código Penal, artigo 97, § 1º, fala que ela se dará por prazo indeterminado, já a jurisprudência do STF e do STJ não estão em sintonia. O Supremo adota o prazo de 30 anos como prazo máximo, já o Tribunal da Cidadania entende que o limite deve ser a pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal violado.

Pois bem. Quando se olha para o caso específico da chamada inimputabilidade superveniente, aqui analisando aquela que surge durante a execução definitiva da pena, a situação se torna ainda mais controversa. De acordo com a Lei de Execução Penal, artigo 183, nesse caso, a pena deverá ser substituída por medida de segurança. Contudo, a LEP não dispõe sobre qual seria o prazo dessa medida de segurança.

No primeiro capítulo será feita uma análise acerca da conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança e a possível violação ao princípio da individualização da pena. Essa violação ocorreria na medida em que o réu recebeu uma pena proporcional ao delito cometido e à sua culpabilidade, e tem essa pena convertida em uma medida de segurança sem prazo para terminar.

No segundo capítulo, será feita uma comparação entre o modo de execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, de modo a demonstrar a grande distância existente entre os institutos, bem como as consequências desse fato.

Por fim, no terceiro capítulo, será demonstrada a necessidade de se repensar o atual tratamento que é dispensado às medidas de segurança, em especial para aquelas resultantes de inimputabilidade superveniente, para que se adequem aos novos paradigmas.

O método a ser utilizado na produção do presente trabalho será o hipotético-dedutivo, uma vez que serão elencadas especulações e, por meio do estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinente, serão confirmadas ou refutadas.

Dessa forma, a abordagem ao objeto da presente pesquisa se dará de forma qualitativa, apoiada na doutrina e na jurisprudência pertinente ao tema ora analisado.

1. A MEDIDA DE SEGURANÇA E SEU PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO: A (DES)IGUALDADE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO À PENA

O Direito Penal, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da lesividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade, tutela apenas aqueles bens jurídicos que são considerados como os mais importantes. Assim, o Direito Penal deve ser entendido como a

ultima ratio, ou seja, ele só deve ser empregado “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”¹.

O artigo 5º, XLVII, b, da CRFB/88², veda as penas de caráter perpétuo. Já o artigo 75, caput, do Código Penal³, estabelece em 30 anos o limite máximo de encarceramento. Vale destacar que a pena privativa de liberdade pode ser cominada em tempo superior a 30 anos, mas o tempo máximo que alguém poderá ficar encarcerado é esse de 30 anos.

Pelo exposto é possível perceber que, em relação às penas privativas de liberdade, existe um limite legal do prazo máximo de encarceramento, que está em perfeita consonância com os ditames constitucionais. Contudo, quando pensamos na medida de segurança, nossa legislação infraconstitucional não se mostra tão alinhada com os princípios e normas constitucionais.

A medida de segurança está intimamente relacionada com a inimputabilidade do agente. Nos termos do artigo 26, do Código Penal⁴, o inimputável é isento de pena. Ou seja, aquele que cometer um fato típico e ilícito, mas for inimputável, não estará sujeito à uma pena, mas sim à uma medida de segurança. De acordo com Greco, “o inimputável, mesmo tendo praticado uma conduta típica e ilícita, deverá ser absolvido, aplicando-se-lhe, contudo, medida de segurança”⁵.

A medida de segurança, segundo o artigo 96, incisos, do CP⁶, pode consistir ou em internação ou tratamento ambulatorial, a depender das circunstâncias do caso concreto. A internação, possui um caráter eminentemente detentivo, enquanto o tratamento ambulatorial, restritivo.

Já o artigo 97, § 1º⁷, trata dos prazos mínimo e máximo da medida de segurança. O mínimo é de 1 a 3 anos. Contudo, no que tange ao máximo, a lei simplesmente fala que ele será indeterminado, até que cesse a periculosidade.

A natureza jurídica da medida de segurança não é pacífica. Greco⁸ sustenta que ela não possui a mesma natureza da pena, uma vez que é destinada à cura ou ao tratamento do

¹ CONDE apud LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 40.

² BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

³ Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁴ Ibid.

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, V. I. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 806

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷ Ibid.

⁸ GRECO, op. cit., p. 806.

agente. Prado, por sua vez, afirma que “insere-se a medida de segurança no gênero sanção penal, no qual figura como espécie, ao lado da pena.”⁹

Em que pese essa discussão, é certo que esses dois institutos, pena e medida de segurança, são formas por meio das quais o Estado exerce seu poder, inclusive privando a liberdade do cidadão. Nesse sentido Prado e Schindler¹⁰ sustentam que esse artigo 97 “torna legítima, na prática jurídica, a cultura do encarceramento para solução de problemas relacionados ao cometimento de atos ilícitos, mesmo por aqueles que sofrem de transtornos mentais”.

Aqui deve ser citada a Lei nº 10.216/2001¹¹, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que veio no bojo de um movimento antimanicomial e introduziu uma série de direitos aos doentes mentais. Dentre as diretrizes da lei, pode-se citar os artigos 3º e 4º, que colocam a internação como medida extrema, que só deve ser utilizada em último caso, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores se manifestou no sentido de limitar o prazo máximo da medida de segurança, atendendo aos ditames legais e constitucionais. O STF, no julgamento do HC nº 84.219/SP¹², firmou a tese de que esse prazo não pode ser superior a 30 anos. Já o STJ possui entendimento sumulado, no verbete nº 527, de que o prazo máximo deve ser a pena máxima cominada em abstrato para o delito cometido pelo inimputável. Inegável que o entendimento adotado pelo STJ é o que mais se aproxima do movimento antimanicomial.

Até aqui, foi analisada a hipótese em que um inimputável comete um fato típico e ilícito. Mas não se pode esquecer da chamada inimputabilidade superveniente, que é aquela que ocorre durante a execução da pena, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ou seja, o agente plenamente imputável comete um fato típico, ilícito e culpável e, no curso da execução da pena, se torna inimputável.

⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 563.

¹⁰ PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. *A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários*. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, nº 2, p. 628-652, maio-ago. 2017.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 10.216*, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹² Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84219*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84219%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7z2rj5>>. Acesso em: 22 set. 2018.

Diferentemente do que ocorre com o inimputável que é absolvido nos termos do 386, VI, do Código de Processo Penal¹³, aqui, o imputável foi condenado pelo crime praticado. Ou seja, houve uma valoração de sua conduta e foi aplicada uma pena individualizada e proporcional à sua conduta, atendendo ao princípio constitucional da individualização da pena.

De acordo com o artigo 183, da Lei de Execuções Penais¹⁴, nos casos de inimputabilidade superveniente, a pena deverá ser substituída por medida de segurança. O artigo 682, § 2º, do Código de Processo Penal¹⁵, limita o cumprimento dessa medida de segurança ao tempo restante da pena que o agente cumpria. Em que pese já ter havido alguma discordância em sede jurisprudencial, hoje o tema se mostra pacífico. Nesse sentido, HC nº 287.450-SP¹⁶.

Não se pode negar que esse tratamento dado às medidas de segurança supervenientes respeita a coisa julgada. Contudo, quando se faz uma análise mais aprofundada da questão, é possível constatar que ele poderia ser melhorado, buscando se alinhar à ideia da desinternação e respeito integral ao princípio da individualização da pena.

No que tange ao princípio da individualização da pena, é preciso ter em mente que no caso da inimputabilidade superveniente, o agente foi julgado pelo fato por ele praticado, diferentemente do inimputável, que é absolvido. É preciso destacar, também, que atrelado à pena cominada, estão uma série de direitos e deveres do condenado, dentre eles o direito a progressão de regime e o livramento condicional.

Não se pode esquecer que a medida de segurança busca, precipuamente, curar o indivíduo. Não é outro o entendimento de Greco quando sustenta que a medida de segurança possui “além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva especial, pois tratando o detento, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito”¹⁷. Prado¹⁸ é no mesmo sentido, sustentando o caráter preventivo especial.

A pena de prisão, por outro lado, possui, também, o caráter retributivo, isso é, busca tanto retribuir o mal causado, quanto prevenir que novos crimes ocorram. Nesse sentido, Nucci¹⁹.

¹³ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁴ Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁵ Idem, op. cit., nota 13.

¹⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 287450*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=40387506&num_registro=201400170424&data=20141023&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2018.

¹⁷ GRECO, op. cit., p. 807.

¹⁸ PRADO; CARVALHO; CARVALHO, op. cit. p. 562.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

Não restam dúvidas, portanto, que a pena importa, ou deveria importar, em consequências muito mais severas para o indivíduo do que a medida de segurança. Contudo, na prática, a medida de segurança se mostra muito mais gravosa, na medida em que a internação equivale a um regime fechado e, muitas vezes, o inimputável passa todo o tempo de internação dentro de um hospital psiquiátrico.

Pior ainda é a situação daquele que se tornou inimputável no curso da execução da pena, já que possui uma pena individualizada, que comportaria progressões e outros benefícios, mas acaba internado pelo resto do tempo de pena que resta. Assim, tendo em vista as novas diretrizes trazidas pela Lei nº 10.216/01²⁰, no sentido internação como última medida e no entendimento de que a finalidade precípua da medida de segurança é o tratamento e não a punição do doente, acredito que o atual tratamento que é dado as medidas de segurança, em especial as supervenientes, não está de acordo com a política antimanicomial, nem com a individualização da pena.

2. EXECUÇÃO DA PENA E DA MEDIDA DE SEGURANÇA: A DISTÂNCIA ENTRE OS INSTITUTOS

No capítulo anterior foi explicitado o que é a medida de segurança, quais são os casos em que ela deve ser aplicada e qual é, ou deveria ser, o limite máximo de seu cumprimento. Também foi feita uma análise comparativa entre a medida de segurança e a pena privativa de liberdade, sobretudo no que diz respeito às suas finalidades e consequências, dando um destaque à situação peculiar daquele que é acometido por uma medida de segurança superveniente.

Feita essa breve introdução, é preciso ter em mente que tanto a pena, quanto a medida de segurança de nada servem se não forem instrumentalizadas. Isso significa que é preciso que a pena cominada na sentença condenatória ou a medida de segurança imposta na sentença absolutória imprópria ou derivada da conversão da pena em medida de segurança, executadas.

De acordo com Uzeda²¹, a “execução penal é a fase do processo penal em que o estado faz valer a sua pretensão punitiva, ora convertida em pretensão executória. Insere-se também nesse conceito a execução das medidas de segurança (...)”.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 11.

²¹ FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução Penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivim, 2018. p. 17.



No âmbito legal, a Lei de Execuções Penais²² (LEP), em seu artigo 1^o²³, deixa claro seu objetivo, que é o de efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal. Essa lei se aplica tanto para a execução da pena, quanto para a medida de segurança, contudo seu enfoque é, sem dúvidas, voltado para a execução da pena.

Foram instituídos diversos mecanismos que buscam a ressocialização do apenado. Podemos citar o sistema do regime progressivo de cumprimento da pena, com previsão no artigo 112²⁴, no qual o apenado inicia o cumprimento de sua pena em um dos três regimes possíveis, quais sejam, fechado, semiaberto ou aberto e vai progredindo de regime em função do atendimento simultâneo à requisitos de índole subjetiva e objetiva.

Também merece destaque o papel que trabalho, labor, possui dentro do sistema prisional. De acordo com o artigo 28, da LEP²⁵, ele deve ser visto como dever social e condição de dignidade do condenado. Para Uzeda²⁶, o trabalho interno além de ser uma obrigação do condenado, é fundamental para sua reeducação. É possível concluir, portanto, que ao mesmo tempo em que o trabalho é um direito, é também um dever do apenado, servindo como forma de ressocialização do apenado.

Além disso, o trabalho gera, ao lado do estudo, a possibilidade para que o apenado consiga a remição de parte do tempo de execução de sua pena. Nesse sentido dispõe o artigo 126, da LEP²⁷. Ou seja, fica claro que a lei busca sempre a ressocialização do condenado, tentando incutir um senso de responsabilidade no apenado, “premiando” o esforço individual. A jurisprudência do STJ vem ampliando a possibilidade de remição para a leitura e resenha de livros (HC n^o 353.689²⁸), bem como pela participação em coral (REsp n^o 1.666.637-ES²⁹).

Diante do exposto, é possível concluir que existem uma série de mecanismos legais que buscam e estimulam a ressocialização do apenado, bem como a redução do tempo de pena, o que se dá por meio da remição.

²² BRASIL, op. cit., nota 14.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ FARIA, op. cit., p. 64.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁸ Idem. Superior Tribunal de Justiça. HC n^o 353.689. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=59853810&num_registro=201600982515&data=20160418&tipo=0>. Acesso em: 04 mai. 2019.

²⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp n^o 1.666.637. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76290946&num_registro=201700925873&data=20171009&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 04 mai. 2019.

Quando se pensa na execução da medida de segurança, a primeira questão que devemos ter em mente é que por se tratar de uma intervenção estatal no direito de liberdade, devem observar as mesmas garantias e princípios que regem a aplicação das penas e do direito penal como um todo. Assim, é possível afirmar que deverão ser observados os princípios da legalidade, proporcionalidade, intervenção mínima etc. Esse é o entendimento de Uzeda³⁰, que afirma que por “serem espécies de respostas penais, devem respeitar o princípio da legalidade em matéria penal”.

Em que pese o extenso tratamento dispensado pela LEP³¹ à execução da pena, o tratamento dado à execução da medida de segurança é bem sucinto. Apenas os artigos 171 a 179³² tratam especificamente do tema, disciplinando o procedimento.

No que tange à medida de internação, foco principal do presente estudo, já foi demonstrado o seu caráter detentivo, que muito se aproxima da pena restritiva de liberdade e, em alguns casos, implica em um tratamento pior que o da pena.

De acordo com o artigo 97, § 1º, do Código Penal³³, a medida de segurança deverá perdurar enquanto houver a necessidade de manutenção do tratamento destinado à cura do inimputável, nesse sentido, Greco³⁴. Como já vimos, em que pese a lei não estipular um limite máximo, devemos adotar o entendimento do STJ, limitando ao tempo máximo de pena abstratamente cominada ao delito.

Contudo, no que tange ao prazo mínimo de internação, o mesmo dispositivo legal prevê o prazo de 1 a 3 anos, devendo ser realizada perícia médica, nos termos do § 2º do mesmo artigo 97, do CP³⁵. Já o artigo 175, da LEP³⁶ traz previsão semelhante, tratando dos aspectos processuais relativos à cessação da periculosidade da pessoa submetida à medida de segurança.

Por fim, deve ser mencionado o artigo 97, § 3º, do CP³⁷, que trata da desinternação ou liberação condicional. Trata-se de medida voltada para aqueles que estão cumprindo medida de internação. De acordo com Greco³⁸, “o doente deixa o tratamento realizado em regime de internação no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e dá início, agora, ao tratamento em regime ambulatorial”.

³⁰FARIA, op. cit., p. 367.

³¹BRASIL, op. cit., nota 14.

³²Ibid.

³³Idem. op. cit., nota 3.

³⁴GRECO, op. cit., p. 809.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶Idem, op. cit., nota 14.

³⁷Idem, op. cit., nota 3.

³⁸GRECO, op. cit., p.812.

Assim, diante do exposto, é possível concluir que a medida de segurança trabalha com a ideia da periculosidade do agente. Isso é, o Código Penal³⁹, em uma interpretação literal, condiciona a duração da medida de segurança à cessão da periculosidade. Logo, é possível que um inimputável tenha sua periculosidade cessada após 3 anos, vindo sua medida de segurança a ser extinta após o período de 1 anos, ou pode ocorrer que esse inimputável nunca se recupere.

Fazendo um paralelo com a pena restritiva de liberdade, o apenado, por mais grave que tenha sido o seu crime e por pior que tenha sido o seu comportamento carcerário, será posto em liberdade ao fim do tempo de pena, ou após 30 anos caso sua pena seja superior. Sua ressocialização e sua “periculosidade social” não impedirão sua liberdade, mesmo que haja uma extrema possibilidade de reincidência.

Excluindo os casos extremos nos quais o apenado é condenado à uma pena superior a 30 anos, resta nítida a diferença de tratamento que é dispensado para o agente que é condenado e para aquele que vem a ser absolvido impropriamente. Por exemplo, se dois indivíduos cometerem o crime de roubo simples, cuja pena máxima é de 10 anos, sendo primários, bons antecedentes etc., mas um vem a ser inimputável. Nesse caso, aquele que é imputável, receberá a pena mínima de 4 anos, já o inimputável receberá uma medida de segurança de internação e provavelmente ficará internado por 10 anos (nos termos do entendimento adotado pelo STJ).

As disparidades de tratamento não param por aí. Ainda com base no exemplo acima, é possível concluir que o agente que cumpre pena poderá progredir de regime, poderá remir sua pena e, com isso, reduzir o seu período no cárcere, ou ter acesso à outros benefícios previstos em lei, que buscam a sua ressocialização. Já aquele que cumpre medida de segurança não terá acesso a esses mecanismos legais.

Pode parecer absurda a ideia de se permitir que o agente submetido à medida de segurança possa gozar do instituto da remição ou mesmo de uma saída temporária, mas acredito que essas possibilidades estão em perfeita consonância com a atual política de tratamento destinada às pessoas com transtornos mentais.

A lei que tratou da reforma psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001⁴⁰, preconizou a internação como medida extrema, que só deverá ser adotada em último caso, quando os demais recursos se mostrarem insuficientes. Ademais, o próprio artigo 4º, § 1º, dessa lei⁴¹, é de clareza ímpar ao afirmar que a finalidade permanente do tratamento ao qual a pessoa acometida de transtorno mental será a sua reinserção social.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰ Idem, op. cit., nota 11.

⁴¹ Ibid.

Não se nega que em certos casos o paciente submetido à medida de segurança pode não se recuperar, de forma que sua periculosidade jamais cesse. Contudo, o que se defende é que a internação derivada da medida de segurança, em um hospital de custódia, seja feita no menor período possível, vindo retirar o paciente de um ambiente que está estruturado para a punição, transferindo, se for o caso, o paciente para instituições de internação não penal.

Em reportagem⁴² datada de 26/07/2017, o jornal Extra trouxe matéria sobre o Hospital Psiquiátrico de Custódia Henrique Roxo, localizado em Niterói/RJ. Além de trazer a informação acerca da constante falta de medicamentos para os internos, a reportagem trouxe uma entrevista com a Defensora Pública Roberta Fraenkel, que relatou que nada “naquele lugar remete a um hospital”.

Isso deixa claro que o ambiente dos hospitais de custódia não se mostra propício ao tratamento e restabelecimento dos pacientes, mas sim como uma forma de isolá-los do convívio social. Pior ainda é a situação daqueles que foram acometidos de uma inimputabilidade superveniente.

No caso dessas pessoas, como já exposto, elas possuíam culpabilidade no momento em que cometeram o crime, vindo a se tornar inimputáveis no curso da execução da pena. Assim, essas pessoas, faziam jus a todos os benefícios da execução, mas por conta da conversão da pena em medida de segurança, acabam perdendo.

3- FALÊNCIA DO MODELO ATUAL DE INTERNAÇÃO: EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

A medida de segurança, nos moldes atuais, expostos nos capítulos anteriores, é fruto de uma importante evolução do Direito Penal. É possível afirmar que houve uma expressiva mudança no tratamento dispensado às pessoas com transtornos mentais que cometem crimes. Tal fato se deve a uma nítida transformação social que ocorreu nas últimas décadas.

De acordo com a redação original do Código Penal⁴³, imperava entre nós o chamado sistema do duplo binário⁴⁴. Nesse sistema, o inimputável que violasse uma norma penal incriminadora era submetido tanto à uma pena privativa de liberdade, quanto à uma medida de segurança. Aliás, não era apenas o inimputável que estava submetido à essa dupla punição, uma

⁴² EXTRA. *Matéria jornalística*. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/hospital-de-custodia-mantem-paciente-presos-apesar-de-determinacao-contraria-do-stj-21465617.html>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁴³ BRASIL, op. cit. nota 3.

⁴⁴ GRECO, op. cit., p. 805.

vez que os indivíduos imputáveis, mas que eram considerados perigosos, também estavam submetidos ao sistema do duplo binário.⁴⁵

Esse sistema possuía como pedra fundamental a ideia da periculosidade dos indivíduos. Assim, o Código previa hipóteses em que o indivíduo imputável podia ser considerado perigoso, a depender, por exemplo, da motivação do crime ou dos seus antecedentes. Já no que tange aos inimputáveis, a periculosidade era expressamente prevista e presumida em lei.

Esse cenário imperou até a parte geral do Código ser reformada pela Lei n° 7.209/84⁴⁶, que pôs fim ao sistema do duplo binário e o substituiu pelo chamado sistema vicariante. Sistema este que, de acordo com Grego, “quer dizer sistema de substituição, aplica-se medida de segurança, como regra, ao inimputável que houver praticado uma conduta típica e ilícita, não sendo, porém, culpável.”⁴⁷ E é justamente esse sistema vicariante que foi exposto e trabalhado nos capítulos passados, devendo ser destacado o fato dele não ser mais aplicável aos indivíduos imputáveis, salvo na hipótese de inimputabilidade superveniente.

Prado e Schindler⁴⁸ destacam que essa mudança no tratamento dispensado aos inimputáveis, foi resultado da influência exercida pela Escola Sociológica ou Político-Criminal e da Terceira Escola Italiana. Importante destacar que a previsão expressa de uma presunção de periculosidade não mais existe, contudo, os autores citados⁴⁹ sustentam que ela continua existindo, de maneira implícita, no artigo 26, do Código Penal⁵⁰.

Para esses autores⁵¹, periculosidade seria “o risco que o indivíduo representa para a sociedade, presumido pelo fato de ele não ter condições de entender o caráter ilícito da conduta ou de se posicionar de acordo com esse entendimento”.

Dessa forma, é possível perceber que o sistema, como um todo, evoluiu da ideia puramente punitivista, para uma lógica de se tentar recuperar o indivíduo, isso é, fazer cessar a periculosidade do inimputável. Aliás, o artigo 97, do Código Penal⁵² é exatamente nesse sentido, uma vez que afirma que a internação deve perdurar enquanto não cessada a periculosidade do agente.

⁴⁵ PRADO; SCHINDLER, op. cit., p. 631.

⁴⁶ BRASIL. *Lei n° 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁷ GRECO, op. cit., p. 805.

⁴⁸ PRADO; SCHINDLER, op. cit., p. 631.

⁴⁹ Ibidem, p. 631.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵¹ PRADO E SCHINDLER, op. cit., p. 632.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 3.



Não se questiona o fato de que houve um avanço no tratamento dado ao inimputável, contudo o Direito Penal não pode simplesmente parar no tempo, alheio às novas evoluções sociais. Assim é possível sustentar que o modelo de tratamento centrado nos Hospitais Psiquiátricos de Custódia se mostra ineficaz e obsoleto em relação aos novos paradigmas trazidos pelo movimento da reforma psiquiátrica.

Nesse sentido, inclusive, Castelo Branco sustenta que, “[o]s hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou manicômios judiciários continuaram como a mais representativa materialização do poder penal-psiquiátrico, somando o pior da prisão com o pior do manicômio.”⁵³

Se o que está sendo buscado é o tratamento dessas pessoas. Ou, como a lei fala, a cessação da periculosidade, a ideia deve ser o encurtamento da permanência em um ambiente prisional, como é o ambiente dos Hospitais de Custódia. Deve-se pensar na possibilidade de o tratamento ser integrado com o Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que é esse o ambiente adequado e propício para que esses indivíduos possam se tratar.

De acordo com Prado e Schindler, o modelo atual de tratamento centrado na ideia de internação “é danoso ao quadro clínico e psicossocial dos pacientes judiciários, afinal, é de fácil percepção que quando há a retirada do indivíduo do convívio social, cerceando sua liberdade com o objetivo de isolá-lo e medicá-lo de forma contínua, sem indicação médica, os danos psicológicos e clínicos apresentam-se inevitáveis”⁵⁴.

Portanto, partindo dessa premissa de que o tratamento desses inimputáveis deve ser realizado fora do âmbito penal, é possível tecer algumas considerações acerca da medida de segurança, em especial acerca da superveniente.

Na medida de segurança “normal”, ou seja, aquela em que o indivíduo foi absolvido imprópriamente e submetido à uma medida de segurança, é possível perceber que o desvalor de sua conduta não foi analisado. E tal fato se mostra compreensível diante de sua inimputabilidade, uma vez que comete fato típico, ilícito, mas não culpável.

Já nos casos de inimputabilidade superveniente, o indivíduo pratica um fato típico, ilícito e culpável, de forma que o desvalor de sua conduta é valorado, sendo fixada uma pena proporcional a esse desvalor. É possível perceber que nesse caso houve o respeito ao princípio da individualização da pena e, também, que, por mais abjeto que tenha sido esse crime

⁵³ CASTELO BRANCO, Thayara Silva. *Medidas de segurança no Brasil: o exercício do poder (penal) no âmbito da normalização terapêutica*. São Luís: UNICEUMA, 2016. p. 249.

⁵⁴ PRADO; SCHINDLER, op. cit., p. 636.

cometido, o condenado poderá buscar formar de se ressocializar. Afinal, é esse um dos objetivos da pena.

Nesse contexto, esse condenado poderia abreviar sua permanência no cárcere por meio da remição. Ou seja, ele poderia trabalhar, estudar etc., buscando sua futura reinserção na sociedade. Também poderia gozar de benefícios como a saídas temporárias e livramento condicional.

Contudo, quando sua pena vier a ser convertida em uma medida de segurança, em decorrência da inimputabilidade superveniente, ele certamente será transferido para um Hospital de Custódia. Assim, diante de tudo o que foi exposto, é possível concluir que essa situação se torna um contrassenso na medida em que a medida de segurança superveniente pode implicar em sua internação pelo restante do tempo da pena outrora cominada.

Quando partimos da ideia de que a internação nos Hospitais de Custódia é ineficiente, e até mesmo danosa, para o internado, podemos pensar na absurda ideia de que seria mais vantajoso que não houvesse conversão alguma da pena em medida de segurança.

A ideia pode causar estranheza, uma vez que o apenado que recebe tratamento para sua doença, pode acabar em uma situação jurídica pior do que aquela em que se encontraria caso continuasse cumprindo normalmente sua pena, uma vez que poderia desfrutar de benefícios previstos para a execução da pena, reduzindo o tempo de seu encarceramento.

Esse exemplo serve para reforçar a ideia de que o caminho a ser adotado deve ser o da desinternação ou, pelo menos, de uma internação abreviada. O tratamento dos inimputáveis deve ocorrer fora do ambiente prisional, o qual inclui os Hospitais de Custódia.

Nossa legislação já evoluiu sensivelmente no que tange ao tratamento dos inimputáveis. Contudo, ainda existe um longo caminho a ser percorrido, buscando o alinhamento das leis com a evolução do pensamento científico.

Deve-se buscar que o tratamento dessas pessoas ocorra no âmbito do SUS, buscando a reintegração delas com a sociedade, estimulando o convívio social e não sua segregação à título de tratamento, como ocorre no ambiente dos Hospitais de Custódia, que estão inseridos dentro de uma lógica do Sistema Prisional.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou o instituto da medida de segurança, abordando suas hipóteses de cabimento e formas de execução. A pena privativa de liberdade foi utilizada como parâmetro de comparação, já que se tratam de institutos com certas semelhanças.



Foi exposto que a medida de segurança é aplicável nos casos em que um fato típico e ilícito é cometido, porém, o agente é tido como inimputável, ressalvada a hipótese de conversão superveniente. Ficou demonstrado que a finalidade da medida de segurança não é punitiva, mas sim curativa. Dessa forma, como fruto das pesquisas realizadas, foi possível concluir que nossa legislação penal dispensa um tratamento díspar para esses dois institutos.

A pena privativa de liberdade possui limitação temporal e uma execução voltada para a ressocialização, buscando abreviar o tempo de segregação. Já a medida de segurança, temos que a legislação infraconstitucional não prevê um limite temporal máximo para seu cumprimento. O limite hoje existente é fruto de uma construção jurisprudencial.

A pesquisa demonstrou que houve uma mudança de paradigmas, trazida pela reforma da parte geral do Código Penal, com substituição do sistema duplo binário pelo vicariante. Contudo, demonstrou-se que o atual modelo de internação, centrado em Hospitais Psiquiátricos integrantes do sistema penal é ineficiente e não atende às novas diretrizes trazidas pela reforma psiquiátrica.

Concluiu-se, também, que as pessoas acometidas de uma inimputabilidade superveniente acabam sendo colocadas em uma situação pior do que estariam se tivessem continuado a execução da pena. Assim, a medida de segurança se mostra, do ponto de vista prático, mais danosa ao indivíduo, do que a própria pena.

Assim, a pesquisa pretende sustentar que a legislação penal precisa ser atualizada, alinhando-se com os novos paradigmas trazidos pelo movimento da reforma psiquiátrica. É fundamental que se desmistifique a ideia de que o inimputável é perigoso e que deveria ficar segregado do convívio social pelo maior tempo possível.

Também é sustentado que o tempo de internação deve ser abreviado, de forma que o tratamento se de forma humanitária e buscando, sempre, a reintegração dessas pessoas ao meio social. Assim, é fundamental que os Hospitais Psiquiátricos sejam desvinculados do sistema prisional e passem a integrar a rede de atendimento do SUS, possibilitando, assim, que recebam um tratamento digno e eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Lei n° 10.216*, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Lei n° 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 287450*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=40387506&num_registro=201400170424&data=20141023&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 353.689*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=59853810&num_registro=201600982515&data=20160418&tipo=0>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.666.637*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76290946&num_registro=201700925873&data=20171009&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84219*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84219%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+8421%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7z2rj5>>. Acesso em: 22 set. 2018.

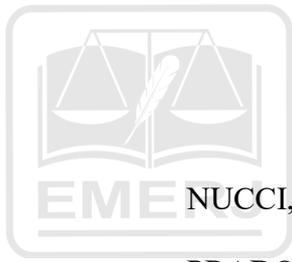
CASTELO BRANCO, Thayara Silva. *Medidas de segurança no Brasil: o exercício do poder (penal) no âmbito da normalização terapêutica*. São Luís: UNICEUMA, 2016.

EXTRA. *Matéria jornalística*. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/hospital-de-custodia-mantem-paciente-presos-apesar-de-determinacao-contraria-do-stj-21465617.html>. Acesso em: 30 mar. 2019.

FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução Penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivim, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, volume I. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. *A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários*. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n° 2, p. 628-652, maio-ago. 2017.

A INEFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE DIANTE DA ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A CONSEQUENTE JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA

Henrique Storch Barbosa

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: Na CRFB há a inserção da saúde na qualidade de direito fundamental, inclusa no bojo do art.6º. Correlato a este dispositivo, o art. 196 do mesmo diploma legal, determina que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Por tratar-se de um direito de cunho social, deve ser garantido pelo Poder Público por meio de prestações positivas, que nem sempre são atendidas com escusas pautadas na Reserva do Possível além de alegadas eventuais colisões entre valores constitucionais e a respectiva discricionariedade estatal no que tange a alocação de recursos e o consequente investimento em prestações que visem o exercício dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde. Neste diapasão surge a necessidade de garantir a eficácia da norma constitucional relativa ao direito à saúde por meio da atuação do Poder Judiciário, ocasionando a judicialização do tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à Saúde. Reserva do Possível. Judicialização.

Sumário: Introdução. 1. Discricionariedade estatal diante da colisão de valores constitucionais e suas consequências no direito à saúde. 2. A responsabilidade do Estado diante da reserva do possível no tocante ao direito constitucional à saúde. 3. A judicialização da saúde frente à independência dos poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O enfoque do trabalho é a judicialização existente na seara constitucional no tocante ao direito à saúde e o respectivo fornecimento de medicamentos e tratamentos, neste sentido, ao hipossuficiente financeiro. A abordagem se dá por meio da análise da responsabilidade estatal à luz da CRFB no tocante à assistência ao administrado, mostrando-se relevante o tema que tem sido alvo de inúmeras demandas judiciais.

A presente pesquisa científica discute este direito tutelado pela Constituição Federal de 1988 e a recorrente necessidade de ordem judicial para que o Estado seja compelido a prover meios que tornem possíveis a efetivação desta norma. A inserção da saúde como direito constitucionalmente assegurado impõe ao ente estatal o dever de garantir ao cidadão acesso aquilo que a Lei Maior lhe garante.

A CRFB buscou abarcar os mais relevantes valores e direitos, necessários a manutenção de uma vida digna em sociedade. Evidentemente a vida, é o mais precioso bem



jurídico e por essa razão mereceu uma especial atenção do legislador que demonstrou sua preocupação em traçar relação direta entre a vida e o direito à saúde.

Neste sentido, recorrentes são as demandas no Judiciário que tem como fundamento de seus pedidos, o direito à saúde, demonstrando claramente a ineficácia no acesso a tal direito social que pretendeu o constituinte tutelar.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando-se problemática fática, acerca do tema, evidenciada por meio da observância da colisão de direitos constitucionalmente tutelados e da respectiva necessidade do administrador público em ponderar qual bem jurídico ser privilegiado quando colidentes. Aborda-se, para tanto, o limite da discricionariedade estatal em relação à qual bem jurídico a ser tutelado e quais as consequências quando restarem envolvidos, nesta colisão de normais constitucionais, o direito à saúde.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a responsabilidade do Estado diante da reserva do possível no tocante à proteção constitucional à saúde. Por vezes o Poder Público alega a reserva do possível como justificativa para o não fornecimento de medicamentos necessários aos seus administrados. Porém, é preciso que seja observado que a não concessão de um remédio por parte do ente estatal, pode afrontar, dependendo do caso, norma constitucional, inviabilizando o acesso ao direito à saúde.

Quando o legislador constituinte cria uma norma de direito fundamental e atribui a Administração Pública a função de zelar por esse direito, conseqüentemente gera ao Estado uma responsabilidade. Por essa razão, a alegação da reserva do possível deve ser analisada conjuntamente com a responsabilidade estatal em cumprir ao comando Constitucional, conforme abordagem no segundo capítulo.

O terceiro capítulo faz uma análise acerca da judicialização da saúde frente a independência dos poderes. Importante é a esta abordagem em relação aos impactos da judicialização da saúde no que tange a separação e independência dos poderes, tendo em vista as inúmeras demandas em que são pleiteados medicamentos, sobretudo por hipossuficientes financeiros, que somente tem acesso aos tratamentos de que precisam por terem se socorrido na Justiça Brasileira.

O atual contexto social demonstra claramente que esse precioso direito, não está sendo respeitado tal como pretendeu o legislador constituinte, demonstrando a notória relevância da atuação do Judiciário em face desta problemática.

Dessa forma o trabalho busca realizar uma análise acerca da necessária judicialização existente na seara constitucional no que tange ao direito social à saúde, abordando a

responsabilidade do Estado à luz da CRFB no tocante à assistência ao cidadão na qualidade de administrado.

A presente pesquisa, desenvolve-se por meio de um conjunto de proposições hipotéticas, valendo-se de método hipotético-dedutivo, de maneira argumentativa com emprego de críticas abordagens com vistas a enaltecer a tese apresentada e defendida.

Para tanto, o objeto desta pesquisa de cunho jurídico, transcorre de maneira qualitativa, empregando-se a bibliografia existente relativa à temática do estudo em questão, objetivando contribuição para a robustez da tese apresentada e sustentada.

1. DISCRICINARIEDADE ESTATAL DIANTE DA COLISÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO À SAÚDE

O administrador público, por vezes, precisa fazer escolhas em relação a qual bem jurídico tutelar quando da colisão de valores. Tal situação é recorrente no âmbito do direito à saúde e seu respectivo desdobramento no fornecimento de medicamentos por parte do Estado. Corriqueiramente demonstra-se necessário o ingresso no Judiciário para que a Administração Pública seja compelida a cumprir seu dever constitucional. Nesse sentido cabe transcrever os seguintes artigos da CRFB¹:

Art. 6º CRFB. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 CRFB. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197 CRFB. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Embora as redações dos referidos artigos sejam claras, o Poder Público diante das várias obrigações para com seus administrados, acaba por ponderar e optar, de acordo com o caso concreto, pela proteção de determinados direitos em detrimento de outros. Para a melhor compreensão da temática que se pretende abordar, é importante analisar em que consiste essa

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

discricionariiedade atribuída ao ente estatal no tocante às situações em que é observada a contraposição de valores constitucionais.

Inicialmente, deve-se destacar que os direitos fundamentais são relativos, isto é, por não serem absolutos, por vezes serão conflitantes. Acerca dos direitos sociais, geração em que se insere o direito à saúde, com relação a esses, faz-se necessária a intervenção do Estado, a fim de que seja assegurada sua aplicabilidade à coletividade.

Editada pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme entendimento de Oliveira² reconheceu a saúde como um direito que posteriormente passou a constar e estar inserida, de maneira expressa, na Constituição Federal de 1988, primeira Carta Magna pátria a consagrar o direito fundamental à saúde.

Para Sarlet³, o art. 196 CRFB traduz grande relevância, vez que, por meio deste dispositivo legal, o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, evidenciado por meio de norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, na medida em que, a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A saúde, na qualidade de direito fundamental, reflete os valores que identificam os anseios sociais, apontando para uma sociedade voltada à proteção dos indivíduos e à garantia de suas condições de existência, conforme assim defende Schier⁴.

Entende Farias⁵, que os direitos fundamentais possuem força normativa real, isto é, a especial atenção dada a esses direitos por meio do legislador constituinte, limita aos seus intérpretes tentativas de restrições. Noutras palavras, o Estado não pode violar nem permitir sua violação.

No que tange ao art. 6º CRFB, segundo o entendimento de Novelino⁶, o artigo em análise, impõe uma vinculação direta do direito à saúde à dignidade da pessoa humana. Acrescenta ainda que o artigo em destaque, por ser norma indissociável do direito à vida, apresenta um caráter fundamentalista, portanto, um mínimo existencial.

²OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à Saúde, Ativismo Judicial e os Impactos no Orçamento Público*. Curitiba: Juruá, 2015, p.20.

³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012, p. 577.

⁴SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 214 f. Curitiba: UFPR., 2009, p.126-127.

⁵FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 99.

⁶NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.876.

Nesse sentido, Barreto⁷ aduz que o princípio da dignidade humana se apresenta como fonte legitimadora de todos os direitos fundamentais sendo mais profundo que os direitos humanos, vez que, envolvem a essência do ser humano.

Semelhante entendimento é o adotado por Sarlet⁸ no sentido de que, segundo ele, a República Federativa do Brasil adota como fundamento de seus princípios, a dignidade da pessoa humana, do qual derivam todos os outros direitos, dentre os quais, os direitos sociais, geração de direitos em que está contida a saúde na qualidade de direito constitucionalmente tutelado.

Dessa forma, conforme se pode extrair, a saúde como direito fundamental social, está intimamente ligada ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao normatizar os direitos fundamentais de ordem social, impõe ao Estado um dever prestacional, exigindo do Poder Público, prestações positivas para o seu efetivo cumprimento. Leciona Novelino⁹ que a implementação de tais direitos se dá por meio da efetivação de políticas públicas, cuja finalidade não se atém somente ao respeito a um mandamento constitucional, mas também na busca de redução de desigualdades sociais com vistas à garantia de uma existência humana digna.

Os Poderes, Executivo e Legislativo definem prioridades para que estas prestações positivas sejam prestadas. Havendo, certa discricionariedade.

Deve-se destacar que o administrador público, tem essa margem discricionária de forma limitada, tendo em vista as normas insculpidas na Constituição acerca dos direitos sociais e ao acesso ao direito à saúde e seus respectivos desdobramentos fáticos.

Costa¹⁰ aponta para o fato de que, a principal objeção em relação ao cumprimento dos direitos sociais, que a seu sentir é a vinculação orçamentária, deve ser afastada, tendo em vista o bem jurídico que a norma constitucional pretende resguardar, que em última análise, é a vida.

⁷BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetichismo dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 216.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v.25, n.55, 2002, p.51.

⁹NOVELINO, op.cit., p. 513.

¹⁰COSTA, Lucas Sales Da. *Constitucionalismo, Direitos Sociais e Atuação do Poder Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 142.

Barroso¹¹ entende que os direitos fundamentais possuem caráter principiológico, visto que são normas que muitas vezes se encontram contrapostas, opostas, em colisão, sendo sua análise, quando colidentes, feita por meio da ponderação.

Explica Novelino¹² que a colisão ocorre quando direitos entram em conflito. A colisão autêntica, por sua vez, ocorre quando o exercício por parte de um titular colide com o de outro. Tal fenômeno é facilmente observado em situações fáticas em que é pleiteado o fornecimento de determinado medicamento por parte do administrado ao Estado, e seu pedido é negado sob o fundamento de que há outros direitos fundamentais contrapostos e que a entrega de um medicamento mais oneroso, irá impedir, por exemplo, o acesso a fármacos menos dispendiosos.

Desse modo, extrai-se que no que pese o administrador público ter certa margem discricionária acerca da alocação de recursos para prover o bem estar social e gerir o Estado, o direito à saúde, é intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, cujo bem jurídico tutelado é a vida. Portanto, deve existir um olhar diferenciado e cauteloso por parte do Poder Público, quando restar envolvido o direito constitucional à saúde.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DA RESERVA DO POSSÍVEL NO TOCANTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A Carta Magna impõe ao Estado inúmeros deveres, dentre os quais a promoção dos direitos sociais por meio de prestações de natureza positiva, conforme abordado no capítulo anterior. Semelhante modo, a Lei Maior, atribui responsabilidades aos entes federativos, que por intermédio de seus gestores, devem seguir os comandos constitucionais.

Nesta paisagem, insere-se o dever do Estado em promover o acesso à saúde, nos termos do já apresentado art. 196 CRFB. Seguindo a mesma lógica, há o direcionamento por meio do legislador constituinte acerca da competência estabelecida aos entes para que as imposições normativas constitucionais relativas ao direito à saúde e seus respectivos desdobramentos, sejam atendidas.

¹¹BARROSO, Luis Roberto; FARIAS, Cristiano chaves de. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação e Critérios de Ponderação. In: (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.100-101.

¹²NOVELINO, op.cit., p. 336-337.

Neste sentido, o estudo da temática a ser abordada, impõe o destaque do seguinte artigo contido na CRFB¹³:

Art. 23 CRFB. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Conforme se depreende, com vistas a dar cumprimento à norma contida no art. 196 CRFB, a legislação pátria atribui responsabilidades aos entes federativos.

Menezes¹⁴ entende não haver como negar que Municípios, Estados, Distrito Federal e União têm o dever de fornecer todos os tratamentos de saúde necessários para a manutenção da vida.

Neste sentido, a atribuição da competência comum pelo legislador constituinte, possibilita a formulação e execução de políticas de saúde por parte de ambos os entes federativos.

Ainda segundo Menezes¹⁵, o fato da competência acerca do exposto ser comum, merece ressalva. Segundo seu entendimento, não significa que tal competência seja irrestrita, vez que isso, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde.

Deste modo, completa adotando a premissa de que há um orçamento disponível à administração, justificando, desta forma, que a competência dos entes federativos, embora comum, por força de norma constitucional, não é irrestrita.

Por meio da estipulação expressa da norma constitucional destacada no início deste capítulo, o Poder Público, tem o dever de efetivar o direito à saúde, conforme entende Mello¹⁶. Acrescenta apontando que tal direito é destinado a assegurar ao indivíduo uma existência digna que componha o mínimo essencial.

Diante do dever constitucional do Estado em prover meios ao acesso ao direito à saúde, surge o questionamento relativo aos recursos necessários e o respectivo dispêndio financeiro, empregados, de maneira a possibilitar o alcance aos direitos sociais.

Neste diapasão, surge o argumento estatal pautado na limitação e na escassez dos recursos materiais, como escusa ao não cumprimento da norma constitucional que impõe ao Estado, um dever prestacional.

¹³ BRASIL, op.cit.

¹⁴MENEZES, V. H. M. de. *Direito à Saúde e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.174.

¹⁵Ibid., p.175 e 179.

¹⁶MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 556.

Novelino¹⁷ analisa esses argumentos sob o prisma da definição da reserva do possível que segundo ele, pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível à realização de direitos fundamentais.

A concretização das políticas públicas, conforme disserta Farias¹⁸, pressupõe o conhecimento específico na área em que se faz necessária a atuação do Poder Público quando este age de forma a garantir a efetivação dos direitos de cunho social. Trata-se, segundo ele, de um processo envolvendo poderes, agentes públicos e a sociedade.

Complementando sua linha de entendimento, destaca que a intervenção do Estado, deve ocorrer, somente dentro do economicamente possível.

Embora seja trazida a baila questionamentos acerca das limitações financeiras, não se pode perder de vista que a CRFB garante o direito à saúde, e negar seu acesso, ao cidadão que depende de políticas estatais para exercer tal direito, sob o argumento da reserva do possível, esbarra no conceito da isonomia, vez que nem todos têm condições de custear seus gastos com saúde e socorrem-se nos fundamentos dos artigos 6º e 196 da Carta Política de 88.

Neste sentido, segundo Bonavides¹⁹, o princípio da igualdade é definido como o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Noutras palavras, dentre os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que apresenta especial importância no Direito Constitucional, sendo, segundo ele, o direito guardião do Estado social.

Acerca da reserva do possível, Farias²⁰ entende que a prestação governamental por meio da concretização de políticas públicas, deve levar em consideração a importância do serviço e o seu preço. Segundo ele, as prioridades devem ser estabelecidas com vistas a centrar recursos.

Neste sentido, cabe ressaltar que Farias faz menção, ainda que indiretamente, à margem discricionária do Estado em relação à gestão pública, discricionariedade esta, analisada no primeiro capítulo de maneira mais enfática.

Importante destacar que embora Farias²¹ faça menção à centralização de recursos estatais pautados nas prioridades assim entendidas pelo administrador público na concretização dos direitos sociais, ainda assim é incisivo ao ponderar que as imposições

¹⁷NOVELINO, op.cit., p.515.

¹⁸FARIAS, op.cit., p. 78 e 81.

¹⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 384.

²⁰FARIAS, op.cit., p.103.

²¹Ibid., p.108.

constitucionais no que tangem às obrigações atribuídas ao Poder Público, não podem ser descumpridas ou não efetivadas pela mera alegação da reserva do possível.

Dessa forma, a insuficiência de recursos e inexistência de previsão orçamentária, por si só, segundo ele, não exime o Estado de sua responsabilidade, acerca de seu dever prestacional na efetivação dos direitos sociais em prol de seus administrados.

Objetivando uma mais ampla abordagem do tema objeto deste capítulo, merecem destaques conceitos relativos ao mínimo existencial, vez que, se coadunam às prestações estatais correlatas a efetivação dos direitos sociais.

Novelino²² sinaliza que na doutrina não há uma resposta homogênea, acerca da utilização da reserva do possível em relação aos direitos sociais que componham o mínimo existencial. Para ele, o conceito de mínimo existencial é deduzido da dignidade da pessoa humana e, portanto, compõe o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a vida de maneira digna.

Neste sentido, Menezes²³ entende que os direitos de cunho social são dotados de efetividade. Conseqüentemente, para ele, podem ser exigidos do Poder Público por atuação do Poder Judiciário. Acrescenta que este é o entendimento adotado por José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso.

O entendimento que melhor demonstra abarcar e contemplar o comando normativo constitucional parece ser o de Mello²⁴, em sede de RE, em que entende pela impossibilidade de invocação, por parte do Poder Público, da reserva do possível, quando desta puder resultar em comprometimento daquilo que se entende por mínimo existencial.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FRENTE À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

A efetivação dos direitos sociais, contexto em que se insere o direito à saúde, demanda uma atuação positiva do Poder Público, conforme já apresentado nos capítulos iniciais deste artigo.

Notório, porém, é fato de que, por vezes, o Estado não cumpre seus deveres prestacionais e por consequência, os administrados, para alcançarem seu direito constitucional à saúde, necessitam recorrer ao Judiciário, dando ensejo à judicialização do tema.

²²NOVELINO, op.cit., p.517.

²³MENEZES, op.cit., p. 221.

²⁴MELLO, Celso. STF – RE 482.611/SC. Rel., 2010. *Direitos Sociais*. In: NOVELINO, op.cit., p.517.



Sabido é fato de que, entre os poderes, há independência, sem que seja perdida a harmonia de ambos em suas respectivas esferas de atuações. Dessa forma, cabe destacar os seguintes dispositivos da CRFB²⁵:

Art. 2º CRFB. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Neste sentido, Costa²⁶ traz a premissa de que, para ele, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes é o argumento central das posições contrárias ao ativismo judicial.

Costa²⁷ entende que a atuação do Poder Judiciário não consiste em limitar poderes ou frear abusos, mas sim fazer cumprir a Constituição Federal. Segundo ele, existe a necessidade de coadunar a separação dos Poderes à vigente realidade social.

Destaca ainda a função proativa do Judiciário e as respectivas objeções na dogmática atinente ao princípio da separação dos Poderes.

Para Costa²⁸ todos os órgãos estatais exercem função política. Por isso, ao seu sentir, na prática, o modelo concebido por Montesquieu, jamais subsistiu, tendo em vista o fato da atuação de ambos os poderes, permear entre as funções dos três departamentos de poder.

Segundo Costa²⁹, a premissa de que cabe ao Judiciário uma função meramente jurisdicional, seja de cunho passivo ou de autocomposição, não se afina com a ideia de que todos os órgãos estatais exercem função política. Por esse motivo, defende que não há extrapolação do Judiciário ao compelir o Estado a prover meios a efetivação dos direitos sociais.

Em decorrência do art. 2º da Constituição Federal os três poderes e as suas funções do poder, devem ser exercidos de forma equilibrada, conforme Farias³⁰. Segundo ele, no âmbito da realização de políticas públicas e na concretização de direitos fundamentais por parte do Executivo, deve haver consenso entre os poderes.

²⁵ BRASIL, op.cit.

²⁶COSTA, op.cit., p.164.

²⁷Ibid., p.161 e 166.

²⁸Ibid., p.163.

²⁹ Ibid.,p.163.

³⁰FARIAS, op.cit., p. 124.

Farias³¹ defende ainda que a atuação dos poderes deve sempre zelar pela não interferência na incumbência originariamente atribuída aos outros poderes, objetivando assim, o respeito ao texto constitucional no sentido de garantir a atuação harmônica e independente entre as três esferas de poder.

Oliveira³², ao fazer abordagem do papel do Poder Judiciário, fundamenta seu entendimento na concepção de Montesquieu. Defende que a separação dos poderes, em sua gênese, fez reinar a ideia de que caberia ao Judiciário proferir as palavras da lei. Essa premissa, porém, não reflete a realidade fática, uma vez que há lacunas interpretativas a serem preenchidas.

A afronta ao princípio da separação dos poderes é um forte argumento de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, de acordo com o que diz Oliveira³³. Segundo entende, há um questionamento crítico acerca do controle judicial sobre políticas públicas, aumentando, neste sentido, a responsabilidade do Judiciário.

Merece ponto de destaque o fato da existência de relativa tensão entre o Poder Judiciário que atua no exercício da jurisdição constitucional e os demais poderes, Legislativo e Executivo, eleitos pelo voto de maneira democrática, segundo Oliveira³⁴.

Farias³⁵ posiciona-se reconhecendo o controle das políticas públicas por parte do Judiciário. No entanto, faz ressalvas relativas à extensão dessa ação intervencionista. Complementando esta lógica, entende que houve uma mudança de paradigma acerca da atuação do Poder Judiciário, que deixou de ser palco de disputas individuais, tornando-se um elemento de disciplina das regras coletivas e de direitos difusos.

A efetivação de direitos sociais por meio de demandas judiciais tem gerado controvérsias. No entanto, segundo Menezes³⁶, o STF tem afirmado a concretização desses direitos, impondo ao Executivo, por meio do Judiciário, a realização de políticas públicas que possibilitem essa efetividade.

A CRFB determina, no art. 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, conforme já ventilado. Não restam dúvidas de que o exercício deste direito de maneira isonômica impõe necessária atuação do Poder Público, que por intermédio do Poder Executivo deve atuar nas obrigações prestacionais positivas.

³¹ Ibid., p.125.

³² OLIVEIRA, E. A. B. de. *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia*. Curitiba: Juruá, 2015, p.117.

³³ OLIVEIRA, op.cit., p.87.

³⁴ Ibid., p.90.

³⁵ FARIAS, op.cit., p.97.

³⁶ MENEZES, op.cit., p.225.

Deve-se destacar, porém, que embora o texto constitucional seja claro, nem sempre o Estado atua com efetividade em sua gestão, cerceando, de alguma forma e ainda que de maneira não intencional, o acesso ao direito à saúde, sobretudo, do hipossuficiente financeiro.

Neste sentido, Leal³⁷ entende que se faz necessária a utilização de recursos interpretativos por parte do Poder Judiciário, tendo em vista o caráter principiológico dos direitos sociais.

Acerca a inafastabilidade judicial e o acesso à Justiça, para Silva³⁸, o princípio consagrado pelo Art. 5º XXXV, CRFB, deve ser visto pela ótica da relação entre a jurisdição e solução do conflito.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática principal, a aplicabilidade do direito à saúde de maneira a proporcionar aqueles que não têm meios, o acesso a este direito, cuja matriz, a base de sua essência é a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Destaca-se que o tema apresenta indubitável relevância na medida em que, a Carta Política de 88 ao abranger os direitos sociais, ditos de segunda geração, veio a fazer menção expressa ao direito à saúde, tendo sido inserido no rol dos direitos fundamentais.

Partindo do campo teórico e adentrando no campo prático, constantes são as demandas judiciais com a finalidade de compelir o Poder Público a criar meios que possibilitem o cidadão o acesso ao direito à saúde.

Neste sentido, observa-se de maneira corriqueira pedidos de fornecimento de fármacos em que é evocado o direito constitucional apresentado como fundamento jurídico de inúmeras petições endereçadas aos respectivos juízos competentes, apontando, desta forma, a importância da problemática e do tema objetos deste estudo.

Inicialmente foram abordadas questões introdutórias necessárias ao desenvolvendo e transcurso de toda a pesquisa. Desta forma, o ponto de partida para uma análise mais aprofundada do tema, foram os dispositivos constitucionais e a suas consequentes normas e princípios deles extraídos.

Na qualidade de direito social, a saúde, o direito ao seu acesso, é entregue ao cidadão que ostenta sob a ótica constitucional a qualidade de administrado, por meio de prestações

³⁷LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta* - Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

³⁸SILVA, op.cit., p. 71.

positivas por parte do Estado. Noutras palavras, o Poder Público que tem dentre outras funções, o dever de gerir, deve criar meios para que os direitos sociais sejam alcançados em sua plenitude.

Inequívoco é o fato que há discricionariedade em determinados atos praticados pela Administração Pública, visto que administrar pressupõe tomada de decisões. Por vezes a escolha do administrador público esbarra na colisão de valores constitucionais, momento que deverá ser usada técnica de ponderação de acordo com as devidas especificidades.

Esta discricionariedade, conforme apresentado no capítulo inicial, é limitada, na medida em que, embora direitos fundamentais sejam relativos, quando questões correlatas ao direito à saúde restarem envolvidas, o valor vida estará a elas intimamente atrelado. Portanto, especial atenção, merecem as escolhas do Poder Público sempre em que estiver em análise o direito à saúde, sob pena, até mesmo, de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Notório é o fato que prestações positivas por parte do Estado com vistas a alcançar a plenitude dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, contido no art. 6º CRFB, pressupõe gastos que precisam estar lastreados de maneira orçamentária.

Neste contexto, a reserva possível busca dar solução à limitação dos recursos públicos. Não se pode afastar, porém, a responsabilidade estatal, tendo em vista que o art. 196 CRFB determina de forma clara e expressa que a saúde, é direito de todos e dever do Estado.

Deve-se frisar que o não atendimento de norma constitucional, que atribui ao Poder Público a obrigação de garantir o cumprimento de direito fundamental, arraigado ao bem jurídico vida, sob o fundamento de não ser possível diante da colisão de valores constitucionais ou limitação financeira, não se demonstrou suficiente para justificar ou mitigar a responsabilidade do Estado, atribuída pela Lei Maior, conforme discorrido e problematizado ao longo do segundo capítulo da presente obra.

Diante da ineficácia do direito insculpido na CRFB, relativo à saúde, refletido pela inércia do Estado em garantir ao cidadão o mínimo do que se demonstra essencial, a judicialização do tema tem sido objeto de estudo, tendo sido abordada conjuntamente com a separação dos poderes no terceiro capítulo, dado seu importante destaque no tema pesquisado.

Tal fato levanta discussão acerca da extrapolação do Judiciário e a respectiva independência dos poderes, sobretudo, no que diz respeito à discricionariedade do Executivo em suas prestações positivas que deveriam abarcar de maneira mais eficaz o acesso aos direitos sociais, em especial o direito à saúde.

Neste cenário, a atuação do Poder Judiciário, mostra-se indubitavelmente relevante e essencial, sem que haja qualquer extrapolação em sua atuação ao compelir o Estado a garantir

o acesso à saúde ao cidadão que necessita e busca socorro na Justiça sob o legítimo fundamento contido na Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto; FARIAS, Cristiano chaves de. Liberdade de Expressão Versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação e Critérios de Ponderação. In: (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil o direito civil-constitucional em concreto*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

COSTA, Lucas Sales da. *Constitucionalismo, Direitos Sociais e Atuação do Poder Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta - Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENEZES, V. H. M. de. *Direito à Saúde e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, E. A. B. de. *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed.rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social*. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 214 f. Curitiba: UFPR, 2009.



SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde: Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.



A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO E CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* COLETIVO À LUZ DA CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Isabelle Ibrahim Brito

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada. Pós-graduanda em Direito no Curso de Especialização em Direito Público e Direito Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – As transformações pelas quais passa a sociedade culminam, cada vez mais, na massificação das relações sociais, não só no âmbito do direito consumerista ou do direito ambiental, mas também no âmbito penal, com encarceramentos em massa. Nesta esteira, decisões-modelo são rotineiramente proferidas decretando prisões cautelares sem, contudo, verdadeira adequação ao caso concreto. Diante de tal realidade, a essência do trabalho é abordar a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da falta de previsão legal expressa, de modo a salvaguardar o direito à liberdade de pessoas mais vulneráveis socioeconomicamente e garantir eficiência e economia processual. A pesquisa buscar refletir, também, de que modo o reconhecimento de tal instrumento processual pela jurisprudência não significaria indesejado ativismo judicial. A tese sustentada é no sentido de que a visão moderna do habeas corpus não mais deve ser feita sob prisma estritamente individualista, quando possível uma releitura constitucional e transindividual do instituto a fim de salvaguardar o direito à liberdade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Direitos transindividuais. Demandas coletivas.

Sumário – Introdução. 1. A crescente massificação das relações sociais e sua repercussão no sistema carcerário. 2. A possibilidade do manejo de habeas corpus coletivo. 3. Ativismo judicial no reconhecimento da figura do habeas corpus coletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da ausência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a crescente massificação das relações sociais e o encarceramento em massa.

É utilizada como paradigma a controversa decisão prolatada no Habeas Corpus nº 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo e concedeu a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva de mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar ou outra medida cautelar diversa da prisão. Na ocasião, firmou-se o entendimento de que a ordem pode ser estendida a todas que

se encontrem na mesma situação das pacientes beneficiadas. A decisão gerou polêmica na comunidade acadêmica e entre os aplicadores do Direito, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista processual. Este artigo pretende abordar os aspectos processuais, sem adentrar ao mérito da aludida decisão.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando-se como a sociedade contemporânea vivencia crescente massificação de suas relações sociais, o que repercute na seara do Direito e, mais especificamente, no encarceramento em massa dentro do Direito Penal. Analisa-se o fato de que lesões a direitos assumem cada vez mais caráter coletivo, sendo carecedores de tutela igualmente coletiva.

Segue-se, no segundo capítulo, suscitando-se a possibilidade de concessão de habeas corpus coletivo, sem a identificação precisa de seu sujeito paciente, e de que modo ele pode ser um instrumento processual apto a salvaguardar direitos homogêneos sistematicamente violados dentro de uma sociedade massificada. Nesse ponto, são ressaltados os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

O terceiro capítulo questiona se o Judiciário, ao admitir a figura do *writ* coletivo em um de seus julgados, a despeito da ausência de previsão legal, não estaria praticando ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes.

A pesquisa é desenvolvida usando-se como metodologia o método indutivo, a partir da análise do paradigmático e controverso julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O caso concreto é o ponto de partida para o desenvolvimento da explanação e para a construção da tese. Além disso, a autora também se vale de pesquisas bibliográficas e dados estatísticos disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional ao longo de toda a exposição a fim de chegar a conclusões que permitam a sustentação de sua tese.

1. A CRESCENTE MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E SUA REPERCUSSÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO

A sociedade contemporânea vivencia crescente massificação de suas relações sociais. Desde a revolução industrial e seu modelo fordista de produção padronizada, passando pelo processo de globalização que encurta distâncias ao mesmo tempo em que anula identidades étnicas: tudo isso contribui para que, cada vez mais, padrões sejam seguidos. O padrão é



prático e econômico. Mas, por vezes, injusto, sobretudo quando, no tratamento com o outro, torna formalmente iguais pessoas e aspectos que são substancialmente distintos.

Diante do cenário de massificação das relações sociais, observa-se, correspectivamente, que determinados atos impactam em larga escala os direitos de um sem número de indivíduos a um só tempo. Danos de grande escala ocorrem quando são violados, por exemplo, os direitos dos consumidores, os direitos atrelados ao meio ambiente e à saúde.

Tais violações de larga magnitude exigiram instrumentos de proteção igualmente coletivos. Se em sua gênese o Direito Processual foi pensado para a defesa de interesses individualmente considerados, posteriormente começaram a surgir, também, interesses transindividuais carecedores de tutela coletiva.

A tutela jurisdicional coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, hoje, é regulada no Brasil pelo microsistema formado pela Constituição Federal¹, pela Lei da Ação Civil Pública² e pelo Código de Defesa do Consumidor³.

A Constituição de 1988 alçou à condição de direitos fundamentais as ações coletivas. Criadas para servir às causas coletivas, são verdadeiros remédios constitucionais a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, a ação de improbidade administrativa, dentre outros instrumentos.

No que concerne aos direitos fundamentais e suas dimensões de proteção, percebeu-se, ao longo da história, que os direitos fundamentais de primeira geração visaram a garantir a liberdade do indivíduo e o absentismo do Estado, ao passo que os direitos de segunda e terceira gerações objetivaram assegurar prestações positivas desse mesmo Estado, a fim de promoverem-se a igualdade e a solidariedade entre os cidadãos.

Especificamente, os direitos de terceira geração caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente considerado, mas da coletividade e dos grupos. Podem ser citados como exemplo o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à autodeterminação dos povos, ao avanço tecnológico. De acordo com Paulo Bonavides⁴, os direitos de terceira geração são oriundos do processo de globalização

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

² BRASIL. *Lei n° 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³ BRASIL. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 571.

econômica, que produz uma correlata tendência de globalização também dos direitos fundamentais.

Apesar de a análise das demandas coletivas normalmente ser feita nas searas consumerista e ambiental, certo é que se percebe, na esfera criminal, a repercussão da massificação das relações sociais, sobretudo no que toca ao fenômeno do encarceramento em massa.

O Poder Judiciário, assoberbado de tarefas, não raras vezes decreta prisões provisórias por meio de “decisões-modelo”, padronizadas, que têm como fundamento a tão venerada e indeterminada expressão “garantia da ordem pública”, sem que, contudo, sejam examinadas as especificidades do caso concreto.

Com isso, inúmeras prisões cautelares são decretadas diariamente no país e, o que era para ser a *ultima ratio* do Direito Penal, transforma-se em sua regra. Enquanto isso, nos já hipertrofiados presídios avolumam-se cada vez mais pessoas, em escala exponencial.

No Brasil, hoje, a população carcerária chega a 726,7 mil presos, dos quais 40,2% são presos provisórios, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN. A população carcerária quase dobrou nos últimos dez anos, em descompasso com o crescimento populacional do país. A análise da extensa população carcerária brasileira é feita não apenas em números absolutos, mas também em termos percentuais, sendo certo que o Brasil possui uma alta taxa de aprisionamento quando comparado com outros países igualmente populosos.⁵

Neste jaez, reconhecendo não só o crescimento da população carcerária, mas também o déficit de vagas e as más condições em que são acondicionados os presos, importante decisão plenária do Supremo Tribunal Federal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional dos cárceres brasileiros, que se veem diante de um quadro de violação generalizada e sistêmica dos direitos humanos.⁶ As penas cumpridas no Brasil não têm o condão de cumprir sua função ressocializadora, razão pela qual os índices de reincidência no país também são altos quando comparados com outros países.

Na referida decisão, o relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que sejam realizadas audiências de custódia para o contato direto entre o preso e a autoridade judiciária com o fito de se averiguar eventual irregularidade e a real necessidade da prisão;

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 347/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015, Informativo n° 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 24 set. 2018.

que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; que considerem 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.

Na esteira desse pensamento, paradigmática e controversa decisão foi prolatada pela Segunda Turma do STF no Habeas Corpus nº 143.641/SP⁷, julgado em 2018, que reconheceu a possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo, apesar da ausência de previsão legal expressa desse instrumento, e concedeu a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva de mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar ou outra medida cautelar diversa da prisão. Na ocasião, firmou-se o entendimento de que a ordem pode ser estendida a todas que se encontrem na mesma situação das pacientes beneficiadas.

Ainda segundo dados do INFOPEN, somente 50% das mulheres gestantes e lactantes presas em unidades prisionais femininas ou mistas se encontram custodiadas em unidades que declararam possuir celas adequadas para recebê-las. E apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade⁸.

A aludida decisão gerou polêmica na comunidade acadêmica e entre os aplicadores do Direito, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista processual.

Do ponto de vista processual, a Corte Constitucional teria se imiscuído na função legislativa ao conceder um instrumento não previsto pela legislação, tendo em vista que no ordenamento brasileiro só há previsão de habeas corpus individual, com a identificação precisa de seu sujeito paciente.

O julgamento levou em consideração, entretanto, as mazelas que o encarceramento em massa produz no indivíduo e na sociedade como um todo. Consideraram-se também todas as ilegalidades perpetradas dentro do cárcere brasileiro, com situações de hiperlotação, insalubridade, falta de segurança interna, ausência de estrutura para atender às crianças filhas de mulheres presas, dentre outras. Os fundamentos usados pela Corte são no sentido de que o

⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

writ coletivo é instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais valiosos, qual seja, a liberdade, quando diante de alguma ilegalidade por parte do Poder Público. Ressaltaram-se os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

Desse modo, começa-se a se questionar doutrinária e jurisprudencialmente em que medida a concessão de habeas corpus coletivo seria remédio processual eficaz ao combate de ofensas maciças à liberdade e à dignidade humanas, e de que maneira essa demanda pode ser impetrada e operacionalizada na prática forense.

2. A POSSIBILIDADE DO MANEJO DE HABEAS CORPUS COLETIVO

O habeas corpus é instrumento antigo, tratado pela Magna Carta de 1215 e pelo *Habeas Corpus Act* inglês de 1679. Visava a conter o poder absolutista quando afrontoso às liberdades individuais. A partir de então, o *writ* foi consagrado nas Constituições democráticas de todo o mundo⁹. Previsto no direito brasileiro desde a primeira Constituição republicana de 1891, foi expurgado do ordenamento jurídico durante o período ditatorial militar, quando, com a promulgação do AI-5, houve a determinação da suspensão da garantia do habeas corpus em casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.¹⁰ Com o advento da Constituição de 1988 e a restauração da ordem democrática no Brasil, a garantia voltou a ser deferida aos cidadãos brasileiros.

A importância deste remédio constitucional é amplamente reconhecida, uma vez que visa a resguardar o *status libertatis* do indivíduo, considerado um dos direitos mais caros ao Direito. Destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva à sua liberdade de ir, vir e permanecer. Dada a sua importância, o habeas corpus pode ser ajuizado por qualquer pessoa, dispensando-se capacidade postulatória para tanto. Ainda, é dado aos Tribunais conceder a ordem de ofício, sem que tenha havido provocação por parte do jurisdicionado.

Do ponto de vista processual, historicamente o Direito Processual foi pensado para a defesa de interesses individuais: aquele que sofresse lesão ou ameaça de lesão a direito exercia seu direito de ação a fim de ter seus interesses tutelados individualmente.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 738.

¹⁰ BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Dentro dessa mesma lógica individualizada, o habeas corpus é ação constitucional destinada a coibir qualquer ilegalidade atrelada à constrição da liberdade. De acordo com a Constituição da República, concede-se a ordem sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder¹¹.

Seguindo as normas processuais, no manejo do HC, o paciente, cujo *status libertatis* se discute, deve ser determinado. Entretanto, na inovadora decisão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu ser possível a impetração de habeas corpus e sua concessão quando houver pessoas em situação jurídica parecida, ainda que não estejam essas pessoas bem delineadas desde o início do procedimento, sendo passíveis de determinação ulterior.¹²

No caso em comento, o STF reconheceu a existência de inúmeras mulheres grávidas e mães de crianças e deficientes que estavam cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, sem que houvesse berçários e creches para seus filhos. O julgado salientou a existência, no Brasil, de uma “cultura do encarceramento”, com a imposição exagerada e irrazoável de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções menos gravosas, de caráter humanitário, abrigadas pelo ordenamento jurídico vigente.

De acordo com o artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.257/16, ao juiz será dado substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em relação à mulher quando ela for gestante ou mãe de criança¹³. A redação do dispositivo legal é no sentido de que será facultado ao juiz decidir pela substituição. Mas o STF entendeu que, nas hipóteses elencadas pela norma, o juiz *deverá* conceder a prisão domiciliar ou outra medida cautelar menos gravosa, à exceção dos casos em que a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, ou em outras situações excepcionais devidamente fundamentadas pelos juízes ao denegarem o benefício^{14 15}.

¹¹ Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹² Na publicação do acórdão do HC nº 143.641/SP, constam como pacientes, *in litteris*, “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”.

¹³ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 143.641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Em 2018, o legislador positivou o entendimento da Corte, inserindo no CPP o artigo 318-A¹⁶. Assim, o ordenamento jurídico passou a prever expressamente que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência *será* substituída por prisão domiciliar desde que ela não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente.

Apesar da previsão legal, o que se vê na prática é que muitas mulheres, mesmo estando grávidas ou com filhos crianças, permanecem recolhidas em unidades prisionais cumprindo prisão provisória, sem que as unidades prisionais tenham estrutura adequada para o acolhimento dos filhos. São poucos os casos em que os juízes concedem, efetivamente, a prisão domiciliar ou outra medida cautelar. Essa a razão da impetração do Habeas Corpus coletivo pelo movimento denominado “Coletivo de Advogados em Direitos Humanos”, com posterior intervenção da Defensoria Pública da União.

É notória a realidade segundo a qual os presídios brasileiros são, cada dia mais, abarrotados por novos presos, o que muitas vezes é feito por decisões-modelo, sem que haja preocupação minuciosa com as particularidades dos casos concretos. A própria Corte Constitucional, em decisão plenária, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional dentro do cárcere brasileiro, com violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais¹⁷.

Nesta esteira, o STF acabou por admitir a figura do habeas corpus coletivo.

A Corte salientou a tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional¹⁸.

¹⁵ Um exemplo no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de situação excepcional e negou a prisão domiciliar foi o caso em que a acusada, presa em flagrante, foi apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região e exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo. Além disso, havia informações de que ela mantinha, em sua casa, “boca de fumo” ligada ao Comando Vermelho. Nestas circunstâncias, mostra-se razoável manter a genitora afastada da residência e dos filhos, solução mais adequada para assegurar o melhor interesse dos menores. BRASIL. STJ. 5ª Turma. *AgRg no HC nº 426.526/RJ*, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 fev. 2019.

¹⁶ Alteração promovida pela Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/2/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Como se sabe, as ações coletivas são instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça de grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. O direito processual coletivo é o direito processual das causas que versam sobre interesses transindividuais, que pertencem a grupos, a coletividades. E as ações coletivas têm, hoje, a configuração constitucional de direitos fundamentais.

Tecnicamente, a Corte entendeu que, apesar de não haver expressa previsão no ordenamento jurídico acerca da possibilidade de habeas corpus coletivo, existem dois dispositivos legais que, indiretamente, revelam a possibilidade de tal instrumento: os artigos 654, § 2º e 580, ambos do Código de Processo Penal.

O artigo 654, § 2º, do CPP estabelece que compete aos juízes e tribunais expedir ordem de habeas corpus de ofício¹⁹. Por sua vez, o artigo 580 do CPP, que prevê que os efeitos benéficos do recurso interposto por um dos agentes pode estender-se aos demais, seria aplicado por analogia quando da concessão da ordem habeas corpus, estendendo-se os efeitos da decisão para todos que se encontram na mesma situação.

Além disso, pode-se aplicar, por analogia, as regras do mandado de segurança coletivo. A CRFB prevê que o mandado de segurança é cabível quando não for o caso de habeas corpus. Há, pois, certa equivalência entre esses remédios constitucionais. E certo é que o ordenamento brasileiro prevê o manejo de mandado de segurança coletivo como direito fundamental.

Quanto à legitimidade ativa do *writ* coletivo, a Corte dispôs que, a princípio, deve ser reservada àqueles legitimados extraordinários listados no artigo 12, da Lei nº 13.300/16, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.²⁰

Somam-se à fundamentação os princípios do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual, considerando que segmento expressivo da população brasileira é desprovido de mecanismos de defesa adequado à proteção de seus interesses.

Dessa feita, defende-se o reconhecimento do habeas corpus coletivo como instrumento processual apto a salvaguardar direitos homogêneos sistematicamente violados dentro de uma sociedade sabidamente massificada.

¹⁹ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 26 mai. 2019.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DA FIGURA DO HABEAS CORPUS COLETIVO

Dentro da lógica da separação dos poderes, ao Poder Judiciário incumbe a função jurisdicional de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. O intérprete discerne o sentido do texto a partir de um determinado caso, aplicando a norma não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo - mundo do dever-ser -, mas também a partir de elementos da realidade - mundo do ser.

Dentre os Poderes da República, o Poder Judiciário, não eleito pelo voto popular, assume o papel contramajoritário de zelar pelos interesses das minorias. A democracia moderna é mais do que apenas uma vontade majoritária, sendo relevante dar voz às demandas das minorias políticas, com pouca representatividade dentro da composição dos Poderes Legislativo e Executivo. E a legitimidade da atuação do Judiciário está na justa medida da fundamentação de suas decisões.

No contexto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, percebeu-se uma aproximação entre *civil law* e *common law*. No Direito Brasileiro, progressivamente foi sendo formado um microssistema de precedentes judiciais vinculantes. Dentro desse microssistema, há a ampliação do contraditório, com a intervenção da sociedade civil no debate por meio de *amici curiae*, conferindo-se assim maior legitimidade democrática às decisões proferidas²¹.

Nesse cenário, o Poder Judiciário assume cada vez mais protagonismo. Com a CRFB de 1988, o Judiciário passa a ser protagonista de inúmeras questões que não são devidamente travadas no Legislativo e em relação às quais o Executivo se mantém inerte.

De acordo com Luís Roberto Barroso, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que implica proteção às regras da vida democrática e dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, Cortes Constitucionais desempenham, também, um papel representativo, quando do atendimento de demandas sociais e anseios políticos que não foram objeto de deliberação pelo Parlamento e em relação aos quais não pode o Judiciário deixar de decidir em face da garantia de acesso à jurisdição. Por fim, e em terceiro lugar, Tribunais Constitucionais podem exercer, em certos contextos, o que o autor chama de vanguarda iluminista.²²

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 428.

²² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis*, v. 9, nº 4,

Nota-se que, cada vez mais, decisões são proferidas a despeito de previsões legais, ora preenchendo vácuos legislativos, ora criando direitos e impondo políticas públicas, no que se denomina ativismo judicial. Como uma das causas político-sociais do ativismo judicial, pode ser apontada a crise de representatividade política, que culminou em uma retração do Poder Legislativo e em um consequente alargamento do Poder Judiciário²³.

Exemplos de decisões em que o Judiciário, para além da interpretação normativa, atuou como verdadeiro coautor de políticas públicas, estão nos julgados da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, em que o STF reconheceu a possibilidade de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo, em construção constitucional que levou em consideração o respeito à diversidade e à liberdade de dispor sobre a própria sexualidade.

Outro exemplo está no julgamento do HC nº 126.292, em que o Tribunal, mudando sua jurisprudência anterior, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, apesar de a CRFB e o CPP preverem, pelo princípio da presunção de inocência, que ninguém será preso senão em flagrante delito, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Como se vê, a Corte Constitucional por vezes assume viés de vanguarda progressista da jurisdição constitucional, e, noutros casos, possui temperamentos mais conservadores. Mas não se discute, aqui, o conteúdo das decisões supracitadas. A pauta que deve ser cuidadosamente analisada é se, sendo proativa ao interpretar a Constituição, a fim de expandir o seu sentido e alcance, estaria a Corte ampliando ou, ao contrário, esvaziando a força normativa do texto constitucional.

Além disso, resta saber se o Judiciário não estaria ultrapassando a margem de conformação do Legislador. Neste tocante, deve-se ter em mente que toda a organização do Estado brasileiro é estruturada com premissa na separação entre os três Poderes, sendo certo que a importância da coexistência de todos eles está no mecanismo de freios e contrapesos que exercem uns sobre os outros.

Neste artigo, a questão específica travada é se o Judiciário, ao admitir a figura do habeas corpus coletivo em um de seus julgados, apesar da ausência de previsão legal, não estaria praticando ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes.

ano 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²³ FERREIRA, Antonio Oneildo. *O ativismo judicial no trintenário da constituição*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284742,101048-O+ativismo+judicial+no+trintenario+da+Constituicao>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Diante da inércia e inoperância dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas, além da impossibilidade de se prever, por meio de normas genéricas e abstratas, todas as especificidades da vida concreta, questões controvertidas e de alta complexidade devem ser resolvidas pelo Judiciário. Considere-se, também, a velocidade com que a sociedade e seus anseios evoluem, o que demanda a releitura de determinados institutos.

No estudo da hermenêutica constitucional, há o que se denomina mutação constitucional. Parte-se da premissa de que as Constituições não estão – e nem devem estar – imunes ao tempo, caracterizando-se como verdadeiros “organismos vivos” - *living Constitution* -, com condições de se adaptarem às mudanças do ambiente que as circundam²⁴.

A mutação constitucional ocorre em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade. É decorrente de transformações sociais ou de uma releitura do que deve ser considerado ético e justo. Trata-se de processo informal de mudança da Constituição, alterando-se o seu sentido interpretativo, e não o seu texto, que permanece intacto e com a mesma literalidade.

Pontue-se que, para que seja legítima, a nova interpretação há de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não pode violentar os princípios estruturantes da Constituição, sob pena de haver apenas uma interpretação inconstitucional²⁵. Ainda, a mutação precisa ter lastro democrático, correspondendo a uma demanda efetiva por parte da sociedade, de modo que esteja respaldada pela soberania popular²⁶.

No caso do reconhecimento do habeas corpus coletivo, diante do cenário de encarceramentos em massa, de decisões-modelo exaradas sem encaixe perfeito aos casos concretos, de inúmeras ilegalidades no tratamento com os presos provisórios e o correlato impacto em larga escala aos direitos de liberdade de parte significativa da sociedade, é possível sustentar o manejo de instrumentos coletivos para além dos elencados no texto legal. Danos de grande escala exigem instrumentos de proteção igualmente coletivos, podendo-se fazer uma releitura transindividual e constitucional do habeas corpus.

Ressalte-se, uma vez mais, que a Constituição de 1988 alçou à condição de direitos fundamentais as ações coletivas, verdadeiros remédios constitucionais criados para servir às causas coletivas.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 73.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161.

Nesta perspectiva, com apoio no teor da Constituição, a concessão de habeas corpus coletivo revela-se remédio processual eficaz ao combate de ofensas maciças à liberdade e à dignidade humanas, garantindo-se, também, acesso à justiça, eficiência e economia processual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a possibilidade de impetração e concessão de habeas corpus coletivo, a despeito da ausência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

O embate materializa-se pelo confronto entre aqueles que entendem que, ao aceitar tal demanda coletiva sem respaldo legal, o Supremo Tribunal Federal pratica ativismo judicial afrontoso à separação dos poderes, e, de outro lado, aqueles que entendem que o encarceramento em massa e as maciças ilegalidades dentro do sistema carcerário brasileiro demandam respostas igualmente coletivas a fim de garantir eficiência e economia processual.

Fruto das reflexões que se desenvolveram ao longo da pesquisa, e observando a vivência prática das varas criminais, conclui-se pela legitimidade do reconhecimento de instrumentos processuais coletivos para além daqueles expressamente elencados na lei, a fim salvaguardar o direito de liberdade de inúmeras pessoas que são presas rotineiramente por juízos que não aferem a real necessidade do encarceramento.

As ações coletivas são instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. E o habeas corpus presta-se a salvaguardar a liberdade, bem jurídico caro ao ordenamento, quando se está diante de flagrantes ilegalidades.

Na prática forense, grande parte das decisões que decretam prisões preventivas usa como fundamento a garantia da ordem pública, expressão esta das mais vagas do ordenamento, sem, contudo, justificar a real necessidade da prisão cautelar ao longo da instrução criminal. São proferidas decisões-modelo, que servem para todos e nenhum caso concreto. Injustiças são assim perpetradas pelo Judiciário, que, muitas vezes inflado pelo discurso punitivista, esquece-se de preceitos como o da presunção da inocência, da homogeneidade entre as medidas cautelares e as penas que futuramente poderão ser impostas, da *ultima ratio* da prisão preventiva, assim como da correta individualização da pena.

No cumprimento das medidas cautelares, diversas ilegalidades são perpetradas, com afronta aos direitos dos encarcerados previstos no ordenamento jurídico: insalubridade,

hiperlotação das celas, falta de segurança interna, ausência de berçários e centros de referência materno-infantil para atender aos filhos de mulheres presas, dentre outras.

Apesar da falta de previsão expressa no ordenamento jurídico, existem dispositivos legais que permitem a construção do entendimento pela possibilidade do *writ* coletivo, sem que isso implique ativismo judicial indesejado. O artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal admite que juízes e tribunais expeçam ordem de habeas corpus de ofício. Também, a aplicação analógica e em *bonam partem* do artigo 580 do mesmo diploma legal permite que a ordem concedida em determinado habeas corpus seja estendida para todos que se encontram na mesma situação fática.

Delineadas características comuns entre os pacientes que poderão ter a ordem concedida, de modo que o benefício possa ser estendido àqueles outros presos que satisfaçam as mesmas condições, o instrumento coletivo revela-se eficiente meio no combate às ilegalidades do sistema carcerário.

Além disso, a Constituição prevê expressamente a figura do mandado de segurança coletivo, sendo certo que a própria CRFB reconhece equivalência entre os remédios constitucionais do mandado de segurança e do habeas corpus na tutela dos direitos fundamentais.

Assim, conclui-se pela possibilidade de se sustentar a eficácia *erga omnes* e estender para todos que se encontrem na mesma situação a ordem de habeas corpus, ampliando-se os efeitos da decisão e aproximando-se do regramento relativo às causas coletivas. Uma releitura transindividual do habeas corpus, em consonância com as mudanças fáticas pelas quais passaram a sociedade e o cárcere brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis*, v. 9, nº 4, ano 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*, publicado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 26 mai. 2019.

_____. *Lei nº 13.769*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015, Informativo nº 798. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 06 mai. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional I*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERREIRA, Antonio Oneildo. *O ativismo judicial no trintenário da constituição*. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284742,101048-O+ativismo+judicial+no+trintenario+da+Constituicao>. Acesso em: 11 abr. 2019.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



AS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS A PARTIR DO RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS *SECUNDUM GENUS*

Jade Lagune Lanzieri Aguiar

Graduada pela Faculdade de Direito Ibmecc. Advogada. Autora do livro: *Direito dos Animais Sob os Aspectos da Guarda Compartilhada e Dano Moral em caso de lesão do animal*. Membro da Comissão de Proteção e Defesa dos Animais – OAB/RJ

Resumo – O artigo tem como escopo conscientizar seus leitores acerca da viabilidade e benefícios possivelmente trazidos a partir do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos. O estudo apresenta a proposta de enquadramento dos animais em uma categoria inovadora: sujeitos de direitos *secundum genus*. O que é justificado pelas peculiaridades que os animais detêm quando traçado um paralelo com os homens. Para tanto, a pesquisa oferece um panorama geral acerca da situação jurídica dos animais à luz do Direito comparado, propõe alteração no ordenamento jurídico pátrio, elucidando sua viabilidade jurídica no desenvolvimento da proximidade da relação entre homens e animais e do dever do Estado de acompanhar as evoluções e demandas dos animais e da sociedade também nas esferas legislativa e de fomento a políticas públicas. Ultrapassada a ideologia antropocêntrica, o Direito deve revestir-se de biocentrismo.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito dos Animais. Sujeitos de direitos *secundum genus*. Tutela jurídica. Direito comparado. Repercussões sociais e jurídicas. Biocentrismo.

Sumário – Introdução 1. O tratamento jurídico conferido aos animais no ordenamento jurídico pátrio e no direito comparado. 2. O reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*: um cenário mais realista e protetivo. 3. As consequências sociais e jurídicas a partir do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa se mostra de relevo a partir da compreensão que o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus* pode indubitavelmente lhes fornecer benefícios em primeiro plano e conseqüentemente à sociedade e ao ordenamento jurídico pátrio, afastando o atual descompasso em relação a países que já sedimentaram sua posição de consciência mais inclusiva.

Uma vez inseridos no cenário do Estado Democrático de Direito, deve-se admitir

que não se mostra razoável furtar dos seres sencientes o reconhecimento de direitos básicos. Ignorar a relevância em tratar os animais com o mínimo de dignidade, respeito e consideração moral é assumir o perfil de uma sociedade egoísta, regida por um Direito excludente e desagregador.

Neste panorama, sob a égide do Direito comparado, o ordenamento jurídico pátrio não esconde tamanha defasagem ao considerar os animais como bens semoventes.

Contemporaneamente, é imperioso reconhecer a qualitativa e quantitativa evolução da relação entre homens e animais. A interação entre eles, irrefutavelmente, ultrapassou a esfera da mera servidão e utilidade como assentado nos séculos passados.

Hodiernamente, é incontestável inclusive que os animais são verdadeiros seres integrantes da sociedade.

Neste diapasão, reconhecê-los como sujeitos de direitos *secundum genus*, nada mais é do que efetivar a equidade. Ponto esse de que jamais os juristas deveriam se desprender.

Destarte, a pesquisa aqui proposta buscará responder às seguintes indagações: É possível sustentar, no atual cenário jurídico brasileiro que os animais seriam de fato, sujeitos de direitos *secundum genus*? Quais seriam as consequências mais gravosas de considerá-los como bens semoventes? Como o atual e o pretense enquadramento jurídico pode influenciar a sociedade e o ordenamento pátrio? Que lições podem ser obtidas com o avanço já presente em outros países? Quais mudanças devem ser adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro?

O objeto aqui pretendido é portanto salientar que os animais são sujeitos de uma vida, e como tais devem ter no ordenamento jurídico pátrio sua natureza jurídica repensada para efetivar direitos que nunca lhes poderiam ter sido negados.

Neste cenário, tendo por base fundamentos jurídicos, sociais e filosóficos, o texto logrará comprovar os benefícios trazidos a partir da nova concepção de elevá-los a uma categoria inovadora, a de sujeitos de direitos *secundum genus*.

Com isso, busca-se: explicar que os animais, como seres sencientes que são, nunca deveriam sequer ter sido imaginados como meros bens semoventes; mostrar o quão obsoleto encontra-se o ordenamento jurídico brasileiro que, descumprindo o papel do Direito de “acompanhar a sociedade”, fecha os olhos para a nova realidade da interação entre homens e animais e, por fim, apresentar, à luz do Direito comparado, os benefícios auferidos ao concebê-los como sujeitos de direitos *secundum genus*.

Tendo em vista o ainda primário estudo sobre o tema, almeja-se aqui afastar a



visão arcaica vigente e construir pilares compatíveis com o cenário social e com uma Justiça de perfil mais agregador, não discriminatório, atual e atuante.

Neste enquadramento, o leitor do artigo encontrará além de um breve panorama comparativo com os ordenamentos jurídicos de outros países, um estudo que atestará a viabilidade jurídica de alteração no tratamento dos animais que passariam do estágio de seres semoventes ao de sujeitos de direitos *secundum genus* assumindo de plano a adesão significativamente progressiva de proximidade na relação dos homens com os animais.

Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto pretende-se ofertar ao leitor uma bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação e doutrina, precipuamente) – para sustentar a tese aqui exposta.

O que se demanda, pois, estando os animais mais presentes no que tange à sua consideração social, jurisprudencial e doutrinária, é o acompanhamento da esfera legislativa, que, como será sugerido e justificado ao longo do presente estudo, deve provocar, *ab initio*, alterações tênues, para que no futuro possam-se dar passos mais largos em prol do oferecimento da tutela integral aos animais.

Em síntese, a expectativa basilar é que em futuro próximo deixe de ser “diferente” ou “inovador” se falar e pensar na efetivação dos Direitos dos Animais como um todo.

1. O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO

Para a integral compreensão do que se busca propor com a elaboração do presente artigo, é mister que se trace um panorama do cenário contemporâneo acerca do tratamento dispensado aos animais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Basicamente, verifica-se que sob a ótica do Direito Civil, os animais são tratados como bens semoventes, isto é, bens móveis dotados de movimento próprio. Sendo assim, estariam enquadrados, portanto, no preceito dos artigos:

CCB, Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação

econômico-social.¹

CPC, Art. 620. Dentro de 20 (vinte) dias contados da data em que prestou o compromisso, o inventariante fará as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado, assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelo inventariante, no qual serão exarados:

IV - a relação completa e individualizada de todos os bens do espólio, inclusive aqueles que devem ser conferidos à colação, e dos bens alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se:

c) os semoventes, seu número, suas espécies, suas marcas e seus sinais distintivos;²

A Magna Carta, por sua vez, impõe a abstenção da prática de atos de crueldade para com os animais. *Contrariu sensu*, no entanto, em flagrante retrocesso, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 96/2017³ dispondo que não se considerariam como cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam concebidas como manifestações culturais.

Cumpre salientar que de acordo com a Lei nº 9.605/98⁴, o abate do animal para saciar a própria fome ou de familiar não é considerado conduta criminosa. A Lei nº 11.794⁵ trata ainda da experimentação animal em sede científica, educacional ou de pesquisa.

Deve ainda ser pontuado que fazendo uma retrospectiva histórica, o Código Civil de 1916⁶ tratava os animais considerados bravios como coisas sem dono, sujeitas à apropriação enquanto entregues à sua natural liberdade; não se reputando de caça os domésticos que fugissem dos seus donos, enquanto estes os procurassem.

Pode-se inferir, sem se distanciar muito da verdade, que talvez seja essa a origem do atual ordenamento jurídico pátrio, o que em tese justificaria o fato de os animais serem ainda nos dias de hoje considerados como bens passíveis de apropriação.

Nesta esteira, torna-se perceptível que o ordenamento jurídico pátrio, ao considerar os animais como coisas, admite o seu uso para testes, bens de consumo e até mesmo como objeto de fonte de entretenimento, reputando-os inequivocamente como seres desprovidos de qualquer consideração moral, ética e sua titularidade efetiva de

¹BRASIL. *Código Civil* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

²BRASIL. *Código de Processo Civil* de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

³BRASIL. *Constituição Federal* de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁴BRASIL. *Lei nº 9.605/98* de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁵BRASIL. *Lei nº 11.794* de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11794.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁶BRASIL. *Lei nº 3.071* de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.



Pontua-se que apesar de tal realidade, ainda houve algumas proposições legislativas no sentido de abordar determinadas peculiaridades do tratamento jurídico conferido aos animais. Nesse teor, destacam-se o projeto de Lei nº 2316/2016, com a finalidade de instituir a semana de conscientização e proteção dos direitos dos animais no Estado do Rio de Janeiro, o PL nº 7196/2010 que se voltou à guarda dos animais de companhia (projeto infelizmente arquivado) e o PL nº 3670/2015 que visa a alterar o Código Civil pátrio, para que os animais não sejam mais considerados como coisas, dentre outros.

Entretanto, apesar das proposições, (em sua maioria, arquivadas pela falta de importância dada ao tema) é de grande relevo ressaltar a acentuada defasagem encontrada no ordenamento jurídico brasileiro ao se traçar um paralelo com cenário apresentado no Direito comparado.

Senão, veja-se: A Áustria em 1988 aprovou lei federal que alterou o seu Código Civil (ABGB - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch), de forma a regulamentar o estatuto jurídico dos animais. Para tanto, dispôs sobre o afastamento dos animais do regime jurídico das coisas, sendo este somente aplicável subsidiariamente. Não obstante, disciplinou que, em caso de lesão contra o animal, seriam reembolsáveis as despesas com seu tratamento.

No ano de 2002, a Alemanha, por sua vez, ao alterar sua Constituição, previu o dever de proteção aos animais, extirpando-os do regime de coisas, e ainda começou a indicar uma certa preocupação com seu bem-estar.

No ano seguinte, a Suíça em sua Constituição também negou aos animais a condição de coisas, atribuindo-lhes valor afetivo diante de seus tutores e familiares, em caso dos animais de companhia, por exemplo. Curioso ainda é o apontamento da previsão constitucional acerca da viabilidade dos animais figurarem como beneficiários de disposições testamentárias, atentando-se nesse viés, ao melhor interesse do animal.

Já em 2015, após alteração legislativa, o Código Civil francês passou a reconhecer a presença de sensibilidade aos animais e a necessária sujeição às leis que os tutelassem de fato.

Em 2017, Portugal por meio de sua Lei nº 8/2017⁷ instituiu o estatuto jurídico

⁷PORTUGAL. *Lei nº 8/2017* de 3 de março de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>>. Acesso em: 27 mar. 2019.



dos animais que modificou seus Códigos Civil, Processual Civil e Penal, com o escopo de reconhecê-los como seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica frente à sua natureza. Com isso, passou ainda a trazer disposições acerca do regime indenizatório em caso de lesão ao animal, dever do seu proprietário assegurar seu bem-estar, respeitando suas características e necessidades, tipificação de crime, quando da apropriação indevida de animal alheio, dever de restituir o animal achado, guarda do animal por cônjuges, voltada ao melhor interesse do animal etc.

Nos Estados Unidos, aos animais pôde ser direcionada a herança deixada pelos seus “tutores”, políticas públicas foram implementadas no sentido de se construir asilos para os animais de estimação, cujos tutores faleceram, a prática de maus tratos aos animais é considerada crime gravíssimo, a regulação voltada à atuação veterinária é mais severa e detalhada, as leis atinentes aos animais submetidos à indústria do ramo alimentício são voltadas às especificidades de cada camada (gado, pasto, dentre outros).

Na Austrália, recentemente foi proibida a comercialização de animais domésticos em *petshops*.

O que se verifica com toda essa gama evolutiva de maior reconhecimento e atribuição de tutela conferidos aos animais é que socialmente e juridicamente já não se nega mais a importância dos animais no contexto social.

Para tanto, à sua presença não pode ser dado tratamento negligente, aquém das demandas trazidas por essa nova realidade. O papel dos animais na sociedade ultrapassou a condição instrumental para o trabalho dos homens. Hoje sua presença se dá não somente como componente do meio vivido, chegando por vezes a de membros em meios familiares.

Em síntese, uma vez exposta a presente contraposição de legislações a respeito do tratamento jurídico conferido aos animais, torna-se irrefutável não somente a arcaicidade denotada no ordenamento jurídico pátrio, mas principalmente a injustiça latente na consideração dos animais como coisas.

Importante também é considerar os efeitos que tal defasagem acarreta para seu bem-estar, para a promoção da equidade e o fomento da ignorância ao negá-los a dotação de sensibilidade e suas necessidades.

Efeito primário desse flagrante desinteresse é o reiterado descompasso com a evolução das relações entre animais e homens, contribuindo negativamente para a desvalorização do Estado Democrático de Direito como um todo.



2. O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS *SECUNDUM GENUS*: UM CENÁRIO MAIS REALISTA E PROTETIVO

Não é novidade que o panorama contemporâneo mostra que a integração entre homens e animais vem ultrapassando as fronteiras das relações de “mera domesticação”.

Segundo matéria publicada pela revista VEJA⁸, pesquisas realizadas pelo IBGE apontaram que o número de cães nas casas brasileiras superou o de bebês humanos: de cada 100 famílias no país, 44 criam cachorros, enquanto 36 possuem crianças. São 52 milhões de cães contra 45 milhões de crianças menores de 14 anos (fora as residências que optaram pelos gatos); e a previsão é que esse número cresça para 71 milhões de cachorros, contra 41 milhões de crianças até 2020; atentando-se para o fato que em países como os Estados Unidos e Japão a realidade se repete.

Em rumo análogo, estudos realizados na última década pelo The New York Times⁹ apontaram que os humanos já apresentam quadro de maior afetividade e compaixão com cachorros do que com outros homens.

Dentro dessa seara, o cenário que se descortina é que cada vez é mais comum que os animais de estimação sejam considerados como verdadeiros membros da família, muitas vezes gozando de recreação, “spas”, tratamentos estéticos, planos de saúde etc. Fatos esses que ilustram o cuidado, afeto e zelo daqueles que nutrem laços afetivos com seus animais.

Como já salientado, nos Estados Unidos já faz parte da realidade social e jurídica, destinar a herança aos animais de companhia. Falando-se do cenário brasileiro, já é objeto de estudo a chamada “guarda responsável” e em casos de separação conjugal, casos em que se pleiteia a guarda compartilhada já chegam ao Judiciário.

Aqui cabe ressaltar, se já se fala em guarda de animais é porque tratar como posse a relação dos homens com seus animais já é socialmente e doutrinariamente algo obsoleto.

No sentido de ampliar essa integração entre homens e animais, fugindo um pouco somente da relação doméstica, é crescente também o número de modos integrativos como por exemplo da equoterapia, do trabalho dos animais como guias para deficientes

⁸REVISTA VEJA, “*A casa agora é deles.*” São Paulo, ano 48, n. 23, 10 jun. 2015.

⁹THE NEW YORK TIMES: “*Prefer dogs to humans? You're not alone (or unbalanced)*” Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/07/06/world/americas/06iht-pets.4.14278749.html>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

visuais, terapias assistidas por animais, dentre outros.

E ao se falar dessa realidade, torna-se manifesto o descompasso que se apresenta ao se continuar considerando os animais como bens semoventes.

Persistir no tratamento dos animais como coisas, objeto de relação de posse é negar sua sciência e decorrentes demandas, os necessários direitos que lhes devem ser atribuídos e o seu valor intrínseco.

No entanto, mais gravoso do que atrelar ao descompasso jurídico somente a evolução na relação mais próxima entre homens e animais é ignorar a sciência presente nos animais e a devida consideração moral que eles devem ter reconhecida.

Steven Wise, conceituado advogado estadunidense e defensor da causa animal, já há muito tempo defendia o valor moral daqueles que ele chama de “sujeitos de uma vida”, inserindo os animais nessa denominação, eles deveriam ter reconhecido seu status moral, sendo seres moralmente iguais, seriam sujeitos de direitos, devendo ser dotados de respeito, igualdade, dignidade...

Nesse teor, por todas as razões cumuladas, seja pela sciência, pela inteligência e capacidade perceptiva já comprovadamente constituírem atributos de muitos dos animais, se torna cada vez mais gritante a necessidade de se alterar o tratamento jurídico conferido a eles.

Isso porque dando-se margem a mantê-lo, várias outras graves questões são comprometidas, tais como: o abandono, os maus-tratos, o abuso, o consumo exacerbado etc.

E ora, quando se fala em justiça, verifica-se atreladas à figura em que ela é representada, sua venda voltada à imparcialidade. A não distinção a quem ela oferece seu bem maior: a equidade.

Sob esse prisma, por que manter na inércia a sua promoção no que tange aos direitos dos animais? Por que furtá-los da devida atenção, consideração e medidas aptas a colocar de volta a venda na justiça? Essa que até então, sobre o tema insiste em permanecer tão desvendada, tão condescendente com a parcialidade da busca eloquente para efetivação dos direitos dos homens, e o menosprezo aos direitos dos animais.

Em via paralela, sua representação é dada também pela balança. Responsável em retratar a ponderação e a busca do equilíbrio. Por que um cenário tão desproporcional se apresenta então?

A pretensão aqui não é da supervalorização dos animais, o que se busca é, como diriam os gregos, a *sophrosyne*, ou seja, a justa medida.



Pois deve-se lembrar que quando se fala em Estado Democrático de Direito, a efetividade da justiça se concretiza por meio de um perfil agregador e não excludente.

Nesse diapasão, é que se aconselha a tomada de uma primeira medida voltada a mudar esse descompasso jurídico com a realidade. O reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus* é providência que se impõe para a mudança do atual panorama.

Adentrando-se mais no mérito do ora proposto, quando se defende aqui a categoria de “*secundum genus*” essa se perfaz em respeito às peculiaridades apresentadas em homens, sujeitos de direitos *latu sensu*, e animais.

Quando se fala em sujeitos de direitos simplesmente, estão abarcados direitos como de propriedade, de liberdade de crença, de herança, livre exercício de qualquer profissão, dentre tantos outros. Direitos como esses não se aperfeiçoariam, por obviedade, à realidade vivenciada pelos animais.

Portanto, ao se propor o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*, o que se objetiva é viabilizar uma maior compatibilidade entre o instituto e seu objeto de tutela.

Ao se proteger os animais com tal enquadramento jurídico, busca-se paralelamente o reconhecimento de sua dignidade. Seres dignos de lhes serem atribuídos direitos mais amplos.

Não se pode mais pensar em destituí-los de direitos como o tratamento digno, a saúde, segurança, a não submissão a rituais, testes, trabalhos degradantes etc.

De toda forma, os animais, apesar de dotados de vários atributos aqui elencados, não são capazes de ter exteriorizada a expressão perfeita de sua vontade por meio de palavras e conseqüentemente serem ouvidos.

Cabe aos homens enxergá-los com olhos de ver e dá-los voz. Sob esse prisma, importante citar uma ilustre passagem do autor Daniel Braga Lourenço¹⁰, especialista em Direito dos Animais, que sintetiza:

A indiferença em relação à sua causa revela uma escolha involuntária de relegá-los à margem do direito e de qualquer ordem de consideração moral (...) A inércia do sujeito diante da adversidade, implica em uma renúncia ao enfrentamento do problema, tornando-o cúmplice dele. Os elementos externos deixam de ser elementos exteriores ao homem para se tornarem parte dele. Não permaneçamos, pois, alheios à realidade da vida, da liberdade e do sofrimento dos seres que nos rodeiam. Não há motivos suficientes para que sejam

¹⁰LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 32.

relegados à condição de meras coisas. (...) Espera-se que o debate acerca dos direitos dos animais não-humanos já tenha logrado ultrapassar o estágio do ridículo. Se assim o for, chega-se à fase do debate sério e criterioso sobre o tema.

Sob esse prisma, a justiça deve ser feita não tão somente pela relação de afetividade, simpatia ou compaixão para com os animais. Ela deve se apresentar como instrumento efetivador de equidade *per si*.

Não cabe aqui buscar a tutela dos animais por sentimentos particulares ou interesses outros, o que implicaria ignorar toda a gama de importância que os animais têm pela sua própria existência.

Ao se tentar promover a justiça, deve-se ter em mente que ela se revela mecanismo fundamental para a sustentação de um Estado Democrático de Direito. E o justo, como já sinalizado, é agregador e não ao revés, supressor de assistência e direitos.

Diante do exposto, verifica-se que o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus* é medida que de forma pautada pela proporcionalidade, se recomenda e abre espaço para a viabilização do já tardio ajuste na atribuição de maiores direitos a eles com foco na sua integração com os homens.

O reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus* é um passo instaurador da garantia de seus direitos a partir de uma maior compatibilidade com o que de fato esses seres sencientes são e demandam.

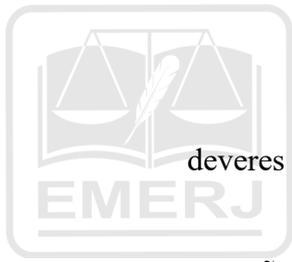
Não obstante, alçá-los a tal categoria seria nada menos que dar cumprimento a um estado de Direito mais consonante com a realidade que ora se afigura, e como anteriormente visto, já consagrada no âmbito do Direito comparado.

Não se pode mais dar espaço para que os animais tenham seu tratamento mantido como bens semoventes. Seja pelo descompasso com a realidade, seja pela insuficiência de proteção que tal enquadramento proporciona.

3. AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS A PARTIR DO RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS *SECUNDUM GENUS*

Ao se propor a mudança de paradigma dos animais sendo, até então enquadrados como bens semoventes, passando-os para a concepção de sujeitos de direitos *secundum genus*, deve-se analisar de forma crítica e assertiva as consequências decorrentes da nova compreensão.

A priori, cabe destacar que tal medida é capaz de concretizar um dos maiores



deveres do Direito: acompanhar as transformações sociais.

A partir do momento que irrefutavelmente, os animais como seres sencientes que são, não podendo ter seu bem-estar desprezado, não ocupam mais o papel de instrumentos para fins dos homens, o seu enquadramento jurídico deve mudar.

Tanto é assim que como já visto à luz do Direito comparado, o enquadramento jurídico dos animais em países como Alemanha, Portugal, Suíça, dentre outros, já se encontra demasiadamente evoluído quando cotejado com o que ordenamento jurídico brasileiro apresenta.

Cumprindo o dever de não se dar mais azo a esse descompasso, deve-se compreender que o reconhecimento dos animais como bens semoventes *secundum genus* implicará uma mudança sistemática do Direito.

Isso porque para a maior efetividade do ordenamento jurídico como um todo, os reflexos da alteração ora proposta repercutirão em mudanças consideráveis no Direito Constitucional, Civil e Penal.

Pois, considerando a evolução social no tratamento dispendido aos animais bem como a necessária harmonização do sistema jurídico, o enquadramento jurídico como sujeitos de direitos *secundum genus* confere a tais seres sencientes o reconhecimento da necessidade de maior tutela, portanto, os decorrentes deveres de maior regulação e menor condescendência com os infratores das novas normas.

Não obstante, há que se pontuar que diversos projetos de lei no sentido de fixar diretrizes sobre temas como a guarda compartilhada de animais, a inadmissibilidade do uso dos animais em testes laboratoriais, dentre outros, passariam a ter um maior respaldo e compatibilidade com o sistema jurídico como um todo.

No mesmo sentido, faz-se necessário em linhas preliminares e bastante básicas, que desde o início se altere o artigo 225 da Constituição da República¹¹, visto que em ominoso retrocesso, através da recente emenda nº 96, incluiu o § 7º para desconsiderar como cruéis as práticas desportivas que incluam animais dando viés de pseudomanifestação cultural.

Sob esse prisma, ao se impor tratamento digno e bem-estar animal, torna-se inconcebível a prática do uso lato sensu se falando. Sendo assim, cai por terra a utilização dos animais em rodeios, testes e exames laboratoriais, e pelo menos *ab initio*, o excessivo uso como bem de consumo alimentício e cruel tratamento para esse fim.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

E quanto a esse último fator, pontua-se que pelo menos atualmente, seria utopia se falar na exclusão por completo do uso de animais na indústria alimentícia, isso porque, apesar da relação entre homens e animais ter evoluído bastante, ganhando cada vez maiores laços de proximidade e afeto, é inviável a priori se falar na adoção do veganismo por parte de todos os homens.

Mas não se deve se furtar a adotar mudanças graduais sob a alegação que o quadro jurídico ideal é pelo menos por ora inalcançável.

Há outras áreas de atuação em que o Direito pode se fazer mais efetivo, a exemplo do Direito Penal em que foram propostos projetos de lei no sentido de aumentar a pena fixada pela lei 9.605¹² que cuida das hipóteses de maus-tratos. Positivar o aumento seria de início reconhecer a maior gravidade da conduta bem como desmotivar sua prática.

Nesse cenário, cumpre ressaltar que a alteração legislativa deve ser dada com o fomento de políticas públicas que transmitam à sociedade o real valor e demandas trazidos pelos animais.

O Direito, assume por vezes papel de instrumento conscientizador. E a atuação conjunta e simétrica com o Poder Legislativo implementando leis mais protetivas, o Executivo promovendo as adequadas políticas públicas e o Judiciário arrefecendo a contento as demandas diante dele apresentadas, propiciaria um quadro mais consciente e harmônico, social e juridicamente se falando.

A referida atuação cumpria observância, dando maior ensejo a concretização dos deveres impostos ao Poder Público no bojo do artigo 225 da Magna Carta¹³.

No que tange ao Direito Civil, a primeira mudança seria a alteração do seu diploma legal em seu artigo 82, em que sua primeira parte trata dos animais como bens dotados de movimentação própria. Aqui, o sugerido seria a retirada dessa parte do artigo.

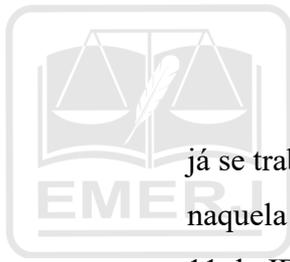
A regulação dos animais no ordenamento jurídico pátrio deve ser dada em capítulo próprio (após o livro das pessoas, na parte geral do Código, por exemplo) tendo em vista as peculiaridades que envolvem o enquadramento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*.

Desde que adotado um raciocínio lógico, é fácil perceber que a aderência a tal mudança de paradigma não soa utópica.

Concretamente se citando mais um exemplo prático, hoje no Direito de família

¹²BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³BRASIL, op. cit., notas 3 e 11.



já se trabalha com o reconhecimento da família de modalidade multiespécie que consiste naquela formada por seres humanos e animais de estimação na forma do Enunciado de nº 11 do IBDFAM.¹⁴

Nessa linha de pensamento, verifica-se que há muitas questões que o Direito deve dar conta.

Hoje em dia, como já registrado, já se fala da guarda compartilhada de animais de estimação, já se comprovou a substitutividade do uso de animais na indústria de medicamentos e estética, se repudia com maior veemência os maus tratos e abandono etc.

Pois bem, nesse cenário, ao reconhecer a condição dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*, primeiramente se falaria na incorporação de maiores direitos e tutela jurídica.

Traçando-se um paralelo com o Direito da criança e do adolescente instituído pelo Estatuto da criança e do adolescente, ao reconhecê-los como um grupo de seres dotados de maior vulnerabilidade, a sistemática jurídica se apresenta numa ótica voltada ao “melhor interesse da criança e do adolescente”.

Em linhas bem similares, se proporia aqui um tratamento equivalente. Com a ressalva de que pensar no “melhor interesse do animal” não significa suplantando o dos homens, mas apenas pensar que em todas as situações que estiverem os animais envolvidos, se buscaria resolver as contendas considerando o seu bem-estar e dignidade de reconhecimento e tratamento.

Nesse íterim, é importante frisar que admitir que os animais sejam reconhecidos como sujeitos de direitos *secundum genus* não significa de modo algum querer se estabelecer um novo panorama jurídico de que de algum modo se suplante a manutenção da ordem jurídica quando se fala na tutela voltada aos homens.

Como já pontuado anteriormente, o escopo da proposta nesse artigo defendida é de integração, agregação de tutelas. Medida essa capaz de, por meio de pequenas e graduais mudanças, promover uma justiça mais equânime, agregadora e não discriminatória.

O fato de que os animais participam do convívio social é irrefutável. O modo progressivamente mais próximo que se relacionam com os homens além de visível socialmente, já é objeto de estudo e atestado pela ciência, mercado, mídia etc.

Junto com o reconhecimento lento, porém em crescimento, das reais

¹⁴BRASIL Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

características e necessidades dos animais e a importância de sua presença nas diversas formas que são inseridos nas relações com os homens, a demanda por uma tutela mais eficiente é incontestável.

E, sob esse prisma observa-se que um grande passo efetivo em prol dessa maior tutela seria o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos *secundum genus*.

Aqui cabe lembrar, as maiores evoluções sociais e jurídicas nasceram de revoluções, demandas coletivas, movimentos sociais etc. No entanto, apesar da sciência, aos animais não foi dada a voz da luta pelos seus próprios direitos. Cabendo aos homens, portanto esse papel.

Tradicionalmente como dissipado no meio jurídico, a justiça é feita pelos homens. Que espécie de homens seriam aqueles que só se preocupam com a própria tutela? Que espécie de ordenamento jurídico, uma vez se mostrando egoísta e incompleto, buscaria reger a sociedade de modo equânime e efetivo? Que justiça seria feita, se essa se mostra discriminatória?

Não mais tolerar o enquadramento dos animais como bens semoventes e alçá-los à condição de sujeitos de direitos *secundum genus* é suprimir tamanha defasagem com a realidade ora apresentada.

Esse reconhecimento frisa-se, não é um fim em si mesmo. É apenas uma primeira medida dotada do condão de desenvolver-se em várias outras pequenas medidas mais consonantes com as necessidades dos animais e seu real valor intrínseco e social.

Atribuir aos animais tal enquadramento é ensejar pelo seu maior reconhecimento, uma regulamentação mais efetiva e isso afastará o descompasso entre a realidade social e o ordenamento jurídico que ora se apresenta.

Fator esse que beneficiará tantos os animais quanto os homens. Social e juridicamente falando, o percurso para a obtenção de uma Justiça mais abrangente terá avanços em larga escala.

Uma vez comprovadas aqui, vantagens aos animais, aos homens, ao ordenamento jurídico à justiça, ao Estado Democrático de Direito como um todo, indaga-se: por que não adotar tal medida?!

Reconhecer os animais como sujeitos de direitos *secundum genus* é medida que se impõe. E já que cabe aos homens, a promoção da justiça, da paz social e da efetivação de direitos, que essa missão seja abraçada e cumprida.



Diante dos argumentos aqui expostos, não se pode negar que a proposta de reconhecer os animais como sujeitos de direitos *secundum genus* apresenta viabilidade jurídica e social.

É certo que para afastar o descompasso do ordenamento jurídico pátrio da atual concepção dos animais como bens móveis dotados de mobilidade própria demandará algumas alterações legislativas, porém de processo legislativo não complexo.

Principalmente por trabalhar-se aqui com a adequação da ordem jurídica voltada a acompanhar a ordem social, a temática não ensejará debates de altas controvérsias frente ao quadro de já moderada aderência.

Para tanto, o estudo ora formulado propôs o enquadramento dos animais em uma nova categoria em que optou-se por denominar como “*secundum genus*”.

Isso porque busca-se uma maior compatibilidade com as peculiaridades que os animais possuem e também como o atual ordenamento jurídico se apresenta.

Portanto, o artigo chama a sociedade à realidade sob dois prismas: o quão defasado se encontra o ordenamento jurídico pátrio em relação à evolução do tratamento do tema em outros países a partir da maior proximidade e a inadiável necessidade de conscientização dos homens no trato com os animais.

E também que é possível, mesmo com o atual tratamento arcaico, sanar as controvérsias, oferecer melhor arcabouço legal e implementar políticas públicas que fomentem o acesso ao ideal de justiça a esses seres sencientes sem voz para lutar por seus direitos ainda mal amparados pelo Direito.

Já está mais do que na hora do Estado Democrático de Direito promover a tutela efetiva aos animais que talvez dentre os “grupos das minorias” (aqueles sobre os quais o Direito Moderno tem procurado com certa veemência se focar), sejam os que apresentam maior vulnerabilidade.

Vulnerabilidade essa inafastável por eles próprios, cabe aos operadores do Direito adotar as medidas que ensejem a equidade e que não fujam da Justiça em sentido amplo.

E nesse cenário é imperioso que se dê lugar ao biocentrismo, de pilares assentados no ideal de que todas as formas de vida são dotadas de importância.

Uma vez tendo sido possível o Direito evoluir por exemplo, do perfil adotado por alguns Estados do regime absolutista, em que todo o poder era concentrado nas mãos

de um monarca, chegou o momento de o Direito abandonar seu antropocentrismo e se convencer do aspecto agregador e mais igualitário do biocentrismo.

Cumprindo novamente ressaltar que o que se propõe aqui não é negar aos homens, o olhar atento do Direito por meio de novas iniciativas legislativas, acesso eficiente ao Poder Judiciário e promoção das políticas públicas necessárias pelo Poder Executivo.

A proposta é que o Direito alce um novo nível. Mais agregador e equânime.

Que no futuro não se fale mais em “direito das minorias”, mas que se fale em “direito de todos”. Sendo assim, que diante da literalidade da expressão, essa seja observada formal e materialmente, extirpando o status de “quase invisibilidade” contemporaneamente conferido aos animais pelo Direito.

E finalmente, reconhecendo os animais como membros desse todo, que sejam assegurados seus direitos diante do devido reconhecimento moral, ético e jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil* de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. *Constituição Federal* de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. *Lei n° 9.605/98* de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. *Lei n° 11.794* de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. *Lei n° 3.071* de 1° de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Enunciado n° 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais*: fundamentação e novas perspectivas.



Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 32.

PORTUGAL. *Lei n° 8/2017* de 3 de março de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

REVISTA VEJA, “*A casa agora é deles*”. São Paulo, ano 48, n. 23, 10 jun. 2015.

THE NEW YORK TIMES: “*Prefer dogs to humans? You're not alone (or unbalanced)*” Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/07/06/world/americas/06iht-pets.4.14278749.html>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO AO PODER DA ANEEL PARA REGULAMENTAR A TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS IMOBILIZADOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS PARA OS MUNICÍPIOS

Jéssica Leone Santos

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduando, *lato sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a prestação do serviço de iluminação pública sempre foi matéria de controvérsia entre os entes federativos e a agência reguladora responsável pelo tema, principalmente com relação à delimitação quanto à questão de ser o serviço de interesse municipal ou não. Em razão disso, mesmo com a regulamentação da ANEEL, dispondo quanto à obrigatoriedade de prestação do serviço pelos municípios, diversas ações foram ajuizadas perante o Poder Judiciário para discutir a constitucionalidade da norma, e qual o limite constitucional de atribuição da ANEEL. A essência do trabalho é apresentar os argumentos de ambas as partes, a divergência jurisprudencial quanto à matéria e a competência da ANEEL para regulamentar a prestação de serviço de iluminação pública no Brasil, em razão de expressa previsão constitucional sobre o assunto.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Energia Elétrica. Iluminação Pública. Ativos Imobilizados. Poder Regulamentar.

Sumário – Introdução. 1. A regulamentação quanto ao serviço de iluminação pública no Brasil. 2. A divergência jurisprudencial após a expiração do prazo regulamentar para a transferência dos ativos imobilizados. 3. A competência da ANEEL para regulamentar a matéria delimitada constitucionalmente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a divergência legislativa e jurisprudencial quanto à responsabilidade pela prestação do serviço de iluminação pública e a sua consequência para as partes envolvidas. Se a legislação vigente, prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entrega essa responsabilidade aos municípios, alguns tribunais do país têm entendido que essa obrigação deveria permanecer com as concessionárias de distribuição de energia elétrica.

No primeiro capítulo, será demonstrado que o serviço de iluminação pública é um serviço essencial e interfere, diretamente, em outros direitos assegurados à população, como segurança, trabalho, lazer e moradia. Historicamente, tal serviço foi prestado pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica, que conjuntamente com a distribuição, efetuavam o serviço de instalação e manutenção dos ativos imobilizados da rede.

Contudo, a ANEEL, por meio da Resolução Normativa nº 414/2010, definiu o prazo de 31/12/14 para que a gestão dos ativos de iluminação pública fosse transferida, de forma definitiva, das concessionárias para os municípios.

Essa determinação da ANEEL foi amparada no art. 30, V da Constituição Federal, que dispõe ser de competência dos municípios a prestação dos serviços públicos de interesse local. Para a agência reguladora, o serviço de iluminação pública seria de interesse local, uma vez que a própria CRFB estabelece, em seu art. 149-A que os municípios e o Distrito Federal podem instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

Já no segundo capítulo, será demonstrado que, em que pese toda essa regulamentação, passados mais de quatro anos do término do prazo estabelecido pela ANEEL, alguns municípios não assumiram a gestão dos ativos imobilizados de iluminação pública, e recorreram ao Poder Judiciário para questionar a competência da agência reguladora para impor tal obrigação aos municípios.

Os fundamentos usados pelos municípios para se insurgirem contra a determinação da ANEEL foram o alto impacto financeiro que a medida causaria e a inconstitucionalidade da Resolução 414/2010, já que a transferência de ativos só poderia ser determinada por meio de um decreto autorizador da presidência da república, nos moldes do que dispõe o art. 63 do Decreto nº 3.763/41, que impôs todos os serviços de iluminação pública e de exploração de energia elétrica para as concessionárias.

Os municípios sustentam, ainda, que a iluminação pública não seria serviço de interesse local, uma vez que estaria diretamente relacionado à segurança pública.

Levada a questão aos tribunais federais do país, foi instaurada uma divergência jurisprudencial, já que vários juízes acolheram a pretensão dos municípios e consideraram que a ANEEL extrapolou o seu poder regulamentar ao impor a obrigação da transferência dos ativos imobilizados em serviço das concessionárias para os municípios.

Por outro lado, decisões judiciais em sentido oposto declararam a validade da Resolução 414/2010, criando um cenário no qual alguns municípios tiveram que assumir a responsabilidade pela prestação do serviço e outros conseguiram barrar a obrigação judicialmente.

Sem uma posição definitiva do Poder Judiciário, o Congresso Nacional começou a estudar medidas para solucionar a controvérsia. Tramita atualmente na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) o Projeto de Decreto Legislativo 85/2015, que revoga as resoluções da ANEEL que determinaram aos municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de iluminação pública:

Por fim, o terceiro e último capítulo tem por objetivo demonstrar o acerto das previsões legislativas e regulamentares vigentes, uma vez que estão amparadas em dispositivos constitucionais, ou seja, reproduzem a vontade do legislador constituinte.

A questão prática demonstra a necessidade de uma análise mais profunda quanto à temática da prestação do serviço de iluminação pública, de forma que a jurisprudência esteja em consonância não só com a legislação em vigor, mas também com as reais necessidades das partes envolvidas.

Dessa forma o trabalho, por meio de uma metodologia qualitativa, busca realizar uma análise acerca da controvérsia judicial instaurada após a judicialização da temática da transferência dos ativos imobilizados em serviço das concessionárias para os municípios e o impacto que isso causa na prestação do serviço.

1. A REGULAMENTAÇÃO QUANTO AO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A iluminação pública pode ser definida como o serviço público que tem por objetivo exclusivo prover claridade aos logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual, conforme definição contida no art. 2º, XXXIX, da Resolução nº 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)¹, diferentemente do serviço de distribuição de energia elétrica, que é o fornecimento de energia à consumidores em média e baixa tensão, nos termos do art. 5º, caput, do Decreto n.º 41.019/57:

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:
XXXIX – iluminação pública: serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual;

¹ANEEL. *Resolução nº 414*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Historicamente, e por força de legislações antigas, o serviço de iluminação sempre foi prestado pelas próprias concessionárias de distribuição de energia elétrica, até por força dos antigos contratos de concessão firmados pelo Poder Concedente.

O cenário se alterou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que é de competência dos municípios a prestação dos serviços de interesse local²:

Art. 30 da CRFB: Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

A partir de então, a ANEEL passou a realizar diversas Audiências Públicas para debater a possibilidade, bem como a melhor forma de realizar a transferência dos ativos de iluminação Pública para os municípios, adequando-se a prática ao comando constitucional.

Para regulamentar a questão, a ANEEL, amparada pelos poderes que lhe foram concedidos pela Lei nº 9.427/96, que instituiu a autarquia, incluiu a disposição do art. 114 à Resolução nº 456/2000³:

A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, podendo a concessionária prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando o consumidor responsável pelas despesas decorrentes.

O parágrafo único do referido artigo, no entanto, previa que, sendo o sistema de iluminação pública de propriedade da concessionária, “esta será responsável pela execução e custeio dos respectivos serviços de operação e manutenção”.

Porém, apesar da referida regulamentação, os Municípios sempre realizaram a manutenção e operação dos ativos de iluminação pública independentes, que são aqueles que não se encontram localizados nos postes do sistema de distribuição, como é o caso da iluminação de praças e monumentos históricos.

Além disso, o referido comando não estava de acordo com a determinação constitucional do art. 30, V, extrapolando seus limites ao impor às concessionárias o ônus delegado ao ente Municipal diretamente pela Constituição.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Acesso em: 23 out. 2018.

³ ANEEL. *Resolução nº 456*, de 29 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res2000456.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019

Com efeito, por ocasião do processo de revisão da Resolução 456/2000 da ANEEL, a transferência dos ativos de iluminação pública foi posta em discussão através da Consulta Pública n.º 2/2009. Após a avaliação de todas as contribuições técnicas oferecidas, concluiu-se pela substituição da Resolução n.º 456/2000, e, no que se refere a este tema específico, pela necessidade de efetuar-se a transferência dos ativos, em um prazo máximo de 24 meses, contados da data da publicação da nova resolução (Resolução n.º 414/2010 da ANEEL)⁴:

Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

Dessa forma, as distribuidoras de energia elétrica deveriam repassar todo o ativo imobilizado em serviço aos municípios, luminária, lâmpada, relé e reator. Essa transferência seria realizada sem qualquer ônus para os entes públicos, que apenas passariam a gerir os AIS que pertenciam, até então, às distribuidoras.

Ficaria a cargo dos municípios, portanto, optar pela prestação própria do serviço, terceirização ou mesmo concessão, às suas expensas, para atender às necessidades da população.

Mesmo com a regulamentação determinando o prazo de 24 meses para o recebimento dos AIS pelos municípios, muitos entes públicos alegaram não possuir condições de cumprir a disposição regulamentar no prazo estabelecido, motivo pelo qual a ANEEL editou a Resolução n.º 587/2013⁵, dilatando o prazo inicialmente concedido, alterando, portanto, a Resolução 2º 414/2010⁶:

§ 4º Salvo hipótese prevista no § 3o, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos:

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;

II – até 1o de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição

⁴ANEEL. *Resolução n.º 414*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵ANEEL. *Resolução n.º 587*, de 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/107/resultado/ren_587_2013.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2019

⁶Ibid.

desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);
III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação;
IV – até 1º de agosto de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município;
V – 31 de dezembro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e. VI – até 1º de março de 2015: encaminhamento à ANEEL do relatório final de transferência dos ativos, por município.

Mesmo após a publicação da Resolução nº 414/2010, foram realizadas diversas audiências públicas na Câmara dos Deputados, ressalte-se, com a participação da Confederação Nacional de Municípios CNM, e da Frente Nacional de Prefeitos FNP, para discutir o prazo de realização da transferência dos ativos de iluminação pública.

Ocorre que, mesmo com a dilação do prazo em mais de dois anos do prazo inicial, muitos municípios do Brasil não operacionalizaram o recebimento dos AIS e, conseqüentemente, não assumiram integralmente a responsabilidade pela prestação do serviço de iluminação pública em seus territórios.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO: OS ARGUMENTOS DOS MUNICÍPIOS

Como já mencionado, a ANEEL, por meio da Resolução 414/2010, determinou, após diversas discussões, o prazo final para a transferência dos ativos de iluminação pública para os municípios como sendo o dia 31 de dezembro de 2014, data na qual todos os municípios do país já deveriam estar prestando, integralmente, o serviço aos seus municípios.

Desde então, diversos municípios pelo país assumiram a responsabilidade pela prestação do serviço, com a criação de autarquias, empresas públicas ou mesmo pela prestação direta do serviço. No Rio de Janeiro, por exemplo, o serviço é prestado pela Companhia Municipal de Energia e Iluminação – Riolut, empresa pública criada em 1990. Já no Município de São Paulo, o serviço é prestado diretamente pela Prefeitura, por meio do Departamento de Iluminação Pública – Ilume.

Contudo, nem todos os municípios do país cumpriram a determinação da ANEEL, e começaram a propor ações judiciais, a fim de obrigar as concessionárias de energia elétrica a permanecerem com a obrigação ou, em alguns casos, até mesmo a retomarem a prestação do serviço que já havia sido municipalizado.

Nesse sentido, municípios de todas as regiões do país levaram suas questões ao Poder Judiciário, movendo ações na Justiça Federal, uma vez que a ANEEL também fora incluída no polo passivo dessas demandas.

E o principal argumento usado pelos Municípios é a suposta extrapolação do poder regulamentar da ANEEL, que teria estabelecido novas obrigações aos municípios com a edição da Resolução 414/2010⁷, violando, por conseguinte, a autonomia municipal assegurada pelo art. 18, da Constituição Federal⁸.

No mesmo sentido, os municípios alegaram que o art. 175 da Constituição Federal⁹ determina que a prestação dos serviços públicos deva ser feita na forma da lei, e que a Resolução nº 414/2010¹⁰, por ser um ato normativo, não poderia criar tais obrigações.

De forma meritória, os municípios também alegaram, em larga escala, que a medida acarretava elevados prejuízos, notadamente aos municípios menores, que não possuíam estrutura financeira para assumir a obrigação, o que acabaria elevando o custo do serviço prestado e a tarifa final para pelos usuários.

Sob esses argumentos, alguns juízes do país proferiram decisões favoráveis aos municípios, acolhendo os argumentos apresentados e determinando que as concessionárias continuassem prestando o serviço:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. LEGITIMIDADE PASSIVA. ENERGIA ELÉTRICA. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

(...)

3. O artigo 218 da Resolução Normativa n. 414/2010, com alteração dada pela Resolução Normativa n. 479/2012, dispõe que a distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS a pessoa jurídica de direito público competente.

4. Referida norma, na prática, tem como finalidade transferir aos municípios a responsabilidade das empresas distribuidoras de energia elétrica no que tange à manutenção, ampliação e modernização dos pontos de iluminação pública da cidade.

5. Ocorre que, nos termos do artigo 21, XII, b, da Constituição Federal, a competência relativa aos serviços e instalações de energia elétrica é exclusiva da União Federal, que pode exercê-la por intermédio de uma empresa concessionária.

6. Não se pode negar, portanto, que dentro dessa competência se insere o dever de manutenção, ampliação e modernização dos pontos de iluminação pública.

7. Assim, não é possível que uma resolução - ato normativo inferior à Constituição Federal - trate dessa questão, alterando competência constitucionalmente estabelecida.¹¹

⁷ ANEEL. *Resolução nº 414, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/r-en2010414.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 out. 2018.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, *Apelação Cível nº 0005720-50.2014.4.03.6106*, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, julgado em 18/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2019. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaResumida/1?np=0>> Acesso em: 4 jun. 2019.

Contudo, em sentido diametralmente oposto, outras decisões proferidas em Tribunais Regionais Federais não acolheram os argumentos dos municípios, mantendo a determinação da transferência dos ativos da forma como regulamentada pela ANEEL¹²:

6. Uma vez que constitui elemento essencial à concretização da autonomia municipal a garantia institucional destinada à preservação do plexo de competências administrativas, que foi conferido aos municípios pela Constituição, dentre as quais se encontra a organização e prestação dos serviços públicos de interesse local, o contrato de concessão celebrado entre a União, por intermédio da ANEEL, e a empresa concessionária de energia elétrica, ao incluir, em seu objeto, a concessão do serviço de iluminação pública, incorreu em nulidade de pleno direito, na medida em que frontalmente violador do pacto federativo, eis que infringiu, no ponto, a autonomia municipal, que, muito mais que um direito dos municípios, revela-se como elemento conceitual de sua posição federativa, constitucionalmente consagrada, de onde se conclui que sequer seria possível ao município demitir-se de tal competência por vontade própria. 7. Embora nulo, o contrato produziu efeitos válidos, notadamente em face do município, de forma que não poderia a ANEEL retirá-lo do mundo jurídico sem que concedesse um prazo para adaptação dos envolvidos. 8. A ANEEL, ao extinguir a concessão no que tange à prestação do serviço de iluminação pública, não fez mais que, em obediência ao princípio da legalidade e no exercício de sua autotutela, anular a parcela contratual que ressoava de nulidade, porque afrontosa à Lei Maior, na medida em que o objeto em causa afigurava-se ilícito e incapaz seu agente, tendo em vista que por poder concedente deve-se entender, consoante reza o art. 2º, I, da Lei 8.987/95, aquele em cuja competência se encontre o serviço público concedido, sendo certo que a União, mediante ato da ANEEL, concedeu serviço de titularidade municipal, invadindo a competência do município autor. 9. Assim, diversamente do que sustenta a edilidade autora, a Resolução da ANEEL não infringiu sua autonomia; pelo contrário: restabeleceu-a, retirando do ordenamento jurídico ato contrário à Lei Maior. 10. E ainda que assim não se entenda, o serviço de iluminação pública é efetivamente daqueles que se imbricam no "peculiar interesse municipal", e nesse sentido não é dado ao Município deixar de assumir sua competência constitucional, havendo inclusive centenas de decisões no E. STJ acerca da legalidade da cobrança pelos Municípios das denominadas contribuições para o custeio de iluminação pública.

A situação acabou por gerar um conflito jurisprudencial e uma insegurança para as concessionárias de energia elétrica, que são obrigadas a continuarem prestando o serviço aos usuários apenas em alguns casos, muitas vezes dentro da mesma área de concessão, sem uma pacificação pelos tribunais do país.

A divergência ocorre, principalmente, em relação a municípios pequenos que possuem problemas com a arrecadação, e dependem, principalmente, do repasse de verbas do governo federal para manterem os serviços mínimos locais.

O e. STJ já chegou a afirmar, no julgamento do AgInt no REsp nº 1.679.808/SP, que as alegadas violações à legislação federal seriam “meramente reflexas”, sem analisar o caso:

¹² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, *Apelação Cível nº 08001566020134058103*, Rel. Desembargador Federal Raimundo Alves de Campos Junior. - Convocado, DJ 10.02.2015. Disponível em: < <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 4 set. 2019.



PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO REFLEXA. RESOLUÇÃO DA ANEEL. NÃO CONHECIMENTO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NS. 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.¹³.

Como a discussão ainda é muito recente, não há uma posição consolidada dos tribunais superiores quanto ao tema.

3. A COMPETÊNCIA DA ANEEL PARA REGULAMENTAR A MATÉRIA DELIMITADA CONSTITUCIONALMENTE

Como mencionado ao longo de todo o trabalho científico, durante a discussão para a regulamentação da norma de transferência dos ativos de iluminação pública para os municípios, foram realizadas diversas Audiências Públicas para debater a possibilidade, bem como a melhor forma de realizar a transferência, adequando-se a prática ao comando constitucional.

Diz-se isso, pois, desde a vigência da Resolução 456/00 da ANEEL, a prestação dos serviços de iluminação pública pelos Municípios já era regulamentada, em seu artigo 114, caput:

Art. 114. A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, podendo a concessionária prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando o consumidor responsável pelas despesas decorrentes.

O parágrafo único do referido artigo, no entanto, previa que, sendo o sistema de iluminação pública de propriedade da concessionária, “esta será responsável pela execução e custeio dos respectivos serviços de operação e manutenção”.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Aggravado Interno no Recurso Especial nº 1679808/SP*, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1679808&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr ue>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Porém, apesar da referida regulamentação, os Municípios sempre realizaram a manutenção e operação dos ativos de iluminação pública “independentes”, que são aqueles que não se encontram localizados nos postes do sistema de distribuição, como é o caso da iluminação de praças e monumentos históricos.

Além disso, o referido comando não estava de acordo com a determinação constitucional do art. 30, V, extrapolando seus limites ao impor às concessionárias ônus delegado ao ente Municipal diretamente pela Constituição.

Com efeito, por ocasião do processo de revisão da Resolução 456/00 da ANEEL, a transferência dos ativos de iluminação pública foi posta em discussão através da Consulta Pública n.º 2/2009. Após a avaliação de todas as contribuições técnicas oferecidas, concluiu-se pela substituição da Resolução 456/00, e, no que se refere a este tema específico, pela necessidade de efetuar-se a transferência dos ativos, em um prazo máximo de 24 meses, contados da data da publicação da nova resolução (Resolução n.º 414/2010 da ANEEL).

Mesmo após a publicação da Resolução 414/2010, foram realizadas diversas audiências públicas na Câmara dos Deputados, ressalte-se, com a participação da Confederação Nacional de Municípios CNM, e da Frente Nacional de Prefeitos FNP, para discutir o prazo de realização da transferência dos ativos de iluminação pública.

Assim, visando o interesse público geral, o prazo foi estendido, por meio da publicação da Resolução 479/2012¹⁴ da ANEEL, tendo como data final limite dia 31 de dezembro de 2014, o que conferiria tempo adequado para que os Municípios, após a realização das eleições municipais de 2012, se programassem, principalmente quanto à instituição de novas taxas e contribuições para custeio do serviço de iluminação pública.

Todavia, diversos municípios se insurgiram contra a resolução 414/2010 da ANEEL, alegando, em síntese, afronta ao Decreto n.º 41.019/41¹⁵, alteração unilateral do contrato de concessão e transferência inconstitucional de bens particulares.

Porém, deve-se ressaltar que, na interpretação das normas é necessário que os artigos sejam lidos sempre de forma conjugada com seus parágrafos e incisos, para uma análise sistemática do diploma legal, utilizando, assim, um pluralismo metodológico, a fim de se obter o mais próximo espírito da lei. No tocante ao Decreto n.º 41.019/41, o artigo 5º deve ser lido levando-se em conta as disposições previstas em seus §§ 1º e 2º:

¹⁴ ANEEL. *Resolução n.º 479*, de 3 de abril de 2012. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2019.

¹⁵ BRASIL. *Decreto n.º 41.019*, de 26 de fevereiro de 1957. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

A relevância na delimitação dos ativos é fica evidente, quando, no § 2º do artigo 5º, enfatiza-se que os circuitos de distribuição utilizados para alimentar o sistema de iluminação pública e os circuitos de distribuição utilizados para os alimentadores de tração elétrica, que pertencem à concessão, são parte do sistema de distribuição. Ou seja, após estes circuitos é que se iniciam o sistema de iluminação pública e o sistema de tração elétrica, de responsabilidade dos Municípios.

Dessa forma, as concessionárias distribuidoras de energia elétrica não podem ser obrigadas a titularizar os ativos nem a prestar o serviço municipal de iluminação pública, uma vez que manifestamente excluídos de sua competência pela legislação que regulamenta a prestação dos serviços de energia elétrica. Exatamente por essa razão restou expressa a possibilidade de as concessionárias de energia elétrica prestarem o serviço de iluminação pública, desde que por meio de contratação voluntária com o Município.

Bem vistas as coisas, se a obrigação de prestar o serviço público de iluminação fosse de fato das concessionárias, tal previsão se mostraria ilógica e em desacordo com o sistema de distribuição de competências da Constituição. A contrário senso, determinar que as concessionárias prestem o serviço sem que lhes seja demandado diretamente pelo Município por meio de contrato autônomo fere comezinho constitucional e extrapola os limites da razoabilidade.

Dessa maneira, certo é que a ANEEL, ao determinar a transferência dos ativos de iluminação pública das concessionárias de distribuição para os Municípios, por meio do art. 218 da Resolução 414/2010, encontra-se absolutamente alinhada ao disposto no artigo 5º, §2º, do Decreto n. 41.019/1957, que, ao tratar do conceito dos sistemas de distribuição, expressamente excluiu os componentes pertencentes ao sistema de iluminação pública.

Não há, assim, que se falar em afronta ao Decreto n. 41.019/1957, ou mesmo em usurpação de competência legal para regular a matéria, uma vez que restou devidamente demonstrado que a responsabilidade dos Municípios pelos ativos de iluminação pública já estava determinada pelo decreto competente, tendo apenas sido regulamentada pela ANEEL, nos termos do previsto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.427/96¹⁶.

Já quanto ao argumento de alteração unilateral do contrato de concessão, é importante consignar que o objeto dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia não abrange – como de fato não poderia abranger, visto que a União é apenas titular

¹⁶BRASIL. *Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm> Acesso em: 7 jun. 2019.

do serviço de distribuição de energia, conforme teor do artigo 21, XII, “b”, da CF/1988 – o exercício da atividade de iluminação pública.

Diante disso, resta claro que as concessionárias somente poderão prestar o serviço de iluminação pública por meio de contratação autônoma com o Município, de forma não regulada pela ANEEL, o que configurará o exercício de atividades acessórias à concessão ou extraconcessão.

Assim, a previsão de transferência de ativos não inova nas cláusulas do Contrato de Concessão celebrado, pois, ao contrário, tem o único intuito de garantir o seu regular cumprimento, uma vez que, na ausência de contratação autônoma, não pode a concessionária prestar o serviço de iluminação pública ou mesmo ser titular dos ativos do sistema, sob pena de extrapolar os limites de sua concessão, outorgada apenas para a prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo demonstrar os caminhos que levaram à divergência que se instalou nos tribunais brasileiros quanto à obrigação de prestação do serviço de iluminação pública no Brasil. Ao mesmo tempo em que a ANEEL justifica sua regulamentação nos dispositivos constitucionais, os municípios alegam que a agência teria extrapolado a sua competência de agência reguladora.

Sem sombra de dúvidas, caberia aos tribunais superiores – principalmente ao STF – pacificar a questão, uma vez que um dos principais argumentos contrários à regulamentação da ANEEL é a ausência de previsão constitucional sobre a transferência dos ativos imobilizados e a criação de obrigação aos municípios que não estaria prevista na CRFB.

Enquanto os tribunais superiores não pacificam a matéria, tanto os municípios quanto as concessionárias passam por incertezas quanto à obrigação de prestação do serviço de iluminação pública, já que os tribunais locais podem alterar seus entendimentos atuais.

Contudo, por toda a pesquisa exposta, a conclusão a que se chega é que a ANEEL, ao fixar prazo para a transferência dos ativos de iluminação pública e da própria prestação do serviço para os municípios, nada mais fez do que regulamentar uma disposição que já estava fixada na Constituição Federal, de que o serviço de iluminação pública é de interesse local.

Não por outra razão, a própria Carta Magna previu a possibilidade dos municípios instituírem a contribuição para o custeio da iluminação pública, demonstrando a classificação de interesse local do serviço.

Dessa forma, não merecem prosperar os argumentos dos municípios de que a ANEEL teria extrapolado o seu poder regulamentar, pois a própria Constituição Federal estipulou, em seu art. 30, que é de competência dos municípios a prestação dos serviços de interesse local, como é o caso da iluminação pública.

Bem vistas as coisas, se a obrigação de prestar o serviço público de iluminação fosse de fato das concessionárias, tal previsão se mostraria ilógica e em desacordo com o sistema de distribuição de competências da Constituição. A contrário senso, determinar que as concessionárias prestem o serviço sem que lhes seja demandado diretamente pelo Município por meio de contrato autônomo fere comezinho constitucional e extrapola os limites da razoabilidade.

Diante disso, resta claro que as concessionárias somente poderão prestar o serviço de iluminação pública por meio de contratação autônoma com o Município, de forma não regulada pela ANEEL, o que configurará o exercício de atividades acessórias à concessão ou extraconcessão.

REFERÊNCIAS:

ANEEL. *Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res2000456.pdf>. Acesso em 1 abr. 2019.

BRASIL. *Resolução nº 587, de 10 de dezembro de 2013*. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/107/resultado/ren_587_2013.pdf. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. *Resolução nº 479, de 3 de abril de 2012*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

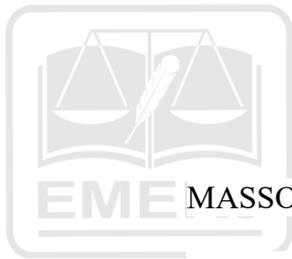
_____. *Resolução nº 414, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm. Acesso em: 4 jun. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 85, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120998> Acesso em: 7 jun. 2019.



MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E O DEVER DE COLABORAÇÃO PROCESSUAL

Josiane Estevão Albino

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo – O princípio da boa-fé objetiva, apesar de não ter assento expressamente constitucional, decorre de outros, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade. Nesse cenário, o conteúdo ético-moral e a vedação de comportamentos contraditórios e desleais influenciam todos os ramos do direito, inclusive o Direito Processual Civil. A tendência de as partes objetivarem, tão somente, os seus próprios interesses, deve ser refletida à luz dos valores constitucionais. Exige-se, no mínimo, uma atuação dentro dos padrões éticos e de colaboração. Por isso, a relevância da análise do dever de mitigação dos prejuízos, em especial, no tocante à execução das *astreintes*. A execução da multa não pode beneficiar a parte que não empreendeu esforços suficientes para a tutela definitiva do seu direito, mas sim, se tornou a maior interessada na execução da multa coercitiva.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Boa-fé objetiva. Cooperação. Dever de mitigar. Astreinte.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da boa-fé objetiva processual. 2. O modelo de processo colaborativo no formalismo-valorativo. 3. A possibilidade de redução do valor total/parcial do montante da multa cominada e a efetividade do cumprimento de sentença. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda tema assente às mudanças ocorridas com o advento do neoconstitucionalismo e com a nova fase metodológica do direito processual civil, o formalismo-valorativo.

Assim, com respaldo nos valores constitucionais, bem como nas normas fundamentais do Código de Processo Civil Brasileiro, o objetivo principal desse trabalho é expor, ante a lacuna legislativa e à luz do princípio da boa-fé objetiva processual e do novo paradigma do processo cooperativo, a possibilidade de supressão total ou parcial do valor da multa coercitiva estipulada em favor do credor inerte nos procedimentos de execução das obrigações de fazer e não fazer.

É necessário, para tanto, analisar como se deu a transposição do instituto da boa-fé objetiva para a seara processual e sua estreita relação com a proposta do modelo cooperativo de processo.

Em razão da importância prática, teórica e da atualidade do tema, o presente estudo

se debruçará sobre a análise da possibilidade de supressão do valor da multa coercitiva aplicada em favor do credor que, durante o procedimento de execução, manteve sua postura contrária aos ditames da ordem processual constitucional, pautada nos princípios da boa-fé objetiva e do processo cooperativo.

Na égide do atual Código de Processo Civil Brasileiro, prevalece a noção de processo para além da mera formalidade, um processo valorado em sua forma, um processo à luz do formalismo-valorativo. O que é diferente das propostas albergadas nas fases metodológicas pretéritas.

Como objetivos específicos se propõe analisar o princípio da boa-fé objetiva processual como fonte limitadora de direitos e, criadora de deveres na relação jurídico processual; e demonstrar a relevância do modelo de processo cooperativo, pautado pela colaboração e lealdade entre as partes e o órgão jurisdicional, para efetividade do provimento jurisdicional e sua relação com o instituto do direito privado que estabelece o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Desta maneira, a premissa da boa-fé objetiva processual é essencial para a compreensão do presente trabalho. Ademais, o *duty to mitigate the loss* será delimitado, como dever acessório do princípio da boa-fé e, como tal, também terá aplicação no processo civil, especialmente, no que tange à execução da multa coercitiva.

Isto porque, no âmbito da execução civil, quando não ocorre o adimplemento voluntário da decisão judicial ou quando as partes não empreendem esforços suficientes para o resultado satisfatório do procedimento judicial, nota-se ausência de cooperação.

A análise na presente, portanto, se embasa na visão axiológica e do importante caráter cultural que o processo apresenta; na concepção de que o seu fim último nada mais deve ser que a concretização da justiça social, segundo as peculiaridades dos casos concretos.

Em vistas da ideologia do formalismo-valorativo, intenta-se alvitrar a construção de um processo efetivamente democrático e justo, que sirva à ideia de um equilíbrio entre as partes e ao fim material do processo, a realização da justiça material, e não a satisfação da obrigação acessória, unicamente, porque se tornou mais atrativa que a obrigação principal.

Para que estes objetivos sejam alcançados, em um primeiro momento será feita uma abordagem do princípio da boa-fé objetiva processual, dos seus fundamentos constitucionais e dos seus desdobramentos.

Em um segundo momento se demonstrará a relevância do modelo de processo cooperativo, pautado pela colaboração e lealdade entre as partes e o órgão jurisdicional, para a efetividade das decisões judiciais.

Em seguida, após essa abordagem primordial, será examinado o dever do credor de mitigar os seus próprios prejuízos e a aplicabilidade da teoria estrangeira *duty to mitigate de loss* (dever de mitigar as próprias perdas) no ordenamento jurídico brasileiro, em particular, no tocante à execução das *astreintes*.

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 se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL

Na perspectiva do formalismo-valorativo, o processo deve ser compreendido para além da técnica, “como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza”¹.

Evidencia-se, portanto, o caráter cultural do processo. É necessário que sua interpretação e aplicação sejam condizentes com as realidades sociais e as peculiaridades de cada caso à luz do formalismo-valorativo para que se alcance uma tutela jurisdicional, verdadeiramente, efetiva e democrática.

Em consonância com este fenômeno cultural, importa-se colocar o processo² no centro da teoria do processo; valorizar, em maior escala, o papel de todos os envolvidos e destacar o modelo cooperativo de processo com o critério de participação substancial e não meramente formal³.

O princípio da cooperação se funda na considerada cláusula geral da boa-fé objetiva, inicialmente aplicada no âmbito do direito material civil, mas que contemporaneamente tem reflexos por todos os ramos do Direito, notadamente, no Código de Processo Civil de 2015.

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

² "A existência dessas diferentes formas de pensar o processo civil, aliás, já indica o alto grau de comprometimento deste como fenômeno eminentemente cultural." MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. V. 14. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 32, 2011.

³ OLIVEIRA, op. cit., p. 22.



Etimologicamente, o termo boa-fé tem origem na *fides*⁴ romana, considerada “a base linguística e conceitual da boa-fé no Direito Civil português”⁵.

Ao conceituá-la, apresenta Picó i Junoy⁶: “la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma.”.

Nessa perspectiva genérica, a boa-fé é definida pelo autor como “aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”⁷.

No que se refere à aplicação do princípio em tela, nesse primeiro momento, de forma tímida, faz-se necessário delinear a transposição do instituto da boa-fé, originariamente, do direito civil para o âmbito do direito processual civil, para depois serem apresentados os diferentes posicionamentos concernentes aos seus fundamentos constitucionais.

Em obra dedicada ao estudo da *bonae fidei iudicia*⁸, ao analisar a expansão da boa-fé para além do direito civil, Menezes Cordeiro constata ser esse fenômeno notável, vez que a boa-fé não se trata de um “instituto jurídico comum, mas sim de um fator cultural importante”⁹; expõe que no direito português não há dúvidas quanto à aplicação da boa-fé objetiva nas searas comercial e laboral, ao contrário do que ocorreu no âmbito do direito público, dada as suas maiores exigências e complexidade.

Assim, frente à cisão entre o direito público e direito privado, neste a boa-fé se centrou em torno do comportamento contratual das partes, em conformação com a autonomia privada, ao passo que naquele prevaleciam a competência e a soberania.

No entanto, tais peculiaridades do direito público não impediram o avanço da boa-fé objetiva, de modo que o primeiro ramo do direito a ser atingido pelos ditames da boa fé foi, justamente, o processual civil. Nos dizeres de Menezes Cordeiro¹⁰: “a sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição.”.

Em tentativa de adequação do princípio da boa-fé à realidade processual, sistematiza-

⁴ A *fides* romana se concretizava nas relações entre a clientela e os patrícios, entre o cidadão livre e o escravo, que em troca da promessa de proteção e favores (*fides* promessa), se submetiam a certos deveres de lealdade e obediência (*fides* poder). MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3. Reimpressão. Lisboa: Almedina, p.62, 2007.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁸ *Ibid.*, p.71.

⁹ *Ibid.*, p. 371.

¹⁰ *Ibid.*, p. 375.

se, como caracterizado na obra de Menezes Cordeiro, a aplicação da boa-fé em quatro situações concretas, a saber: i) na proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais, ou seja, o não agir de má-fé; ii) na proibição de *venire contra factum proprium*; iii) na proibição de abuso de poderes processuais; iv) na *suppressio*. Estes são os considerados tipos concretizadores da boa-fé, nos quais fica evidente o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Por derradeiro, no tocante à recepção da boa-fé pelo direito processual civil, Fredie Didier Jr.¹¹ aduz que esse fenômeno emergiu propriamente da necessidade de expansão desse princípio do direito privado para o direito público, tal qual, o direito processual civil, de modo que entender a obrigação como processo é essencial à referida expansão, assim como a previsão dos deveres acessórios, de lealdade e de colaboração, sendo, portanto, relevante compreender a relação obrigacional como uma relação jurídica dinâmica, pautada nos referidos deveres anexos a fim de efetivar a tutela jurídica, o que revela a noção titulada pelo autor de “processo obrigacional”¹².

A despeito da menção do dever de colaboração como sendo acessório da boa-fé objetiva, ressalta-se que no presente trabalho, erigi-se o dever de colaboração ao patamar principiológico - o princípio da cooperação processual - de forma autônoma, mas que indiscutivelmente tem sua pedra fundamental na evolução da boa-fé objetiva.

Na atual fase metodológica do direito processual civil, do formalismo-valorativo, como dito alhures, as partes não podem ser consideradas meros sujeitos subordinados ao juiz; pelo contrário, é indispensável uma atuação conjunta na construção do resultado satisfatório da tutela jurisdicional¹³.

Diante disso que se propõe, conforme será delineado a seguir, a possibilidade de supressão total ou parcial do valor das *astreintes* fixadas, como mecanismo de coerção punitiva, em razão do dever do credor de cooperar para mitigar os seus próprios prejuízos e, conseqüentemente importar maior efetividade do procedimento de cumprimento de sentença.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 171, 2009, p. 39-40.

¹² “[...] esta noção de ‘processo obrigacional’ revela um traço comum entre a obrigação e o processo jurisdicional, já que ambos traduzem uma complexidade de atos organizados para a concretização de um determinado fim, portanto, podendo ser considerados espécies do gênero ‘processo’”. DIDIER JR. apud ROMEU, Talita. O Princípio da boa-fé e o Instituto da Preclusão: a Supressio Processual. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, , 2010, p. 65-66.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

2. O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO NO FORMALISMO-VALORATIVO

A tendência de as partes objetivarem, tão somente, os seus próprios interesses, deve ser refletida à luz dos valores processuais constitucionais. Exige-se, no mínimo, uma atuação dentro dos padrões éticos e de cooperação.

Por isso, a relevância da análise do dever da parte de colaborar efetivamente a mitigar os prejuízos, em especial, no tocante a fase de cumprimento de sentença em que já estipulada as *astreintes*. Esse instituto não pode beneficiar a parte que não empreendeu esforços suficientes para a tutela definitiva do seu direito, mas sim, se tornou a maior interessada na execução da multa coercitiva.

Nesse cenário, ao compreender o processo como fenômeno cultural que objetiva a efetivação do direito material em sua máxima amplitude democrática e justa, o dever de colaboração, como o valor e função da ética processual, ganham importantes destaques no desenvolvimento da relação entre os sujeitos de direito. Assim, é imprescindível que o processo, como um ato que envolve tanto as partes como todo o aparato jurisdicional, seja conduzido dialogicamente¹⁴.

Faz-se necessário, nesses termos, em prol da cooperação, que o magistrado tenha uma postura de agente-colaborador, participante substancialmente ativo do contraditório e não mero reproduzidor da lei¹⁵.

O contraditório assume um papel relevante em termos do formalismo-valorativo, sendo o instrumento mais eficaz para a realização do diálogo e da cooperação, a resultar em um processo civil participativo, em que as condutas das partes se pautam em uma perspectiva policêntrica e coparticipativa¹⁶.

A noção de cooperação também importa no restabelecimento do caráter *isonômico* do processo, em busca de um ponto de *equilíbrio*, isso porque o justo equilíbrio nas relações processuais se presta para atribuir às partes, na mesma medida, *poderes, ônus, faculdades e deveres*¹⁷.

E ainda, a condução processual pelo juiz, à luz do processo cooperativo, requer

¹⁴ "O princípio da cooperação prestigia o diálogo e o equilíbrio, estabelecendo deveres recíprocos entre os participantes da relação jurídico processual, a fim de que todos colaborem para se alcançar a solução final do litígio". DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 127, p. 76.

¹⁵ *Ibid.*, p. 76.

¹⁶ CÂMARA, op. cit., nota 13, p. 61.

¹⁷ OLIVEIRA, op. cit., nota 1.

isonomia, privilegiando a indistinção entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. Lado outro, as decisões das questões processuais e materiais são consideradas assimétricas, sendo as partes e o Estado, os responsáveis pela busca da efetividade da decisão judicial, devendo o litígio ser resolvido e os direitos fundamentais tutelados.

Ademais, exige-se a contribuição do magistrado com os litigantes, através dos deveres de *esclarecimento*, *prevenção*, *consulta* e *auxílio*, o que propicia uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político, de modo a revelar a face democrática do Estado Constitucional, o que imprime o valor participação, traduzido normativamente no contraditório.

No processo civil brasileiro contemporâneo, diante do modelo de processo constitucional e do formalismo-valorativo, as partes não podem ser consideradas meros sujeitos subordinados ao juiz; pelo contrário, já que “as partes e o juiz são atores igualmente importantes de um processo”, sendo indispensável sua atuação conjunta na construção do resultado satisfatório da tutela jurisdicional¹⁸.

Este modelo de processo cooperativo é a proposta central do atual Código de Processo Civil Brasileiro, encartado na noção de maior colaboração entre todos os sujeitos para o regular e efetivo desenvolvimento do processo.

No ordenamento pátrio, intenta-se estimular a cooperação, nos procedimentos executivos, por meio da imposição da *astreinte* e demais medidas de apoio, a objetivar o cumprimento da obrigação constante no título executivo.

Inclusive, o CPC/15¹⁹ (art. 536, §1º) positiva a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la caso verifique a sua insuficiência ou excessividade ou, no caso de cumprimento parcial da obrigação ou descumprimento justificado.

Nota-se que a proposta deste trabalho ultrapassa os limites previstos no supracitado artigo, porque a interpretação do dispositivo resulta na redução ou aumento da multa no momento da sua fixação. Não há que se falar em supressão total ou parcial do montante da multa executada em razão da negligência do credor que se mantém inerte quando poderia cooperar para o adimplemento da obrigação, simplesmente, por estar mais interessado na execução das *astreintes* do que no cumprimento da obrigação principal.

Por conseguinte, existem sim medidas positivadas para compelir o demandado a

¹⁸ CÂMARA, op. cit., nota 13, p. 61.

¹⁹ BRASIL, *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.



cumprir o que proferido na ordem judicial, no entanto, não são efetivas. Por isso, nota-se a descrença quanto ao procedimento executivo e se critica o modo como é tratado o regime das *astreintes* pelo legislador, ausente de qualquer previsão de penalidade para ao credor que não atua de forma leal. Este problema persiste mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

3. A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO VALOR TOTAL/PARCIAL DO MONTANTE DA MULTA COMINADA E A EFETIVIDADE DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A *astreinte* possui origem na jurisprudência francesa do início do século XIX. Esse instituto jurídico consiste na medida judicial que inicialmente restou atrelada à noção de reparação de danos e prejuízos, mas se converteu em uma autêntica multa coercitiva, ao longo dos anos²⁰. Trata-se, assim, da forma de coerção mais popular no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu caráter cominatório, a fixação da *astreinte* objetiva compelir o sujeito passivo da relação a cumprir a determinação judicial, por isso, não se confunde com a multa processual punitiva de uma conduta ímproba, cujo objeto tutelado é a dignidade da justiça²¹. Logo, para ter efetividade, o valor cominatório da *astreinte* não pode se mostrar irrisório nem exorbitante, sob pena de, tanto em um como no outro caso, não estimular o devedor ao cumprimento. Como bem salienta Fredie Didier Jr.²², não pode ser desproporcional relativamente ao bem da vida pretendido.

Importa reiterar que o Código de Processo Civil de 2015 encerra evidente preocupação com a cooperação entre as partes. Não obstante esse viés, a previsão legal que elenca o exequente como destinatário exclusivo da multa coercitiva dá margens a flexibilização do dever de mitigar os prejuízos em vista da possibilidade de obter vantagens com a medida acessória constituída.

Nessa linha de intelecção, propugna Marcelo Abelha Rodrigues que deveria o magistrado fixar tanto o termo inicial como o termo final para a incidência da *astreinte* com o

²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 145, p. 125-149, mar. 2007. p.129.

²¹ Idem, p. 148.

²² DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual civil*. 5. ed., V. 5. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 447.

intuito de “evitar a eternização de uma coerção que não logrou êxito”²³ e obstar que o credor se torne mais interessado na execução da multa do que no adimplemento da obrigação principal. Por estas razões defende o autor a exclusão retroativa, a qual poderia acontecer até o momento em que a multa deixou de ter a função coercitiva, sendo medida inútil para o pretense fim.

Com fundamento no §1º do art. 537, CPC²⁴, em precedente do Superior Tribunal de Justiça se considerou possível que o juiz, adotando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, possa limitar o valor da *astreinte*, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do exequente:

[...] O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele" Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da *astreinte* quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de *astreinte*, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional. [...] (STJ. 3ª Turma. REsp 1.475.157/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/9/2014).

Nesse cenário, ao contrário do que propõe esse trabalho, a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento de sua fixação em cotejo com o valor da obrigação principal.

Com efeito, o supracitado julgado se encontra no sentido de que a redução do montante total a título de *astreinte*, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, bem como estimula a interposição de recursos com esse fim, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias.

Todavia, com fundamento em todo o exposto na presente, a redução total ou parcial do valor da *astreinte* deve ser considerada como mecanismo de sanção daquele credor que se manteve inerte durante todo o procedimento por estar mais interessado na execução da multa do que no adimplemento da execução principal, a prestigiar, portanto, o dever de colaboração

²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1). *Revista de Processo*, V.244, p.88-151, 2015.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 18.



e boa-fé processual.

O valor resultante da medida coercitiva será revertido exclusivamente em benefício do exequente, de forma contrária ao que previa o anteprojeto²⁵; a atual codificação sedimentou o que vinha sendo aplicado pelos tribunais, sem considerar a grave consequência quanto à perda de efetividade da medida de apoio, diante da praxe forense, em que o próprio credor se torna o maior interessado na execução da obrigação acessória, por considerá-la mais atrativa que a satisfação do pedido principal.

Frise-se, com isso, que o crédito decorrente da multa não pode se tornar o principal objetivo do processo. Por isso é que se cogita a possibilidade de redução de seu valor²⁶ em razão da não observância da boa-fé processual, especificamente, do dever de mitigar o prejuízo, pois este incumbe ao exequente certa atuação no processo de modo a impedir o aumento desnecessário e desarrazoado do montante da *astreinte*. Exemplo de redução da *astreinte* quando seu valor é considerado exorbitante e causa de enriquecimento ilícito se encontra no seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça²⁷:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIGAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. PORTABILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMINAR. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. *ASTREINTES*. MANIFESTA DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. Ação cominatória e de compensação por danos morais, ajuizada em 24.02.2010. Recurso especial concluso ao Gabinete em 07.11.2011. 2. Discussão relativa à proporcionalidade do valor arbitrado a título de multa cominatória para cumprimento de decisão liminar. 3. Muito embora a *astreinte* não deva ser reduzida quando o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial foi o descaso do devedor, sua manifesta desproporcionalidade, verificada na fixação exagerada do valor diário, impõe sua redução e adequação a valores razoáveis. 4. Recurso especial parcialmente provido.

Nestes termos, o princípio da boa-fé processual é importante mecanismo de inadmissibilidade de condutas desleais e contraditórias, sendo essencial a análise que se segue quanto a sua incidência na posição jurídica do credor da multa coercitiva.

A mitigação do prejuízo um dever acessório da boa-fé objetiva processual resultante da necessidade de as partes cooperarem para garantir o exato desenrolar do procedimento executivo até alcançarem a tutela definitiva do direito discutido. Na lição de Fredie Didier Jr.:

²⁵ Art. 503, § 5º, nos termos do qual o valor da multa seria devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação, sendo inscrito como dívida ativa. Id., Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

²⁶ Art. 537. § 1º: “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.” Id., op. cit. nota 18.

²⁷ Id., Superior Tribunal de Justiça, *REsp: 1303544 MG 2011/0098512-0*, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25127403/recurso-especial-resp-1303544-mg-2011-0098512-0-stj>. Acesso em: 04 mar. 2019.

“Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.”²⁸

Um caso concreto paradigmático mencionado pelo autor pode ilustrar bem a situação em que a parte não empreende esforços para atenuar os possíveis danos²⁹:

A autora de uma demanda, em cujo favor se destinava a multa fixada em uma decisão liminar, fez carga dos autos em novembro de 2002, devolvendo-os ao cartório em janeiro de 2007 - 51 meses depois, portanto. A devolução dos autos judiciais veio acompanhada de petição contendo pedido de execução de multa diária, em valor superior a R\$13.000.000,00 (treze milhões de reais), por suposto descumprimento de ordem judicial que determinava a retirada do nome da autora dos cadastros dos órgãos de proteção crédito.

Um segundo exemplo reside na conjuntura em que a recorrente insurgiu, mediante agravo interno, contra decisão que excluiu o valor fixado a título de *astreinte*. Neste caso, o julgador entendeu que a ora recorrente não diligenciou a fim de amortizar eventuais prejuízos, nem cumpriu o dever de cooperação processual, ao não comunicar o juízo sobre o fato de que a parte ré não havia retirado o modem de internet da sua residência. Apercebe-se que a então parte autora se quedou inerte desde o deferimento da tutela antecipada, deixando simplesmente a multa transcorrer sem qualquer preocupação com o objeto mediato da tutela, ou seja, o bem da vida pretendido; assim, somente quando o montante da *astreinte* fixada alcançou patamar elevado, a recorrente se manifestou no sentido de pleitear a execução da multa coercitiva, de forma a demonstrar ser esta mais vantajosa do que o cumprimento da tutela definitiva. Segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁰:

[...] Recorrente que se quedou silente durante todo o período e finalmente vem aos autos do processo pleitear montante acumulado superior a R\$ 267.000,00 (duzentos e sessenta e sete mil reais), sem ter diligenciado a fim de amortizar eventuais prejuízos (*due to mitigate the loss*). Dever de cooperação processual. Decisão que não merece retoques. Precedentes. Agravo interno que não apresenta elementos novos capazes de modificar a decisão da relatora, que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Em casos semelhantes³¹ a estes, portanto, se for possível ao credor atuar de forma a

²⁸ DIDIER JR., op. cit., nota 11, p. 48.

²⁹ Ibid., p. 45.

³⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - AI: 00661019220158190000 RJ, Relator: DES. PATRICIA RIBEIRO SERRA VIEIRA, Data de Julgamento: 09/12/2015, DÉCIMA CAMARA CIVEL, Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000410F2C91217B3264B896A1A3D8B7ED0A5C5043864474D&USER=>. Acesso em: 19 mar. 2019.

³¹ Por exemplo, uma demanda em que a parte ré é condenada a prestar determinado serviço, sob pena de multa diária. No entanto, para que haja o adimplemento da obrigação de fazer é necessário que a autora colabore, de forma a disponibilizar o objeto da prestação de serviço a ser realizada. Não obstante, a parte se queda inerte e não diligencia para que o referido objeto seja entregue à ré. Mesmo assim, tempos depois, visa a cobrar a multa

minimizar o prejuízo, ele tem o dever de diligenciar neste sentido. No entanto, se preferir negligenciar essa possibilidade, restará configurado um comportamento abusivo, pautado pela omissão do exequente que não entabula diligências necessárias para conter o aumento demasiado da multa coercitiva.

Destarte, em razão da inexistência de previsão legal de qualquer sanção para a parte que se mantém inerte em circunstâncias análogas às apresentadas, cabe ao tribunal determinar qual medida é a adequada para tornar tais situações isonômicas e justas.

Nesse tocante, sustenta a aplicação do instituto da *suppressio* e à sua correlata *surrectio*, ou seja, “uma das possíveis consequências dessa conduta ilícita pode ser a perda, pelo credor, da situação jurídica ativa (posição de vantagem)”³², ao passo que surge para o sujeito passivo o direito subjetivo de não ser surpreendido e nem prejudicado pela atuação tardia do exequente. Fredie Didier³³ acrescenta que:

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*suppressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito.

Desta feita, Fredie Didier assevera ainda que “tendo em vista que o comportamento abusivo é omissivo (não evitar o aumento exagerado dos prejuízos), talvez seja mais adequado referir à *supressio*, e à sua correlata *surrectio*, e não à proibição do *venire contra factum proprium*.”³⁴. Apesar da diferença trazida pelo autor, considera-se a *suppressio* “uma proibição à contradição de um *factum* omissivo”³⁵, ou seja, uma modalidade da figura da vedação ao comportamento contraditório, como salientamos ao discorrer sobre o instituto da *suppressio*.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, constata-se que o princípio da boa-fé objetiva, originalmente consagrado nas relações privadas, expandiu-se de forma a se tornar aplicável a todo ordenamento jurídico, considerado um conceito caro a todos os ramos do direito e importante instrumento de tutela da confiança e introdução de um conteúdo ético-moral nas relações

fixada. Entende-se, assim, que a conduta da autora não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva. Se o objeto estava em seu poder, não poderá tirar vantagem de uma situação por ela mesmo construída.

³² DIDIER JR., op. cit., nota 11, p. 45.

³³ Ibid., p. 50.

³⁴ Ibid., p. 47.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 190.

jurídicas.

No âmbito processual civil, a sua aplicação deve ser observada nos diferentes procedimentos, sendo certo que abrange todos aqueles sujeitos envolvidos na tutela jurisdicional, de modo a concretizar a noção de processo isonômico, justo e democrático, calcado no viés da coparticipação e nos valores constitucionais.

Assim como se deu a ampliação do princípio da boa-fé objetiva, concebeu-se, também, a existência de um dever da parte de mitigar o prejuízo. É, portanto, factível a exigência de um padrão ético de comportamento que determina ao credor/exequente que procure reduzir os prejuízos, quando for possível fazê-lo, sem interesses secundários e alheios à tutela jurídica principal.

Quando o credor/exequente se queda inerte, ou seja, não empreende esforços capazes de mitigar os prejuízos, por ambicionar a execução da multa coercitiva, considera-se tal comportamento inadmissível, contrário à boa-fé, além de ferir a legítima expectativa contraída na outra parte.

Como sanção a esta postura desleal do credor, o magistrado poderá reduzir ou até mesmo excluir o valor que seria devido a título de astreinte, a colocar fim a sua posição de vantagem e, conseqüentemente, atribuindo-lhe o ônus de suportar os prejuízos pelo o seu agir em desconformidade com os ditames da boa-fé processual.

Casos em que, portanto, a multa deve incidir apenas durante aquele período de tempo considerado razoável para o adimplemento por parte do devedor; após esse tempo, a conduta esperada do credor é a de que ele comunique ao juízo o descumprimento da ordem judicial pelo devedor e busque a efetivação do seu direito, colaborando com o magistrado para juntos encontrarem a melhor solução para caso concreto.

Contudo, se de todo modo o credor opta pela não coparticipação, com intuito de ver crescer o montante da multa coercitiva, fica configurada conduta abusiva e contrária à boa-fé, portanto, inadmissível.

Como sanção ao ato praticado, entende-se que o juiz poderá reduzir ou até mesmo excluir o valor fixado a título de astreinte, não porque o valor exorbitante da multa caracteriza enriquecimento ilícito, mas sim, em razão da flagrante ofensa ao princípio da boa-fé objetiva processual e aos seus desdobramentos, com fundamentos na não observância dos arts. 5º; 6º e 77, IV, CPC/15 e do dever de mitigação do prejuízo, bem como mediante a aplicação da *suppressio* processual.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 2. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*: São Paulo. RT, 2005.

DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Supressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie et. al. *Curso de direito processual civil*. V. 5. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 171, 2009.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 127, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Ordem Processual Civil Vigente. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, V. 247, set. 2015.

FARIA, Márcio Carvalho. *A Lealdade Processual, o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Experiência Portuguesa*. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf. Acesso em: 05 nov. 2018.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, V. 19, p. 109-119, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Adimplemento e Inadimplemento*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj.pdf. Acesso em: 22 jan. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. V. 14. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

_____. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. *Revista do Advogado – O novo Código de Processo Civil*. São Paulo: AASP, 2015, n. 126.

_____. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Disponível em: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/49871/31208. Acesso em: 07 mar. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed. São Paulo: Saravaia, 2010.

_____. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em: 31 fev. 2019.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2013.

_____. El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, V. 196, 2011, p. 131-162.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1). *Revista de Processo*, V.244, p.88-151, 2015.

_____. O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 2 - Continuação). *Revista de Processo*, V. 244, p.151-221, 2015.

ROMEU, Talita. O Princípio da boa-fé e o Instituto da Preclusão: a Supressio Processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie(coord). *Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, V. 2, 2010.



A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A FALÁCIA DE SUA PRIVATIZAÇÃO

Josué Ferreira dos Santos Júnior

Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo – O presente trabalho busca trazer à reflexão vez que o Brasil possui atualmente mais de 600 mil presos, que o coloca em quarto lugar no ranking de países com população carcerária. O atual cenário é uma total falta de estrutura não se adequando às normas estabelecidas e positivadas do direito Penal. Para atingir esse escopo, aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana junto aos presidiários, como forma de recuperar a qualidade de vida dentro de um presídio, refletindo sobre eventual solução que seria a privatização. Pretende-se nesse trabalho aferir os direitos dos presidiários aos quais o governo deve garantir.

Palavras-chave – Direito Penal. Sistema Prisional. Crise. Privatização. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. Os reflexos do desrespeito à Constituição federal culminando na ineficácia da lei de Execução Penal. 2. A garantia da dignidade da pessoa humana em confronto a função punitiva do Estado à luz da imaginável solução da privatização. 3. A ineficácia do Sistema Prisional frente a Responsabilidade do Estado como Garantidor da Eficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática da superlotação dos presídios brasileiros e a temática da sua privatização, observando-se a aplicabilidade das normas de direitos positivadas sobre o tema, além das garantias constitucionais previstas. Procura-se demonstrar que a privatização não irá oferecer o mesmo nível de serviços, segurança e proteção que a Administração Pública, ademais não apresentarão uma redução significativo de custos.

Para tanto, abordam-se as questões doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais deverão ser zeladas pelo Estado.

Na Constituição, os direitos e garantias fundamentais foram consagrados de forma inovadora. Desde o seu preâmbulo, inclui além dos direitos civis e políticos também os sociais.



O poder estatal passou a utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.

Desta forma, favorece as seguintes reflexões: A Crise do Sistema Carcerário reflete o desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? A privatização dos presídios solucionaria os problemas do sistema carcerário Brasileiro? Os deveres do Estado seriam cumpridos nos presídios privados?

O tema é controverso e merece atenção, uma vez que o Brasil é a 4ª maior população, com mais de 600 mil pessoas encarceradas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os reflexos do desrespeito à constituição federal culminando na ineficácia da lei de Execução Penal.

No segundo capítulo, aborda-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio Constitucional que não seria solucionado através da privatização, não sendo cabível a transferência de responsabilidade.

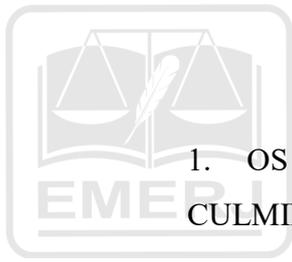
No terceiro capítulo, aborda-se a ineficácia do Sistema Prisional frente à Responsabilidade do Estado como Garantidor da Eficiência.

Esta pesquisa visa a contribuir propondo aplicações imediatas, a fim de reverter à atual situação de crise em que se encontra o Sistema Penitenciário Brasileiro. As atuais rebeliões e incidentes dentro dos presídios refletem o total descaso do Governo frente aos encarcerados.

É inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, 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. OS REFLEXOS DO DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL CULMINANDO NA INEFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em relação a todos os princípios basilares contidos na Constituição, no que se refere à Execução Penal, verifica-se o desrespeito com praticamente todos os princípios nela contidos, sendo que o preso é lançado a condições degradantes e sub-humanas, infringindo assim inúmeros direitos e garantias constitucionais inerentes a qualquer pessoa.

Nesse sentido diz Leal¹:

Diante dos direitos e garantias constitucionais asseguradas a todo cidadão, o dispositivo pode parecer desnecessário. Porém, num país, onde a pessoa do preso não tem merecido a menor consideração, parece-nos que a disposição legal acima transcrita é de todo recomendável e útil. É preciso respeitar o preso, assegurando-lhe o cumprimento da pena dentro dos limites impostos pela própria lei.

A sanção imposta ao apenado ultrapassa os limites da pena, o cárcere é muito mais severo do que o próprio tempo de pena a cumprir, a falta de direitos basilares e a situação degradante a que estão inseridos torna a realidade o oposto das condições expressas na Constituição.

O próprio Estado que deveria resguardar os preceitos contidos na Constituição, é que com mais veracidade, desrespeita, infringe e não faz valer o valor contido na norma.

Não há que se falar apenas na ineficácia da Execução Penal, mas também na ineficácia da própria Constituição, que não deve ser vislumbrada como apenas uma carta de recomendações, com princípios utópicos. Se o legislador contemplou na Lei garantias fundamentais a todos os homens, deve o mesmo criar meios de executar todos estes preceitos e fazer valer o conteúdo de nossa Lei magna.

Podem-se numerar diversos reflexos frente ao desrespeito a constituição como o retorno a criminalidade, o preconceito, da não prestação dos direitos dentre outros.

Por sua vez, a palavra ineficácia em sentido *stricto sensu* está vinculada ao conceito de deficiência, ou seja, a carência, a falha na execução de algo.

Em relação à ineficácia da Lei de Execução Penal, afirmasse que a legislação referida possui defeitos e não está sendo aplicada de acordo com os seus preceitos, sendo impossível atingir os seus objetivos maiores, que são, a execução da sanção imposta pelo

¹ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. Belo Horizonte:Del Rey, 1998. p.87-88.



Estado, empregando em seus meios o respeito à dignidade do preso, e a ressocialização do encarcerado.

Os objetivos da Execução Penal, ora mencionados, estão inseridos no conteúdo da LEP, o qual observa-se: 1) efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal; 2) proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. A Lei se distancia da realidade que esta contida no sistema prisional e torna-se utópica frente à falência do Estado.

Por sua vez o doutrinador Mirabete ² dispõe:

A Lei de Execução Penal é, de uma maneira geral, inexequível. Suas disposições consubstanciam, sem dúvida, o resultado dos estudos mais avançados sobre a matéria, mas não houve a preocupação de se alevantarem as estruturas existentes e necessárias para a sua efetivação, constituindo-se mais, em uma lei de caráter utópico, sem o devido embasamento na realidade social do nosso país.

Diante do exposto é de se observar que tal desrespeito e inaplicabilidade de normas positivadas acarretam revolta dos presos, pois os mesmos estão expostos a superlotação, a falta de infra-estrutura, e todos os demais problemas que concebem a falência prisional, não gerando assim a esperada reinserção na sociedade.

A sociedade por sua vez apresenta duas fortes interferências no que se refere ao preconceito contra o apenado. A primeira corresponde à idéia de que preso está em melhor situação do que as pessoas que vivem livres. A segunda, que o apenado sempre vai ser um criminoso, sendo impossível acreditar na sua recuperação.

Todavia é impossível ressocializar alguém, em um ambiente inadequado e cenário para o cometimento de tantas ilegalidades. Não se pode repreender o encarcerado se o próprio Estado a quem todos estão subordinados é o principal infrator das Leis que ele mesmo, cria e deve executar.

De acordo com o Bittencourt³, “A superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.”

A inobservância com a falta da prestação dos direitos básicos inerente aos presos, a situações negligentes a que estão submetidos, levam a um total esquecimento por parte

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210*, 8.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p.88-89.

³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1993.



dos governantes e legisladores. Em toda Execução Penal, pode-se observar várias situações que levam a afirmação de que o Estado trata com descaso todo o processo executório penal.

Ao analisar esta questão Falconi⁴ ressalta:

O próprio sistema agride o preso, como então ele poderá acreditar na sua ressocialização se o próprio órgão responsável em corrigir o seu desfio de conduta, o cola a margem da sociedade e o estigmatiza, incentivando toda a sociedade a pratica de atos preconceituosos.

O próprio Estado que deveria resguardar os preceitos contidos na Constituição, é que com mais veracidade, desrespeita, infringe e não faz valer o valor contido na norma. Não há que se falar apenas na ineficácia da Execução Penal, mas também na ineficácia da própria Constituição, que não deve ser vislumbrada como apenas uma carta de recomendações, com princípios utópicos. Se o legislador contemplou na Lei garantias fundamentais a todos os homens, deve o mesmo criar meios de executar todos estes preceitos e fazer valer o conteúdo de nossa Lei magna.

Precisa-se ter a certeza ora afirmada, de que uma coisa é certa, o preso retornará a sociedade, e de acordo com o seu tratamento, sentirá a necessidade de retribuir as situações que foi exposto. Será um espelho de todas as desigualdades vivenciadas.

Sendo assim, as péssimas condições do sistema prisional, o descaso do Estado, a inércia da sociedade apenas contribuem a falência do sistema e a revolta do encarcerado, que ao ganhar a liberdade não se sentira inserido em meio algum, e marginalizado não respeitara contrato social algum, e provavelmente voltará a interferir no bem comum, ou seja, a paz social.

2. A GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONFRONTO À FUNÇÃO PUNITIVA DO ESTADO À LUZ DA IMAGINÁVEL SOLUÇÃO DA PRIVATIZAÇÃO

Define-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, 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

⁴ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. Curitiba: Icone, 1984, p. 111.

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 dos demais seres humanos.

A pessoa traz consigo uma dignidade a ser respeitada e, a partir dela, desenrolam-se todos os princípios basilares da relação entre direito penal e constitucional e da organização como Estado Federativo.

Immanuel Kant⁵ acredita que o homem não pode ser tratado como um objeto, como um meio para atingir um determinado fim. Parte do pressuposto da autonomia do ser humano que, racional por natureza, deve ser tratado como um fim em si mesmo, diferentemente dos animais ou dos objetos, que possuem um preço equivalente.

Destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana disposto no art 5º, inciso XLIX da Constituição Federal retrata a preocupação do legislador com a proteção da integridade do preso, apesar de estar amplamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, tal dispositivo não tem encontrando uma efetivação satisfatória no que diz respeito à pessoa e à integridade física e moral dos apenados. Busca-se muito mais a satisfação em ver o apenado “pagar pelo que fez” do que a recuperação desde indivíduo para uma reinserção na sociedade.

A dignidade da pessoa humana é o sentido da ordem jurídica, e ainda mais especificamente da ordem penal e processual penal. Toda e qualquer função normativa deve partir e chegar de tal ponto, devendo ser, assim, a dignidade o princípio norteador do sistema jurídico atual.

Nesse sentido, Piovesan⁶ diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Deve-se entender que pessoa humana traz consigo uma dignidade, e esta deve ser respeitada mesmo quando se está a limitar, em razão da pena, alguns direitos inerentes ao ser humano.

Segundo Capez⁷ afirma:

⁵ KANT, Immanuel – *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.185.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.502.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.205.



Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático.

Desta forma pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, põe o homem como centro de toda a organização política e do próprio Direito. O Estado deve existir de maneira a suprir as necessidades da pessoa humana, de viver em liberdade e em condições que possam facilitar seu desenvolvimento e a sua personalidade, mesmo que em condições de criminoso. Pode-se assim dizer, que, cabe ao Estado e ao Direito, dar acesso às condições necessárias para a imposição de uma pena socialmente útil.

Não haverá dignidade enquanto houver multidões de detentos passando fome, convivendo diariamente com a falta de saneamento, de educação, de trabalho, e de uma justiça efetiva. O detento deve ter a seu alcance os mesmos direitos e garantias do que qualquer cidadão e merecem a mesma proteção do Estado.

Assim, o preso deve ser tratado como um cidadão e, com isso, deve ser respeitado. Este processo deve desenvolver todas as potencialidades do apenado de maneira a assegurar um retorno à vida em sociedade, pois sem essa expectativa o ser humano tem a tendência de aumentar a violência e a criminalidade. Para que se coloque em prática efetiva o princípio da dignidade humana é preciso diminuir o avanço da criminalidade e garantir as condições mínimas de vida aos detentos.

Diante dessa falta de compromisso por parte do Estado, que não presta à assistência devida, surge a ideia de uma possível e arriscada solução: a privatização do sistema penitenciário, que consiste na participação direta da iniciativa privada na gestão de prisões juntamente com o Estado.

É válido frisar que um dos maiores e, talvez o maior problema, é a superpopulação carcerária. Disso não há discordância. As penitenciárias acabam por causar ao indivíduo situações degradantes e humilhantes, que fogem e muito do verdadeiro fim a que se destina a pena de prisão.



No Brasil, impera no campo da privatização de presídios o modelo de terceirização ou co-gestão dos serviços penitenciários. A base legal para os contratos de terceirização é a Lei nº 8.666/93⁸, a referida lei de Licitações.

Neste sistema, o Estado entrega por um período de um a cinco anos uma prisão já construída para uma empresa, que fica encarregada de toda a administração interna, da cozinha aos agentes penitenciários.

A primeira experiência de administração prisional com relevante participação da iniciativa privada (já que há muito tempo havia experiências com o fornecimento da alimentação por empresas e cooperativas), data de 12 de novembro de 1999, dia em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, distante 265 km de Curitiba.

Em Guarapuava, foram terceirizadas atividades como alimentação, vestuário, higiene, assistência médica, psicológica e odontológica, bem como a segurança interna e a assistência jurídica. Estas incumbências ficaram a cargo da Humanitas Administração Prisional S/C, subsidiária da empresa Pires Serviços de Segurança.

Contudo a presença de empresas na execução penal não encontra resguardo sob o ordenamento jurídico brasileiro por ser o poder jurisdicional do Estado indisponível e indelegável.

Pois assim destaca, Minhoto⁹ “de que os interesses privados das companhias passem a influir crescentemente na definição dos termos e na condução da política criminal”

Ou seja, com o surgimento de um mercado correcional haveria o incentivo para que as empresas interessadas nos contratos públicos fizessem lobby para que mais prisões fossem construídas, bem como para que as penas se tornassem mais rígidas, já que tais medidas acabariam por aumentar o lucro das empresas.

Em suma, combate-se a exploração do trabalho do preso pela empresa privada, e o possível apego ao lucro excessivo, problema sobremaneira preocupante. O lucro faz parte do conceito de empresa, e muitas vezes a probidade e a ética são deixadas em segundo plano, colocando-se em primeiro os cifrões das moedas.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8666/93*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.

⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.p.135.



Cirino dos Santos¹⁰ entende que o trabalho do preso não pode ser supervisionado por uma empresa privada:

No Brasil, o legislador definiu o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva (art. 28 e §§, LEP), mas com duas importantes limitações: o trabalho do condenado somente pode ser gerenciado por fundação ou empresa pública e deve ter por objetivo a formação profissional do condenado (art. 34, LEP).

Receia-se, como já assentado, que a voracidade com que as empresas administradoras de presídios buscariam os lucros, poderia macular os ideais constitucionais da dignidade da pessoa humana, como bem apontam os professores infra alinhavados.

A privatização assim teria um efeito deletério, buscando as empresas do ramo, quem sabe, a aplicação do direito penal do inimigo, para que suas celas estejam cada vez mais repletas de infratores e conseqüentemente seus lucros sejam maiores.

3. A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL FRENTE À RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO GARANTIDOR DA EFICIÊNCIA

Segundo reportagem¹¹ com base em dados fornecidos pelos governos dos 26 estados e do Distrito Federal referentes a maio deste ano, há um déficit de 244 mil vagas no sistema penitenciário, o Brasil já conta com 615.933 presos. Destes, 39% estão em situação provisória, aguardando julgamento.

Sabe-se que o preso encarcerado gera uma série de custos para o Estado. O que poucos sabem é a respeito da responsabilidade de custódia do Estado.

É importante destacar que a responsabilidade civil do Estado passou por três fases distintas: (1) fase da irresponsabilidade (Estado não respondia por danos causados aos particulares); (2) fase civilista (Estado responde, mas apenas se o dano tivesse sido causado por culpa ou dolo de um funcionário); (3) fase publicista (Estado passa a responder, segundo princípios do direito público).

Pode-se assegurar que a responsabilização estatal se consubstancia em dois fundamentos distintos: culpa administrativa e o risco administrativo. A culpa administrativa significa que o Estado irá responder, se o dano tiver origem em um serviço

¹⁰ SANTOS, Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro Forense, 1985, p.227.

¹¹G1. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 30 abr. 2019.



estatal defeituoso, ou seja, se analisa o desempenho do serviço público prestado. Por sua vez, no risco administrativo, o Estado responderá objetivamente pelos danos que causar, independentemente de culpa.

Sendo assim, a responsabilidade do Estado será objetiva em virtude da conduta comissiva do Estado e por exercício de uma atividade de risco. Por sua vez, a responsabilidade será subjetiva por conduta omissiva do Estado, por condutas omissivas ou comissivas de pessoas jurídicas de direito privado estatais exploradoras de atividade econômica, e quanto à responsabilidade civil do agente público.

Com relação aos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva, porém, com fundamento na culpa administrativa. Quer dizer, a culpa administrativa ocorre quando se demonstra que o serviço é defeituoso (também chamada de falta do serviço), ou seja, que o serviço estatal funcionou mal, funcionou intempestivamente, ou, quando não funcionou.

O Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento do ARE nº 700927¹², com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a partir do momento em que o indivíduo é preso, este é posto sob a guarda, proteção e vigilância das autoridades policiais, que têm por dever legal tomar todas as medidas que garantam a incolumidade física do detido, com base no art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88, quer por ato do próprio preso (ex. suicídio), quer por ato de terceiro.

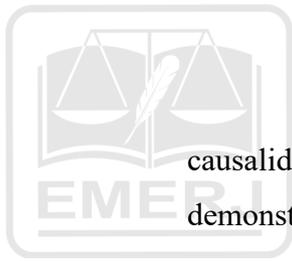
O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 841526/RS¹³ fixou a seguinte tese em repercussão geral: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.

Dessa forma, a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em virtude da omissão específica em cumprir o dever de incolumidade física e moral do detido, conforme previsão constitucional. Contudo, é importante destacar que a responsabilidade civil será regida pela teoria do risco administrativo.

Sendo assim, o Estado poderá ser dispensado de indenizar se ficar demonstrado que não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano. Rompe-se o nexo de

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 700927*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 841526/RS*. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>>. Acesso em: 15 mar. 2019.



causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal. Ou seja, o Estado poderá demonstrar uma das hipóteses de excludente da responsabilidade.

A Administração Pública torna-se responsável por manter intactos todos os direitos do preso que não foram restritos ou eliminados pela pena conforme art. 3º da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84.

Porém, mais do que a liberdade, o preso perde sua dignidade. Tratado de forma absolutamente desumana na maioria dos casos, o preso é submetido a constante degradação física e mental. Aliás, a maioria das penas privativas de liberdade pode ser considerada como uma situação inconstitucional, pois viola a proibição de penas cruéis conforme art. 5º, XLVII, e da CFRB/88.

Assim, qualquer dano causado ao preso, mesmo que não tenha origem em conduta de agente público, deve ser indenizado pelo Estado. Ressalte-se que a responsabilidade civil da Administração Pública por condutas omissivas é regida pela teoria da falta do serviço, ou seja, o Estado é responsável se o serviço público funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado. Ora, qualquer dano sofrido pelo preso no interior do presídio demonstra claramente que o serviço penitenciário não funcionou de maneira adequada.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁴ entende que há responsabilidade do Estado quanto aos detentos estando eles no presídio, no caso de um causar dano a outro. Assim, vê-se que essa responsabilidade deve ser estendida, também, em relação aos danos causados por presos que, por omissão do Estado, fugiram e causaram crimes às pessoas da sociedade. O Estado, pois, tendo o dever legal de tutela dos presos, deveria assumir, de forma objetiva, essa responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal¹⁵, por sua vez, tem entendido que não há responsabilidade do Estado, nem mesmo a responsabilidade subjetiva, visto que falta o nexo entre a conduta estatal e o crime cometido pelo foragido.

No caso, em estudo, um apenado fugitivo, invadiu a casa das requerentes, portando arma. Após a recusa do pedido de dinheiro, o delinquente proferiu ameaças contra as autoras e estuprou uma delas, de apenas 12 anos de idade.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁵ *Ibidem*.

A ação de indenização por danos morais contra o Estado do Rio Grande do Sul foi julgada procedente em 1ª instância, mediante acórdão proferido pela Décima Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com a seguinte redação "falha evidente do Estado na fiscalização do cumprimento da pena pelo autor do fato, que, apesar de ter fugido em sete oportunidades, não foi sujeito à regressão de regime" (fl. 260, ementa do acórdão).

Insatisfeito, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs um recurso extraordinário, RE nº 409203/RS¹⁶, sua defesa, em suma, alegava que o dano decorreu exclusivamente de ato de terceiro, não havendo de se falar em responsabilidade do Estado. Concluiu sustentando a inexistência do nexo causal entre a suposta falha no serviço estatal e o dano sofrido.

Em parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, deliberou-se pelo não conhecimento do recurso e, no caso de julgamento, a improcedência.

O Ministro-Relator, Carlos Velloso, baseando-se no RE nº 369.820/RS¹⁷, transcrito no decorrer de seu voto, e citando autores de grande renome como Hely Lopes, Celso Antônio Bandeira de Mello e Álvaro Lazarini, decidiu no sentido de inexistência do nexo de causalidade, apesar da evidente falha do serviço. Entretanto, ficou-se aguardando vista do ministro Joaquim Barbosa.

O ex-ministro Joaquim Barbosa conheceu o recurso, todavia negou-lhe provimento e o julgamento foi suspenso, já que a ministra Ellen Gracie formulou um pedido de vista. Por derradeiro, a Turma em votação majoritária, conheceu e negou o provimento ao recurso extraordinário, vencendo-se o ministro-relator que havia sido favorável ao recurso e o acórdão foi lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

A justificação de tal decisão está alicerçada na omissão estatal, a qual propiciou ao infrator praticar crime de estupro contra menor de idade no período em que deveria estar submetido à prisão.

O nexo de causalidade comprova-se na inexecução da lei de execução penal, que se devidamente cumprida não resultaria na possibilidade de fuga, pela oitava vez, do meliante e o conseqüente cometimento de um crime bárbaro como o estupro.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 409203/RS. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE nº 369.820/RS. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2081917>>. Acesso em: 15 mar. 2019.



CONCLUSÃO

Certo é que essa pesquisa constatou, como problemática principal, a questão da relativização de alguns princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade de pessoa humana.

O debate se materializa pelo fato que a Constituição da República narrar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ainda relata que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Diante do exposto, concluiu-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, elevando-o a um Estado Democrático de Direito, que tem como seu fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

Assegura-se nesta pesquisa que o *ius puniendi* do Estado não é ilimitado, absoluto ou quicá incondicionado. Há limites necessários, cuja finalidade é a adequação do Direito Penal ao Estado Constitucional Democrático de Direito, fundado na invariante axiológica da dignidade da pessoa humana.

Quando o Estado pune penalmente o infrator, ele lhe retira o direito à liberdade, mas os demais direitos compatíveis com a limitação de “ir e vir” devem ser preservados, o que não ocorre atualmente no sistema carcerário brasileiro.

No momento em que se defende a garantia dos direitos fundamentais, e o respeito à dignidade do cidadão-presos, é necessário que o Direito Penal seja interpretado à luz da Constituição e compreendido como *ultima ratio*, no sentido de atuar apenas quando os demais ramos do Direito forem incapazes de tutelar os bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade.

É preciso entender a violência como um traço característico da sociedade. O conflito integra a evolução do homem. Estão presentes em instituições como família, trabalho, escola, poderes políticos, também na própria justiça. Possuem concepções distintas, dependendo do grupo social em que se inserem. Porém, atualmente, crime passou a ser sinônimo de pobreza. E na tentativa de solucionar a violência e o crime, propagam-se a punição e a repressão, como forma de exclusão dos criminosos. Como se o sistema penal pudesse resolver os "problemas sociais". Como se a sociedade pudesse estar isenta de conflitos.



O custo dos presos em penitenciárias públicas varia muito com relação ao estado, mas a média nacional gira em torno de R\$ 2.400,00.

O slogan do complexo penitenciário privado é “menor custo e maior eficiência”. Mas o que significa essa eficiência? Dois casos de eficiência possível no sistema prisional: diminuição do número de prisões e efetiva ressocialização de um preso. Contudo, no caso de um presídio privado, a eficiência é exatamente o aumento do número de prisões. Tendo em mente o interesse público de menores taxas de encarceramento, tratamento digno aos presos e menor gasto público com prisões, é imprescindível o questionamento: quanto uma empresa de fato estaria interessada na ressocialização de um preso frente ao lucro que obtém de seu encarceramento?

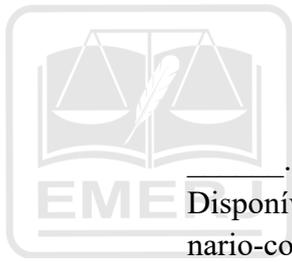
Por exemplo, uma das obrigações do estado de Minas Gerais com relação ao presídio privado de Ribeirão das Neves ao qual é totalmente privatizado é manter uma “demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal, durante o contrato”. Ou seja, durante 27 anos, 90% das 3336 vagas devem estar sempre ocupadas. Em entrevista à Agência Pública, Robson Sávio, coordenador do Núcleo de Estudos Sociopolíticos da PUC-Minas e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, disse que acredita numa eficiência não voltada à ressocialização dos presos, mas sim a um maior número de prisões.

Diante dos argumentos apresentados, conclui-se que a privatização não trará a solução para a atual crise do sistema penitenciário vez que a mesma só terá solução caso haja a integração de todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de toda a sociedade, sendo assim será possível garantir uma sociedade mais justa, segura e igualitária, na qual todo homem tem a sua dignidade respeitada. Posto que a Constituição Brasileira de 1988 não é apenas uma folha de papel, mas um instrumento garantir dos direitos humanos e um importante documento para a transformação social.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 8666/93*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm> Acesso em: 30 abr. 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 700927*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22059736/recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 841526/RS*. Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 172.025/RJ*, Relator: Ministro Ilmar Galvão Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE nº 369.820/RS*. Relator Carlos Velloso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2081917>>. Acesso em 15 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

G1. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>> Acesso em: 30 abr. 2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*; tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*, Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

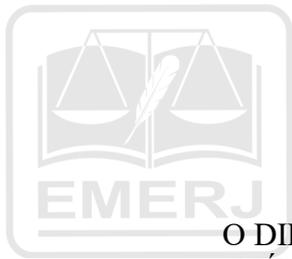
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210*, 8.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

VOLTAR AO SUMÁRIO 

SANTOS, Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.





O DIREITO DE LAJE COMO UM INSTRUMENTO DA REGULAMENTAÇÃO DOS NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Juliana Carepa Monteiro

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – As ocupações urbanas irregulares, especialmente, a forma de ocupação popularmente chamada de puxadinho antes de ser regulamentada criava abissais embaraços práticos ao direito à moradia, tais como: a ausência de registro imobiliário, de um endereço formal, impossibilidade de compra e venda, tributação e outros. Diante disso, discute-se as mudanças que a criação formal do direito de laje trouxe em relação à efetivação do direito à moradia do detentor da laje. Nesse contexto, constata-se que com o advento do direito de laje como um direito real autônomo e registrável, permitiu-se a proteção jurídica do direito do lajeário, podendo então usar, gozar e fruir do bem, assim como permitiu ao seu detentor solucionar suas problemáticas jurídicas diárias, conseguindo exercer o seu direito fundamental à moradia

Palavras-chave – Direito civil. Direito de Laje. Núcleos urbanos informais. Regulamentação direito à moradia

Sumário – Introdução. 1. A realidade jurídica das edificações antes de serem regulamentadas pelo direito de Laje e os problemas jurídicos que feriam o direito à moradia 2. As mudanças da realidade jurídica dos núcleos urbanos de edificações informais com o advento da Lei nº 13.465/17 3. A autonomia do lajeário sobre a “laje” como efetivação do direito fundamental à moradia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o tema do direito de Laje como um instrumento da regulamentação dos núcleos urbanos de edificações informais e efetivação do direito à moradia.

O Brasil tem uma problemática que perdura há séculos – as ocupações urbanas irregulares, especialmente, a forma de ocupação popularmente chamada de “puxadinho”.

A referida prática antes de ser regulamentada criava abissais embaraços práticos ao direito à moradia, tais como ausência de registro imobiliário, impossibilidade de compra e venda, tributação e outros.

Nesse contexto, com o advento da Lei nº 13.465/17, a laje, o famoso puxadinho, vem a ser um direito real autônomo, o que poderá solucionar esses problemas práticos que impediam

a regulamentação do direito à moradia, que faz parte da realidade cotidiana de muitos brasileiros.

O enfoque do estudo é a temática da formalização do direito de laje por escritura pública ou particular como modo de efetivar o direito fundamental à moradia, tendo em vista que a regularização da propriedade é muito importante para o ordenamento urbanístico da cidade e, conseqüentemente, visa conferir de alguma forma dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica do direito fundamental à moradia.

O primeiro capítulo do trabalho trata da realidade jurídica dos núcleos urbanos de edificações informais antes de serem regulamentados e os abissais problemas jurídicos que feriam direito fundamental à moradia.

Na seqüência, o segundo capítulo trata da mudança da realidade jurídica do dos núcleos urbanos de edificações informais com o advento da Lei nº 13.465/17 e reconhecimento da laje no rol dos direitos reais autônomos registrável, de modo a viabilizar a regulamentação de edificações informais com o fim de dar solução jurídica para problemáticas práticas do dia a dia do lajeário.

O terceiro capítulo, por sua vez, irá demonstra que com o direito de laje como um direito real autônomo, registrável com matrícula própria, pode dar para milhares de pessoas que se encontravam à margem da lei, a regularização das suas edificações, dando aos envolvidos segurança jurídica, contribuindo para pacificação social e a possibilidade de exercer plenamente o direito fundamental à moradia.

Enfim, demonstra-se que o direito de laje permite que seja exercido, em sua plenitude, o direito à moradia.

Quanto a metodologia da presente pesquisa, a qual busca validar o estudo a ser elaborado, consiste em uma pesquisa qualitativa, com a revisão de bibliográfica da doutrina sobre o instituto jurídico do direito real de laje, análise da legislação, especificamente do código civil e Lei nº 13.465/17, bem como análise de alguns julgados sobre a tese a ser sustentada.

O método utilizado para o referido estudo é o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora faz uma investigação científica e constrói uma possível resposta ou solução para uma problemática colocada no estudo.

1. A REALIDADE JURÍDICA DAS EDIFICAÇÕES INFORMAIS ANTES DE SEREM REGULAMENTADOS PELO DIREITO DE LAJE E OS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE FERIAM DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

As edificações irregulares, ou famosos “puxadinhos” são uma realidade urbanística no Brasil, especialmente nas favelas.

A construção de unidades de habitação no piso superior ou inferior de um imóvel já construído, seja para ampliar a família, seja para proporcionar o nova fonte de renda para o dono do imóvel é uma realidade social.

No entanto, as resoluções de conflitos em torno da laje, não tinham qualquer respaldo do direito positivo, gerando abissais problemas jurídicos, antes do advento da Lei n^o 13.465/17¹, que modificou o código civil para introduzir a laje no rol de direitos reais, a instituindo como direito real autônomo.

Antes do direito de laje, não havia regularização dessas milhares de edificações irregulares por todo o país, gerando aos envolvidos a impossibilidade de exercício do pleno direito fundamental à moradia (art. 6^o CFRB), uma vez que não se tinha registro imobiliário do seu direito, e como consequência, não tinha a cobrança correta de tributos, não se podia ceder ou vender a laje, bem como em caso de dissolução de casamento não era possível a partilha da laje ou não era possível resolver problemas sucessórios relacionados aquela edificação.

Em outras palavras, todas as relações atreladas a situação da laje até o advento da Lei n^o 13.465/17², se encontravam sem solução jurídica, colocando os lajeiros à margem da lei e à margem das soluções jurídicas estatais, sem poder exercer o seu direito autônomo de moradia com suas consequências e de forma digna e plena³.

Nesse sentido, pode ser lembrado que em pesquisa de campo em uma favela realizada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos⁴, nos anos 70, o Estado não podia ser chamado para resolver os conflitos jurídicos diários em favelas, local principal em que tem as

¹ BRASIL. *Lei n^o 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019

² idem.

³ FARIAS, Christiano Chaves de. *Direito de Laje: do Puxadinho à Digna Moradia*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodvm, 2018.

⁴ SANTOS, apud ibidem; p.13

edificações irregulares, e ele verificou a existência de várias instituições, que não as estatais, para resolução desses conflitos.

Isso porque a população não pensava em acionar o judiciário, pois não tinham os títulos legítimos de suas propriedades e o Estado seria uma espécie de inimigo potencial que os reprimiria⁵, já que os títulos de propriedade não eram válidos, a luz do direito oficial, uma vez que as ocupações e edificações irregulares das favelas eram oriundas de atos irregulares.

Sendo assim, a resolução de conflitos era feita pela Associação de moradores, e não era feita pelas instituições jurídicas, deixando essa população à margem do direito oficial.

Comparando a resolução de conflitos pelos moradores de favela por instituições extraoficiais, detectadas por Boaventura de Sousa Santos⁶ na sua pesquisa de campo, do mesmo modo é possível afirmar que estava o lajeário antes da regulamentação do direito de laje, por estarem também à margem do direito oficial.

O lajeário encontrava-se em um limbo completo, pois não se tratava necessariamente de uma construção ilegal, mas também era considerada legal, pois a laje não era considerada como um direito real autônomo regulamentado, e o lajeário não podia resolver quaisquer conflitos diários relacionados a sua moradia, tais como problemas de falta de identificação de um endereço para receber contas à problemas sucessórios.

Além disso, o lajeiro não conseguia efetivamente exercer o seu direito à moradia digna, havia, pois um descompasso entre o direito legislado e o direito construído por milhares de cidadãos no Brasil nas milhares de lajes.

O direito de laje quando não regulado trazia insegurança jurídica para aquele que constitui a laje, já que não se encontrava solução jurídica para a sua situação.

Em que pese exista quem defenda que o direito de laje já estaria regulado pelo direito de superfície (art. 1.369 do CC), especificamente para estes, o direito de laje seria um direito de sobrelevação, direito real de superfície sobre superfície, ou superfície em segundo grau)⁷, o qual não se encontra regulado no código civil, porém essa não parece ser a melhor interpretação.

⁵ Ibid., p. 14.

⁶ Ibid., p.15

⁷ SIEIRO, Rafael. *Relação entre o direito de laje e o direito de superfície*. Disponível em: <https://direitoimobiliarioatualizado.com/2017/12/07/relacao-entre-direito-de-laje-e-direito-de-superficie/>. Acesso em: 22 set. 2018

O direito de laje é aquele que se permite que se construa uma nova lâmina de propriedade criada por meio da cessão onerosa ou gratuita, da superfície, superior ou inferior de uma construção, seja sobre o solo ou sobre uma laje, por parte do proprietário⁸.

O legislador não colocou, por sua vez, o direito de laje como uma espécie do direito de superfície, mas sim como um direito real autônomo, conforme a previsão dos artigos 1.510-A e art. 1.225, XIII do Código Civil

Além disso, os institutos são distintos, o direito de laje é perene, é possível o registro da laje com matrícula própria, bem como há possibilidade de não subsunção ao regime do condomínio edilício, sendo, ainda, um direito real autônomo.

Sendo assim, constata-se que os detentores do direito de laje, antes da regulamentação, ainda estava no limbo jurídico e não já regulados como espécie de direito de superfície.

Por fim, o lajeário como antes estava à margem do direito oficial, e, embora a nova regulamentação não resolva toda a questão social atinente ao crescimento urbano desordenado, o qual é necessário não apenas de leis, mas políticas públicas, ao menos retirou do "limbo da invisibilidade" uma situação social tão comum nas cidades brasileiras⁹.

2. AS MUDANÇAS DA REALIDADE JURÍDICA DOS NÚCLEOS URBANOS DE EDIFICAÇÕES INFORMAIS COM ADVENTO DA LEI 13.465/17

A Lei nº 13.465/17¹⁰, conversão da Medida Provisória nº 759 de 22 de dezembro de 2016, inseriu no Código Civil uma nova espécie de direito real: a laje, art. 1.225, XIII, inserindo, ainda, o referido direito no art.1510-A e seguintes do código civil.

O advento da supracitada lei traz benefícios e procura solucionar os problemas cotidianos de muitos brasileiros, especialmente, da realidade jurídica dos núcleos urbanos de edificações informais, tendo em vista o reconhecimento da laje no rol dos direitos reais autônomo e registrável, de modo a viabilizar a regulamentação dessas edificações com o fim

⁸ MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.11

⁹ STOLZE, Pablo. *Direito Real de Laje: A Medida Provisória sobre o puxadinho* Disponível em: < <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geradireito-real-de-laje-a-medida-provisoria-sobre-o-puxadinho>>. Acesso em: 22 set. 2018

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019

de dar solução jurídica para problemáticas práticas do dia a dia do lajeário — aquele que adquire o direito de laje autônomo.

Nesse sentido, como a laje vem a ser um direito real autônomo, terá, portanto, a oponibilidade *erga omnes* e tem como características: exclusividade, perpetuidade, elasticidade e sequela. Além disso, os direitos reais, diferente dos obrigacionais, são taxativos, uma vez que apenas são reconhecidos por força de lei¹¹.

As características do direito real acima descritas, permitem que o lajeário, antes em um limbo jurídico, possa agora se valer do direito oficial e tenha um direito que pode ser oposto contra todos, *erga omnes*, e como regra geral, pertencente a uma pessoa exclusivamente, podendo impedir o domínio de terceiros e, como regra geral também, esse direito não tem duração, perpétuo, podendo inclusive passar para os herdeiros por meio do direito das sucessões.

Outrossim, pode, ainda, o direito de laje ser destendido ou contraído no seu exercício, ou seja, ter a elasticidade, bem como ter a sequela, sendo uma das características mais importante do direito do lajeário, pois prevê a possibilidade do titular do direito perserguí-lo e reivindicá-lo, em poder de quem quer que esteja.

Em outras palavras, poderá o titular do direito de laje ter a proteção jurídica do seu direito, oponível a todos, assim como, por se tratar de direito real, poderá, adquiri-lo ordinariamente, por negócios jurídicos, entre vivos ou causa mortis; por usucapião, se cumpridos os requisitos exigíveis na lei para tal, sendo este, inclusive, o entendimento firmado na VIII Jornada de direito Civil, no enunciado 627. A propósito, o Tribunal de Justiça de Pernambuco¹² já reconheceu o direito de laje por usucapião.

Além disso, pode o direito de laje ser também adquirido por meio de união estável ou casamento, se o regime for da comunhão universal; por transmissão hereditária automática, por meio da regra da Saisine (art. 1.790 CC)¹³; por sentença judicial, como exemplo a partilha judicial de divórcio; por desapropriação, nesse caso para o poder público expropriante¹⁴, e demais formas de aquisições de direitos reais que estejam previstas em lei e não incompatíveis com o direito de laje.

¹¹ FARIAS.op.cit., p. 103

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Acórdão nº 0071376-44.2013.8.17.0001* Relator: Rafael Menezes. Disponível em: <<https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/DJ>>. Acesso em: 14 abr. 2019

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 3 ed. v.7. Salvador: Juspdvdm, 2017, p.129

¹⁴ FARIAS, op. cit., p.109

A seu turno, outra mudança que a Lei nº 13.465/2017 trouxe, foi a inclusão do parágrafo 9º no art. 176, da lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73¹⁵, que previu a instituição do direito real de laje, por meio de uma matrícula própria¹⁶ no registro, e portanto, cria uma unidade imobiliária autônoma que irá permitir que o de lajeário tenha o seu registro no RGI, independente daquele aplicável à propriedade do solo ou de sua fração ideal¹⁷.

A autonomia entre a laje e a construção base não deverá implicar em incremento de tributação para o edifício principal, já que esse novo imóvel, “laje”, estará submetido a contribuições e tributos próprios, bem como a cada lajeário é atribuída a possibilidade de construir novo direito de laje, acima ou abaixo, da que lhe caiba (art. 1.510-A, §6º CC).

Nesse contexto, vale frisar que o direito de laje não pode ser confundido com condomínio edilício, e da leitura do parágrafo 4º do art. 1.510-A, do código civil, percebe-se que não há no direito de laje o direito traçado sobre áreas comuns, como quintal, por exemplo¹⁸.

No condomínio, por sua vez, é essencial que se tenha a vinculação da unidade autônoma com uma fração do solo onde está edificado o condomínio, o direito de laje é um processo mais simples, não existindo áreas comuns, ou frações ideais. Entretanto, conforme prevê o art. 1510-C, § 1º, do Código Civil, no direito de laje há previsão de áreas que servem a todo edifício, como exemplo pilastras, instalações de água, esgoto e todas as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício. Os custos dessas áreas devem ser partilhados entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato (art. 1.510-C, do CC).

Como já dito acima, a Lei nº 13.465/2017 modificou a lei de registros públicos e trouxe a previsão de registro para o direito de laje. O referido registro deverá ter a descrição completa do imóvel e qualificação dos sujeitos que fazem parte do direito, bem como é por meio desse registro, o ato que constitui ou transfere o direito real sobre bens imóveis.

Sendo assim, o registro irá regularizar a propriedade de quem adquiriu a laje, como um direito real autônomo, (art. 1510-A, CC e art. 179, § 9º, lei 6.015/73) e permitirá o lajeário

¹⁵BRASIL. Lei nº 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019

¹⁶ matrícula constitui o documento físico onde são registrados todos os direitos reais imobiliários ou averbados atos de modificação desses direitos. A lei de registros públicos consagra o princípio da unitariedade matricial, significa dizer, cada imóvel será objeto de uma matrícula e cada imóvel descreverá apenas um imóvel. O referido Princípio está previsto no art. 176, parágrafo 1º da lei de registro público.”

¹⁷ ROSELVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: ><https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifestação-de-propriedade>> Acesso em: 22 mar. .2019

¹⁸FARIAS, op.cit., p.192.

usar, gozar e dispor do bem (art. 1.510, § 3º, CC), o que será muito importante para o ordenamento urbanístico da cidade e, especialmente, para o lajeário que estava a margem da proteção jurídica oficial, assim como, será fundamental para a economia.

A titulação das habitações informais permitirá colocar ativos na economia, passíveis de serem utilizados no mercado e no acesso ao crédito imobiliário, uma vez que as propriedades podem também ser usadas como garantias e partir do momento em que os moradores tiverem os documentos em mãos, e o imóvel poderá, inclusive, ser valorizado¹⁹.

Nesse contexto, entretanto, entende-se que o direito de laje, o registro precisamente, veio para regularizar as construções dos núcleos urbanos informais de baixa renda, e possibilitar o movimento da economia destas pessoas e não ser um direito que sirva à grandes incorporadoras imobiliárias, ou para aqueles que querem fugir das regras do condomínio edilício, art. 1331 e seguintes, do Código Civil, tampouco para o parcelamento do solo urbano, previsto na Lei nº 6.766/79.

Na mesma linha é o entendimento de Francisco Eduardo Loureiro²⁰, que afirma ter o direito de laje uma função de regularizar situações de fato, voltadas para população de baixa renda, que levantou construções sobre construções de titularidades distintas e não pode ou não deve o instituto ser usado por empreendedores imobiliários, como forma de fugir das regras do condomínio edilício.

Dessa forma, a aquisição e o devido registro do direito de laje contribuirá para inserção dos bairros informais e nos sistemas formais de proteção ao direito, e permitirá aqueles que estavam a margem do direito legislado, possam solucionar seus conflitos diários relacionados a sua moradia, de problemas de falta de identificação de um endereço para receber contas à problemas sucessórios.

Além disso, poderão promover a defesa do seu bem, agora também por meio de ações petitorias, resolver os conflitos de partilha de herança, divórcio, a possibilidade de regularizar a tributação do imóvel e, por último, mas não menos importante, poderão identificar o próprio endereço, com o registro e matrícula própria.

Dessa forma, com as mudanças trazidas pela Lei nº 13.465/17, o direito de laje colabora para a concretização do direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição, e poderão

¹⁹ ARAÚJO, Bruno. *A Lei nº 13.465/17 e o Direito de Laje*. Disponível em: ><http://creci-rj.gov.br/a-lei-13-46517-e-o-direito-de-laje/><. Acesso em: 23. mar. 2019

²⁰ LOUREIRO apud FARIAS op.cit., p.192

os moradores dos núcleos informais, com respaldo jurídico, sentirem com relações de pertencimento à cidade e a sociedade.

3. A AUTONOMIA DO LAJEÁRIO SOBRE A “LAJE” COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

A constituição de 1988²¹ consagra de forma expressa um amplo catálogo de direitos sociais. Os referidos direitos estão consagrados em duas partes distintas da Constituição de 1988, no capítulo II “Dos Direitos Sociais” e no título VIII, referente a “ordem social”.

Os direitos sociais, que dentre eles está o direito à moradia, estão consubstanciados no art. 6º CRFB, como normas principiológicas a serem cumpridas na maior medida do possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes²².

Todavia, segundo Gilmar Mendes²³, os direitos sociais foram acolhidos na constituição como autênticos direitos fundamentais e sempre devem ser cumpridos.

Nesse sentido é essencial, portanto, que se analise os direitos sociais, como não apenas uma consagração formal da constituição, já que são fundamentais, mas sim como forma de promover a proteção a dignidade humana para que as pessoas tenham condições dignas de existência.

O direito a moradia é social e fundamental, portanto, e está presente nos tratados internacionais de direitos humanos²⁴, especificamente, no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, o qual foi ratificado e incorporado pelo Brasil pelo Decreto nº 591/92²⁵.

Sendo assim, fica evidente que a efetivação do direito à moradia é muito importante para promoção dos direitos humanos dos indivíduos, uma vez que presente nos principais diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

²² NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito Constitucional*. 11 ed. rev., ampl.e atual.-Salvador: Juspodvm, 2016, p.46

²³MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 8 ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128

²⁴Especialmente no artigo V da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o artigo 14.2 (h) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) , o artigo 21, item 1 e 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)

²⁵ BRASIL. *Decreto n 591 de 6 de julho de 1992*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm >. Acesso em: 5 set. 2018.

Frisa-se, portanto, que os direitos humanos são essenciais, principalmente, para aqueles de baixa renda, local onde tem construções de milhares de edificações irregulares.

Nesse contexto tem a importância do surgimento do direito de laje, pois antes não havia regularização dessas milhares de edificações irregulares por todo o país e não se tinha registro imobiliário do seu respectivo direito e o títulos imobiliários não eram tidos como válidos.

O advento do direito de laje como um direito real autônomo registrável, como já dito, traz a uma matrícula própria da laje, com possibilidade da cobrança correta de tributos, cessão e venda da laje, resolução dos problemas de dissolução de casamento e a partilha da laje, de problemas sucessórios, bem como a possibilidade do lajeário ter um endereço, uma identificação formal daquele morador.

A não identificação do morador, inclusive, com a falta de um endereço, de um referencial espacial, remete a ideia de invisibilidade jurídica, o que o impossibilita contar com o Estado para pacificar seus conflitos, e fere, ainda, a própria dignidade humana, pois quem está na invisibilidade jurídica não seria detentor de quaisquer direitos. Logo, fere os direitos humanos desse morador.

Nesse contexto Cristiano Chaves²⁶ afirma que o direito de laje assegurou a dignidade humana na perspectiva do direito de moradia, art.6º CRFB, e fez surgir, justamente, a possibilidade do referencial espacial do lajeário, o que assevera a fundamentalidade do direito de laje.

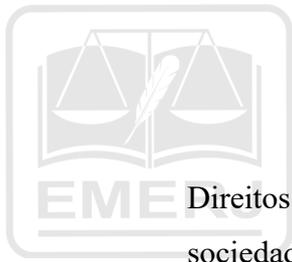
O direito à moradia, que pode ser efetivado pelo direito de laje, engloba a garantia de uma moradia digna, capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas, e, embora não necessite da prerrogativa de ser proprietário do imóvel, a partir do momento que se há o registro do direito de laje, nasce a inviolabilidade do direito de propriedade, art. 5º, XXII da CRFB, que é também um direito constitucional fundamental.

Segundo Nelson Rosenvald²⁷ é possível, inclusive, o reconhecimento da propriedade como direito humano e se prende à função de proteção pessoal seu titular, pois há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.

Além do direito patrimonial da propriedade, pode ser reconhecida a perspectiva existencial do direito a propriedade, pois conforme o art. 17 da Declaração Universal de

²⁶ FARIAS, op.cit., p. 74.

²⁷ Ibid., p. 71



Direitos humanos²⁸ é reconhecido que todo o indivíduo tem direito a propriedade só ou em sociedade com outros e não pode ser arbitrariamente privado de sua propriedade.

Sendo assim, com o direito de “laje” surge o direito de fundamental da propriedade, bem como um direito humano, na possibilidade de permitir autonomia do lajeário sobre a coisa e de não ser arbitrariamente privado dela.

Portanto, o proprietário do direito de laje terá um direito de proteção de um patrimônio, que é um direito fundamental da Constituição de 1988, e da moradia, que é direito social fundamental, como expressão da dignidade humana, uma vez que terá a possibilidade de sair de um limbo jurídico, de invisibilidade jurídica, para ter a proteção estatal dos seus conflitos diários.

Isso porque com o direito real de laje, o lajeário, terá um direito que pode ser oposto contra todos, *erga omnes*, que pode se impedir o domínio de terceiros, podendo ser perpétuo, passar para os herdeiros, por meio do direito das sucessões.

Além disso, porderá ter o lajeário uma identificação espacial da laje, com um endereço e terá a possibilidade do lajeário se sentir como pertencente à cidade e a sociedade.

O lajeário conseguirá, portanto, efetivamente exercer o seu direito fundamental à moradia digna, pois não mais existirá o descompasso entre o direito legislado e o direito construído por milhares de cidadãos no Brasil nas milhares de lajes.

CONCLUSÃO

O presente estudo constatou que o Brasil tem uma problemática que perdura há séculos – as ocupações urbanas irregulares, especialmente, a forma de ocupação popularmente chamada de puxadinho. A referida prática antes de ser regulamentada criava abissais embaraços práticos ao direito à moradia, tais como ausência de registro imobiliário, impossibilidade de compra e venda, tributação e outros.

Nesse contexto, conforme as reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, constatou-se que o Estado não podia ser chamado para resolver os conflitos jurídicos diários em favelas, local principal em que tem as edificações irregulares, uma vez que a população não pensava em acionar o judiciário, pois não tinham os títulos legítimos de suas propriedades e o Estado seria uma espécie de inimigo potencial, deixando

²⁸ BRASIL. *Decreto nº 19.841/45*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

para instituições não oficiais, como Associação de moradores solucionar os conflitos.

Em outras palavras, o lajeário estava à margem do direito oficial, encontrava-se em um limbo completo, pois não se tratava necessariamente de uma construção ilegal, mas também era considerada legal, pois a laje não era considerada como um direito real autônomo regulamentado.

Com o advento da Lei nº 13.465/17, conforme esta pesquisa constatou, a laje vem a ser um direito real autônomo e registrável e terá, portanto, a oponibilidade *erga omnes*, possibilitando a proteção jurídica do seu direito contra todos, podendo gozar, usar, fruir e dispor do seu bem.

Outrossim, o registro da laje será feito como unidade imobiliária autônoma no RGI, conforme o entendimento a que se chegou esse pesquisador é que isto possibilita colocar ativos na economia, por meio da compra e venda da “laje” no mercado e de aquisição de crédito imobiliário, bem como surge a possibilidade do lajeário ter um endereço, uma identificação formal de morador.

Além disso, o direito de laje possibilitou a cobrança correta de tributos, resolução dos problemas de dissolução de casamento, a partilha da laje, problemas sucessórios, bem como possibilitou inserção dos bairros informais nos sistemas formais de proteção ao direito, permitindo aqueles que estavam a margem do direito legislado, poderem solucionar seus conflitos diários pelas instituições jurídicas oficiais.

Dessa forma, o direito de laje assegurou a dignidade humana na perspectiva do direito de moradia, art.6º CRFB, e fez surgir, justamente, a possibilidade do referencial espacial do lajeário, o que assevera a fundamentalidade do direito de laje.

Por outro lado, frise-se que a regulamentação da laje não resolve toda a questão social atinente ao crescimento urbano desordenado, o qual é necessário não apenas de leis, mas políticas públicas. Todavia, com o seu surgimento já retira-se de um "limbo da invisibilidade" uma situação social tão comum nas cidades brasileiras.

Sendo assim, com o direito de laje, o lajeário poderá se sentir como pertencente à cidade e a sociedade e conseguirá, efetivamente, exercer o seu direito fundamental à moradia digna, pois não mais existirá o descompasso entre o direito legislado e o direito construído por milhares de cidadãos.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Bruno. *A Lei 13.465/17 e o Direito de Laje Disponível em:* <<http://creci-rj.gov.br/a-lei-13-46517-e-o-direito-de-laje/>> Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

_____. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. *Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. *Lei nº 6.015/73*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco- *Acórdão nº 0071376-44.2013.8.17.0001* relator: Rafael Menezes. Disponível em: <<https://srv01.tjpe.jus.br/consultaprocessualunificada/DJ>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

FARIAS, Christiano Chaves de. *Direito de Laje: do Puxadinho à Digna Moradia*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodvm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Sucessões*. 3 ed. v.7. Salvador: Juspodvm, 2017.

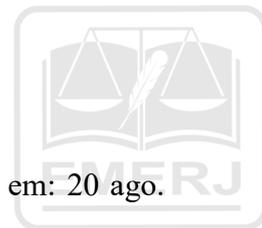
MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodvm, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 8 ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MPPR. *Habitação e urbanismo*. Disponível em: <<http://www.urbanismo.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito Constitucional*. 11 ed. rev., ampl. e atual.-Salvador: Juspodvm, 2016.

OLIVEIRA, C. E. E. de. *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2017 (Texto



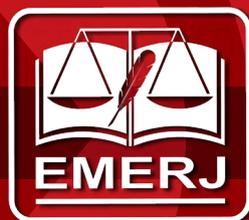
para Discussão nº 238). Disponível em: < www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ROSELNVALD, Nelson. *O direito real de laje como nova manifestação de propriedade*. Disponível em: < <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-laje-como-nova-manifestação-de-propriedade> >. Acesso em: 22 mar. 2019.

SANTOS, Boaventura. *Sociologia jurídica Crítica: para um nuevo sentido comum em el derecho*. Madrid: Trota/Isla, 2009.

SIEIRO, Rafael. *Relação entre o direito de laje e o direito de superfície*. Disponível em <https://direitoimobiliarioatualizado.com/2017/12/07/relacao-entre-direito-de-laje-e-direito-de-superficie/> >. Acesso em: 22 set. 2018.

STOLZE, Pablo. *Direito de laje: primeiras impressões*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417476632/direito-real-de-laje-primeiras-impressoes>>. Acesso em: 21 ago.2018.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br