



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 11 - nº 1 - Tomo II (L/Y) - Jan./Jun. 2019

---

**Elaborado no 1º Semestre 2019**





REVISTA DE  
**ARTIGOS**  
**CIENTÍFICOS**  
DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 11 - nº1 - Tomo II (L/Y) - 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](http://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





<b>LAIS CALIL SANTANA</b> LIMITAÇÕES AO INSTITUTO DA LEGÍTIMA.....	954
<b>LAIS DE SOUZA BASTOS</b> A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BOJO DA ADI Nº 5617: SUAS LACUNAS E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO.....	969
<b>LARA BRUMANA TÓTARO JÜNGER</b> A APAC E OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO..	986
<b>LAURA MAGALHÃES DE AZEREDO SANTOS</b> O ATIVISMO JUDICIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO POTENCIAL RISCO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	1001
<b>LEONARDO GUTEMBERG KRIECK TELES</b> RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS POR ACESSO INDEVIDO AOS TRILHOS SUBTERRÂNEOS DE METRÔ .....	1016
<b>LETÍCIA ARAUJO DE FREITAS</b> PRISÃO DOMICILAR DE MULHERES GRÁVIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	1030
<b>LILIAN CARVALHO FERREIRA FONSECA</b> O IMPACTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP NO APRISIONAMENTO FEMININO.....	1045
<b>LÍVIA EDUARDA VITOR SOUSA</b> A LIMITAÇÃO DA CONDUTA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA SOB A ÓTICA DA FUNDADA SUSPEITA NA ABORDAGEM POLICIAL.....	1062
<b>LUCAS NOGUEIRA REIS GURGEL</b> EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE CRIADO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	1078
<b>LUCAS PACHECO CARNEIRO</b> OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA.....	1093
<b>LUÍSA RODRIGUES TORRES</b> A ARTE PLÁSTICA COMO BEM JURÍDICO: POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO AO REGIME DOS BENS COMUNS.....	1109
<b>LUIZ GUILHERME RIOS</b> O MODELO NEGOCIAL DE <i>LOOT BOXES</i> SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR .....	1126



**LUIZA NEVES SILVA CHANG**

A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO:  
A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E A  
RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....1141

**LUIZA PEREIRA ALCARÁZ DE ANDRADE**

GUARDA COMPARTILHADA: A DIFICULDADE DE ADMINISTRAR O CONFLITO  
ENTRE A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA  
E DO ADOLESCENTE E A LITIGIOSIDADE DOS GENITORES.....1156

**LUMA MOZZER ALVIM**

DIREITO AO ESQUECIMENTO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO  
DO EGRESSO EM CONCURSOS PÚBLICOS.....1172

**MARCELLE CHRISTINE DE JESUS TEIXEIRA**

VIABILIDADE JURÍDICA DE AUDIÊNCIA UNA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS  
COMO VETOR À EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA  
PROCESSUAL .....1187

**MARCELLO YUJI MURAKAMI**

POLIAMOR E OS IMPACTOS NO DIREITO DAS SUCESSÕES AFETIVAS:  
DIVERGÊNCIAS ACERCA DA PARTILHA DE BENS NAS RELAÇÕES AFETIVAS  
PARALELAS ACEITAS MUTUAMENTE .....1201

**MARCELO CALAZA ALVES DE VASCONCELLOS**

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO E A REVISÃO  
DA JUSTA INDENIZAÇÃO FIXADA.....1215

**MARIA FERNANDA COSTA PINTO CABRAL DE OLIVEIRA E SOUZA**

A VIOLAÇÃO DE DADOS DE *SMARTPHONES* NA PRISÃO EM FLAGRANTE:  
UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS.....1231

**MARIANA ARRUDA ALVES**

ASPECTOS POLÍTICOS DO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE MINISTROS DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....1247

**MARIANA CARVALHO CARLOS DOROTEU**

TRIBUNAL DO JÚRI E A INFLUÊNCIA MÍDIÁTICA SOBRE OS JURADOS:  
ESTRATÉGIAS PARA GARANTIR A IMPARCIALIDADE DA  
PARTICIPAÇÃO POPULAR.....1263

**MARISA ROSALINO AMANTE**

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À ANÁLISE DA  
CONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO.....1277

**MILENA VENÂNCIO DA CRUZ VOLPONI**

A CONSTITUCIONALIDADE DO *HOMESCHOOLING*.....1292

**MONIQUE BARBOSA DE LEMOS**

ANÁLISE DO DIREITO REAL DE LAJE E SUA EFICÁCIA NO CRESCIMENTO URBANO  
DESORDENADO DAS CIDADES BRASILEIRAS.....1306

**NAIRA SERAFIM CAMPOS FRÓES**

O CONTEXTO DE VIOLÊNCIA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:  
O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUA REINTEGRAÇÃO  
SOCIAL POR MEIO DO TRABALHO.....1320



**NATÁLIA SOUZA DA FONSECA**

O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....1334

**NATHALIA LOUREIRO DE ARGOLLO E CASTRO**

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SEUS REBATIMENTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....1350

**NICOLE CASTRO DOS SANTOS**

O EMPREGO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA EFICÁCIA NA OBSERVÂNCIA NO SISTEMA DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PREVISTO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....1366

**NINA BÁRBARA MENDONÇA TELES**

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP.....1381

**PATRÍCIA FARIA DE LIMA**

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....1397

**PATRÍCIA SIQUEIRA MADUREIRA DE FREITAS**

A REPETIBILIDADE DOS VALORES ATINENTES A BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PERCEBIDOS DE BOA-FÉ EM SEDE DE DECISÃO JUDICIAL ANTECIPATÓRIA POSTERIORMENTE REVOGADA: CONTROVÉRSIA ENTRE AS JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE SUA APLICAÇÃO.....1412

**PAULA CRISTINA DA SILVA ROCHA**

DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO PRIMEIRO TRIMESTRE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....1428

**PAULA VARGAS ROCHA**

O APARENTE CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....1445

**PAULO ROBERTO CÉSPEDES RODRIGUES**

LIMITAÇÕES À INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PATENTÁRIA.....1459

**PEDRO ÁLVARO DI MACEDO FREIRE**

A LEI Nº 13.714/2018 E O DESAFIO DE GARANTIR ATENDIMENTO MÉDICO À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA.....1474

**PEDRO FELIPE PAVÃO ALBUQUERQUE**

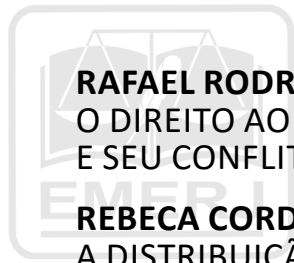
A DIFICULDADE DA COEXISTÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E DO ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL.....1489

**PEDRO HENRIQUE MARTINS VIANA DA SILVA CACELLA**

MATIZES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI: CONTROVÉRSIAS ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....1506

**RACHEL DA TRINDADE CHAVES DE MELO**

APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E SEUS REFLEXOS.....1522



**RAFAEL RODRIGUES DE SOUZA RIBEIRO**

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO AUTÔNOMO DA PERSONALIDADE E SEU CONFLITO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO.....1537

**REBECA CORDEIRO DA ROCHA MOTA**

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA (IN)EFETIVIDADE: O CENÁRIO DO INSTITUTO PROCESSUAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DE SUA APLICAÇÃO.....1553

**REBECCA IMENES VIEIRA**

A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ROL DO ART. 927, DO NCPC.....1570

**RENAN DE PAULA FREITAS GALDEANO FRANÇOIS**

CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA PROPOSTA PELA AUTORIDADE POLICIAL.....1585

**RENAN PINHEIRO ALVES**

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....1602

**RENATO XAVIER DE ALMEIDA**

MECANISMOS DO PODER JUDICIÁRIO PARA REPRESSÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL....1616

**RHANNA PROCÓPIO PACHECO DE SOUZA**

O CONCEITO DE AUTORIA NA EXTORSÃO COMETIDA EM CONCURSO DE AGENTES...1630

**RICARDO DIMITRI GONÇALVES KASAKEWITCH**

A METAMORFOSE DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E SISTEMA MULTIPORTAS.....1647

**ROBERTO CARVALHO DE CASTRO**

A TEORIA DA CAPTURA E A INDEPENDÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A PREJUDICIALIDADE AOS DIREITOS DO USUÁRIO-CONSUMIDOR.....1662

**ROWENA PERUCHI MARROQUIO**

AS *SMARTS CITIES* E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....1679

**STELLA FERNANDES RODRIGUES BALTAR**

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS SUAS REPERCUSSÕES NA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO E DA HEDIONDEZ E NA COMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES.....1693

**SUZANA CRISTINA PEREIRA NOVAIS**

LEI MARIA DA PENHA E AS VÍTIMAS TRANSGÊNEROS.....1710

**SUZANE EMANUELE PIO DE MELO SILVA**

A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....1724

**TATHIANA TEIXEIRA MARQUES DA SILVA**

USURPAÇÃO OU CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: PODE O PODER JUDICIÁRIO ELENCAR REQUISITOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS NA LISTA DO SUS.....1739



<b>TATY THULER SANTOS</b> A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DECONFLITOS.....	1755
<b>THAIS ANTONIA MEDINA CORREIA</b> ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA OMISSÃO ESTATAL E SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	1772
<b>THAÍS BITTENCOURT ALVES ROSADAS</b> DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	1788
<b>THAÍS DE ANDRADE SILVA BAETA SALVADOR</b> ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA PENA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	1804
<b>THAMIRIS JANDRE ANDRÉ</b> IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NA DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA.....	1821
<b>THAYS TEIXEIRA DE FARIA ZANCANARO</b> DIREITO DAS CRIANÇAS COM A MÃE PRESA À LUZ DOS ESTATUTOS DA PRIMEIRA INFÂNCIA E DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	1838
<b>VANESSA ALVES WASHINGTON DE SOUZA</b> CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E OS RISCOS DE INVERSÃO DA REGRA DO ADIMPLENTO INTEGRAL E REGULAR....	1855
<b>VICTOR DE MORAES LOPES</b> ESTUDO DE CASO: ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA E A SUA RECATEGORIZAÇÃO EM PARQUE NATURAL MUNICIPAL.....	1872
<b>VITOR MEDEIROS DOS REIS</b> CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	1888
<b>WALLACE DA COSTA SOARES</b> O ASPECTO MORAL DAS LIMINARES CONCEDIDAS PARA CIRURGIAS FRENTE AS FILAS CIRÚRGICAS .....	1905
<b>WELLINGTON RAMOS DOS SANTOS</b> QUESTÕES NOTARIAIS ACERCA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL.....	1920
<b>WILSON MAURO JONCO AQUINO DOS SANTOS</b> COMPUTAÇÃO DO PRAZO PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO CRIMINAL E AS PECULIARIDADES QUANTO À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	1934
<b>YURI ANTUNES MOREIRA</b> A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E O TRATAMENTO DADO ÀS DESCRIMINANTES PUTATIVAS PELO CÓDIGO PENAL.....	1948

## LIMITAÇÕES AO INSTITUTO DA LEGÍTIMA

Lais Calil Santana

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o legislador, no art. 1.846, do CC/2002, institui uma presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros necessários ao dispor que pertence a estes, obrigatoriamente, metade do patrimônio do *de cuius*. Nesse contexto, discute-se se a presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários é, de fato, imprescindível. Debate-se, ainda, se a fração de indisponibilidade imposta pela legítima se faz necessária ou se trata de um excesso legislativo. Analisar-se-á as críticas realizadas ao instituto da legítima e as propostas do anteprojeto do Estatuto das Sucessões elaborado pelo IBDFAM. A essência do trabalho é demonstrar que a norma do art. 1.846, do CC/2002 trata-se de um excesso não justificável perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

**Palavras-chave** – Direito das Sucessões. Legítima. Intangibilidade da Legítima. Presunção absoluta de necessidade. Autonomia Privada. Anteprojeto do Estatuto das Sucessões.

**Sumário** – Introdução. 1. Análise dos fundamentos da legítima à luz da autonomia privada. 2. Aspectos controvertidos acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros. 3. Legítima: proteção legal justificável ou excesso de rigor legislativo? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da limitação da legítima à luz da autonomia privada, mais especificamente, a necessidade de reformulação do atual fundamento da legítima com fito de minimizar a atuação estatal nas relações patrimoniais *post mortem*, prestigiando a liberdade de disposição testamentária.

A legítima é uma restrição à liberdade de testar e doar, que impõe a destinação compulsória de parcela do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros necessários (aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge/companheiro). Segundo a doutrina, seu fundamento está relacionado à necessidade de assegurar a sobrevivência dos herdeiros, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Todavia, na maioria dos casos, tal fundamento mostra-se inconsistente. Isso porque, não cabe ao Estado decidir qual será a destinação dos bens deixados pelo autor da herança, tampouco pode a lei presumir, de modo absoluto, a necessidade financeira dos herdeiros e a



existência de afeto nas relações familiares. A lei tolhe, ainda, iniciativas que podem representar interesse público, como a doação de mais da metade da herança para causas humanitárias.

Verifica-se, portanto, que a adoção desse instituto no Brasil possui fundamento polêmico, trazendo uma série de questionamentos, tais como: Até que ponto a limitação da liberdade de testar, forçada pela intangibilidade da legítima, resguarda os interesses do autor da herança para decidir o destino de seus próprios bens? Pode-se dizer que o atual fundamento da legítima gera desigualdade entre os herdeiros e desprestigia o mérito na aquisição de patrimônio? É necessário o fim do instituto da legítima no Brasil para que se tutele a autonomia de testar?

Para a melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar que o atual fundamento da legítima viola a autonomia privada e que a presunção de necessidade dos herdeiros não deve ser absoluta, na medida em que gera desigualdade entre os herdeiros e incentiva a aquisição de patrimônio independentemente de mérito. Pretende-se, ainda, defender a necessidade de uma alteração legislativa mantendo a presunção absoluta de necessidade apenas para casos excepcionais, são eles: os menores e os incapazes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o atual fundamento do instituto da legítima e seus desdobramentos na autonomia privada, notadamente quanto aos interesses do autor da herança.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a presunção legal de necessidade dos herdeiros não deve ser absoluta, pois gera desigualdade entre os herdeiros, incentiva a aquisição de patrimônio sem mérito e não permite iniciativas benéficas ao interesse público.

O terceiro capítulo aborda a possibilidade de alteração legislativa para manter a presunção absoluta de necessidade dos herdeiros tão somente para aqueles que merecem proteção especial: os menores e incapazes. Para os demais, a presunção de necessidade torna-se relativa.

No tocante às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do artigo, tendo em vista que o pesquisador elenca preposições hipotéticas e, com base em estudos e análises estatísticas, são comprovadas ou rejeitadas ao final.

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

## 1. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

A sucessão *causa mortis* pode ocorrer de dois modos: por lei ou por disposição de última vontade (art.1.786, do CC/2002<sup>1</sup>). A sucessão por lei é denominada sucessão legítima e se subdivide em sucessão legítima não necessária e necessária. É nesta última, que surge a denominada legítima.

A legítima, de acordo com o art. 1.846<sup>2</sup>, do CC/2002, caracteriza-se por ser uma parcela indisponível da herança, equivalente à metade do patrimônio do testador (art.1.789, do CC/2002<sup>3</sup>). Trata-se de uma quota do patrimônio do falecido que será, compulsoriamente, destinada aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro) por força de lei.

Para a compreensão do que seja o instituto da legítima e de seus desdobramentos é necessário conhecer o seu fundamento.

Segundo Pontes de Miranda<sup>4</sup>, a quota necessária é fruto da conjugação dos elementos romano e germânico no direito brasileiro. Isso porque, no direito romano predominava a liberdade de testar, ao passo que no direito germânico, o que prevalecia era o coletivo familiar e não a vontade da pessoa do falecido. Assim, o instituto da legítima e a sua intangibilidade resultam de uma exceção ao princípio da liberdade de testar do direito romano e de uma exceção ao princípio do condomínio familiar do direito germânico.

Conforme explica Ana Luiza Maia Nevares<sup>5</sup>:

como já analisado, o princípio da intangibilidade da legítima encontra seu fundamento na conciliação entre a proteção à família e a plena liberdade de testar (ou seja, entre a proteção à família e o direito de propriedade do de cujus, já que a disposição de bens *causa mortis* é uma das fontes de exercício do direito de propriedade).

No direito romano, as primeiras restrições à liberdade de testar se fizeram com fundamento no dever de solidariedade familiar e no dever de piedade em favor dos herdeiros mais próximos. Tratava-se, em última instância, de um dever moral *post mortem*.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>PONTES DE MIRANDA apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 497.

<sup>5</sup>Ibid., p. 536.

No direito brasileiro, o instituto foi incorporado por força das Ordenações do Reino (Sistema Jurídico Português antigo), que aderiu às fontes romanas. Inicialmente, a legítima tutelava a fração de dois terços do patrimônio do falecido aos herdeiros necessários, sendo que, a partir da Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907), a proteção foi reduzida para metade dos bens do *de cuius*. A redução para metade foi mantida no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2002, sendo regra consolidada, portanto, há mais de cento e dez anos no ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns autores<sup>7</sup> entendem que tal instituto preserva valores constitucionais como: a dignidade da pessoa humana, a proteção à família, a solidariedade, a livre iniciativa e a propriedade privada.

Para Clóvis Bevilácqua<sup>8</sup>, a manutenção da legítima no ordenamento brasileiro se justifica por quatro motivos: a) o direito de propriedade não pode ser considerado absoluto; b) a família deve ser protegida em detrimento do arbítrio do indivíduo; c) beneficiar um único filho implica em ganância; d) a legítima não gerará ócio dos herdeiros se for oferecida a educação necessária.

Expostos os fundamentos em favor da legítima, passa-se à análise dos seus desdobramentos na autonomia privada, especialmente, no tocante aos interesses do autor da herança.

Muitos autores<sup>9</sup> na doutrina criticam a legítima por tratar-se de um instituto ultrapassado e que encontrou justificativa em sociedades antigas, não se sustentando nos dias atuais. Explicam que a legítima gera mais discórdia entre os parentes e incentiva o ócio dos herdeiros, impedindo que o *de cuius* disponha de seu patrimônio como lhe aprouver.

Acerca do tema, Flávio Tartuce<sup>10</sup> se posiciona:

todavia, já é o momento de se debater a redução da legítima, talvez para um montante menor, talvez em 25% do patrimônio do falecido. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.

<sup>6</sup>TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. V. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 32.

<sup>7</sup>NEVARES, op. cit., p. 536.

<sup>8</sup>TATURCE, op. cit., p. 32-33.

<sup>9</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. 7. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-47.

<sup>10</sup>TATURCE, op. cit., p. 33-34.



De fato, a legítima constitui uma injusta restrição à liberdade individual. Tal instituto impede o exercício da autonomia privada pelo principal interessado, ou seja, pelo autor da herança.

É sabido que a autonomia se caracteriza por ser a capacidade de autodirigir a própria vida e escolhas a partir da razão. O conceito de autonomia tornou-se um dos fundamentos do direito privado, consagrando a interferência mínima do Estado nas relações econômicas e patrimoniais individuais.

Todavia, o que se percebe no direito sucessório é que essa interferência estatal é ainda bastante acentuada, na medida em que a autonomia passou a ser limitada pela interpretação de que a propriedade privada não é absoluta, devendo-se tutelar a dignidade humana dos herdeiros a partir da função social da propriedade.

Ora, não se questiona que a propriedade não pode ser exercida em caráter absoluto, porém é necessário ressaltar que a presunção absoluta de indisponibilidade de metade do patrimônio do *de cuius* não irá assegurar necessariamente a dignidade humana e a função social da propriedade.

Por outro lado, é evidente que a legítima viola justamente a propriedade e a autonomia privada, pois impede que o autor da herança decida como irá destinar o patrimônio que ele mesmo arrecadou em vida.

Ademais, esclarece-se que, embora Bevilacqua<sup>11</sup> defenda a legítima sob o argumento de proteção à família em face do arbítrio do falecido, a defesa da autonomia privada do *de cuius* não conduz a uma arbitrariedade de sua parte, muito pelo contrário. Trata-se de mais uma disposição que visa afastar a arbitrariedade e a intervenção do próprio Estado nas relações patrimoniais *post mortem*.

Quanto à solidariedade familiar, entende-se que o argumento tampouco se sustenta. Isso porque, o dever de solidariedade está ligado à dignidade humana podendo, em muitas hipóteses, ser concretizado por meio de suporte financeiro a parentes que sequer pertencem ao rol de herdeiros necessários. Assim, diante da desnecessidade econômica dos herdeiros necessários, não há que se falar em dever de solidariedade em favor deles.

Lado outro, não pode o legislador presumir, sob o pretexto da solidariedade, a existência de afeto entre todos herdeiros necessários, o que justificaria supostamente o desejo do autor da herança em destinar metade de seus bens às pessoas impostas pela lei.

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 32-33.

Por oportuno, salienta-se que já existem diversos aspectos do próprio Direito de Família que gradativamente estão sendo regidos pela autonomia privada, como por exemplo, a escolha do regime de bens. Igualmente, há de ser feito no Direito Sucessório, a fim de impedir que institutos arcaicos, como a legítima, ainda prevaleçam em uma sociedade tão dinâmica.

Assim, considerando que a legítima trata essencialmente de direito patrimonial disponível (ressalvado direito de menores e incapazes), faz-se necessário o afastamento da indisponibilidade absoluta da legítima em prestígio também ao princípio da autonomia privada.

## 2. ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

Conforme mencionado, o legislador no art. 1.846<sup>12</sup>, do CC/2002 institui uma presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros necessários ao dispor que pertence a estes, obrigatoriamente, metade do patrimônio do *de cuius*.

Trata-se de uma norma limitadora da autonomia privada cujo escopo protetivo imaginado por Bevilacqua<sup>13</sup> não se alcança efetivamente, como irá se demonstrar.

Para Bevilacqua<sup>14</sup>, o fundamento da legítima seria justamente a proteção de valores constitucionais como a dignidade da pessoa, a proteção à família e a solidariedade entre os membros das famílias. Para o autor, a legítima visaria, em tese, a redução da desigualdade entre os herdeiros em detrimento do arbítrio do falecido.

O legislador presumiu, portanto, que os entes mais próximos são aqueles com os quais o falecido guardaria maiores vínculos de afetividade e que, por isso, a última vontade do autor da herança seria que seu patrimônio fosse distribuído para manter o bem estar desses sucessores próximos.

Todavia, o escopo protetivo da presunção legal absoluta não se sustenta. Isso porque, nem sempre os herdeiros necessários são aqueles com quem o falecido guardou maior vínculo de afetividade em vida.

Ademais, não se pode aceitar, de plano, que seriam os herdeiros necessários os mais vulneráveis da família, sob pena de gerar, inclusive, desigualdade entre os próprios familiares.

---

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>13</sup>TATURCE, op. cit., nota 11.

<sup>14</sup>Ibid.

É possível que, mesmo dentro do rol de herdeiros necessários, nem todos eles possuam as mesmas condições patrimoniais para permitir que a herança seja distribuída de modo isonômico e estanque como pretende o legislador.

Assim, não deveria a lei estabelecer o limite fixo de indisponibilidade de 50% (cinquenta por cento) da herança e divisão igualitária entre os herdeiros necessários se, no caso concreto, as necessidades de tais herdeiros se mostrarem distintas ou, até mesmo, inexistentes.

Por outro lado, nada impediria que na ausência de vulnerabilidade patrimonial dos herdeiros necessários, o autor da herança destinasse os seus bens a quem bem lhe aprouvesse, inclusive a outros membros familiares ou até mesmo em favor de terceiros e entidades assistenciais do Estado.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves<sup>15</sup> trazem elucidativos exemplos de como a legítima pode se prestar muito mais a ampliar desigualdades no núcleo familiar do que, de fato, reduzi-las:

noutra senda, se o titular do patrimônio possui um irmão incapacitado para o labor, inexistindo descendentes e ascendentes daquele, porém casado em regime de separação absoluta de bens com um cônjuge que possui confortável situação econômica, a presença do herdeiro necessário obstará a proteção ampla e efetiva do familiar necessitado.

Nesse contexto, o que se verifica é que o legislador equivocadamente entende que, por meio da legítima, ele saberia definir com mais acerto o que é melhor aos ascendentes, descendentes e cônjuge ou companheiro do que o próprio o autor da herança.

Assim, o que se percebe, na verdade, é que diferentemente do que prevê o Código Civil de 2002, a legítima muitas vezes não tutela a solidariedade familiar, mas sim alimenta as desigualdades entre herdeiros que estão em situação desigual.

Basta se reportar ao exemplo dos descendentes que possuem um acervo patrimonial bem superior ao do pai falecido e que, por ausência de demais herdeiros necessários, acabam herdando tudo do genitor mesmo sem necessitar, enquanto o irmão do pai falecido encontra-se em condições sub-humanas, não possuindo o mínimo existencial para sobreviver.

Não parece crível que a lei estabeleça que o falecido deva proteger seus filhos abastados em detrimento de seu irmão que não possui o mínimo para uma vida digna.

---

<sup>15</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. V. 7. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 66.

A legítima, portanto, é uma norma que impede a verdadeira solidariedade familiar, seja ela entre os próprios herdeiros necessários, seja entre outros membros da família (como aqueles que guardam vínculos colaterais com o falecido, por exemplo).

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves<sup>16</sup> defendem que, em se tratando de descendentes, com o término do exercício do poder familiar deve também cessar a limitação trazida pela legítima, tendo em vista tratar-se de herdeiros plenamente capazes:

até porque o ofício do pai se impõe em razão do exercício do poder familiar - o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes. Cuida-se de uma interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica.

Outro argumento capaz de infirmar a presunção do art. 1.846, do CC/2002<sup>17</sup> é do incentivo que tal dispositivo traz à aquisição de patrimônio sem mérito pelos herdeiros necessários.

É inegável que a legítima acaba por estimular o ócio dos sucessores em detrimento da realização de atividades individuais em busca do próprio sustento, gerando um desincentivo ao trabalho, esforço que em menor ou maior grau, também não deixa de ser uma expressão da dignidade humana.

Acerca do tema ensina Flávio Tartuce<sup>18</sup>:

a liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária.

Nessa linha intelectual, o Ministro Luiz Edson Fachin<sup>19</sup> defende que a legítima deve apenas assegurar o mínimo existencial para garantir a dignidade humana, não devendo se prestar a incentivar o ócio exagerado dos herdeiros. Para Orlando Gomes<sup>20</sup>, o instituto da legítima não poderia criar uma verdadeira “fábrica de vagabundos”.

Em outros termos, entende-se que o instituto da legítima não pode servir de sucedâneo à criação da figura do herdeiro profissional. É preciso desenvolver na sociedade o desejo pela busca saudável do trabalho e da ocupação, tendo em vista o crescimento pessoal e

---

<sup>16</sup> Ibid, p. 63.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>18</sup> TATURCE, op. cit., nota 11.

<sup>19</sup> Ibid, p. 33.

<sup>20</sup> Ibid.



meritório de cada indivíduo, independentemente do patrimônio amealhado por seus familiares em vida.

Roxana Borges e Renata Dantas<sup>21</sup> abonam esse entendimento:

a família, sob uma ótima despatrimonializada, não constitui núcleo de produção e acumulação de riqueza, mas, sim, espaço de construção do eu, fundado em relações de afeto e solidariedade. Pensar o Direito Sucessório constitucionalizado, de fato, é reconhecer que a herança pode sofrer limitações quanto à liberdade de testar, com o fim de proteção familiar. Mas a proteção à família não se realiza na transmissão compulsória de bens àqueles que podem prover seu próprio sustento.

Não bastasse isso, a manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro impossibilita, ainda, iniciativas benéficas ao interesse público, tais como: doações de mais de metade do patrimônio para causas humanitárias e instituições assistenciais sem fins lucrativos.

A intangibilidade da legítima representa, portanto, um resquício arcaico de um instituto que perdura mais de cento e dez anos no ordenamento jurídico brasileiro impedindo lamentavelmente iniciativas positivas ao interesse social e público.

Assim, quando o Código Civil dispõe que a herança deve prioritariamente ser destinada aos herdeiros necessários (ainda que tais herdeiros sejam maiores e capazes) impõe-se um dispositivo pretensioso e paternalista que inviabiliza projetos de cunho social, a dignidade humana e a verdadeira solidariedade familiar.

### 3. LEGÍTIMA: PROTEÇÃO LEGAL JUSTIFICÁVEL OU EXCESSO DE RIGOR LEGISLATIVO?

É sabido que existem três modelos de sistemas sucessórios bem claros, são eles: a) o Sistema da Liberdade Testamentária; b) o Sistema da Concentração Absoluta ou Obrigatória; c) Sistema da Divisão Necessária.

O primeiro modelo se caracteriza como a expressão máxima da autonomia privada, segundo o qual, o autor da herança pode dispor de todo o seu patrimônio sem qualquer restrição. Nesse sistema não se admite a interferência de terceiros e do Estado. Trata-se do modelo adotado, atualmente, pelos Estados Unidos.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 90, jan./mar. 2017. Disponível em <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11\\_09-art-04\\_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>22</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 62.



Já o segundo sistema, o da Concentração Absoluta ou Obrigatória, não possui nenhuma expressão da autonomia privada. Nesse modelo se impõe que toda a herança seja destinada apenas a um sucessor. Geralmente, tal sucessor é o filho mais velho. É um sistema bastante arcaico e que já foi superado.

O terceiro modelo sucessório é o Sistema da Divisão Necessária. Trata-se do modelo adotado no Brasil e é caracterizado pela relativa margem de disponibilidade dos bens do *de cuius*. Havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar do falecido deve ser limitada em razão de uma quota reservada a estes herdeiros.

O artigo 1.846, do CC/2002<sup>23</sup> impõe a indisponibilidade de metade dos bens do autor da herança em favor dos herdeiros necessários.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, o instituto da legítima foi incorporado originalmente ao direito brasileiro com a fração de dois terços de indisponibilidade, passando posteriormente à fração de metade dos bens do falecido.

A crítica que boa parte da doutrina faz ao instituto da legítima relaciona-se à fração de indisponibilidade imposta pela lei e à presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários.

Há autores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>24</sup> que defendem a adoção do Sistema da Liberdade Testamentária pelo Brasil quando se tratarem de herdeiros maiores e capazes, com fito de garantir a plena autonomia privada na disposição dos bens pelo autor da herança:

é que, apesar de minoritário o nosso entendimento, confessamos não ter simpatia pela restrição cega à liberdade de testar *sub oculo*. É que, ao nosso visto, a limitação imposta pela legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de sua proteção especial e integral. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular.

Tais autores<sup>25</sup> chegam até mesmo a defender que o juiz pode, casuisticamente, afastar a aplicação da norma do art. 1.846, do CC/2002<sup>26</sup> para resguardar a dignidade do titular dos bens:

---

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., nota 16.

<sup>25</sup> Ibid., p. 65.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

entendemos, pois, que o juiz, casuisticamente, poderá acobertar com o manto da validade e da plena eficácia o testamento celebrado pelo titular com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível) quando os herdeiros necessários são maiores e capazes, através da utilização da tese da derrotabilidade das regras, para permitir a realização de valores que se mostrem mais relevantes do que a proteção de herdeiros necessários. Assim, resguardará a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>27</sup> entendem, portanto, que deveria haver uma “derrotabilidade” da regra insculpida no art. 1.846, do CC/2002<sup>28</sup> quando os herdeiros necessários são maiores e capazes.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>29</sup> também entendem que a indisponibilidade imposta pela legítima apenas deveria se restringir aos herdeiros incapazes e menores:

poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faldade de disposição do autor da herança.

Tartuce<sup>30</sup> expõe, ainda, a possibilidade de redução do percentual de indisponibilidade de 50% (cinquenta por cento) para 25% (vinte e cinco por cento):

todavia, já é o momento de se debater a redução da legítima, talvez para um montante menor, talvez em 25% do patrimônio do falecido. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.

De fato, as críticas realizadas pela doutrina ao instituto da legítima merecem trânsito.

Primeiro, porque a legítima é um instituto de cunho eminentemente patrimonial, cuja imposição de indisponibilidade de metade dos bens viola a autonomia privada do autor da herança e pode ampliar as desigualdades entre herdeiros que estão em situação desigual, violando o art. 227, §6º, da CRFB/88<sup>31</sup>.

Segundo, porque não poderia a lei impor a presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros, uma vez que tal imposição apenas se justifica diante de herdeiros incapazes ou menores, ou seja, herdeiros impossibilitados de prover a própria subsistência.

<sup>27</sup>FARIAS; ROSENVALD, op. cit., nota 25.

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>29</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., nota 9.

<sup>30</sup>TATURCE, op. cit., nota 11.

<sup>31</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Quanto aos herdeiros maiores e capazes, defende-se que a prova de vulnerabilidade econômica deve ser demonstrada caso a caso, considerando apenas o mínimo existencial necessário para que não seja incentivado o ócio dos herdeiros.

Assim, entende-se que, a norma do art. 1846, do CC/2002<sup>32</sup> trata-se de um excesso legislativo que não se justifica perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

A necessidade de alteração legislativa quanto à legítima é tão latente, que o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), em convergência com a doutrina, também propõe no seu anteprojeto do Estatuto das Sucessões<sup>33</sup> alterações nos artigos que tratam do instituto no Código Civil de 2002.

Dentre as alterações previstas no anteprojeto do Estatuto das Sucessões, destacam-se as alterações propostas nos art. 1.845, art. 1846, art. 1.848 e art. 1850, todos do atual Código Civil<sup>34</sup>.

Na proposta do anteprojeto do Estatuto Sucessório do IBDFAM<sup>35</sup> verifica-se que o cônjuge não é mais colocado na classe dos herdeiros necessários.

Ademais, pela nova redação do art. 1.846, do anteprojeto, haveria a inclusão de um parágrafo único<sup>36</sup> o qual dispõe que o testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com deficiência.

O que se percebe de louvável sobre essa proposta de alteração é que, felizmente, as pessoas com deficiência foram mencionadas pela lei como destinatárias de parcela da legítima.

Todavia, uma crítica que se faz é que se utiliza o verbo “poderá”, razão pela qual não se sabe se trata de uma destinação compulsória ou facultativa. Sendo certo, que deveria ser compulsória, tendo em vista o caráter protetivo da legítima aos que não podem prover o próprio sustento.

Quanto às propostas de alteração dos art. 1848 e art. 1850 percebe-se que no anteprojeto<sup>37</sup> a legítima, de fato, seria apenas para proteger o patrimônio mínimo do herdeiro e caberia ao juiz, de forma fundamentada, quantificar a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes.

---

<sup>32</sup>Idem, op. cit., nota 1.

<sup>33</sup>IBDFAM. *Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões*. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto\\_sucessoes/anteprojeto\\_sucessoes.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>34</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>35</sup>IBDFAM, op. cit., nota 33.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>Ibid.

Observa-se, portanto, que a proposta do anteprojeto já dá indícios de ruptura com a presunção absoluta da legítima da redação atual do art. 1846, do CC/2002<sup>38</sup> e busca, embora de modo incipiente, destinar bens da legítima apenas aos herdeiros que comprovem efetivamente as suas necessidades econômicas e existenciais.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa intentou refletir sobre as questões controvertidas afetas ao instituto da legítima no Direito Sucessório, mais especificamente, acerca da necessidade de reformulação do atual fundamento da legítima com fito de minimizar a atuação estatal nas relações patrimoniais *post mortem*, prestigiando a liberdade de disposição testamentária e a autonomia privada.

Conforme demonstrado ao longo deste estudo, o atual fundamento da legítima e sua incorporação no Direito Brasileiro ainda gera bastante polêmica.

De um lado, alguns autores entendem que tal instituto preserva valores constitucionais como: a dignidade da pessoa humana, a proteção à família, a solidariedade, a livre iniciativa e a propriedade privada.

De outro lado, autores na doutrina criticam a legítima por tratar-se de um instituto ultrapassado e que encontrou justificativa em sociedades antigas, não se sustentando nos dias atuais. Explicam que a legítima gera mais discórdia entre os parentes e incentiva o ócio dos herdeiros, impedindo que o *de cuius* disponha de seu patrimônio como lhe aprouver.

Constatado o impasse e as críticas sobre a adoção desse instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, a pesquisa apresentada objetivou buscar qual o real fundamento da legítima não apenas sob a ótica dos herdeiros, mas também sob a perspectiva dos interesses e da autonomia do autor da herança.

Nesse contexto, o primeiro capítulo pretendeu comprovar que o atual fundamento da legítima viola a autonomia privada e a liberdade de disposição do patrimônio, impedindo que o autor da herança determine o destino de seus próprios bens.

Quanto à questão que se descortinou no segundo capítulo, acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários imposta pela legítima, é certo que não deve ser absoluta, na medida em que gera mais desigualdade entre os herdeiros e incentiva a aquisição de patrimônio independentemente do mérito.

---

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

Por fim, o terceiro capítulo tentou demonstrar a necessidade de uma alteração legislativa no instituto, mantendo a presunção absoluta de necessidade apenas quanto aos herdeiros menores e incapazes. Para os demais herdeiros, defendeu-se a presunção de necessidade relativa, a partir da comprovação de inexistência do mínimo existencial no caso concreto.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que a norma do art. 1.846, do CC/2002 trata-se de um excesso legislativo não justificável perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

Assim, propõem-se as modificações no instituto da legítima e o afastamento da ótica de um Direito Sucessório patrimonialista e paternalista. Defende-se a busca saudável do trabalho e da ocupação pelos herdeiros baseado no crescimento pessoal e meritório de cada indivíduo, independentemente do patrimônio amealhado por seus familiares em vida.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, jan./mar. 2017. Disponível em <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11\\_09-art-04\\_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. V. 7. Salvador: Juspodium, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. *Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões*. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto\\_sucessoes/anteprojeto\\_sucessoes.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



PONTES DE MIRANDA apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 10. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BOJO DA ADI N<sup>o</sup> 5617: SUAS LACUNAS E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Lais de Souza Bastos

Graduada pela Universidade Federal  
Fluminense. Advogada.

**Resumo** – O objetivo precípua deste trabalho é a análise da decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADI n.º. 5617, apontando as omissões e os questionamentos derivados do teor de seu dispositivo. Para tanto, foram ressaltadas as dificuldades históricas enfrentadas pela população feminina no que se refere ao reconhecimento de seus direitos fundamentais, com destaque para os direitos cívicos e políticos. Ademais, foi analisado o modelo de financiamento de campanhas eleitorais adotado pelo Brasil, ressaltando-se a contraposição entre a autonomia partidária e o imperativo de distribuição equânime dos recursos em razão da natureza pública de parte dos referidos recursos, bem como dos princípios democrático e da igualdade material. Busca-se ainda abordar a importância da ação afirmativa da cota de gênero introduzida na política nacional nas últimas décadas, com destaque para os desafios atuais enfrentados nesta seara. Conclui-se pela necessidade de mais rigor na fiscalização da aplicação e efetividade da reserva do percentual mínimo de capital reservado ao financiamento das campanhas eleitorais de candidatas, bem como da observância deste mesmo percentual mínimo no que tange ao tempo de propaganda eleitoral gratuita.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Eleitoral. Fundo Partidário. Igualdade material. Princípio Democrático.

**Sumário** – Introdução. 1. A decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI n.º. 5617 e suas lacunas. 2. Do financiamento eleitoral e do princípio da igualdade. 3. Do déficit democrático, da importância da cota de gênero e dos desafios postos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 5617 enquanto marco na busca de uma maior participação das mulheres nos espaços políticos, discriminando e tentando traçar um paralelo entre suas lacunas, o princípio democrático e o direito fundamental à igualdade.

Almeja-se, principalmente, tratar da importância da participação política das mulheres na sociedade brasileira como poder transformador, visando influenciar significativamente na elaboração de inovações legislativas, bem como na implementação de políticas públicas específicas de proteção à mulher.



O primeiro capítulo do trabalho apresenta-se como uma análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) para questionar o artigo 9º da Lei nº 13.165/15, que culminou na determinação de que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e suas omissões.

O segundo capítulo traz a contraposição entre as regras nacionais de financiamento de campanhas eleitorais e a dimensão material do princípio constitucional da igualdade, colocando em foco os direitos humanos na perspectiva de gênero.

O terceiro capítulo aborda o déficit de participação feminina na política tradicional e a necessidade de respeito ao texto constitucional que se impõe também aos partidos políticos que, cientes dos preconceitos sexistas vigentes na sociedade, se acovardam para lançarem-se em seu combate. Ressalta também que a democracia, ao se descuidar quanto à inclusão feminina nos partidos, permanece limitada, apresentando, desta feita, resquícios antidemocráticos.

Com relação às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do trabalho monográfico, pois a pesquisadora 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 a pesquisadora 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 DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BOJO DA ADI Nº 5617 E SUAS LACUNAS

Na ordem social existente, é evidente a ausência de vozes femininas na vida pública de modo geral. Às mulheres, historicamente, foi reservado lugar de preterição em relação aos homens, a elas foram designados papéis de formação e manutenção da família, célula social naturalmente alijada à vida privada, sobre elas recai a jornada tripla de criar os filhos, cuidar do lar e trabalhar ‘fora’, enquanto os espaços de poder e decisão,



desde sua origem, foram destinados a homens, preferencialmente brancos e pertencentes a classes sociais abastadas.

Fernanda Ferreira Mota e Flávia Biroli, no artigo “O gênero na política: a construção do feminino nas eleições presidenciais de 2010”<sup>1</sup>, afirmam:

[...] a presença reduzida de mulheres na vida política brasileira não é uma circunstância ocasional. É um desdobramento dos padrões históricos da divisão sexual do trabalho e da atribuição de papéis, habilidades e pertencimentos diferenciados para mulheres e homens. Corresponde a uma realização restrita do ideal democrático da igualdade política, que reserva os espaços de decisão e as posições de poder a uma parcela da população com perfis determinados – homens, brancos, pertencentes às camadas mais ricas da população. As desigualdades de gênero, assim como a desigualdade racial e a de classe, são importantes para se compreender os mecanismos de divisão e diferenciação que impedem uma realização mais plural da política. [...]

Saliente-se que os mais diversos obstáculos que dificultam a participação política feminina são de ampla gravidade, uma vez que a ocupação de espaços públicos notórios e a elaboração de leis viabilizam a materialização de instrumentos redução das desigualdades de gênero.

Ocorre que, em seu voto, o Min. Relator Edson Fachin ressalta dados oriundos do Tribunal Superior Eleitoral<sup>2</sup>, segundo os quais as mulheres atualmente ocupam menos de 15% das cadeiras do Poder Legislativo federal, sendo que, na Câmara dos Deputados, apenas 9,9% dos parlamentares são mulheres. Outrossim, somente 11% das prefeituras do país são comandadas por mulheres, muito embora elas correspondam a 52% do eleitorado nacional.

A Lei nº 9.504/97<sup>3</sup> dispôs que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo. O artigo nono da Lei nº 13.165/15<sup>4</sup>, que altera a mencionada Lei, contempla a distribuição dos recursos partidários, fixando patamares mínimos e máximos para o acesso a recursos públicos do fundo partidário.

---

<sup>1</sup> BIROLI, Flávia; MOTA, Fernanda Ferreira. *O gênero na política: a construção do feminino nas eleições presidenciais de 2010*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0197.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5617*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-ministro-fachin-fundo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>3</sup> Idem. *Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/19504.htm)>. Acesso em: 22 set. 2018.

<sup>4</sup> Idem. *Lei nº 13.165/15, de 29 de set. de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm)>. Acesso em: 22 set. 2018.



Importa dizer que em outubro de 2016, o Procurador-Geral da República ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, pugnando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo. Dentre as razões de pedir, salientou o princípio da igualdade (art. 5º, I), o pluralismo político, a cidadania e o princípio democrático (art. 1º, II, V e parágrafo único), o objetivo de se construir sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), todos de sede constitucional.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5617 para declarar a inconstitucionalidade da expressão “três” contida no art. 9º da Lei nº 13.165/2015<sup>5</sup>, eliminando o limite temporal até agora fixado; (ii) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 9º da Lei nº 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997<sup>6</sup>, isto é, ao menos 30% de cidadãos), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei nº 9.096/95<sup>7</sup>.

Ou seja, determinou o STF que a única interpretação constitucional admissível seria aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos. No que se tange ao prazo de três eleições fixado pela lei, deve-se ter em conta que o critério de distribuição de recursos oriundos do fundo partidário deve obedecer à composição das candidaturas e deflui diretamente da cota fixada no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições. Isto posto, é inconstitucional a fixação de um prazo.

Acrescente-se que, pela legislação vigente, devem os partidos políticos destinar 5% dos recursos do Fundo Partidário para custear programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, a ser gerido pela Secretaria da Mulher de cada partido e, na falta desta, por institutos ou Fundações, nos termos do artigo 44, V da Lei nº 9.096/95<sup>8</sup>. Contudo, esta regra frequentemente tem sido descumprida, dando

---

<sup>5</sup>Idem. op. cit., nota 4.

<sup>6</sup>Idem. op. cit., nota 3.

<sup>7</sup> Idem. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm)>. Acesso em: 22 set. 2018.

<sup>8</sup>Idem. op. cit., nota 7.

ensejo à rejeição das contas de várias agremiações, com determinação de usar o saldo inutilizado, acrescido de multa, no exercício seguinte.

Vale dizer também que a Lei nº 13.165/15 acrescentou os §§ 5º-A e 7º ao art. 44, da Lei nº 9.096/95 para prever que, a critério dos órgãos responsáveis, este valor poderia ser acumulado, em exercícios diferentes, para utilização em campanhas eleitorais futuras de mulheres.

Entretanto, esses parágrafos foram considerados inconstitucionais, por arrastamento na oportunidade do julgamento da ADI nº 5617. Considerou-se que o percentual destinado à difusão da participação política de mulheres é autônomo e pode ser compensado com valores reservados para campanhas de candidatas, mas a regra que permitia o acúmulo foi tolhida. Neste cenário, questiona-se o que será feito com os recursos acumulados em anos anteriores.

O Supremo, enquanto Corte responsável pela interpretação e guarda da Constituição Federal, é o Tribunal chamado a dar interpretação conforme a dispositivos infraconstitucionais, de modo a garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política, como fizera nesta decisão.

Contudo, muito embora referida decisão seja de suma importância para efetiva aproximação da igualdade material entre os sexos quanto à representatividade política, esta trouxe lacunas que podem vir a dar margem à má-fé em sua aplicabilidade e em última instância, a sua inefetividade e a verdadeiro retrocesso social.

Da leitura do acórdão de julgamento da ADI nº 5617, depreende-se que em que pese o objeto da ação direta seja circunscrito à distribuição dos recursos partidários que veio a ser fixada por meio da Lei nº 13.165/2015, nada foi dito quanto a base de valores sobre a qual incidira o percentual de 30% instituído, se sobre o valor anual do Fundo ou sobre as parcelas entregues mensalmente aos partidos políticos.

Importa esclarecer, ainda, se o percentual de 30% será aplicado aos recursos privados dos partidos políticos utilizados em campanhas eleitorais, isto porque entendimento diverso implicaria em verdadeira destinação discriminatória destes recursos, de modo que os fundamentos levados em consideração na ocasião desse julgamento transcendem o objeto delimitado no dispositivo do acórdão.

Ocorre que a resposta dada a estas questões implica em elevada quantia e, conseqüentemente, o esclarecimento dessas é de evidente relevância para a temática em exame.



Outrossim, a Lei nº 13.165/15<sup>9</sup> e a inicial da ADI não versam sobre o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, criado na Reforma Eleitoral de 2017, cujo objetivo é financiar campanhas eleitorais. Há que se perquirir se a interpretação conferida pelo STF abarca os recursos públicos distribuídos por intermédio do FEFC, recursos estes que, na prática, implicam em vultuosa monta que deveria ser destinada ao financiamento das candidaturas femininas. Abre-se, ainda, a discussão sobre o tempo de propaganda eleitoral destinado as campanhas de candidatas que, nos termos do artigo 47 da Lei nº 9.504/1997<sup>10</sup>, são de observância obrigatória pelas emissoras de rádio e televisão.

Evidencie-se que, posteriormente ao julgamento da ADI, foi realizada consulta ao TSE por Deputadas e Senadoras Federais quanto ao alcance da decisão tomada pelo Supremo. Questionou-se o exposto acima quanto ao FEFC e ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV.

No bojo da Consulta de nº 0600252-18.2018.6.00.0000, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que:

a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.<sup>11</sup>

Pelo exposto, há de se levar em consideração que, quanto a parte dos questionamentos apresentados, deixou claro o TSE que a decisão do Supremo Tribunal Federal irradiará efeitos sobre matérias correlatas ao Fundo Partidário.

Em seu voto, a Min. Rosa Weber afirma que a Justiça Eleitoral possui o papel institucional de incentivar a participação política feminina. Asseverou também que:

[...] a efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, estabelecida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 – singelo passo à modificação do quadro de sub-representação feminina no campo político –, conclama a participação ativa da Justiça Eleitoral, presente largo campo de amadurecimento da democracia brasileira a percorrer visando à implementação de ações afirmativas que priorizem e impulsionem a voz feminina na política brasileira [...]<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Idem. op. cit., nota 4.

<sup>10</sup> Idem. op. cit., nota 3.

<sup>11</sup> REDACÇÃO JOTA. “O voto de Rosa Weber sobre 30% de fundo eleitoral e propaganda para mulheres. Ministros do TSE seguiram o voto de Rosa, relatora da consulta feita por deputadas e senadoras ao tribunal”. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/voto-rosa-fundo-eleitoral-mulheres-23052018>>. Acesso em: 22 set. 2018.

<sup>12</sup> Ibidem.

Nesta conjectura, assumem o Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral, acertadamente, o papel de impulsionadores da participação feminina no campo político, colocando-se ativamente quanto a implementação de ações afirmativas que priorizem e impulsionem a voz feminina na política brasileira, no exercício da jurisdição e mediante medidas administrativas.

É imperioso explanar, por derradeiro, que não haverá democracia verdadeira enquanto não forem materializadas as condições necessárias à audição das vozes femininas na política nacional. Neste ínterim, tenha-se claro que a igualdade entre homens e mulheres assegurada na Carta Magna exige a equivalência de oportunidades e garantia de empoderamento em um ambiente propício ao alcance da isonomia de resultados.

## 2. DO FINANCIAMENTO ELEITORAL E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Primordialmente, ressalte-se que a Constituição da República, muito embora não tenha determinado um modelo normativo de financiamento de campanhas eleitorais, definiu limites à discricionariedade legislativa para tanto, com a positivação de normas fundamentais que norteiam o processo político-eleitoral, como o pluralismo político e o princípio democrático.

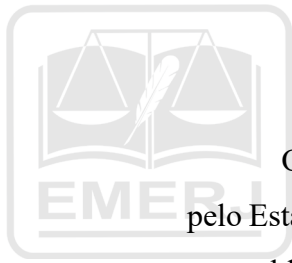
Financiamento eleitoral é a maneira pela qual os partidos políticos angariam recursos a serem utilizados para custear as campanhas políticas de seus candidatos. Está regulamentado pela Lei nº 9.504, de 1997, conhecida como Lei das Eleições.

Importa dizer que o Brasil, assim como a maioria dos países da América Latina, adota o modelo misto de financiamento, isto significa que as verbas podem advir dos setores público e privado.

Nos termos dos artigos 16-C, 16-D, e 23, todos da Lei das Eleições<sup>13</sup>, o financiamento de campanha no Brasil se consubstancia em doações provenientes do próprio candidato; de pessoas físicas, com limite de 10% do valor que declarou de patrimônio no ano anterior no Imposto de Renda; assim como do Poder Público. Dado o objeto de análise do presente trabalho, nos ateremos às verbas públicas utilizadas no processo político-eleitoral.

---

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit. nota 7.



O fundo partidário é uma arrecadação de valores, distribuído aos partidos políticos pelo Estado proporcionalmente e com natureza predeterminada, um percentual é aplicado em publicidade ideológica, outro é destinado a cursos que envolvam a cidadania e a implementação política de sua ideologia e, entre elas, destinar um percentual para as campanhas dos candidatos do partido.

O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) importa em uma concentração de recursos públicos e privados, depositados em conta corrente específica, que será inserido da proposta orçamentária, cujo objetivo é prestar assistência financeira aos partidos políticos.

Ao passo que o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (FEFC) é um fundo público destinado ao financiamento das campanhas eleitorais dos candidatos. Foi criado pela Lei nº 13.487/17<sup>14</sup>. Os dois juntos correspondem à verba pública utilizada no financiamento de campanhas eleitorais.

A Lei nº 9.504/1997<sup>15</sup>, em seu art. 16-C, § 7º, dispõe que a Comissão Executiva Nacional do partido fixará os critérios de distribuição do FEFC aos seus candidatos devendo o partido promover ampla divulgação dos critérios e que os recursos referentes ao Fundo Partidário apenas estarão à disposição do partido após a definição de critérios para sua distribuição, aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido político.

Cumprе sobrelevar que a definição dos mencionados critérios de distribuição da verba do Fundo Partidário é decisão *interna corporis* das agremiações partidárias. Eis que a autonomia que os partidos políticos possuem para gerir os recursos de que dispõem não pode ser tida como absoluta, encontrando limites como a definição de que devem direcionar ao menos 30% destes recursos para as campanhas de suas candidatas, em consonância com a decisão do STF na ADI nº 5617<sup>16</sup>.

Ademais, a evolução histórica da concepção de Estado culminou na ocupação pelo indivíduo da posição jurídica de credor da atuação estatal, ou seja, cabe ao indivíduo, em um Estado Democrático de Direito, a cobrança de prestações positivas do poder público que, por sua vez, deve aplicar medidas que objetivem reduzir as disparidades econômicas e sociais, para promover a igualdade material.

---

<sup>14</sup>Idem. Lei nº 13.487, de 06 de outubro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>15</sup>Idem, op.cit., nota 3.

<sup>16</sup>Idem. op. cit., nota 2.

O princípio da igualdade ou isonomia possui duas acepções, formal e material. Assevera o Ministro Joaquim Barbosa Gomes<sup>17</sup> ao conceituar igualdade formal:

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e intoleráveis.

Caracteriza-se, portanto, esta acepção pela abstenção estatal, firmada em uma concepção estática de igualdade. A igualdade material se difere dessa por considerar as desigualdades concretas existentes no meio social de modo a evitar o agravamento destas e sua perpetuação.

Ademais, o princípio da igualdade insculpido na Constituição da República em seu artigo 5, inciso I<sup>18</sup>, atua em duas frentes. De um lado, frente ao legislador ordinário ou o próprio Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, de modo a vetar a criação de tratamentos diferenciados a indivíduos que se encontrem em situações idênticas. Ao passo que por outro lado, atua obrigando o intérprete a aplicar a lei e atos normativos outros igualmente, sem distinções de sexo, raça, cor, convicções ou classe social.

Neste sentido, surgem objeções quanto à omissão estatal, buscando a atuação positiva deste no que tange ao gozo de direitos por aqueles que são reconhecidos como iguais apenas formalmente.

Ressalte se que apenas em 24 de fevereiro de 1932 houve a conquista do voto feminino no Brasil, após duas décadas de intensa luta dos movimentos feminista e sufragista. O então residente Getúlio Vargas assinou um decreto que possibilitou as mulheres em todo território nacional votar e serem votadas em eleições.

Em 2018, apenas sete mulheres foram eleitas para o Senado Federal, enquanto para a Câmara de Deputados, foram 77 deputadas, em um aumento de 51% em relação a 2014. Vale dizer ainda que o número de deputadas estaduais cresceu em 35%<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>BRASIL. *O Estado na promoção da igualdade material*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bd/sf/bitstream/handle/id/503041/001011320.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>18</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>19</sup>CAMPANHA DE MULHER ORG. “*Companheira, me ajude*”. Disponível em: <<http://campanha.demulher.org/#campanha>>. Acesso em: 23 fev. 2019.





À guisa de conclusão, conforme nos ensina o professor José Jairo Gomes<sup>20</sup>, é desejável evitar uma visão romântica acerca do financiamento político eleitoral. A partir de uma perspectiva realista, tem-se que a problemática não se limita a origem privada de grande parte do financiamento eleitoral, mas, sobretudo, da falta de regulamentação adequada, na qual sejam impostas com rigor a transparência da origem e do destino do dinheiro, e estabelecidos limites razoáveis e democráticos para o montante de doações e gastos, bem como criadas restrições aos doadores.

Além disso, mostra-se imperioso que a interpretação conferida às regras positivadas e a aplicação destas sejam feitas com rigor pelos agentes públicos, de modo a evitar a descrença no sistema e reforçar a legitimidade do procedimento democrático<sup>21</sup>.

Por derradeiro, importa salientar que o princípio democrático impõe a equivalência de direitos e oportunidades sociais aos indivíduos, bem como veda a discriminação dos mesmos em razão de gênero, raça, cor, classe social e demais sistemas dicotômicos utilizados historicamente para etiquetar e distanciar pessoas.

Registre-se que consoante disse Bertha Lutz, “recusar à mulher a igualdade de direitos em virtude do sexo é denegar justiça a metade da população.”<sup>22</sup>

### 3. DO DEFICIT DEMOCRÁTICO, DA IMPORTÂNCIA DA COTA DE GÊNERO E DOS DESAFIOS POSTOS

A Organização das Nações Unidas considera a exiguidade na representação feminina nos espaços de poder como um verdadeiro “déficit” democrático, comparando os números referentes a cargos políticos ocupados por mulheres e a proporção numérica no contingente populacional<sup>23</sup>.

Vale dizer que na IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim no ano de 1995, foi encaminhado pelo Parlamento Latino-Americano um documento no qual foram arroladas as mais expressivas reivindicações das mulheres no continente. Ficou evidente que muitos dos países latino-americanos tinham ampliado a participação política das mulheres e que 11 deles haviam instituído a cota de gênero como

---

<sup>20</sup> GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13 ed. Rev. Atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 187.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> ONE HEALTH MAG. “Bertha Lutz”. Disponível em: <<http://www.onehealthmag.com.br/index.php/bertha-lutz/>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

<sup>23</sup> ONU MULHERES. “Marco Normativo para consolidar a Democracia Paritária.” Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2019.



medida para fomentar esta participação, ultrapassando as resistências patriarcais tão presentes nestas sociedades<sup>24</sup>.

Neste mesmo ano, a então Deputada Marta Suplicy apresentou um projeto de lei que previa a exigência do mínimo de 30% (trinta por cento) de mulheres nas listas partidárias de candidatos a cargos do Legislativo, projeto este que foi apresentado na Câmara dos Deputados, em coautoria com mais 29 (vinte e nove) parlamentares, colocando na agenda política da época e na imprensa a questão da ausência de representação feminina no campo político nacional<sup>25</sup>.

Sob o jugo de críticas das mais diversas origens e formas, o projeto foi aprovado, mas reduzido para 20% (vinte por cento), tornando-se a Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995.

Por sua vez, a Lei n.º 9.504<sup>26</sup> de 97 elevou a taxa para 30% (trinta por cento) e a Lei n.º 12.034/09 substituiu a palavra “reserva” por “preencherá”, tornando obrigatório o preenchimento das cotas de gênero na definição das candidaturas de cada partido político, privilegiando o regime democrático e a representatividade inerente a este regime.

A ADI n.º 5617<sup>27</sup>, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, teve como objeto o artigo 9º, da Lei n.º 13.165/15 que, por sua vez, alterou o artigo 44 da Lei n.º 9.096/95, estabelecendo o percentual mínimo de 5% e o máximo de 15% do recurso do Fundo Partidário destinando ao financiamento de campanhas femininas, com a fixação do limite temporal de 3 (três) eleições para sua vigência. Dentre as razões invocadas pela Procuradoria-Geral da República, destacaram-se o direito fundamental à igualdade, o pluralismo político e o princípio democrático, todos com assento constitucional.

Em relação à democracia representativa, vale dizer que o artigo 1º, § único, da Constituição da República Federativa do Brasil, traz o princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo, que o exercerá diretamente ou através de seus representantes eleitos. Assim, é necessário garantir aos indivíduos que gozem de autonomia e liberdade em sua esfera privada, e gozem de autonomia política para participar das decisões estatais primordiais.

---

<sup>24</sup>Idem. “*Conferências mundiais da Mulher*”. Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>25</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 783/95*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=182361>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>26</sup>Idem. op. cit., nota 3.

<sup>27</sup>Idem. op. cit., nota 2.



A Carta Política notabiliza a igualdade de gênero, o pluralismo político e o regime democrático, garantindo às mulheres, por conseguinte, participação na política em igualdade de condições aos homens.

Acrescente-se que os direitos políticos foram tardiamente assegurados em condições de igualdade a brasileiras, a conquista do voto feminino e a instituição legal da cota de gênero são conquistas que datam do século XX. A cota de gênero foi instituída no Brasil como instrumento de superação das dificuldades socioculturais que intimidam e reprimem o lançamento de candidaturas femininas.

Neste ínterim, em 2018, a mencionada ação de controle de constitucionalidade foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, fixando o patamar mínimo de 30% dos recursos daquele Fundo para o financiamento de campanhas femininas e declarando inconstitucional, ainda, a fixação do limite temporal para esta norma, que perdurará enquanto se fizer necessário diante do cenário de sub-representação feminina na política brasileira.

No entanto, a supramencionada decisão do E. STF suscitou alguns questionamentos. Foram objeto de consulta ao Tribunal Superior Eleitoral as seguintes indagações: I. se a decisão seria aplicável ao Fundo Especial previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei nº 9.504/97; II. se o percentual mínimo de recursos de 30% estabelecido seria modificado na hipótese de ser percentual de candidaturas femininas maior do que este; III. se seria aplicável o entendimento quanto ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV, previstos nos arts. 47 e seguintes da Lei das Eleições; IV. se, havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o tempo de propaganda eleitoral gratuita seria proporcional<sup>28</sup>.

A consulta foi respondida afirmativamente. Entendeu o TSE que a resposta positiva às questões postas é imperiosa diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e para garantir a igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas.

Nesta oportunidade, sobrelevou-se a importância do papel institucional da Justiça Eleitoral no incentivo à participação de mulheres na política nacional, afirmando-se que a efetividade da garantia do percentual mínimo de candidaturas por gênero, instituída pelo artigo 10, § 3º, Lei nº 9.504/97, conclama a participação ativa desta Justiça especializada.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-rosa-weber-consulta-publica.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.



Ademais, foram opostos embargos de declaração pela Câmara dos Deputados na ADI nº 5617, indagando qual seria o destino do montante que os partidos acumularam para aplicar nas candidaturas femininas, até 2017, nos termos do art. 44, § 5º-A e §7º, da Lei nº 9.096/95, que foram declarados inconstitucionais por arrastamento<sup>29</sup>.

O represamento destes recursos, segundo a Professora Karina Kufa<sup>30</sup>, revela-se instrumento ineficaz e de desincentivo nesta seara. Suscitou receio da Casa Legislativa a aplicação do referido valor diante da inexistência de regra de transição que autorizasse e regulasse sua aplicação.

O STF, então, decidiu pela modulação dos efeitos da decisão, no intuito de assegurar que, sem que haja a redução do percentual de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido para as candidaturas femininas, os recursos financeiros de anos anteriores acumulados nas contas específicas de que cuidam os mencionados dispositivos possam ser adicionalmente transferidos para as contas individuais das candidatas no financiamento de suas campanhas eleitorais no pleito geral de 2018.

Muito embora as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal Eleitoral representem expressivos e felizes avanços em direção à almejada equidade na representação política entre os sexos, já nas eleições de 2018 foi possível notar certas resistências à modificação de paradigmas institucionais, a exemplo da notícia de que alguns partidos políticos teriam convocado mulheres apenas para integrarem os numerários mínimos e terem acesso ao montante do fundo reservado as candidaturas femininas, denotando antipatia e desrespeito à imposição legal de observância do percentual mínimo de candidaturas por gênero.

Nesta conjectura, faz-se necessária uma reforma na legislação eleitoral para incluir medidas efetivas de fiscalização da observância do percentual mínimo de candidaturas por gênero, assim como para prever a progressão deste percentual mínimo, de modo a privilegiar o princípio democrático, o pluralismo político e a igualdade material entre os sexos.

Ressalte-se que a presença de mais mulheres na vida pública representa o olhar mais atento e voltado aos direitos e interesses da população feminina, uma vez que conhecendo a realidade e os principais anseios desta camada social, as representantes do

---

<sup>29</sup> Idem. op. cit., nota 3.

<sup>30</sup> KUFA, Karina. *Candidaturas femininas e o uso dos recursos para a formação política da mulher*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/karina-kufa-uso-recursos-formacao-politica-candidatas>>. Acesso em: 1 abr. 2019.



sexo feminino eleitas terão melhores condições, mais legitimidade, e maior engajamento no zelo pelos interesses das mulheres brasileiras.

Atrelado às mencionadas propostas deverão, ainda, ser pensadas e implementadas políticas públicas voltadas à acessibilidade de informações relativas aos direitos civis e políticos da população feminina.

Conclui-se, assim, que o amadurecimento da democracia nacional e o respeito ao princípio da igualdade entre os sexos somente será possível com a participação ativa do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica jurisdicional, posicionando-se precisamente no que tange ao cumprimento das normas que preveem ações afirmativas voltadas à redução da sub-representação feminina na política nacional e mediante atividades administrativas como veiculação em meios de comunicação de campanhas voltadas a valorização do papel da mulher no meio social e à igualdade de gênero.

Impõem-se ainda o desenvolvimento e implementação de políticas públicas visando à modificação do panorama atual de encabulada participação feminina na vida pública e a necessária modificação na legislação pertinente, com a majoração do diminuto percentual mínimo de candidaturas de gênero e previsão de medidas de fiscalização da observância deste percentual.

## CONCLUSÃO

Em que pese a Constituição da República de 1988 preveja como direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres no seu art. 5, inciso I, os direitos políticos e cívicos representam para estas um verdadeiro círculo de cidadania resistente e fechado.

A política de cota de gênero importa relevante meio de superação dos empecilhos fáticos e ideológicos que impedem a tomada dos espaços públicos e de poder pelas mulheres e em pleno século XXI e praticamente a única medida tomada na conjectura político-social brasileira.

Dentre os principais óbices ao sobrepujamento da gritante desigualdade entre os sexos no âmbito da representatividade política estão a cultura patriarcal e a conseqüente crença social de que caberiam às mulheres os espaços privados, prioritariamente o espaço do lar.

Neste contexto, setores sociais fundamentalistas e apegados ao modelo tradicional de família, empreendem esforços diversos para a manutenção do referido



déficit representativo feminino, bem como para a barragem das pautas postas pelo setor progressista no que tange os direitos inerentes e correlatos ao universo feminino, a exemplo da problemática do aborto, pois veem aqui verdadeira ameaça a estrutura social patriarcal, misógina e silenciadora que conhecem e entendem como ideal.

Mostrou-se que tais dificuldades não encontram nenhum embasamento constitucional e legal, já que os dispositivos que versam sobre tais questões privilegiam a igualdade material entre os sexos, o pluralismo político e o regime democrático. No que se refere a legislação eleitoral, ainda que timidamente, buscou-se com a cota de gênero observar o princípio democrático.

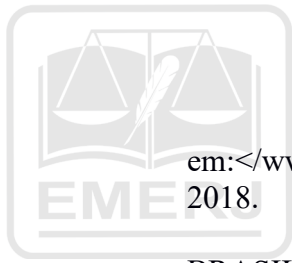
Ressaltou-se que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 5617 entendendo que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.504/1997 foi acertada, embora detenha lacunas e tenha suscitado questionamentos outros que abrem margem para o insucesso do objetivo primordial da redução da desigualdade histórica entre os sexos.

Nesse sentido, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão que deve haver maior rigor na fiscalização quanto a efetividade da ação afirmativa em voga.

Contudo, apenas havendo a mudança de paradigmas institucionais e a subversão da doutrina de subestimação do papel feminino na sociedade, possível com o enlace de políticas públicas voltadas a educação e conscientização acerca do revés, atuação correta do Judiciário no exercício do seu papel fundamental de pacificar demandas, bem como com o recrudescimento das regras atinentes à repartição dos fundos de financiamento das campanhas das candidatas, conferir-se-á efeito aos princípios democrático e da igualdade material entre os sexos, bem como ao pluralismo político taxado na Carta Política de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil.

## REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia; MOTA, Fernanda Ferreira. *O gênero na política: a construção do feminino nas eleições presidenciais de 2010*. Disponível



em: <[www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0197.pdf](http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0197.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.096/95*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm)>. Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504/97*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.165/15*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm)>. Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.487/17*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.html)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 783/95*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=678D0128503D9D685247E8AEACA390DB.proposicoesWeb?codteor=1134751&filename=Avulso+PL+783/1995%3E.%20Acesso%20em:%2030%20de%20mar.%20De%202019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=678D0128503D9D685247E8AEACA390DB.proposicoesWeb?codteor=1134751&filename=Avulso+PL+783/1995%3E.%20Acesso%20em:%2030%20de%20mar.%20De%202019)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 894*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo894.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *O Estado na promoção da igualdade material*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503041/001011320.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. TSE. *Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-rosa-weber-consulta-publica.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. TSE. *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

CAMPANHA DE MULHER ORG. “*Companheira, me ajude*”. Disponível em: <<http://campanhademulher.org/#campanha>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

KUFA, Karina. *Candidaturas femininas e o uso dos recursos para a formação política da mulher*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/karina-kufa-uso-recursos-formacao-politica-candidatas>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

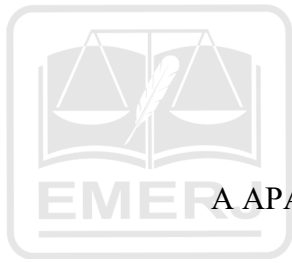


ONE HEALTH MAG. *Bertha Lutz*. Disponível em: <<http://www.onehealthmag.com.br/index.php/bertha-lutz/>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

ONU MULHERES. *Conferências mundiais da Mulher*. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Marco Normativo para consolidar a Democracia Paritária*. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria\\_FINAL.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Marco-Normativo-Democracia-Paritaria_FINAL.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2019.

REDACÃO JOTA. “*O voto de Rosa Weber sobre 30% de fundo eleitoral e propaganda para mulheres*. Ministros do TSE seguiram o voto de Rosa, relatora da consulta feita por deputadas e senadoras ao tribunal”. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/voto-rosa-fundo-eleitoral-mulheres-23052018>>. Acesso em: 22 set. 2018.



## A APAC E OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Lara Brumana Tótaru Jünger

Graduada em Direito pela Faculdade Vianna Júnior. Advogada.

**Resumo** – A forma como as sanções penais são executadas ferem a dignidade do preso pelas condições deficientes da maioria das prisões e não cumpre a função de ressocialização do apenado. A metodologia APAC se fundamenta na valorização humana e busca oferecer ao condenado condições de recuperar-se. O método se difere do sistema carcerário comum, vez que os centros de recuperação são geridos pelos próprios recuperandos, não existem policiais e tampouco armas. Diante da necessidade de aprimorar a execução das penas privativas de liberdade, a metodologia APAC se mostra uma boa alternativa, embora não seja capaz de resolver por completo os problemas do sistema penitenciário brasileiro.

**Palavras-chave** – Direito processual penal. Princípio da dignidade da pessoa humana. Função ressocializadora da pena.

**Sumário** – Introdução. 1. A realidade do sistema penitenciário brasileiro. 2. A função ressocializadora da pena. 3. A experiência do método APAC. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a experiência do método APAC na busca pela efetiva ressocialização das pessoas condenadas à pena privativa de liberdade. O objetivo do presente estudo é identificar os problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro com enfoque na dificuldade de cumprimento da função ressocializadora da pena e a partir dessa análise, constatar os pontos positivos e negativos da metodologia apaqueana.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a realidade do sistema penitenciário. É analisada a lógica punitiva sustentada pela relação de poder na qual o Estado brasileiro se baseia e sua incapacidade de garantir a segurança. Partindo da constatação de que a segurança depende de um tratamento penal em conformidade com a lei e com o seu objetivo de ressocialização foram estudadas as contradições entre o que se vê na prática e o que é previsto pelo ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista a reconhecida falência do sistema penitenciário brasileiro, conclui-se pela urgente necessidade de implantação de métodos alternativos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a importância da função ressocializadora da pena. São apresentadas as dificuldades encontradas na fase de execução, as quais obstaculizam o cumprimento da referida função.



O terceiro capítulo apresenta o método APAC como alternativa ao sistema comum. Procura-se, também, explicitar os desafios encontrados no seu processo de implementação.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis 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 de forma argumentativa.

Com efeito, 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 REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Estado brasileiro é baseado em uma lógica punitiva sustentada pela relação de poder, autoritarismo e intolerância estabelecida na sociedade e na história brasileira, que projeta o outro como o inimigo que merece punição.<sup>1</sup> Essa lógica não garante a segurança, pois segurança não é apenas punir. Nesse sentido:

Segurança é ainda, um tratamento penal de acordo com a lei, segundo seu objetivo maior – a ressocialização. A preocupação com o aumento da segurança apenas pela prisão, seria buscar soluções em seus efeitos e não em suas causas, obviamente incluindo soluções sociais estruturadas sob um clima de responsabilidade e organização (não por meio de esmolas em cartões regamente distribuídos aos não necessitados a se locupletarem à custa da fome e da vida dos mais necessitados).<sup>2</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro assegura diversas garantias aos presos. Além dos direitos fundamentais do cidadão, elencados no artigo 5º da CRFB<sup>3</sup>, a Lei de Execução Penal<sup>4</sup> trata dos direitos infraconstitucionais garantidos aos apenados no decorrer da execução da pena. Contudo, o que se vê na prática é a constante violação dos direitos legais previstos em lei. Com isso, a sentença condenatória a pena privativa de liberdade não restringe apenas o direito à liberdade, pois o preso perde também outros direitos fundamentais, que não deveriam ser atingidos pela sentença.

O STF já reconheceu que no sistema penitenciário brasileiro existe um verdadeiro

---

<sup>1</sup> SERRA, Carlos Henrique. O Estado penal e o encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio. *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013, p. 31.

<sup>2</sup> PINTO, Celso de Magalhães. A lei de execução penal e a Realidade Prisional. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Magister Ltda, Porto Alegre, nº 2, v.1, 2004, 57 p.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 6 mai. 2019.



“Estado de Coisas Inconstitucional”<sup>5</sup>. De acordo com as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o “Estado de Coisas Inconstitucional”, ocorre quando verifica-se a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional<sup>6</sup>. A referida expressão foi utilizada pela primeira vez na Corte Constitucional da Colômbia, com a chamada “Sentencia de Unificación (SU)”.

A intervenção judicial foi necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. O STF reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios são penas cruéis e desumanas. Diante disso, o Plenário declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitados. De acordo com o Ministro Marco Aurélio<sup>7</sup>:

Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas política públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais.

O sistema carcerário comum brasileiro, além de não servir à ressocialização dos presos, como será no capítulo seguinte demonstrado, funciona como “escola do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública é as altas taxas de reincidência.

Diante da indiscutível falência do sistema carcerário brasileiro, vislumbra-se a urgente necessidade de mudanças estruturais e métodos alternativos a serem implantados. Os problemas já citados motivaram o surgimento de um sistema alicerçado em sanções alternativas à pena privativa de liberdade para as infrações de menor e médio potencial

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 347 MC/DF* Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>6</sup> CAMPOS, Carlos. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. op. cit., nota 3.

ofensivo. Contudo, as penas alternativas apesar de terem demonstrado bons resultados, já que reduzem os custos e evitam que os condenados sejam expostos aos males do cárcere, não resolvem o problema. Isso porque a pena restritiva de liberdade não foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, posto que visa punir crimes de maior potencial ofensivo. De acordo com Nilo Costa Neto, “a pena de prisão vem falhando no seu objetivo ressocializador, no entanto, é verdade que para os criminosos mais perigosos, cuja segregação é imprescindível, ela continua sendo a única alternativa a escolha”<sup>8</sup>. Nesse sentido, há a necessidade de buscar aperfeiçoar o sistema carcerário e não se limitar a discutir a utilização e aprimoramento das medidas alternativas.

## 2. A FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal, em seu artigo 59, confere a pena um duplo sentido: retribuição e prevenção, pois determina que o juiz a deve estabelecer conforme for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Desse modo, verifica-se que no momento da sentença a pena deve atender as funções de ressocialização e prevenção. Em cada uma das fases da pena há funções preponderantes. O Professor Luiz Flávio Gomes ensina que:

Em nossa opinião, de tudo quanto foi exposto infere-se que, *mutatis mutandis*, é perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a fórmula (tripartida) oferecida por Roxin (*Derecho penal:PG*, trad. de Luzón Peña et alii, Madrid: Civitas, 1997, p. 78 e ss.), com a conseguinte atribuição à pena de fins distintos segundo o momento ou fase de que se trate: a) no momento da cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral (seja negativa: intimidação; seja positiva: definição ou chamada de atenção para a relevância do bem jurídico protegido); b) na fase da aplicação judicial a pena tem finalidade preventiva geral (confirmação da seriedade da ameaça abstrata, assim como da importância do bem jurídico violado), repressiva (reprovação do mal do crime, fundada e limitada pela culpabilidade) e preventiva especial (atenuação do rigor repressivo para privilegiar institutos ressocializadores alternativos: penas substitutivas, *sursis* etc.) e c) na última etapa, na da execução, prepondera (formalmente) a finalidade de prevenção especial positiva (proporcionar condições para a ressocialização ou para a realização de um processo de diálogo – Dotti –, porém, na prática, o que se cumpre é a função preventiva negativa da inocuidade (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> COSTA NETO, Nilo. *Sistema Penitenciário Brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24073/sistema-penitenciario-brasileiro-a-falibilidade-da-prisao-no-tocante-ao-seu-papel-ressocializador>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal Brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1037, 4 de maio de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 1 abr. 2019.



Assim, na fase de execução a função primordial da pena é a ressocialização. Contudo, o que se vê no sistema penitenciário brasileiro é que ela está longe de ser alcançada. Até mesmo a função de inocuidade encontra dificuldades, visto que não são raras as fugas em presídios brasileiros:

Apesar da fiscalização da execução penal ser distribuída entre oito diferentes órgãos especialmente destacados na Lei de Execuções Penal, ainda assim não se percebe a efetividade das assistências criadas em favor do sentenciado.

Isso demonstra que o problema não se encontra na fiscalização, mas, sobretudo, no método empregado pelo sistema penal convencional.

Com efeito, em que pese o esforço do legislador, os órgãos da execução penal jamais poderão realizar a “socialização substitutiva” sem o concurso da sociedade.<sup>10</sup>

As más condições de higiene e alimentação, somadas a superlotação e a falta de qualificação profissional da maioria dos detentos são alguns dos fatores que contribuem para o elevado índice de reincidência. O retorno à sociedade também é marcado por dificuldades, em vista dos preconceitos enfrentados e dos desafios na busca por emprego. A necessidade de investimentos em infraestrutura encontra barreiras na falta de verbas:

A realidade das cadeias é degradante. Os presos dormem praticamente uns sobre os outros, em celas apertadas. A tuberculose é uma ameaça real. Mesmo que sejam realizados, periodicamente, exames pela Regionais da saúde, é difícil um diagnóstico preciso e um controle, por exemplo, de portadores do HIV, pois é uma legião de usuários de entorpecentes que não recebem tratamento médico.<sup>11</sup>

Durante o período em que a pessoa se encontra reclusa ocorrem avanços tecnológicos, o mercado de trabalho se torna ainda mais concorrido e o indivíduo fica impossibilitado de acompanhar essas mudanças sociais. A conhecida incapacidade do sistema penitenciário brasileiro em ressocializar contribui para a estigmatização do ex detento, pois por não acreditar na sua regeneração, a sociedade não o acolhe.

O trabalho é uma das principais medidas ressocializadoras. A experiência adquirida oferece ao detento maior oportunidade de emprego ao adquirir a liberdade. A ocupação evita os efeitos corruptores do ócio. A remuneração obtida permite ao recluso ajudar na sobrevivência de sua família. A mão de obra prestada a sociedade é uma forma de ressarcir o Estado pelas despesas advindas da condenação. Além de todos esses fatores positivos, o

---

<sup>10</sup> SILVA, Jane. *A execução Penal à Luz do Método APAC*. Belo horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, p. 184-185.

<sup>11</sup> CASTRO, Jerônimo. A APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) e Sua Contribuição na Ressocialização, Viabilizado a Reinserção do Egresso no Seio Social. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Sage, v 17, n. 98, 2016, 70 p.

trabalho prisional é um meio de remissão de pena previsto no artigo 126, §1º, II do Código Penal<sup>12</sup>.

A educação é outra importante medida. A maioria dos detentos não possuem sequer ensino fundamental. Diante dessa realidade, é necessário permitir que eles tenham acesso ao ensino básico, mas também que seja oferecido cursos profissionalizantes. O estudo é hoje considerado requisito fundamental para inserção no mercado de trabalho.

Por fim, é necessário acompanhamento psicológico ao detento. As doenças psicológicas podem nascer devido a uma predisposição genética ou podem se desenvolver de forma funcional, por uma situação vivida. Os diversos problemas enfrentados nos presídios o tornam local propício para torná-lo fato gerador de transtornos psicológicos. Desse modo, é de suma importância o acompanhamento de psicólogos para evitar o surgimento de qualquer quadro clínico de ordem psíquica e para tratar os já desenvolvidos.

Como visto, o trabalho é um importante meio de ressocialização. Contudo, para que haja contratação de mão de obra de detentos é necessário que seja firmado um Contrato entre a Administração Pública e o parceiro privado. Para incentivar as empresas a contratar presos são oferecidas vantagens, como isenção de alguns encargos trabalhistas, o Estado cede espaço das penitenciárias sem cobrança de aluguel, mas ainda assim, há grande dificuldade de encontrar empresas interessadas na celebração do referido contrato, seja por preconceito, seja por receio de investir em presídios e ter equipamentos danificados:

São muito poucas empresas e até mesmo pessoas que apostam no motivado interesse de mudança do egresso na sua reinserção no seio social. Na verdade, o que se precisa é despersonalizar isso para a sociedade, e a melhor maneira de se iniciar é propiciando ao detento uma dignidade, ou ele continuará cultivando, dentro de si, o ódio, a raiva e, obviamente, uma facilidade maior para que ocorra a reincidência.<sup>13</sup>

Além disso, para que o uso da mão de obra dos presos pelo parceiro privado seja feito de maneira responsável é necessária a efetiva fiscalização por parte da administração pública, de modo a garantir que a jornada de trabalho não seja superior a prevista na LEP e permitida na Constituição, bem como que as atividades não sejam desempenhadas em condições insalubres.

A educação no sistema prisional encontra barreiras na falta de infraestrutura, mas também na falta de qualificação específica dos educadores prisionais. Deve ser oferecido a esses profissionais uma formação específica para melhor atuar e conviver com os apenados, pois não se pode esquecer que são seres humanos em situação de vulnerabilidade. O

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da união, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 71.

argumento muito utilizado para justificar a infraestrutura precária aóbice é a falta de recursos financeiros. Os sistemas penitenciários comuns apesar de ineficientes oneram muito o Estado.

Nesse sentido:

Informações trazidas pelo Programa Novos Rumos do Tribunal de justiça de Minas Gerais nos dão a notícia de que a construção de uma vaga no sistema convencional está saindo ao custo médio de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Assim sendo, para suprir as 15.000 vagas faltantes no sistema em Minas Gerais (segundo declaração do atual Secretário de Estado da Defesa Social), é necessária a quantia de aproximadamente 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais).<sup>14</sup>

Em voto proferido na ADPF 347/DF, o Ministro Marco Aurélio tratou das consequências do descaso popular com a situação:

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo.<sup>15</sup>

A sociedade, de modo geral, não se preocupa com a situação dos encarcerados, o que reflete no descaso dos poderes legislativo e executivo para com o cumprimento dos direitos fundamentais dos presos. Em suma, a omissão pública é reflexo do descaso popular.

### 3- A EXPERIÊNCIA DO MÉTODO APAC E OS DESAFIOS DO PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO

Criada em 1972, na cidade de São José dos Campos, cada APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) é uma entidade civil de direito privado dedicada à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. Possui como objetivo promover a humanização das prisões sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, de modo a evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar.<sup>16</sup> O responsável pela criação desse mecanismo foi o Dr. Mário Ottoboni, advogado e fundador do método APAC, o qual viu a necessidade de se valorizar a figura do condenado, lhe proporcionando um motivo a mais para sua recuperação.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> SILVA. op. cit, p. 195.

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit. nota 5.

<sup>16</sup> FBAC. *A APAC: o que é?* Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>17</sup> CASTRO, op. cit., p. 72

A APAC opera como entidade auxiliar do poder judiciário e executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade. É composta por 12 elementos, são eles: participação da comunidade, recuperando ajudando recuperando, trabalho, espiritualidade, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, família, o voluntário e o curso para sua formação, centro de reintegração social, mérito e jornada de libertação com cristo.<sup>18</sup> Tem como filosofia "matar o criminoso e salvar o homem".<sup>19</sup>

A APAC tem uma tríplice finalidade: auxilia a justiça, preparando o preso para o retorno ao convívio social; protege a sociedade, retornando a ela apenas indivíduos reestruturados humanamente capazes de respeitá-la; e, por fim, é órgão de proteção aos condenados, pautando-se por método baseado no fiel cumprimento dos direitos humanos, executando um trabalho pautado no cumprimento das legislações vigentes e procurado sempre a eliminação da fonte geradora de novos criminosos.<sup>20</sup>

Os condenados são chamados de "recuperandos". Isso ocorre para que fique em evidência a valorização do ser humano. A metodologia sugere que o resultado positivo da ressocialização depende da participação efetiva de cada recuperando. Cabe ao Conselho de Sinceridade e Solidariedade - CSS reunir os recuperando visando estabelecer uma cooperação mútua para a melhoria da segurança e disciplina do presídio.

Vale ressaltar que a APAC é uma proposta e não uma imposição. Nesse sentido, os recuperandos são livres para aceitarem ou não a proposta da APAC e caso não aceitem, basta pedirem a transferência para o sistema penitenciário comum:

O estatuto da APAC de Itaúna – Estado de Minas Gerais – é como um modelo para todas as outras Apac, dispõe sobre os deveres do recuperando dentro da Apac, deveres estes que vão desde obedecer às normas contidas no estatuto até cuidar da faxina, manter a cama limpa e arrumada, serviços burocráticos e de cantina, fiscal e supervisor de ala, preservar a segurança e desempenho dos serviços relacionados com a recuperação, participar de atividades recreativa e frequência ativa nas salas de aulas.<sup>21</sup>

É necessário que os recuperandos conheçam as normas, regulamentos e portarias do método APAC para evitar a prática de condutas contrárias a metodologia, que possam configurar faltas leves, médias ou graves. Para cada tipo de falta é adotado um procedimento diferente previsto no Regulamento Disciplinar das APACs.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> FBAC. op. cit., nota 13.

<sup>19</sup> IDEM. *Filosofia da apac*. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/filosofia-da-apac>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>20</sup> SILVA. op. cit., p. 62.

<sup>21</sup> CASTRO. op. cit., p. 75.

<sup>22</sup> SILVA. op. cit. p. 166.



O objetivo é propiciar a efetiva ressocialização dos recuperados por meio de um ambiente favorável e sem onerar demasiadamente o Estado, já que esse é o principal motivo apontado pelo poder público para justificar a situação precária da maioria dos estabelecimentos prisionais:

Estima-se que a reincidência entre os egressos das unidades APAC gira em torno de 15% (quinze por cento), enquanto que os oriundos do sistema comum alcançam o percentual de 70% (setenta por cento). As dezenas de unidades APAC, que são mantidas por convenio com o Estado de Minas Gerais, custam aos cofres mineiros 1/3 (um terço) do valor que seria despendido para manutenção do preso no sistema comum.<sup>23</sup>

A participação da comunidade é um dos elementos essenciais para que o método seja inserido nas prisões, mas para que isso aconteça é preciso quebrar as barreiras do preconceito e reconhecer que todo homem é maior que seu erro. Existem diversos meios de a comunidade local contribuir para o processo de ressocialização realizado pela APAC, seja por doações, participação em palestras, curso de voluntários, apadrinhamento de um recuperando ou até mesmo por meio de uma visita.

O trabalho é obrigatório a todos os recuperandos e a disciplina é rígida. Eles acordam às 6h, arrumam as camas e organizam o dormitório (as celas). Às 7h há um momento de oração e às 7h e 30 é servido o café. O trabalho é realizado das 8h às 17h. Cada regime tem suas particularidades no que se refere ao trabalho. Os recuperandos que se encontram no regime fechado realizam atividades laborerápicas, isto é, trabalho artesanal. No regime semiaberto a prioridade é a capacitação profissional do recuperando, realiza-se mão de obra especializada. Para isso, são feitas parcerias com empresas e outros projetos da comunidade. A ideia é oferecer ao recuperando oportunidade de se qualificar. Como no regime semiaberto eles dormem na APAC e trabalham no regime externo, o foco é a inserção social. Nesse sentido:

No regime fechado, o objetivo do trabalho é a recuperação dos valores. Despertar a autoestima, as potencialidades, o senso de estética e a criatividade. A ênfase deverá ser o trabalho artesanal, o mais diversificado possível. Conclui-se que o trabalho no regime fechado não tem por objetivo unicamente a geração de renda. O trabalho no regime semiaberto, assim como no regime fechado, também não objetiva somente o lucro. A finalidade desse regime é a profissionalização, tendo por premissa alguns aspectos da psicologia do preso, a alta rotatividade dos recuperandos e a questão disciplinar. É preciso cuidar para não transformar o regime semiaberto numa empresa. É importante ainda frisar que o trabalho nesse regime deve priorizar a capacitação profissional do recuperando e não a manutenção da unidade, pois isso poderia levar ao desvirtuamento do método. O regime aberto é o momento da

---

<sup>23</sup> Ibidem p. 77.



inserção social; é quando os recuperandos são autorizados ao trabalho externo e pernoitam no Centro de Reintegração Social.<sup>24</sup>

A APAC reconhece a importância de uma experiência com Deus no processo de recuperação e a incentiva sem impor credos. O artigo 24, da Lei de Execução Penal garante que a assistência religiosa será prestada aos presos, assim dispondo:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.<sup>25</sup>

A espiritualidade não é o único, mas é também um importante caminho para ajudar os recuperando dentro do sistema APAC. Assim, eles contam com momentos de oração e visita de líderes religiosos, como padres e pastores.

O objetivo é oferecer um ambiente favorável, diferente do que é encontrado nas grandes penitenciárias em que há superlotação. Desse modo, há o limite de quatro recuperandos em cada cela e cada um deles tem sua própria cama. Há advogados e estagiários responsáveis por orientá-los e oferecerem assistência jurídica.

Vários dos conflitos, rebeliões e motins dentro de presídios são causados por ausência de necessidades básicas de saúde. A APAC oferece assistência médica, psicológica e odontológica, garantindo o direito ao acesso à saúde previsto no artigo 14 da LEP.

A participação efetiva da família no processo de recuperação do condenado é um dos pilares do método APAC, contudo, esse é um dos maiores desafios, pois muitas vezes ela se encontra totalmente desestruturada. Além disso, é importante que ao retornar a sociedade, o recuperando encontre estrutura familiar. Para isso, não basta preparar o recuperando, é necessário trabalhar também com a família. Para inclui-la nesse processo são realizadas palestras, eventos e encontros dentro da APAC a fim de orientar os familiares, bem como envolvê-los com a metodologia empregada.

O trabalho na APAC é todo voluntário, somente algumas pessoas do setor administrativo são remuneradas. Dessa forma, é necessário reunir esforços de todos os segmentos sociais por meio de ações integradas para que o trabalho se concretize. A segurança e a escolta são realizadas pelos voluntários e pelos próprios recuperandos. É

---

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Método APAC: sistematização de processos*. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7821/1/APAC.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



realizado o "Curso de Formação de Voluntários", em que são abordadas todas as fases da metodologia, entre outros temas. Esse é outro ponto desafiador do processo de implementação, encontrar voluntariados:

Segundo nos relata o idealizador e presidente da APAC, Dr. Mário Ottoboni, inúmeras dificuldades se antepuseram à implementação desse modelo, pois a incredulidade e desconfiança eram muito grandes e no começo, o grupo de cidadãos que pretendia trabalhar com presos era visto com cautela pelas autoridades, mas impuseram a necessidade da experiência face à média de 75% de reincidência que agravava o grau de corrupção entre presos, provocado, principalmente, pela ociosidade nos presídios.<sup>26</sup>

As "prisões" administradas pela APAC são chamadas de Centro de Recuperação Social - CRS. Nelas não há policiais. É necessário que as instalações sejam bem equipadas e os voluntários e funcionários da área administrativa bem preparados, de modo a garantir a segurança. Além disso, é importante que as funções de cada recuperando sejam bem definidas. Para que a APAC possa assumir a administração de um CRS é necessário a fiscalização e a orientação da FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados). A FBAC é uma Associação Civil de Direito Privado sem fins lucrativos que tem a missão de congregar a manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior. o cartão de visita da APAC é o Centro de Recuperação Social, que muito se diferencia dos presídios comuns em todos os aspectos, pois se trata de um ambiente favorável à recuperação. No regime fechado, são colocadas frases nas paredes que ilustram a filosofia adotada. Na APAC Masculina de Itaúna por exemplo, encontra-se os seguintes dizeres: "Todo homem é maior que sua culpa", "ninguém é irrecuperável", "aqui dentro entra o homem, o delito fica lá fora" e "do amor ninguém foge". O objetivo é formar um ambiente de reflexão.

Uma vez por ano acontece na APAC a Jornada de Libertação com Cristo, que são encontros de quatro dias com palestras, testemunhos e meditações. O objetivo é que o recuperando adote uma nova filosofia de vida.

Ao ingressar no Centro de Reintegração Social, o recuperando traz os traumas e experiências vividos no sistema comum. O método busca reformular a autoimagem deles. A valorização humana é a base. Eles são recebidos com educação, recebem as boas vindas, o que por si só já causa grande impacto, visto que no sistema comum são tratados muitas vezes

---

<sup>26</sup> D'URSO, Luiz, Uma Nova Filosofia Para Tratamento do preso APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Presídio Humaitá – São José dos Campos, Themis, Fortaleza, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* v.1, n.1, 171 p., 1997.

com desrespeito e desprezo. Todos são chamados pelo nome e devem manter sempre o cabelo e barba feitos, roupas limpas e usar um crachá de identificação.

Os resultados alcançados pelo método APAC são tão relevantes que a Prison Fellowship Internacional, órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários patrocinou o 1º Seminário Latino Americano de Estudos e Conhecimento do Método APAC, realizado em Itaúna, Minas Gerais:

A FBAC, em parceria com a Prison Fellowship Internacional promoveu, nos dias 21, 22 e 23 de setembro, o Seminário Latino Americano de Estudos e Conhecimento do método APAC. Realizados nas dependências do Centro de Reintegração Social da APAC de Itaúna, contou com 11 participantes, de 5 países. Durante os três dias de seminário, os participantes puderam, além de conhecer *in loco* o CSR da APAC de Itaúna e o dia a dia dos recuperandos que nela se encontram, se aprofundar em temas de fundamental importância da metodologia, como os elementos fundamentais, a dupla função da pena, círculo vicioso, psicologia do preso, por que recuperando, espiritualidade, dentre vários outros. Também puderam assistir a documentários sobre a APAC e testemunhos de recuperandos, ex-recuperandos e voluntários.<sup>27</sup>

Por fim, cabe ressaltar que a APAC deve responder objetivamente por qualquer dano causado a detento que se encontre em estabelecimento por ela controlado, salvo nos casos em que nada poderia fazer para evitar o resultado. É que nos presídios comuns o Estado responde objetivamente pelos danos causados a detentos caso haja inobservância do dever específico de proteção, mas na APAC ele não exerce controle direto, de modo responde apenas de forma subjetiva.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a crise no sistema penitenciário brasileiro e a urgente necessidade de aprimoramento da execução de penas privativas de liberdade. Reconhecido pelo STF como “Estado de Coisas Inconstitucional”, o sistema prisional brasileiro viola de maneira generalizada os direitos fundamentais dos presos, aplicando penas privativas de liberdade cruéis e desumanas.

Muito se discute acerca da importância das penas alternativas a pena privativa de liberdade, as quais tem suma importância e desde sua inclusão no ordenamento jurídico tem demonstrado ser uma forma eficaz de punir aqueles que cometem crime de médio e menor potencial ofensivo, por serem proporcionais e não submeterem o delinquente as mazelas do cárcere. Contudo, como as penas privativas de liberdade continuam sendo uma realidade

---

<sup>27</sup> PINTO. op. cit., nota 2.



necessária para punir os crimes de maior potencial ofensivo, é preciso buscar aprimorar sua execução, a fim de que cumpra com os direitos e garantias previstos em lei.

Como consequências das reiteradas violações aos direitos fundamentais do preso, constata-se que a pena privativa de liberdade, no Brasil, não cumpre, como regra, a sua função ressocializadora, o que é caro não só ao apenado, como também a toda a sociedade, tendo em vista que um dia eles voltarão ao convívio social. Dentre as medidas importantes a serem tomadas na busca pela efetiva ressocialização, está a necessidade de oferecer melhores oportunidades de vida ao preso ao alcançar a liberdade. Para isso, é preciso disponibilizar educação e formação profissional, haja vista que a grande maioria não teve acesso.

Além disso, é necessário acompanhamento psicológico ao detento para evitar o surgimento de qualquer quadro clínico de ordem psíquica e para tratar os já desenvolvidos. Constata-se ainda, os benefícios alcançados quando o trabalho é aliado a espiritualidade. A experiência religiosa restabelece o sentido da existência e resgata valores humanitários, produzindo a sensação de comunhão com algo transcendente.

Diante dessa realidade, foi apresentada a APAC como alternativa ao sistema comum carcerário. Trata-se de um método inovador, porque oferece aos recuperandos, como são chamados, assistência espiritual, médica, psicológica, cursos supletivos e profissionalizantes. Por meio do trabalho obrigatório e uma rígida disciplina, a APAC tem alcançado bons resultados na busca pela ressocialização, prova disso é o baixo índice de reincidência.

Conclui-se que por meio do método APAC diversos recuperandos encontram toda a assistência garantida na Lei de Execuções Penais e que o Estado, através do sistema comum, não é capaz de oferecer. Isso se dá devido à metodologia empregada e o baixo custo da implementação do sistema se comparado aos presídios comuns, já que quase a totalidade do trabalho é voluntário e os próprios recuperando são responsáveis pela manutenção e organização dos estabelecimentos.

O principal desafio encontrado no processo de implementação é a dificuldade de encontrar voluntariados ao trabalho, já que a APAC depende totalmente da participação da comunidade. Contudo, esse é também um dos pontos positivos da metodologia em questão, pois o fato de tudo ou quase tudo ser desenvolvido por pessoas que acreditam na capacidade de recuperação dos apenados e se propõem a dedicar o seu tempo a elas independente de retribuição financeira, faz com que a proposta apaqueana seja melhor recebida.

As vantagens da APAC são inúmeras, mas não é ainda uma alternativa capaz de resolver por completo os problemas do sistema penitenciário brasileiro, pois não são submetidos a ela todos os condenados, mas apenas aqueles que aceitarem ou não a

metodologia apaqueana. Isso ocorre porque a APAC é uma proposta e não uma imposição. É certo que não há soluções fáceis para problemas complexos, como o do sistema carcerário brasileiro. Mas, o surgimento de novas APACS representam um grande avanço em busca da efetiva ressocialização.

## REFERÊNCIAS

BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da união, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em: 6 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF* Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Método APAC: sistematização de processos*. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7821/1/APAC.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

CAMPOS, Carlos. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em: 08 jun. 2019.

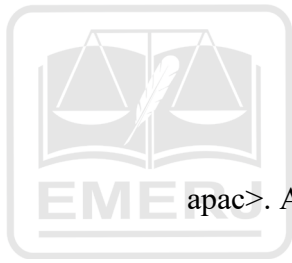
CASTRO, Jerônimo. A APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) e Sua Contribuição na Ressocialização, Viabilizado a Reinserção do Egresso no Seio Social. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Sage, v 17, n. 98, 2016, 70 p.

COSTA NETO, Nilo. *Sistema Penitenciário Brasileiro: a fabilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24073/sistema-penitenciario-brasileiro-a-falibilidade-da-prisao-no-tocante-ao-seu-papel-ressocializador>. Acesso em: 24 jun. 2019.

D'URSO, Luiz, Uma Nova Filosofia Para Tratamento do preso APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Presídio Humaitá – São José dos Campos, Themis, Fortaleza, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* v.1, n.1, 171 p., 1997.

FBAC. *A APAC: o que é?* Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>. Acesso em: 06 mai. 2019.

FBAC. *Filosofia da apac*. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/filosofia-da>



apac>. Acesso em: 08 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal Brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1037, 4 de maio de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

PINTO, Celso de Magalhães. A lei de execução penal e a Realidade Prisional. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Magister Ltda, Porto Alegre, nº 2, v.1, 2004, 57 p.

SERRA, Carlos Henrique. O Estado penal e o encarceramento em massa no Brasil. In: LOURENÇO, Luiz Claudio. *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013, p. 31.

SILVA, Jane. *A execução Penal à Luz do Método APAC*. Belo horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

## O ATIVISMO JUDICIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO POTENCIAL RISCO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Laura Magalhães de Azeredo Santos

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

**Resumo** – Este artigo objetiva analisar as ações estruturantes que envolvem graves violações de direitos fundamentais. Primeiramente, buscou-se investigar a sua necessidade a partir da análise do modelo clássico de demanda judicial, bem como delimitar o conceito dessas ações. Buscou-se, ainda, enfrentar as principais críticas a essas ações, como as que se referem ao caráter ativista das decisões judiciais que interferem em políticas públicas e a violação do princípio da separação dos Poderes. Por fim, investigou-se as técnicas decisórias aplicáveis a esses processos, que incluem medidas judiciais flexíveis acompanhadas de monitoramento, com a busca pela eficácia prática das decisões.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Medidas estruturais.

**Sumário** – Introdução. 1. As violações sistemáticas a direitos fundamentais e a necessidade de resposta do Poder Judiciário. 2. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário nas demandas estruturais frente o princípio da separação dos Poderes. 3. O ativismo judicial dialógico na construção das medidas estruturais e a atuação do magistrado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o ativismo judicial, especificamente quanto às manifestações judiciais no bojo de demandas estruturais deduzidas em face de graves violações de direitos fundamentais. O tema ganha relevância pelo aumento de demandas dessa natureza no cenário brasileiro, as quais almejam a implementação e o reestabelecimento de direitos fundamentais como solução para superar o cenário de inconstitucionalidade.

No Brasil, com a redemocratização que sobreveio após o período da ditadura militar, houve a promulgação de uma Constituição Federal analítica. Nela estão previstos diversos direitos, muitos dos quais não estavam em Constituições brasileiras anteriores. Com a força normativa das normas constitucionais, e, conseqüentemente, dos direitos previstos no texto constitucional, houve o aumento do ajuizamento de demandas que buscam a efetivação desses direitos e a superação das situações de grave violação a direitos fundamentais.

Além do aumento quantitativo das demandas para a efetivação de direitos, essas se tornam mais complexas, pois alguns dos litígios que surgem podem envolver grupos de

peças com interesses convergentes e divergentes entre si. Nesses litígios policêntricos, impõe-se ao Judiciário a análise de todos os interesses em conflito, bem como a consideração das possíveis consequências da decisão no momento de apresentação de uma proposta de pacificação do litígio.

A partir da constatação de que há a necessidade de efetivação de direitos em demandas complexas, verifica-se a insuficiência de modelos processuais previstos no ordenamento jurídico, o que fomenta a busca de alternativas para que o estado de violação a direitos fundamentais não fique sem solução. Assim, procura-se discutir as formas de solução dos litígios estruturais levados ao Judiciário, as quais devem diferir dos moldes decisórios tradicionais já conhecidos.

Diante das questões apresentadas, para iniciar a abordagem do tema, o primeiro capítulo do trabalho discute até que ponto o Judiciário é capaz de solucionar os litígios estruturais que tenham por objetivo a mudança do funcionamento de instituições estatais que violam sistematicamente direitos fundamentais. Analisa-se, com esse intuito, o modelo processual clássico que é binário, ao colocar os sujeitos processuais em dois polos, e a necessidade de repensá-lo para enfrentar os litígios estruturais.

No segundo capítulo há a discussão acerca dos contornos do princípio da separação dos Poderes, considerando o intuito do Judiciário de reestabelecer os direitos constitucionais, de forma a cumprir o seu papel de guardião da Constituição. Nesse contexto, há a abordagem acerca da atuação exigida dos Poderes em face da necessidade de afastamento do estado de coisas inconstitucional.

Por fim, o terceiro capítulo considera a necessidade de efetivação das decisões dos litígios estruturais, e tece considerações acerca do papel do Judiciário e da sua legitimidade em dizer qual a melhor forma de resolver as questões de violações de direitos que são levadas ao seu conhecimento. Nesse contexto, traz-se a ideia do ativismo dialógico, que propõe o fomento do diálogo entre os Poderes, como forma de chegar a uma solução possível de ser executada.

Para o desenvolvimento desse trabalho, a pesquisa se orientará pelo método hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses que funcionam como premissas a serem analisadas para saber se podem ser consideradas verdadeiras ou equivocadas. Com esse intuito, partirá o artigo de uma pesquisa qualitativa, tendo em vista a pretensão de buscar bibliografia para sustentar os argumentos que serão apresentados.



## 1. AS VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE RESPOSTA DO PODER JUDICIÁRIO

O processo judicial brasileiro clássico é marcado por um modelo bipolar, que tem por objetivo o acertamento de um conflito linear entre duas partes. O juiz intermedia a relação processual, como figura neutra que, ao final do processo, decide a favor de um dos lados ou parcialmente em favor de cada um deles. A decisão proferida pelo juiz recai sobre eventos já ocorridos e, com o trânsito em julgado, fica acobertada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada.

No entanto, com o avanço dos direitos sociais, houve a propagação de demandas e de processos coletivos, marcados pela multiplicidade de pessoas representadas em um único processo. Nesse grupo de pessoas, há indivíduos que são afetados de modos distintos pela questão a ser solucionada pela via processual, com visões diferentes e com interesses diversos a serem representados no processo, o que se denomina de litígio coletivo irradiado, conforme conceito proposto por Edilson Vitorelli<sup>1</sup>.

Os fatores acima indicados, relacionados à amplitude objetiva e subjetiva da demanda, ocasionam a dificuldade de simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos limites de um processo judicial. Essas demandas são, por isso, dotadas de elevado grau de complexidade decorrente da tutela jurisdicional demandada e da existência de conflito no âmbito do grupo que é titular do direito, diante da divergência de interesses entre os seus integrantes. Assim, cabe ao juiz traçar os limites desses conflitos, definir o direito pleiteado, limitar o direito que existe e efetivar a decisão.

Assim, os litígios estruturais, de acordo com Edilson Vitorelli<sup>2</sup>:

[...] são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há a necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

A origem das medidas estruturais decorreu da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, quando a Suprema Corte norte-americana declarou a

---

<sup>1</sup>VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 561.

<sup>2</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 372.

inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, denominada de doutrina dos *separate but equal*. Com o intuito de efetivar a decisão, houve a remessa dos casos aos juízes federais para a adoção das providências necessárias para superar a situação inconstitucional de segregação, com o desenvolvimento e a supervisão judicial das políticas públicas para adequar a realidade social e o funcionamento das instituições ao comando da decisão, afastando práticas reiteradas e contrárias à Constituição<sup>3</sup>.

Na Colômbia, as demandas estruturais foram incorporadas com a denominação de estado de coisas inconstitucional, aplicado aos casos de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais no funcionamento das instituições estatais<sup>4</sup>. Como as demandas estruturais, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais, com a declaração da inconstitucionalidade de leis e políticas públicas que violem os direitos fundamentais.

Os litígios estruturais são uma espécie de litígio irradiado, diante de indivíduos que são afetados de modo desigual e variável nos seus direitos. A nomenclatura de demandas estruturais decorre da finalidade de transformação de estruturas ou instituições que, no seu funcionamento, violam sistematicamente direitos fundamentais. Assim, os litígios estruturais, que dão origem a demandas estruturais, apresentam como peculiaridade a busca por medidas que tenham repercussão para o futuro, com efeitos prospectivos<sup>5</sup>. Toma-se, portanto, a violação aos direitos como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece.<sup>6</sup>

Após o reconhecimento da situação da violação aos direitos fundamentais, há a necessidade de efetivação do provimento jurisdicional. Com esse intuito, foi desenhado um remédio para as demandas estruturais pela jurisprudência norte-americana. Sobre o tema, Owen Fiss<sup>7</sup> afirma que:

---

<sup>3</sup>Sobre o surgimento das medidas estruturais no caso “Brown v. Board of Education”, Owen Fiss, afirma que “The structural injunction was not handed down from high. It emerged as federal judges sought to implement de Supreme Court’s 1954 decision in Brown v. Board of Education mandating the transformation of the dual school systems of the nation – one school for blacks, another for whites- into unitary non-racial systems. Pressed by the forcé of circumstance, the federal judiciary turned the traditional injunction into a tool for managing thid reconstructive process.” FISS, Owen. “To Make the Constitucion a Living Truth”. In: *ibid.*, p. 583.

<sup>4</sup>DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, 2016, p. 158.

<sup>5</sup>BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions* no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, JOBIM (Org.), *op. cit.*, p. 285.

<sup>6</sup>VITORELLI, *op. cit.*, 2017, p. 371.

<sup>7</sup>Tradução livre do original: “The remedial phase in structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end - well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The task is not to declare who is right or who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that

[...] a fase de remediação no litígio estrutural está longe de ser episódica. Tem um começo, talvez um meio, mas sem fim - bem, quase sem fim. Envolve um relacionamento longo e contínuo entre o juiz e a instituição; não se preocupa com a aplicação de um remédio já dado, mas com o dar ou modelar o remédio em si. A tarefa não é declarar quem está certo ou quem está errado, não calcular o montante dos danos ou formular um decreto destinado a impedir algum ato discreto. A tarefa é remover a condição que ameaça os valores constitucionais. (...) Então, o remédio envolve o tribunal em nada menos que a reorganização de uma instituição em andamento, de modo a remover a ameaça que representa para os valores constitucionais. A jurisdição do tribunal durará enquanto a ameaça persistir.

Em decorrência dos efeitos prospectivos das demandas que tratam de litígios estruturais, a providência pleiteada no momento do ajuizamento do processo estrutural pode deixar de ser adequada no momento da prolação da decisão ou da sua efetivação. Nesse sentido, há os que defendem que, no caso das demandas estruturais, haja a necessidade de atenuação da regra processual da congruência objetiva externa que apregoa a correlação entre a decisão e a demanda<sup>8</sup>. Essa permissão decorreria da lógica que permeia as demandas estruturais, que é a de busca de uma finalidade, sem estar adstrito aos meios eventualmente indicados pelas partes.

A insuficiência de determinação de medidas pontuais para solucionar o desrespeito aos direitos fundamentais leva à necessidade de reforma de instituições, a qual é ínsita às demandas estruturais, com a finalidade de superação da situação de inconstitucionalidade. Nesses casos, a mera decisão de deferimento, indeferimento ou de deferimento parcial dos pedidos formulados pelas partes não é suficiente, havendo a necessidade de determinação de medidas adaptáveis à situação fática que está em constante mutação<sup>9</sup>.

Com isso, observa-se a necessidade de adaptação do modelo clássico de processo, individualista e repressivo, para dar resposta às demandas estruturais, de natureza coletiva e prospectiva.

Atento à concretude da decisão, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a previsão de cláusula geral de efetivação, também denominada pela doutrina de atipicidade de medidas executivas<sup>10</sup>. Essa norma demonstra a preocupação com a efetivação das decisões

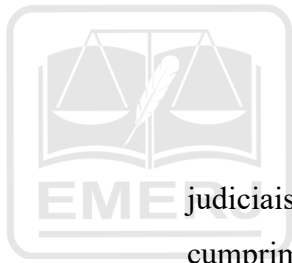
---

threatens the constitutional values. [...] Then the remedy involves the court in nothing less than the reorganization of an ongoing institution, so as to remove the threat it poses to constitutional values. The court's jurisdiction will last as long as the threat persists." FISS, Owen M. "The Forms of Justice". *Faculty Scholarship Series*. Paper 1220, 1979, p. 27-28. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>8</sup>DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 361.

<sup>9</sup>VIOLIN, Jordão. "Holt v. Sarver" e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *ibid.*, p. 341.

<sup>10</sup>A redação do art. 139 do CPC é: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto



judiciais, ao prever que o magistrado pode determinar todas as medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial<sup>11</sup>. Assim, a observância das necessidades práticas refletiu na atividade legislativa, com a edição de norma que serve como fundamento para a adoção de medidas estruturantes no ordenamento brasileiro, com o objetivo de alcançar a finalidade de superação da situação de inconstitucionalidade.

No Brasil, houve a menção ao estado de coisas inconstitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347<sup>12</sup>, que trata da situação do sistema penitenciário nacional. Na ocasião do julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a realização de audiências de custódia e a liberação pela União do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para sua utilização, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Ainda, houve a concessão de cautelar de ofício para determinar à União e aos Estados que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional.

A ação que trata do sistema prisional brasileiro, a despeito de, até o momento, somente ter tido a medida cautelar apreciada, já se delineia como uma demanda estrutural. A natureza das medidas cautelares concedidas indica a necessidade de imposição de desenvolvimento de políticas públicas pelo Executivo, com a determinação de emprego das verbas destinadas ao Fundo Penitenciário.

Diante da determinação pelo Judiciário de adoção de medidas pelos demais Poderes, Legislativo e Executivo, em busca de superar a situação de inconstitucionalidade, há críticas às demandas estruturais calcadas na alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes, o qual conta com previsão constitucional, tema esse que será discutido no capítulo subsequente.

## 2. A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS ESTRUTURAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos Poderes foi sistematizado por Montesquieu na obra “O espírito das leis”, em que defendeu a divisão do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário,

---

prestação pecuniária.” 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>11</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 243.

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

com a finalidade de garantir da liberdade política por intermédio da distribuição das funções do poder para órgãos estatais diversos. Trata-se de princípio contemplado no art. 2º da CRFB/1988, o qual prevê que os Poderes são independentes e harmônicos entre si<sup>13</sup>.

O Poder Judiciário tem como função típica a interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico, essas que nem sempre possuem em si um sentido unívoco. Aplicam-nas aos casos a ele submetidos para apreciação, proferem decisões tomando-as por base e efetivam o provimento jurisdicional constante do processo.

Diversamente dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário carece de legitimidade majoritária, considerando que os seus membros não são eleitos pelo sufrágio popular. A sua atuação é, por sua vez, legitimada democraticamente, diante das competências exclusivas que são a ele conferidas pelo texto constitucional e pelas leis<sup>14</sup>.

O papel do Poder Judiciário é de ser um órgão contramajoritário que dá voz aos excluídos, àqueles que não têm a sua vontade considerada pela maioria, e, por esse motivo, correriam o risco de serem excluídos da vida política<sup>15</sup>. Sobre o tema, os professores Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>16</sup>, ao tratarem da diferenciação entre os Poderes, afirmam o seguinte:

[...] assim, o que realmente diferencia os poderes é a tônica de sua legitimidade, ou seja, exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo), ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). (...) A função de garantia, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do modelo constitucional garantista.

Diante do sistema de separação das funções típicas do Poder, as demandas coletivas, bem como a formulação e execução de políticas públicas competem aos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de consequência da legitimação democrática majoritária desses Poderes

---

<sup>13</sup>A redação do art. 2º da CRFB/1988 é a seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

<sup>14</sup>VERBIC, Francisco. “Ejecución de Sentencias em Litigios de Reforma Estructural em la República Argentina”. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 71.

<sup>15</sup>Sobre o tema há o livro intitulado “Democracia e Desconfiança” do autor John Hart Ely que tem por escopo a reconciliação entre exercícios fortes do poder judicial com um sistema democrático de governo, sob uma teoria que concebia o Judiciário como uma instituição de “reforço de representação”. De acordo com essa teoria, o judiciário não transgrediria as normas democráticas quando honra as reivindicações dos cidadãos que foram excluídos ou de outra forma enganados pelos processos eleitorais. Para Ely, o Judiciário era para dar voz aos que não a possuíam. FISS, Owen. “To Make the Constitution a Living Truth”. In: *ibid.*, p. 588-589.

<sup>16</sup>DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 364.

decorrente do voto, que é instrumento que oportuniza a manifestação da escolha da maioria dos indivíduos para compor os Poderes referidos e representar a sua vontade.

No entanto, há situações que se apresentam de descompasso entre a esfera política e a sociedade, com a falta de efetividade dos direitos sociais, contemplados no texto constitucional, diante da falta de leis elaboradas pelo Legislativo e da inércia na atuação do Executivo. Nesse contexto, o Judiciário é provocado a atuar e efetivar as normas que têm a incumbência de proteger, em um movimento de recondução das expectativas sociais do cidadão ao processo judicial<sup>17</sup>. Assim, verifica-se uma mudança de paradigma, principalmente com demandas que tratam do alcance ou da implementação de políticas públicas que são levadas ao Judiciário<sup>18</sup>.

Nesses processos, ao proferir a decisão de efetivação de normas constitucionais carentes de instrumentos que possibilitem o seu exercício, o Poder Judiciário pode ser levado a avançar sobre outros ramos do Poder Público, com a imposição de ordens complexas e continuadas no tempo para os demais Poderes.<sup>19</sup> Essa interferência em matéria de políticas públicas, a partir da interpretação proativa do texto constitucional, denota uma atuação política do Judiciário, o que seria praticamente impensável sob a égide da clássica visão de separação de Poderes<sup>20</sup>.

Especificamente no tocante à separação dos Poderes, Sérgio Cruz Arenhart defende a necessidade de um sistema jurídico no qual haja a revisão da ideia da separação dos Poderes, percebendo que não há Estado Contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público<sup>21</sup>.

Sustenta-se, assim, que o princípio da separação dos Poderes tem que ser afastado, mitigado ou, talvez, reinterpretado. Ao Poder Judiciário deve ser reconhecida a capacidade de reestabelecer os direitos constitucionais violados, de forma a cumprir o seu papel de guardião da Constituição.

Destarte, a efetivação de direitos constitucionais não pode ser obstada pela interpretação absoluta do princípio da separação dos Poderes, sob o risco de haver o esvaziamento das normas constitucionais dotadas de autoaplicação. Deve ser permitido ao

---

<sup>17</sup>REIS, Maurício Martins. A estruturalidade hermenêutica nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: *ibid.*, p. 478.

<sup>18</sup>VERBIC, op. cit., p. 69.

<sup>19</sup>*Ibid.*, p. 63.

<sup>20</sup>DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014, p. 231.

<sup>21</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, 2013, p. 398.



Judiciário, portanto, imiscuir-se em matéria de políticas públicas, quando necessária à reversão da situação de violação a direitos constitucionais. Ademais, a objeção de que as medidas estruturais possibilitam ao Judiciário usurpar funções que pertencem ao Legislativo e Executivo, com a conseqüente violação da separação dos Poderes, esvazia o dever constitucional dos juízes de decidir os direitos do demandante e fazê-los uma realidade prática, de forma a tornar a Constituição uma verdade viva<sup>22</sup>.

Nesse cenário, foi desenvolvida a teoria da falha legislativa, de acordo com a qual a jurisdição estaria limitada pelas normas editadas pelo Legislativo, a menos que se caracterizasse uma hipótese de falha legislativa, ou seja, a não ser que houvesse alguma razão para considerar os processos da legislatura inadequados<sup>23</sup>. Com isso, a interferência do Poder Judiciário sobre os demais Poderes somente seria admitida em casos excepcionais, considerada a regra que é no sentido da deferência aos demais Poderes quando não é necessária a intervenção judicial.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>24</sup>, ao tratar do estado de coisas inconstitucional, traz três pressupostos a serem observados para que seja legitimada a atuação do Poder Judiciário sobre as atribuições dos demais Poderes, que são:

[...] a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Essa postura ativa do Judiciário é denominada de ativismo judicial, que consiste no fenômeno que nasceu em contraposição à autocontenção judicial, num ambiente que o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar<sup>25</sup>. O Poder Judiciário aparece como único meio para superar os

<sup>22</sup>No original: “[...] this objection overlooks the multi-dimensional nature of the judge’s authority and, in fact, his duty – the judge must not only decide the rights of the plaintiff, but also make this right a practical reality”. FISS, op. cit., 2017, p. 596.

<sup>23</sup>RODRIGUES, Luis Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *structural injunctions* e o direito processual brasileiro. In: *ibid.*, p. 529.

<sup>24</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

<sup>25</sup>JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: *ibid.*, p. 567.

desacordos políticos e institucionais nos casos graves de violação de direitos fundamentais, e, para tanto, determina medidas concretas de superação da situação de inconstitucionalidade, ocupando posição de protagonismo em relação aos outros Poderes.

A atividade judicial, assim, deve ser limitada pela regra da necessidade. Desse modo, a interferência deve ser apenas e tão somente aquela necessária e suficiente para a adequação aos valores constitucionais.<sup>26</sup> O controle das políticas públicas, do ponto de vista jurídico, passa por identificar se está ocorrendo, no caso concreto, proteção insuficiente<sup>27</sup> e, somente nesse caso, estaria o Poder Judiciário autorizado a adentrar na esfera de atuação dos demais Poderes. A situação justificadora seria aquela na qual houvesse prolongada inércia do Poder Público na implantação de direitos fundamentais; grau de urgência da decisão, com risco de danos irreparáveis aos indivíduos; e a existência de consenso político sobre os direitos em disputa<sup>28</sup>.

Portanto, é fundamental a advertência de que a atuação jurisdicional deve estar limitada pela extensão das normas constitucionais, sendo a função da prestação jurisdicional conferir efetividade a elas. Para tanto, é necessário dotar o juiz dos mais amplos poderes para dar cumprimento às decisões por ele exaradas, visto que de nada adianta defendermos a possibilidade de o Judiciário garantir tais direitos, se não lhe reconhecermos poderes para efetivamente conceder na prática o direito material cujo atendimento a parte visa alcançar.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO NA CONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Ambas as atividades, cognitiva e executiva, estão relacionada à prestação jurisdicional, que só se completa no momento em que há a satisfação da pretensão. Por esse motivo, incumbe ao juiz efetivar a sua decisão. Para isso, devem ser desenvolvidos meios para efetivar as medidas determinadas na sentença.

Tradicionalmente, as sentenças judiciais colocam termo a uma fase processual e definem as medidas a serem adotadas para atender a pretensão reconhecida. Na fase executória, ocorre apenas a fiscalização pelo juiz do cumprimento da condenação que recaiu sobre a parte. Nesse sentido, nos procedimentos de execução previstos na legislação não há a

---

<sup>26</sup>VIOLIN, op. cit., p. 345.

<sup>27</sup>DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 365.

<sup>28</sup>DANTAS, op. cit., p. 167.



rediscussão do conteúdo da sentença, limitando-se à utilização dos meios dispostos nas leis para a efetivação do mandamento judicial.

Nas demandas estruturais, por sua vez, em razão da complexidade que as envolve, o juiz possui dificuldade em determinar desde logo a solução para o problema apresentado, diante da exigência de conhecimentos interdisciplinares para que haja a formulação de medidas adequadas. Por esse motivo, há a adoção de decisões declaratórias, que apenas reconhecem a situação de inconstitucionalidade e determinam a sua superação, com a imposição de medidas abertas e flexíveis<sup>29</sup>.

Não é possível ignorar que os processos estruturais podem perdurar por muitos anos, pois envolvem situações complexas, com diversas variáveis e atores sociais. Muitas vezes, é exigida a implantação gradual e progressiva das medidas estruturais, ou, até mesmo, a alteração dessas medidas determinadas em um primeiro momento, caso verificada a sua ineficácia.

Para evitar que haja prejuízo na prestação jurisdicional pela necessidade de dedicação a uma demanda complexa por muitos anos, há exemplos de delegação pelos juízes da execução das sentenças estruturais a quem possa ficar incumbido da execução. Esses indivíduos que têm a possibilidade de se dedicar ao cumprimento da decisão com mais afinco, diante da maior disponibilidade de tempo que possuem, ou mesmo diante de mais conhecimentos técnicos na área envolvida na demanda, podem atender com maior eficiência as finalidades das demandas estruturais. Francisco Verbic<sup>30</sup> traz como exemplos:

[...] delegação da execução a um tribunal inferior, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão com participação do terceiro setor e a cidadania, a intervenção de organismos públicos específicos para controlar certos aspectos técnicos da execução, e a geração de mesas de trabalho para avançar em soluções consensuadas.

Como regra geral, portanto, os juízes não fixam analítica e antecipadamente todas as medidas que devem ser cumpridas para satisfazer a pretensão reconhecida na decisão, nem impõem medidas de execução unilateralmente, mas apenas indicam os resultados que a decisão deve produzir. Assim, os modos para alcançar a finalidade especificada na decisão não se encontram pré-definidos, mas dependem de formulação na fase executiva do processo judicial<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup>Ibid., p. 169.

<sup>30</sup>VERBIC, op. cit., p. 74.

<sup>31</sup>Ibid., p. 65-67.

A partir da decisão que reconhece o direito, inaugura-se uma nova fase no processo estrutural, voltada para a efetivação da sentença estrutural, que tem por finalidade compatibilizar a estrutura burocrática estatal e as práticas institucionais com a ordem constitucional. Nesse momento do processo, as medidas flexíveis e abertas indicadas na decisão são submetidas às partes, que sobre elas discutem, enquanto o juiz adota uma postura de supervisão judicial.

A discussão, por sua vez, não deve ficar limitada aos atores iniciais do processo, mas deve ser ampliada a todos com interesse na causa e que possam contribuir para a formulação da melhor solução para a situação de inconstitucionalidade constatada no curso do processo. Nesse sentido, o professor Sérgio Arenhart<sup>32</sup> assevera que:

[...] o processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que várias posições e vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Apresentam-se como instrumentos aptos a permitir a oitiva e a participação dos indivíduos na construção das medidas a serem implantadas, as audiências públicas, os *amici curiae*, o uso da internet, que possuem a capacidade de ampliar os limites subjetivos da demanda ao possibilitar a participação de todos os interessados, sem ficar adstrito às partes que inicialmente propuseram a demanda. Com isso, observa-se a concretização do contraditório participativo ampliado e do princípio democrático, materializados na sugestão coletiva das medidas estruturantes a serem adotadas.

O ativismo judicial nas demandas estruturais é dialógico, já que, além da oportunidade de manifestação dos interessados na demanda e nas suas consequências, há a convocação dos demais Poderes para a participação e delineamento das medidas estruturais. Assim, privilegia-se a elaboração compartilhada de medidas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com a valorização dos diálogos institucionais. A função dos magistrados, na execução das decisões estruturais, dessa feita, está relacionada à promoção de diálogos com o objetivo de alcançar uma solução para os problemas estruturais e para a situação de violação de direitos fundamentais.

---

<sup>32</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar. Participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 448.

Com isso, as medidas proferidas são dotadas de maior grau de legitimidade democrática, pela convergência da contribuição de todos os Poderes constitucionalmente previstos, sem que haja mera imposição pelo Poder Judiciário das medidas que entender cabíveis. Portanto, pode-se dizer que há a provocação de deliberação sobre as políticas públicas com os responsáveis pelo seu desenvolvimento, com a compreensão do Judiciário como “peça importante na construção da ordem jurídica, e não como único intérprete da Constituição”<sup>33</sup>.

Por fim, quanto aos efeitos das medidas estruturais, as suas consequências orçamentárias devem ser reconhecidas e discutidas, porém não constituem uma razão suficiente para impedir seu manejo. Essas medidas deveriam, em vez disso, serem vistas como o preço do constitucionalismo<sup>34</sup>, considerando ser impositivo que todas as instituições estatais devam operar dentro dos limites da Constituição.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, houve uma breve exposição acerca das demandas estruturais e das críticas que a elas são dispensadas. Com relação ao seu ajuizamento, discutiu-se a necessidade de superação do modelo processual clássico binário, insuficiente para tratar desses litígios complexos ou irradiados. No momento do seu julgamento, tratou-se da legitimidade do Poder Judiciário de proferir uma decisão voltada para resolver a situação de violação de direitos fundamentais. Por fim, quanto à efetivação da decisão judicial, abordou-se a mutabilidade da decisão e a participação dos interessados como mecanismo democrático.

Após uma visão sucinta e geral dessas demandas, conclui-se que os litígios estruturais que se apresentam ao Judiciário têm por finalidade a correção de falhas estruturais presentes na sociedade, que culminam na violação de direitos fundamentais previstos na norma fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição Federal. O ajuizamento das ações estruturais, portanto, impõe a demonstração da violação sistemática dos direitos fundamentais e da existência de omissão estatal, em face da situação de inconstitucionalidade, o que demanda solução urgente.

Nas ações estruturais, o Poder Judiciário intervém na sociedade mediante a imposição de implantação de políticas públicas pelos demais Poderes instituídos. Trata-se de

---

<sup>33</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 176.

<sup>34</sup> FISS, op. cit., 2017, p. 593.



medida impositiva e necessária, diante da inércia dos membros dos demais Poderes na tutela e efetivação de direitos fundamentais, pois, caso o Judiciário, quando provocado, não agisse, não haveria outro Poder ao qual recorrer. Assim, a demanda estrutural é um mecanismo importante de resistência à violação sistemática aos direitos fundamentais pelos demais Poderes.

Ademais, como forma de abrir um espaço democrático nas demandas, tanto no momento da instrução processual quanto no da execução, defende-se a abertura democrática com a possibilidade de manifestação dos interessados na demanda. Assim, há a formação de uma solução a partir do diálogo entre os Poderes instituídos, denominado de diálogo institucional, e os demais interessados na demanda.

No tocante aos instrumentos que promovem o diálogo institucional, podem ser citadas a realização de audiências públicas e a elaboração de planos judiciais, os quais consubstanciam um modelo cooperativo de processo, com a efetiva participação dos envolvidos na situação discutida no processo, bem como dos potenciais interessados. Com isso, há a superação da falta de informação e da alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Assim sendo, diante da demonstração da importância das demandas estruturais, bem como da necessidade de sua admissão no ordenamento brasileiro, a despeito da ausência de previsão legal e das críticas, constata-se que deve ser garantida a sua subsistência como meio de efetivação de direitos fundamentais.

Nesse esteio, verifica-se que nessas demandas é necessária a postura ativa do juiz, organizando o processo e determinando as medidas estruturantes necessárias com o objetivo de resolver o problema concreto. Assim, em vez de resistir às demandas e medidas estruturantes, importa admitir a postura ativista do juiz, fomentando a participação dos demais atores, promovendo um ambiente democrático dentro da demanda judicial, dotando a solução de legitimidade e de chances de efetivação pelos atores que com ela se comprometem.

Portanto, as demandas estruturais são instrumentos úteis para a superação de situações nas quais se verifica flagrantes inconstitucionalidades e violações massivas a direitos fundamentais e humanos, cabendo aos operadores do direito aprofundar os seus estudos sobre o tema para que haja a potencialização e o aperfeiçoamento desse instrumento.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, p. 389-410, 2013.

\_\_\_\_\_.; JOBIM, Marco Félix Jobim (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016.

FISS, Owen M. "The Forms of Justice" (1979). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1220. Pp. 27-28. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. *Revista de Processo*, v. 289, n. 2019, p. 423-448, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.



## RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS POR ACESSO INDEVIDO AOS TRILHOS SUBTERRÂNEOS DE METRÔ

Leonardo Gutemberg Kriek Teles

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo** – a sociedade moderna é uma sociedade de risco, em que a tecnologia é utilizada para garantir maior segurança à população. Algumas relações de consumo geram, por si só, riscos a seus usuários, sendo dever do prestador de serviço garantir a segurança e proteger seus usuários. Nem todo dano pode ser evitado, o que é insito a sociedade. O ordenamento jurídico disciplina a responsabilidade pela indenização dos danos causados, o que é a essência do trabalho, em uma abordagem sobre qual a responsabilidade das concessionárias de metrô no caso de acesso indevido aos trilhos de metrô e seus reflexos.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil de Prestadora de Serviço Público. Dever Legal de Segurança. Conduta Omissiva. Princípio da Precaução. Princípio da Dimensão Coletiva. Princípio da Proteção. Culpa Concorrente. Acesso aos trilhos do metrô.

**Sumário** – Introdução. 1. Da Responsabilidade por ato omissivo da concessionária. 2 Da responsabilidade pelo acesso indevido aos trilhos do metrô. 3. Das providências necessárias para evitar novas ocorrências. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim debater a responsabilidade civil das concessionárias por acesso indevido aos trilhos subterrâneos de metrô para verificar a necessidade de uma prestação eficiente de informações sobre os acessos, de indenizações aos seus usuários afetados e de desenvolvimento de um sistema mecânico que impeça o acesso indevido, contudo, se faz necessário observar se tal responsabilidade existe e se é passível de compelir as concessionárias a enfrentar estes problemas.

Para tanto, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema são abordadas objetivando debater se o acesso indevido por terceiro aos trilhos se enquadra como hipótese em que há ausência de nexos causal entre os acessos e os danos ou se é uma omissão da concessionária que gera o dever de indenizar, informar e tomar medidas para evitar novas ocorrências.

O Código de Defesa do Consumidor, aplicável na relação entre a concessionária das linhas de metrô e seus usuários, a Constituição e a Cláusula de Incolumidade determinam a responsabilidade objetiva por fato do serviço, todavia, os acessos se dão por omissão do estado, em que há divergência doutrinária e jurisprudência quanto a sua caracterização.

Para alguns, mesmo no caso de omissão, a responsabilidade só poderá ser elidida com a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade objetiva, ou seja, com a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro ou caso fortuito, enquanto para outros deve ser apresentada a culpa da concessionária.

O primeiro capítulo do trabalho é iniciado abordando a responsabilidade por omissão das concessionárias, com uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, com desdobramentos jurisprudenciais atuais.

Após, é ponderado no segundo capítulo que ao se observar a evolução da responsabilidade por omissão devem ser as concessionárias responsabilizadas pela sua omissão, verificando os limites de exigibilidade de seu dever de cuidado.

O terceiro e último capítulo se incumbe de analisar se é possível compelir as concessionárias a efetuar melhorias em seus serviços de modo a evitar novas ocorrência, tendo em vista os princípios da precaução, da proteção, da incolumidade física e da incolumidade psíquica. Para tanto, deve-se refletir sobre o alcance e limite da interferência do judiciário na esfera da tomada de decisões e alocação de recurso dos entes que prestam serviços públicos.

O desenvolvimento da pesquisa se dará pelo método hipotético-dedutivo, pretendendo o pesquisador eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais crê serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, para comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, pois o pesquisador planeja se utilizar 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. DA RESPONSABILIDADE POR ATO OMISSIVO DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Não há dúvidas de que os atos perpetrados pelas pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos merecem enfoque diferenciado no estudo da responsabilidade civil, em especial, neste trabalho, recebe destaque a responsabilidade das concessionárias de metrô, que se englobam no segundo grupo.





Determina o art. 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>1</sup> que estas pessoas respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, tendo o Brasil adotado a Teoria do Risco Administrativo, como regra.

Considerados detentores de prerrogativas e poderio superiores aos demais sujeitos e aptos a arcar com um maior risco em suas atividades, o Estado e eventuais concessionárias, ao visar o bem comum, quando praticam atividades potencialmente danosas atraem o dever de indenizar, ainda que não tenham prestado o serviço de forma defeituosa.<sup>2</sup>

Nestes casos, bastará que os requisitos da responsabilidade civil estejam comprovados, quais sejam: o fato administrativo, o dano e o nexa causal entre eles.

Todavia, há divergência doutrinária e jurisprudencial se o referido artigo, por conseguinte a responsabilidade objetiva, engloba atos comissivos e omissivos ou apenas os comissivos. Para a doutrina tradicional a responsabilidade se caracteriza quando há comprovação de que a omissão produziu o prejuízo, aplicando a teoria objetiva.<sup>3</sup>

Para esta parcela, basta que exista o dano e o nexa causal com o ato da concessionária para que, mesmo na omissão, respondam objetivamente, sem se perquirir a existência de culpa, já que a Constituição não fez distinção entre a os atos comissivos e omissivos.

Assim também vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Edson Fachin<sup>4</sup>, na primeira turma, expôs que: “a responsabilidade objetiva se aplica às pessoas jurídicas de direito público pelos atos comissivos e omissivos, a teor do art. 37, § 6º, do Texto Constitucional”.

Pela relatoria do Ministro Dias Tofolli<sup>5</sup>, a segunda turma decidiu no mesmo sentido:

A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, em situações como a ora em exame, desde que demonstrado o nexa causal entre o dano e a omissão[...].

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

<sup>2</sup> CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 345.

<sup>3</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 380.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 956285 AgR/CE*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybpx59a7>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

<sup>5</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 951552 AgR/ES*. Relator: Ministro Dias Tofolli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybpx59a7>>. Acesso em: 24 mai. 2018.



Em outra toada, parte da doutrina entende de modo diverso, no sentido de que nem toda a conduta omissiva gera a responsabilidade civil do Estado. Entendem que somente há a responsabilidade pela omissão quando houver um dever legal de impedir o resultado danoso e nada fizer ou a ação preventiva ou interventiva ser ineficaz.

A teoria a ser adotada neste entendimento é a da teoria da culpa anônima, também chamada de culpa do serviço público, que se consubstancia na responsabilidade do Estado, indiferente a qual agente público responsável, quando o serviço público não funcione quando deveria, atrase ou apresente mal funcionamento<sup>6</sup>

Ainda segundo Di Pietro, além do dever de agir para a responsabilização nos casos de omissão, deve existir a possibilidade de agir para evitar o dano, que deve ser analisada em cada caso concreto, ambos sendo observado o princípio da reserva do possível.<sup>7</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>8</sup>:

[...] não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos[...] Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes[...].

Não cabe, nestes casos, ao lesado comprovar a existência da culpa ou dolo. Deve o Estado demonstrar que a omissão a ele imputada não existiu, que agiu com toda a diligência necessária e utilizou meios corretos e possíveis para evitar o dano.

A responsabilidade subjetiva aqui abordada não comporta que a culpa nela perquirida seja compartilhada com outros motivos relacionados ao resultado, sendo necessário um nexo direto de causalidade da omissão com o dano, conhecida como teoria do dano direto e imediato.

Desta forma, percebe-se que o ato omissivo culposo que gera a responsabilidade deve ser um ato culposo ilícito, configurando a ausência do cumprimento de uma determinação legal, não a mera inércia.

A segunda seção do STJ<sup>9</sup> já aplicou este entendimento, em 2012, antes da alteração

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella et al. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>7</sup> Mazza ensina que: a prestação do serviço público tem um padrão considerado normal, baseado no Princípio da Reserva do Possível, ou seja, tem que haver compatibilidade com o orçamento público e sua estruturação na prestação dos serviços. Se este está sendo realizado dentro do padrão normal esperado, não há que se falar em responsabilizar o Estado. MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 380.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 380.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1172421/SP*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível



de entendimento do STF, nestes termos:

A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa[...] configura-se, no caso de atropelamento de transeunte na via férrea, quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia.

Importante hipótese no estudo em análise é a de que o Estado, não tendo possibilidade de tomar conhecimento de algum defeito em suas diversas atribuições, portanto agindo sem culpa por não ser garantidor universal, é expressamente advertido desta ocorrência que gera risco e passa, neste momento, a ter a possibilidade de ser responsabilizado caso ocorra um evento danoso pela sua omissão concreta ao caso.

## 2. DA RESPONSABILIDADE PELO ACESSO INDEVIDO AOS TRILHOS SUBTERRÂNEOS DO METRÔ

Aprofundando o tema proposto, as concessionárias do serviço de metrô, por serem prestadoras de serviço público<sup>10</sup> se submetem às regras de responsabilidade por omissão introduzidas no capítulo anterior.

Acidentes, fatais ou não, são frequentes na atividade ferroviária e metroviária, estabelecendo a legislação geral de prestação de serviço público e a legislação específica<sup>11</sup> diversos parâmetros para garantir a segurança dos usuários e da população, que, uma vez descumpridos, geram responsabilidade por omissão.

Diante de um caso concreto, o STJ<sup>12</sup> se posicionou no sentido de conceder indenização por danos morais em decorrência de atropelamento em linha férrea que resultou em morte, reduzindo o valor concedido pela existência de culpa concorrente da vítima, que agiu com imprudência ao transitar pela linha férrea.

Esse precedente concluiu a responsabilidade civil da concessionária com base na teoria da culpa anônima, averiguando a omissão quanto ao estado de manutenção dos muros e cercas da linha.

em:<[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 24 mai. 2018.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, Página 124.

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto nº 1.832*, de 04 de março de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1832.htm)>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>12</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1172421/SP*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em:<[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 24 mai. 2018

Entretanto, é necessário mencionar outro aspecto da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público, que é a incidência do Código de Defesa do Consumido (CDC)<sup>13</sup>.

Conforme ensinamento de Humberto Theodoro Júnior<sup>14</sup>:

[...] ante a ausência de legislação específica, doutrina e jurisprudência entendem que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços públicos prestados por concessionárias [...]

3. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os serviços públicos prestados por concessionárias, como no caso dos autos, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Partindo dessa premissa, em sendo uma relação consumerista e aplicado o CDC, a responsabilidade por um acesso indevido aos trilhos subterrâneos do metrô, que geralmente causa um fato do serviço, é objetiva, não se perquirindo a culpa, desde que presentes o dano e o nexa causal com a ação comissiva ou omissiva do fornecedor de serviço.

A Vigésima Quinta Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro já decidiu no mesmo sentido, em caso de queda no vão entre o vagão e a plataforma<sup>15</sup>, em que se considerou que a “hipótese subsumida ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.”

Assim sendo, a responsabilidade da concessionária pode ser vislumbrada pelo direito administrativo e consumerista, sendo imperiosa a utilização da teoria do diálogo das fontes<sup>16</sup>, na qual são possíveis influências recíprocas e aplicação concomitante de duas normas, que no caso se dará de forma complementar.

Com o diálogo entre a CRFB/88 e o CDC, a melhor interpretação é a de que a responsabilidade da concessionária se dará, mesmo nos casos de omissão, de forma objetiva, prestigiando o entendimento do STF, mencionado no primeiro capítulo, em que não é necessária a existência de culpa.

O sistema de metrô, diferentemente do trem, pode operar sob a superfície, o que permite que se tenha maior controle sobre aqueles que utilizam o serviço, impossibilitando o acesso aos trilhos fora da estação, de modo desviado.

<sup>13</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Ref., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 74.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0166392-10.2009.8.19.0001*. Relator: Desembargador Werson Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.17634>>. Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25.

Contudo, mesmo com a diminuição das possibilidades de acesso aos trilhos, continuam a ocorrer incidentes no sistema de metrô, seja por acidente ou por tentativas de suicídio.

Não restam dúvidas quanto à responsabilidade do metrô no caso de acidente, em que existem inúmeros exemplos: queda no vão entre a plataforma e o vagão; empurrada para fora da plataforma, caindo nos trilhos ou mesmo alguém que escorregue ou tropece e venha a cair nos trilhos.

Nesses casos, a concessionária responde objetivamente, existindo claro nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo passageiro e a ausência proteção nas estações, que poderia evitar o dano, ocorrendo a quebra do dever de incolumidade presente nos contratos de transporte, também aplicável ao caso<sup>17</sup>.

Há incidência da teoria do diálogo das fontes também entre o CDC e o Código Civil de 2002<sup>18</sup>, tendo em vista o último tratar o tema dando maior proteção ao consumidor nos casos de transporte de passageiros.

Cabe ressaltar, ainda, que o acesso indevido aos trilhos causa a interrupção do serviço, por tempo indeterminado quando resulta em óbito, gerando danos a todos os passageiros que utilizam o serviço.

O dano que os passageiros sofrem em decorrência desses atrasos dificilmente é indenizado, tendo as concessionárias como praxe apenas devolver o valor da tarifa àqueles que ainda estão na estação, ignorando o maior tempo de deslocamento por eles enfrentado, bem como o dano sofrido pelas pessoas que passam longos períodos dentro dos vagões aguardando a solução do problema.

A alegação recorrente de que nesses casos ocorre a exclusão da responsabilidade por fato de terceiro merece ser aqui enfrentada para amplo desenvolvimento do tema.

Alega-se que o evento danoso, o que acarretou os atrasos na prestação de serviço, é fato de terceiro que rompe o nexo de causalidade, pois a concessionária não teria como impedir o evento. Entretanto, esse entendimento não merece prosperar.

É um risco inerente da atividade a queda de pessoas nos trilhos, especialmente quando a concessionária assume esse risco ao não incluir medidas de segurança que impeçam os acidentes, como grades que somente são acionadas quando o vagão está estacionado na estação.

Tem-se aqui o fato de terceiro se transformando em fortuito interno, que não exclui

---

<sup>17</sup>Ibidem., p. 125

<sup>18</sup> BRASIL. *Código civil*. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

a responsabilidade, já que se liga ao risco da concessionária e tem relação direta com a organização do negócio<sup>19</sup>, devendo o prestador de serviços executar investimentos na segurança dos consumidores a fim de evitar os acidentes, principalmente pelo fato de que outras cidades, como São Paulo, já implementaram o sistema que impede o acesso aos trilhos.

Ultrapassada a responsabilidade pelo acidente e a responsabilidade dele decorrente, passa-se a analisar a responsabilidade da concessionária nos casos de tentativa de suicídio nos trilhos subterrâneos de metrô.

De acordo com a psiquiatra Maria Dilma Alves Teodoro, presidente da Associação Psiquiátrica de Brasília, a cada 45 minutos um suicídio é cometido no país<sup>20</sup>. Tal número demonstra o quão grave é a situação no país e que força o sistema normativo pátrio a levar em conta essa altíssima taxa de suicídios, que são quase sempre decorrentes de transtornos mentais, e aplique todas as sistemáticas para a proteção dessas pessoas em situação de risco.

Conforme já abordado, as concessionárias de metrô realizam atividade de risco e devem observar, além das regras próprias de segurança, todos os deveres inerentes ao microsistema do CDC, que preza pela segurança dos consumidores.

Conforme Art. 6º, I, da Lei nº 8078/90, o CDC: “são direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

O prestador de serviço ao não garantir a segurança, permitindo a tentativa de suicídio por parte do consumidor, comete um ilícito, mas entende o STF que é um fato da vítima que rompe o nexo de causalidade e exclui o dever de indenizar, exceto no caso de omissão específica do Estado no caso de suicídio de detento<sup>21</sup>.

Entretanto, diante do amplo debate acerca da depressão e sua caracterização com uma das doenças mais incapacitantes do mundo, que em casos severos leva ao cometimento de suicídio, não é razoável que os prestadores de serviços que forneçam ambientes propícios ao cometimento de suicídio saiam indenizados quando da ocorrência de um acidente, mormente quando não cumpridos os requisitos mínimos de segurança.

<sup>19</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 293.

<sup>20</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Agência Senado. *Periódicos eletrônicos: A cada 45 minutos, uma pessoa se suicida no Brasil, dizem especialistas na CAS*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/a-cada-45-minutos-uma-pessoa-se-suicida-no-brasil-dizem-especialistas-na-cas>>. Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ARE nº 638.467 RG / RS*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 17 set. 2018.



Desta forma, em casos de suicídios em local que poderia ser completamente controlado pelo fornecedor de serviços o grau de culpa do fornecedor é tão grande que pode afastar a excludente de responsabilidade pela culpa exclusiva da vítima, na medida em que a não efetivação de mecanismos de segurança, impostos pelos princípios já mencionados, gera para o fornecedor de serviço o dever de indenizar.

Aquele que deixa de observar um dever legal de proteção, quando da ocorrência do dano, deve ser responsabilizado, sob pena de enriquecimento sem causa, já que de um lado não se efetivam ações de segurança possíveis e eficazes e de outro não se arca com os prejuízos decorrentes da inercia em tomar as medidas cabíveis.

Existe, assim, uma culpa concorrente entre a vítima e a concessionária, devendo a indenização ser reduzida<sup>22</sup>, visto que não se pode negar que o suicídio é um ato voluntário da vítima, mas que no caso de estações subterrâneas não é uma culpa exclusiva da vítima, tendo a ausência de proteção nas estações uma relevante parcela de culpa neste tipo de suicídio.

### 3. DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA EVITAR NOVAS OCORRÊNCIAS

Conforme verificado, a responsabilidade das concessionárias de metrô é configurada de forma objetiva, com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser majorado o *quantum* indenizatório no caso de acidente ocorrido nas linhas subterrâneas pela ausência de mecanismo apto a evitar o evento danoso, como existe, por exemplo, no metrô de São Paulo<sup>23</sup>, que possui fácil implementação e vem sendo negligenciado.

Ainda que, por mera argumentação, se considere como ausente a responsabilidade da concessionária no caso de acidente em linhas subterrâneas, por qualquer excludente de responsabilidade, deve-se atentar para a responsabilidade das concessionárias em garantir a segurança de seus passageiros e implementar constantemente medidas de segurança mais modernas, bem como deve ser observado o dever de informar, que vem sendo ignorado pelas concessionárias e imprensa.

A Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>24</sup> alerta que a depressão se tornou a doença mais incapacitante do mundo, e em seus quadros mais graves leva ao suicídio. Não pode

<sup>22</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

<sup>23</sup> BRASIL. Globo Comunicação e Participações S.A. *Periódicos eletrônicos: Metrô lança edital para instalar 88 portas em 36 estações*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/03/metro-lanca-edital-para-instalar-88-portas-em-36-estacoes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>24</sup> Idem. Organização Pan-Americana da Saúde. *Periódicos eletrônicos: Com depressão no topo da lista de causas de problemas de saúde, OMS lança a campanha “Vamos conversar”*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839)>. Acesso em: 17

o Estado permitir que uma concessionária de serviço público preste um serviço de alto risco, em situação propícia para a tentativa de suicídio, sem que sejam tomadas medidas protetivas para evitar ocorrências de suicídio ou mesmo acidentes.

Em decorrência disto, deve ser questionada a inércia das concessionárias e do poder público em incluir nos contratos de concessão de linhas de metrô a obrigatoriedade de instalação das grades de proteção nas estações subterrâneas.

A CRFB garante o direito à vida digna e a segurança, bem como estabelece em seu artigo 5º, XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, tendo sido editada o CDC para este fim.

Dispõe o CDC, em seu artigo 6º, I, que são direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança, devendo o Estado garantir estes direitos, que vêm sendo violados frequentemente com os acidentes em estações subterrâneas.

O CDC disciplina em seu art. 81 que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo à título coletivo, quando se tratar de direitos coletivos, nos moldes do inciso II do mesmo artigo, possuindo legitimidade, entre outros, o Ministério Público.

Somado a isto, é também cabível a Ação Civil Pública<sup>25</sup> podendo o Ministério Público propor Ação Civil Pública, visando a condenação da concessionária ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na implementação do sistema de segurança de grades apenas nas estações subterrâneas, tendo em vista que as estações de superfície apresentam mais de um meio para ingresso, somente sendo completamente efetiva nas subterrâneas.

Somente com as instalações das grades ou portas de segurança estará garantido o direito a segurança e respeitada a Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor.

Outro aspecto importante na redução dos acidentes é o debate sobre as tentativas de suicídio e acidentes ocorridos nas linhas, que pode gerar manifestações e pleitos inerentes à democracia. Entretanto, este debate não vem ocorrendo uma vez que as concessionárias e a imprensa evitam tocar no tema, que gera intenso debate entre os profissionais da área<sup>26</sup>.

---

set. 2018.

<sup>25</sup>Idem. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>26</sup>Idem. Organização Pan-Americana da Saúde. *Periódicos eletrônicos*: OPAS capacita jornalistas das Américas sobre cobertura responsável do suicídio para prevenir "contágio". Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5395:opas-capacita-jornalistas-das-americas-sobre-cobertura-responsavel-do-suicidio-para-prevenir-contagio&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5395:opas-capacita-jornalistas-das-americas-sobre-cobertura-responsavel-do-suicidio-para-prevenir-contagio&Itemid=839)>. Acesso em: 17 set. 2018.



O tema é evitado<sup>27</sup> sob o argumento de que a OMS orienta que os casos não sejam reportados, todavia, este entendimento não é o correto na atualidade. Conforme se verificou, o que deve ser efetuado é uma cobertura responsável sobre o tema.

Durante a pesquisa para substanciar o presente trabalho foi encontrado relato gravíssimo da Federação Nacional dos Metroviários (fenametro)<sup>28</sup>, que embora feito em 2013, permanece atual. Narra a notícia:

Nesse último suicídio em Cinelândia, os Agentes de Segurança tiveram que colocar a mão na massa literalmente, ou seja, pegaram a massa cefálica e as vísceras da vítima com as mãos tendo contato com o sangue e pasmem, ao final da operação ainda retornaram para o posto de trabalho sem antes passar por uma avaliação psicológica. A empresa também não disponibiliza profissional habilitado para dar apoio à família da vítima, ou seja, a única Assistente Social na empresa tem que atender a mais de dois mil funcionários, sendo humanamente impossível prestar mais esse auxílio.

Resta claro que suicídios ocorrem com maior frequência que a opinião pública tenha informação e somente com esta informação, repassada de forma responsável, pode ser alterado o quadro de obscuridade e falta de cuidado com a vida que vem sendo dado pelo poder público e concessionárias de metrô.

Com base nestas informações, pode o Ministério Público requerer informações sobre as ocorrências, de modo que possam responsabilizar as concessionárias pelos eventos já ocorridos e propiciar ao Ministério Público a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta para regularizar a situação.

Fato é que os direitos vêm sendo negligenciados e obrigações não cumpridas, momento na qual é imperiosa a atividade efetiva dos órgãos de fiscalização para que se propicie o cumprimento das garantias de segurança, decorrentes da norma cogente que é o CDC e merecedor de uma melhor aplicação ao caso.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de graves danos em decorrência de ausência de mecanismos de proteção para evitar acidentes nas estações subterrâneas de metrô. Para a caracterização da Responsabilidade Civil as concessionárias invocam como matéria de defesa a culpa exclusiva de terceiro ou da vítima, a fim de excluir a sua responsabilidade.

<sup>27</sup> MENDES, Stephanie. *Afinal, imprensa deve ou não noticiar os casos de suicídio?* Eis a questão. Bhaz. Belo Horizonte, ano 2017 n. 09/23. p. 1-1, set 2017.

<sup>28</sup> Brasil. Federação Nacional dos Metroferroviários. *Mais uma morte nos trilhos do Metrô Rio*. Rio de Janeiro, 2013.



De um lado, pode-se aferir que a responsabilidade das concessionárias em caso de acesso indevido aos trilhos do metrô pode ser configurada de acordo com a teoria da culpa anônima, em um viés de Direito Administrativo, ou pela configuração de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a teoria do dialogo das fontes deve ser aplicada de modo a compatibilizar as duas hipóteses, restando o melhor entendimento de que a responsabilidade no caso é objetiva, conforme entendimento das cortes superiores.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a ausência de mecanismo que impeça o acesso aos trilho em uma estação de metrô subterrâneo, que é fechada e apresenta um único acesso, é capaz de transformar o fato exclusivo de terceiro em fortuito interno, que gera o dever de indenizar e não afasta a responsabilidade.

Quanto à questão que se descortinou ao final do segundo capítulo, em caso de suicídio nos trilhos de estação subterrânea de metrô, de igual modo não há uma excludente de responsabilidade, uma vez que não há culpa exclusiva da vítima, tendo em vista que a omissão da concessionária gera uma concorrência de culpas, que gera o dever de indenizar, mesmo que em um *quantum* menor ao habitual ao resultado morte.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que cada pessoa é inviolável em seus direitos e não pode a concessionária escusar-se de implementar medidas de segurança adequadas para proteção de seus usuários.

Por outro lado, frise-se que não deve ser fomentada a irresponsável indenização dos usuários acidentados, deve-se exigir um comportamento ativo da concessionária, que não pode apenas indenizar os danos, pois tem o dever de manter seus usuários incólumes.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação dos órgãos de fiscalização deve ser mais efetiva, transparente e eficaz, devendo a imprensa divulgar os casos que vierem aos seu conhecimento de forma responsável, de modo a evitar o fomento de casos de suicídio.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para a segurança dos consumidores senão a implementação de sistema de segurança adequado e eficaz.

Deve ser preocupação constante do Ministério Público e das instituições legítimas a repressão aos danos sofridos pela população, gerados pela interrupção do sistema de transporte público ou mesmo danos físicos sofridos por acidentes.

## REFERÊNCIAS

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 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Agência Senado. *Periódicos eletrônicos*: A cada 45 minutos, uma pessoa se suicida no Brasil, dizem especialistas na CAS. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/a-cada-45-minutos-uma-pessoa-se-suicida-no-brasil-dizem-especialistas-na-cas>>. Acesso em: 04 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.832*, de 04 de março de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1832.htm)>. Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Federação Nacional dos Metroferroviários. *Mais uma morte nos trilhos do Metrô Rio*. Rio de Janeiro, 2013.

\_\_\_\_\_. Globo Comunicação e Participações S.A. *Periódicos eletrônicos*: Metrô lança edital para instalar 88 portas em 36 estações. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/03/metro-lanca-edital-para-instalar-88-portas-em-36-esta-coes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Organização Pan-Americana da Saúde. *Periódicos eletrônicos*: Com depressão no topo da lista de causas de problemas de saúde, OMS lança a campanha “Vamos conversar”. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-desau-de-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-desau-de-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Organização Pan-Americana da Saúde. *Periódicos eletrônicos*: OPAS capacita jornalistas das Américas sobre cobertura responsável do suicídio para prevenir "contágio". Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5395:opas-capacita-jornalistas-das-americas-sobre-cobertura-responsavel-do-suicidio-para-prevenir-contagio&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5395:opas-capacita-jornalistas-das-americas-sobre-cobertura-responsavel-do-suicidio-para-prevenir-contagio&Itemid=839)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 956285 AgR/CE*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcordaos&url=">http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcordaos&url="](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcordaos&url=)>

<http://tinyurl.com/ybpx59a7> >. Acesso em: 24 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 951552 AgR/ES*. Relator: Ministro Dias Tofolli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESPONSABILIDADE+E+ATO+OMISSIVO%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/ybpx59a7> >. Acesso em: 24 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *ARE n° 638.467 RG/RS*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1172421/SP*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1172421&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 24 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0166392-10.2009.8.19.0001*. Relator: Desembargador Werson Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.17634> >. Acesso em: 04 set. 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

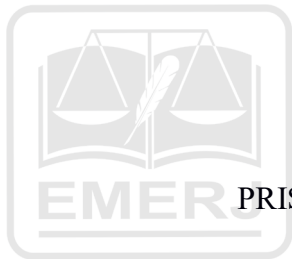
\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Stephanie. *Afinal, imprensa deve ou não noticiar os casos de suicídio?* Eis a questão. B haz. Belo Horizonte, ano 2017 n. 09/23. p. 1-1, set 2017.

TARTUCE, Flávio,; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do Consumidor*. 9. ed. ref., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



## PRISÃO DOMICILAR DE MULHERES GRÁVIDAS NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Letícia Araujo de Freitas

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá de Nova Friburgo. Advogada.

**Resumo** – O trabalho apresentado aborda o tema da possibilidade de prisão domiciliar feminina diante da precariedade do sistema carcerário no Brasil. As mulheres em regime restritivo de liberdade não recebem por vezes um tratamento diferenciado quanto à aplicabilidade de seus direitos fundamentais e sociais básicos garantidos pela Constituição Federal, ou seja, transpassam aos nascituros as consequências do encarceramento nocivo à saúde e ao bem estar diante das condições nos presídios atuais. A controvérsia, portanto, está sob o paralelo do dever de cumprimento de pena da gestante e o direito à vida digna e liberdade de um nascituro que não corresponde aos crimes praticados pela mãe. Além disso, há que se ressaltar a vulnerabilidade excepcional das mulheres no momento da gravidez, sob o qual demandam cuidados pormenorizados de proteção e Dignidade, o que compreende realidade duvidosa sob tal situação, devendo ser analisado caso a caso o aspecto da saúde do nascituro e do bem estar de um indivíduo que, depois de concebido, não pode arcar com a responsabilidade de crimes os quais nunca cometeu.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Dignidade da Pessoa Humana. Gestantes Carcerárias. Sistema carcerário Brasileiro. Direito dos nascituros.

**Sumário** – Introdução. 1. Realidade das gestantes carcerárias brasileiras na contemporaneidade. 2. Sistema Penal Brasileiro. 3. Controvérsias sobre os direitos de Liberdade dos Nascituros e a necessidade de aplicação da pena. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os parâmetros para a concessão da prisão domiciliar de grávidas no cenário brasileiro contemporâneo. Procura-se estabelecer um paralelo entre as funções da pena privativa de liberdade e o direito dos nascituros com intuito de fundamentar as razoáveis possibilidades de concessão desta modalidade de prisão penal no Brasil.

Por tal perspectiva, abordam-se os primeiros estudos de Criminologia tendentes a adotar a teoria eclética quanto à finalidade da pena e os modelos de penitenciária que buscavam exteriorizar a finalidade preventiva e retributiva do crime sem retirar do ser humano seus direitos básicos essenciais em nome de sua dignidade humana.

Para tanto, destaca-se a problemática do crescimento populacional carcerário e a consequente impossibilidade de se estabelecer uma sobrevivência digna especificamente às mulheres presas, que na ocorrência de gravidez ou filhos menores sob sua custódia, se

submetem à inviabilidade constitucional de direitos básicos diante do encarceramento. Contrapõe tal situação à necessidade de cumprimento de pena e de isonomia das mulheres perante os homens encarcerados, como corolário da efetivação do sistema penal brasileiro igual para todos.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e a discussão gira em torno da possibilidade de prisão preventiva diante da condição especial de mulheres grávidas e com filhos pequenos e quais os parâmetros para que se configure a referida concessão.

Por ser delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares, busca-se no primeiro capítulo do artigo compreender até que ponto se pode corroborar a função do sistema carcerário brasileiro preventivo e retributivo com a denúncia das mídias sobre o assunto, causando pressão popular no papel judicante.

No segundo capítulo, segue-se ponderando sobre qual seria o alcance da proteção aos nascituros e às mães diante dos crimes considerados graves e hediondos pelo sistema penal brasileiro estabelecendo ainda a aplicabilidade da Razoabilidade para que a concessão deste benefício não se torne regra abusiva extralegal no sistema penitenciário.

O terceiro capítulo, por sua vez, procura defender a aplicação de diversos princípios civis constitucionais como Saúde, Bem Estar, Dignidade Humana e Proporcionalidade, sem que se retire do sistema processual penal, no entanto, sua operabilidade funcional e sua finalidade retributiva e preventiva dos crimes no que diz respeito à concessão da prisão domiciliar.

Assim, diante da sistematização dos princípios gerais de Estado e as funções da pena, se atribui ao Judiciário o dever de cooperar para a ponderação de valores penais no estabelecimento de cumprimento de pena das mulheres grávidas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o objetivo primordial é a construção de conjecturas, a crítica intersubjetiva e o confronto entre assuntos relevantes que serão contestados refutados para elaboração de um conhecimento válido.

E por fim, o projeto exploratório deste artigo terá por essência uma pesquisa qualitativa, se valendo de bibliografia pertinente, temática atual, jurisprudências, doutrina e estatísticas analisadas sob o aspecto argumentativo na sustentação de sua tese.

## 1. A INTERFERÊNCIA DA MÍDIA NA FUNÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E SUAS REPERCUSSÕES DIANTE DA SOCIEDADE

A mídia na contemporaneidade tem sido o principal veículo de disseminação de ideias perante a sociedade. Diante da facilidade de divulgação e de acesso às informações por ela veiculadas, as pessoas se sentem libertas a exteriorizarem suas opiniões, assim como a criticarem os entendimentos alheios contrários aos seus.

A liberdade com que as informações são lançadas na mídia nos últimos anos torna essa onda tecnológica um contrassenso ao objetivo preliminar com que foi criada, servindo não apenas para propagação de notícias, mas também para criação de uma massa de opiniões de diversos telespectadores e de um peso tão grande que influenciam as tomadas de decisões até mesmo na área judicante, exercendo o Judiciário de um modo paralelo a voz do povo.

Desse modo, a coercibilidade com que as opiniões são implementadas num Estado Democrático de Direito é resultado também da liberdade de expressão garantida pelo ordenamento jurídico, sendo certo que a voz da sociedade é fator imprescindível para que o Estado promova de maneira consensual a proteção jurídica do indivíduo e a garantia das suas liberdades transindividuais, desde que ponderadas e aplicadas sob o instituto da razoabilidade.

A liberdade de expressão em comento, assegurada constitucionalmente pelo artigo 220 da CRFB/88<sup>1</sup>, dá abertura também à liberdade de imprensa que não só veicula determinada informação, mas que também noticia acontecimentos de extrema repercussão social, conduzindo ao fato concreto um pré julgamento nessa seara. Isso é evidente nos julgamentos ocorridos pelo Tribunal do Júri, sob qual a instituição do Conselho de Sentença demonstra de maneira evidente o parcial julgamento e a tendência social de controle dos atos a ele submetidos.

Nesse sentido, Juliana Moreira<sup>2</sup> dispõe que a liberdade de expressão vem sendo deturpada principalmente na área criminal, trazendo à tona o conflito entre o direito de exposição e as garantias de privacidade, intimidade e honra, de forma inequívoca a macular a imparcialidade daqueles que por direito tem competência para o julgamento das demandas.

A especialista em Direito Penal, portanto, afirma que a mídia abstrai os limites da liberdade de expressão e que “no afã de aumentar os índices de audiência, difunde

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.07.2016/art\\_220\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp)> Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>2</sup>MOREIRA, Juliana. *A influência da mídia nas decisões judiciais: análise dos limites da liberdade de expressão e do direito à informação*. 2014. Disponível em <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/535/647>> Acesso em: 17 set. 2018.

informações sem nenhum senso de responsabilidade social, ignorando também, não raras vezes, as consequências maléficas de seus atos, já que a informação é vista como mercadoria”.

Tal análise demonstra que as decisões judiciais especialmente na seara criminal, tendo em vista a repercussão social do assunto, apesar de buscar a proporcionalidade e o consenso de suas decisões, promovem contradições extremas entre os julgados e produzem, como consequência, um antro de decisões ilegítimas e ineficazes do ponto de vista constitucional.

Essa estrutura influenciável da mídia sobre o instituto criminal ocorre também no sistema carcerário, evidente ainda quanto à possibilidade de concessão da prisão domiciliar a mulheres grávidas ou com filhos pequenos. Tal assunto, em razão da notoriedade, e da ascensão dos direitos da mulher, tem causado grande polêmica no Direito Penal e Processual Penal, pondo em teste a funcionalidade das funções do sistema carcerário brasileiro.

Rogério Sanches Cunha<sup>3</sup> que modernamente depreende-se dos conceitos adotados pelo ordenamento brasileiro que as finalidades ou funções da pena adotadas pelo Código Penal são três, quais sejam a retributiva, a preventiva e a reeducativa, sendo certo que cada uma delas estaria identificada em um momento específico. Em sentido próximo, Martina Correia<sup>4</sup> expõe que do artigo 59 do Código Penal, quando se lê finalidades de “reprovação e a prevenção do crime” extrai-se a adoção pelo Brasil, da teoria mista de retribuição e prevenção.

A autora supracitada afirma que a retribuição tem por objetivo “impor ao condenado um castigo por ter praticado um crime”, como reprovabilidade daquele crime; ao passo que a prevenção busca impedir que o condenado volta a delinquir, bem como ressocializá-lo junto à sociedade novamente.

Fato é que tais finalidades de retribuição, prevenção e reeducação suscitadas pelos autores, estruturam todo o sistema penal e contribuem para a explicação de o porquê a pena é aplicada ao agente infrator.

Nessa seara de análise das finalidades da pena, no entanto, põe-se em voga, principalmente pela mídia, qual seria a função da pena diante da peculiaridade de mulheres grávidas e com filhos pequenos. Até onde iria essa finalidade de castigo pelo crime cometido frente aos direitos constitucionais do nascituro ou criança que não cometeram nenhum ilícito?

Um caso de grande repercussão da mídia de maneira negativa a essa concessão de prisão domiciliar foi o vivido por Adriana Ancelmo. Na qualidade de esposa do Ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, a concessão de prisão domiciliar em razão de filhos

---

<sup>3</sup>CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.384 e 385.

<sup>4</sup>CORREIA, Martina. *Direito Penal em Tabelas Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.258.



menores de Adriana repercutiu negativamente na sociedade que compreendeu ser promovido o benefício tão somente pelo cargo de grande reconhecimento em que seu marido atuava.

Em crítica à referida concessão, uma propaganda promovida por uma marca de cerveja da região metropolitana do Rio de Janeiro fez referência à situação em seu slogan, quando expôs, conforme notícia veiculada pelo site da Globo.com<sup>5</sup>, que “O lançamento foi um sucesso, só a Adriana não veio, ficou presa em casa.”. Ou seja, restou evidente que a impunidade foi tema levantado por diversos telespectadores que criticaram o sistema penal face ao favorecimento de mulheres na condição de Adriana Ancelmo. A crítica em geral foi atribuída ao fato de que mulheres de baixa renda e sem ascensão política ou profissional como Adriana, não tiveram o direito à concessão de prisão domiciliar ou nem mesmo tratamento similar, visto que continuam sofrendo com as condições precárias da realidade carcerária do país.

A vinculação dessa realidade noticiada pela mídia e a função do sistema carcerário brasileiro se dá pelo fato de que outras mulheres se sentiram no direito, e com razão, de receberem o benefício perante as suas peculiaridades maternas. Assim, espera-se do Judiciário que na promoção da justiça e igualdade material, assim como o faz em outros temas do Direito Penal, este estabeleça um parâmetro para concessão da prisão domiciliar sem ultrapassar a legalidade da lei e as finalidades da pena.

Nathália Blockwitz<sup>6</sup> e Isael José Santana, em artigo sobre “mulheres e prisão: gestão e liberdade”, aduzem que “o filho de uma carcerária tem o direito à liberdade desde seu nascimento”, bem como citam os artigos 9º do ECA<sup>7</sup> e 83 da LEP § 2º<sup>8</sup> que dispõem, respectivamente que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”; e que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

---

<sup>5</sup>G1. *Marca de cerveja faz propaganda com referência a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo*. 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/marca-de-cerveja-faz-propaganda-com-referencia-a-prisao-domiciliar-de-adriana-ancelmo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>6</sup>VASONE, NatháliaBlockwitz; SANTANA, Isael José. *Mulheres e prisão: gestação e liberdade*. 2015. Disponível em: < [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb_1.pdf) >. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>7</sup>BRASIL. *Lei n.º.8069/90* de 13 de julho de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>8</sup>Idem. *Lei n.º 7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 17 set. 2018.



Tais referências legais demonstram de forma clara que há a preocupação do legislador com o tratamento digno e as garantias básicas da mulher na condição de mãe. Ocorre que frente a realidade dos presídios brasileiros, precários na sua estrutura e saneamento, tais objetivos por vezes são hipóteses impossíveis de alcance, pelo que se busca considerável reforma no tratamento a essas mulheres.

Desta forma, ainda que a mídia possa interferir no judiciário de forma negativa com a consequência de decisões ilegítimas do ponto de vista constitucional, é preciso enxergar o ponto positivo que essa repercussão social pode trazer ao processo penal e aplicar medidas razoáveis e proporcionais para que o controle repressivo seja efetuado, mas para que, ao mesmo tempo, seja alcançada da melhor maneira possível a integridade e a saúde física e mental das mães e de seus filhos no cumprimento de pena prisional.

## 2. ATÉ QUE PONTO A PROTEÇÃO À GESTANTE E AO NASCITURO INTERFERE NO SISTEMA DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUAS FINALIDADES

Na seara penal e processual penal, como já foi abordado, dá-se grande importância às chamadas funções ou finalidades da pena, sendo certo que essas são responsáveis por desenvolver as medidas de cumprimento da pena e sua aplicação atual aos condenados por ilícitos penais. Diante dessa estrutura, a sanção penal é aplicada como forma de retribuir ao apenado o mal que ele causou e também como medida destinada a prevenir reiteradas condutas ilícitas por parte de quem experimenta a severidade de tais sanções no sistema carcerário brasileiro.

Essa realidade, no entanto, é uma medida de reprovabilidade dedicada a quem cometeu o ilícito, e não a eventual nascituro de que esteja esperando o nascimento. É evidente que a reprovação da conduta é da mãe que eventualmente praticou determinado crime, mas não ao feto que é inocente de todas as acusações àquela proferidas.

Por tal razão, nasceram diversas teorias e indagações sobre como deveriam ser tratadas as mães, que culpadas por algum crime, estariam de fato submetidas à estrutura cruel e degradante de prisão no Brasil e de que forma seriam garantidos os direitos à vida, liberdade e saúde no nascituro que estaria por nascer nessa hipótese.

O STF, promovendo grandes avanços para o coletivo de advocacia em Direitos Humanos e para Defensoria Pública, em fevereiro de 2018, acolheu por meio de sua 2ª Turma pedido feito em HC coletivo impetrado em favor de todas as presas cautelares do país<sup>9</sup>.

A concessão do benefício fez referência às gestantes e mães de crianças e deficientes sob sua guarda, de modo que tal julgamento histórico estendeu o benefício da prisão domiciliar a mulheres na referida condição em todo o território nacional.

O ministro Ricardo Lewandowski<sup>10</sup> em seu voto aduziu que o sistema transfere a pena da mãe para criança, que é inocente e que o modelo de cumprimento de pena nesses termos é incompatível com os avanços civilizatórios dos últimos tempos. Tal análise demonstra de maneira inequívoca que, embora as funções retributivas e preventivas sejam observadas no momento da fixação de pena, estas não podem se sobrepor aos direitos genuínos no nascituro e das crianças que não cometeram crime algum e que necessitam, como incapazes e vulneráveis, aos cuidados e proteção da genitora para que possam ter um desenvolvimento sadio e digno.

Isso coloca em conflito, duas questões importantes, quais sejam a promoção dos direitos do nascituro e a incidência desta regra em eventual crime de grave potencial ofensivo praticado pelas genitoras, como é o caso dos crimes cometidos com grave violência ou ameaça, bem como os hediondos ou equiparados. Qual seria então o alcance da proteção aos nascituros quando contrapostos a crimes graves? Qual a medida para que a concessão da prisão domiciliar não se torne uma regra extralegal e abusiva no sistema penitenciário?

Na atual sistemática do cárcere no Brasil, são disponibilizadas às carcerárias alas reservadas às grávidas ou que estejam amamentando como forma de permitir o desenvolvimento de que o nascituro precisa para seus primeiros avanços de vida e saúde. Ocorre que esta disponibilidade, para maioria dos que defendem a concessão da prisão domiciliar, não é suficiente à Dignidade Humana do feto, que não pode sofrer as consequências de eventual crime cometido pela mãe e não deve, nessa situação, se submeter à condição precária e insustentável que se apresenta como realidade no Brasil nos últimos tempos.

---

<sup>9</sup>MIGALHAS. *STF garante prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças que estejam em provisória*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI274778,41046-STF+garante+prisao+domiciliar+a+gestantes+e+maes+de+criancas+que>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>10</sup>BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180221-01.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

Além disso, a Lei nº 7210/84<sup>11</sup>, Lei de Execuções Penais, em seu artigo 117, III e IV dispõe que se admitirá o recolhimento em regime aberto em residência quando se tratar de condenadas gestantes, condenadas com filhos menores ou deficientes; o que traduz a preocupação do legislador com os direitos dos incapazes, dependentes dos cuidados da mãe, mas que não é, por si só, capaz de solucionar de modo suficiente as intempéries trazidas diante da gravidade do ilícito pendente em cada caso concreto.

Corroborando com este entendimento, André Peixoto de Souza<sup>12</sup> aduz em um artigo escrito no site Canal de Ciências Criminais, que a prisão passará da pessoa penal do acusado, a contrassenso do que é disposto na legislação e que se a presa se encontra grávida, que a pena atinge a liberdade do feto, “sujeito de direito eivado de garantias constitucionais absolutamente desrespeitadas por uma prisão alheia.”

Aduz o autor que independente da pena aplicada, da fase processual em que se encontre o processo ou da gravidade do crime cometido, todas as grávidas deveriam ser postas em liberdade de maneira imediata, uma vez que a criança que carrega consigo em seu ventre é inocente e está protegida pelo direito fundamental da liberdade. Desse modo, destaca que a punição da mãe criminosa é problema que deve ser solucionado de outra forma que não a prisão.

Na opinião de André Peixoto<sup>13</sup>, nem mesmo a prisão domiciliar seria solução à função retributiva e preventiva da sanção penal aplicada às grávidas, porquanto se concederia uma pena de prisão, ainda que em domicílio, a um nascituro que não tem envolvimento nem culpabilidade atribuída ao ilícito penal cometido.

Fato é que, enquanto não for criada uma solução alternativa à qualquer modalidade de prisão para ressocialização de detentas grávidas essa discussão será intentada por mães e defensores dos direitos do nascituro que não admitem a aplicação além do acusado para aplicação do sistema penal, como ocorre nesse caso.

Ainda sob esse aspecto de proteção ao direito de liberdade do nascituro e, considerando a gravidade do ilícito a que se pratica para fins de concessão do benefício, vale

---

<sup>11</sup>BRASIL. *Lei nº7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>12</sup>SOUZA, André Peixoto de. *Grávida presa: inconstitucionalidade*. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>13</sup>Ibidem.

citar uma decisão<sup>14</sup> proferida em Santa Catarina, na comarca de Joinville que concedeu prisão domiciliar a uma detenta, ainda que incurso no crime de tráfico de entorpecentes, uma vez verificada sua condição de mulher grávida no momento da condenação.

Na respectiva decisão, o magistrado esclarece, da seguinte forma, a razão pela qual entende ser cabível a prisão domiciliar e a observância aos direitos fundamentais da gestante e do nascituro<sup>15</sup>:

Por fim, repita-se: é preciso admitir e reafirmar, sempre, que a pessoa do condenado jamais perderá sua natureza humana e por este motivo será sempre merecedora de irrestrito respeito em seus direitos e garantias fundamentais. Este salto ético já foi dado e o atual padrão de civilidade assim exige, bem como a humanidade em paz agradece.

É cediço, portanto, que a realidade brasileira é cada vez mais atinente à proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados no ordenamento aos nascituros e que, embora sejam recorrentes as decisões que negam a concessão de prisão domiciliar a gestantes, vulneráveis na condição de mães, há diversos artigos, julgados e posicionamentos que promovem de maneira conjunta a evolução das funções da pena e sua finalidade e esperam do Judiciário, uma punição pautada na culpa individual e intransferível de punição, que não se adéqua à condição de gestação como realidade brasileira.

### 3. APLICAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA DOS NASCITUROS

As mulheres brasileiras em regime de restrição de liberdade, da mesma maneira que qualquer detento nessa condição, são submetidas ao cumprimento de pena mediante encarceramento e segregação social, que, apesar de promover o distanciamento das mulheres de seu seio familiar, lhe garantem, por direito, garantias constitucionalmente previstas como

---

<sup>14</sup>BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Execução Penal n° 0034889-37.2011.8.24.0038*. Magistrado: João Marcos Buch. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=003488937.2011.8.24.0038&cdProcesso=12000ELD40000&cdForo=38&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=1siCU1XeA2pmmHBmz8eHRzbDONyVoPztlgJK1RyMjbtNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1jIVBvQocFqpuoDcNJAZQ%2BvHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVole%2BOrmewqa7H65MKTQByOJG1QcvXEsXun6zk6wUfImzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuce%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv5ha5apiMfStUcI6RwqFxSeZDU6KzljW6vjIP2XLgf%2FZ7ZrWkD%2BPSBAaoNaYu7nvVEvS0K1vklhw5hueZYaXgT>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>15</sup>Ibidem.

respeito e proteção à integridade física e moral, como se depreende do disposto no artigo 5º, XLIX<sup>16</sup> da Constituição Federal.

Nessa linha de pensamento, há de se reconhecer que a finalidade da pena imposta à ré não se perpetua só pela retribuição ao ilícito e pela esperança de ressocialização da presa, mas também pela busca e respeito à Dignidade Humana. O estado gravídico de uma mulher comporta, nesse momento, uma situação de vulnerabilidade visível e psicologicamente relevante, que necessita, portanto, de cuidados e atenção redobrada.

A Lei de Execuções Penais<sup>17</sup>, conforme já se analisou em outra oportunidade, é exemplo de um texto legal que dá especial atenção à gestante, já que lhe assegura acompanhamento de pré-natal, pós-parto, creche nas penitenciárias, atendimento por pessoa qualificada, bem como tratamento extensivo ao recém-nascido, em comento pelos artigos 14, parágrafo 3º e 89 do respectivo diploma. É evidente, portanto, que há especial tratamento disponibilizado às mulheres, que, estando sob condição especial de vulnerabilidade, fazem jus ao direito de igualdade material que está sendo garantido.

Ocorre que, o tratamento legal e humanitário, por vezes, é insuficiente, haja vista a realidade carcerária no Brasil, as condições de higiene e nutrição notórias, bem como a ideia já apresentada anteriormente<sup>18</sup> de que o nascituro acaba respondendo pelo crime que não cometeu, mas que sofre as consequências. Ou seja, ainda que atualmente no Brasil seja garantido o direito à prisão domiciliar de mães presas provisoriamente, conforme artigo 318 do Código de Processo Penal<sup>19</sup>, tal benefício não foi estendido de maneira pacífica e consciente às mães presas por crimes considerados de maior gravidade ou frente a uma condenação definitiva.

Quando ausentes determinações legais que disponibilizem tratamento especial, de modo a apresentar uma lacuna na lei, o ideal é que se resolva o conflito com base em setores principiológicos e permitidos do ponto de vista constitucional por uma análise extensiva. Da mesma forma, o que se espera do Judiciário por parte das mães que anseiam por um tratamento diferenciado, é a aplicação pautada na razoabilidade e no bem-estar do nascituro. Essa perspectiva, no entanto, não é decorrente do desejo por um tratamento diferenciado e

---

<sup>16</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.07.2016/art\\_220.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220.asp)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>17</sup>BRASIL. *Lei nº 7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<sup>18</sup>SOUZA, op. cit., nota 12.

<sup>19</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689/41* de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2019.

desigual, mas que pelo contrário, é decorrente das garantias constitucionais de Dignidade Humana e Bem Estar previstas no artigo 5<sup>o</sup><sup>20</sup> da Constituição Federal.

Desta forma, as mães na condição de gestantes não anseiam por um privilégio sem parâmetros, mas esperam que dentro do alcance do Judiciário sejam promovidos os direitos de seus filhos, ao menos no tempo de necessidade dessa condição. Os princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e Dignidade humana numa primeira visão são os principais paradigmas consecutórios da humanidade, saúde e bem-estar, e na desenvoltura de seus papéis devem estar presentes para promoção dessa busca por direito.

O que se pretende com essa espera pelo tratamento diferenciado de prisão domiciliar a toda e qualquer condenada gestante não é o abandono da operabilidade processual penal, nem mesmo a ineficácia do sistema carcerário. O que se pretende, é tão somente, numa situação emergencial de gravidez, a suspensão da política de encarceramento, uma vez que o país apresenta condições precárias de conforto e bem-estar e que seja compreensível o fato de que o nascituro não pode iniciar sua formação de vida já respondendo por crimes que nem mesmo tem discernimento para consentir ou participar.

Ainda sob o aspecto da responsabilidade penal e respeito às garantias constitucionais, a escritora do artigo “Os direitos fundamentais do cidadão preso”, Lizandra Pereira Demarchi<sup>21</sup>, argumenta que o processo penal, por aplicação própria já configura uma “tortura psicológica” para o réu, que sofre o julgamento promovido por um juiz, a princípio imparcial e também pela sociedade que legitima a busca pela justiça a qualquer custo. Para a escritora, na grande maioria da população há a percepção de que o indiciado é mero objeto, sob o qual o Estado exerce o poder brutal de tutela e que em tal medida, o indivíduo é anulado em direitos e garantias em nome da ordem e segurança social que tem a força necessária capaz intimidá-lo.

No aludido artigo, Lizandra potencializa sua tese de que o preso deixa de ser visto como cidadão e acaba perdendo direitos, garantias e futuras oportunidades ao argumento de que após o cárcere este se encontra estigmatizado, rotulado e distante do convívio social, o que tornaria impossível sua adaptação e provável seu retorno à criminalidade.

---

<sup>20</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.07.2016/art\\_220.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220.asp)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>21</sup>DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Ora, se diante da realidade carcerária e do tratamento ao indiciado preso já se indaga o respeito aos direitos fundamentais de presos que não estão em estado gravídico, o que dizer sobre as mulheres na evidente questão de vulnerabilidade que suportam durante a gravidez?

Essa questão é cada vez mais latente aos olhos de quem preceitua a humanidade como princípio orientador do Direito. Para que um nascituro ou recém-nascido possa exercer sua liberdade e seu sadio desenvolvimento, embora hajam técnicas mínimas de cuidado nos presídios é preciso que se reconheça que o país na conjectura atual não garante condições favoráveis àqueles que não merecem a rigorosidade da pena, nem mesmo às mães, que ao menos no momento da gestação, devem hospedar-se em ambientes higiênicos, sadios e dignos.

Nathália Blockwitz Vasone e Isael José Santana<sup>22</sup> afirmam, para fins didáticos, que:

Mães que não oferecem risco a si e a outrem, devem ser garantidas pela regra de ter parte da gestação em sua casa, bem como cuidar de seu filho pelo menos até os 6 meses de idade, para que o vínculo familiar seja mais forte, o que garante um crescimento saudável para a criança, sem precisar conviver em um local que não garante seus direitos principais e com a obtenção de uma maternidade mais tranquila pelas mulheres, sem a pressão e o estresse que a vida dentro de um presídio causa.

Essa teoria demonstra que existem formas de sanar as intempéries causadas pelo sistema carcerário na relação entre mães e filhos e que a suspensão do sistema carcerário às mulheres na gestação não significaria inaplicabilidade do sistema processual penal brasileiro, nem mesmo qualquer desrespeito à norma concreta. A peculiar atitude ensejaria tão somente na promoção do que se chama de igualdade material no Direito.

Deste modo, reconhecida a condição especial das mulheres em estado gravídico, seria permitida aplicação de regramento diferenciado exatamente pela condição de diferença em que se encontram. Ou seja, garantida estaria a igualdade, se de maneira desigual fossem tratadas as desigualdades que permanecem com as mulheres em estado de gravidez.

## CONCLUSÃO

A doutrina brasileira desde os primeiros estudos da Criminologia tendia a adotar a teoria eclética no que diz respeito à finalidade da pena. Por essa teoria o sistema penal assumia a finalidade precípua de retribuir o mal que o crime causava à sociedade e de prevenir eventual retorno do agente criminoso à delinquência, razão pela qual utilizavam-se

---

<sup>22</sup>VASONE, op. cit., nota 6.



das expressões “retribuição e prevenção da pena” como forma de orientar os estudos da aplicação de penas e suas funções.

Sob o enfoque da teoria da pena e suas finalidades, foi instaurado o sistema carcerário no Brasil e construídas penitenciárias com intuito de segregar o indivíduo e de promover, ao longo do tempo de cumprimento de pena na prisão, a devida ressocialização do apenado para que esse não voltasse a delinquir.

Diante do encarceramento em massa, os direitos básicos dos indivíduos segregados naquele espaço físico se tornaram cada vez mais uma promessa inalcançável, o que os expôs à condições mutuamente precárias e indignas de saúde física, mental e psicológica de sobrevivência.

O estabelecimento presidiário comporta, nesse contexto, não só homens, mas também mulheres, que muitas vezes se encontram em condições excepcionais de cuidados básicos e necessário atendimento especial, como é o caso das mulheres gestantes. Assim como os detentos do sexo masculino, elas se submetem, com certo tratamento diferenciado, aos precários cuidados de higiene e saúde, o que de maneira inevitável também atinge os fetos e recém-nascidos que com elas se encontrem.

Diante de tal realidade, ainda que a condição de gravidez não possa ser utilizada como escusa para o cumprimento de pena relativa ao ilícito cometido, o que resultaria em total inutilidade do sistema penal brasileiro, essa rigorosidade também não deve ser argumento que justifique um tratamento degradante aos nascituros e recém-nascidos que não cometeram crime algum.

O que se buscou esclarecer, portanto, é que eventual concessão de prisão domiciliar, de resguardo familiar e de contato sadio entre mãe e filho por um tempo razoável é medida que não deve ser descartada ante a ausência de regramento legal, independente do crime a que se julgue a condenação. A teoria de concessão benéfica de cumprimento de pena alternativo às gestantes seria provimento direcionado tão somente no lapso temporal necessário e como resultado das condições gravídicas e excepcionais que se estabelecem às mães. No mais, o cumprimento de pena se restabeleceria e a sua finalidade, como corolário do sistema carcerário brasileiro seria respeitado, com proteção, no entanto, dos cuidados básicos que o nascituro, indefeso e inocente, tem por direito.

Assim, problematizando a função social da pena no atual contexto brasileiro com os direitos e garantias dos nascituros, provocou-se o debate sobre eventual concessão da prisão domiciliar às mães que cumprem pena em regime privativo de liberdade independente da



natureza e da gravidade do crime que tenham cometido, sendo certo que esta atuação, seria encarada como medida necessária à Dignidade Humana, mas não absolutória de justiça.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.07.2016/art\\_220\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp)>. Acesso em: 17 set. 2018

\_\_\_\_\_. *Lei n.º.7210/84* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º.8069/90* de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. HC n.º 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2018. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20\\_180221-01.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20_180221-01.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANATA CATARINA. *Execução Penal n.º 0034889-37.2011.8.24.0038*. Magistrado: João Marcos Buch. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0034889-37.2011.8.24.0038&cdProcesso=12000ELD40000&cdForo=38&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=1siCU1XeA2pmmHBmz8eHRzbDONyVoPztlgJK1RyMjbtNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1jlVBvQocFqpuoDcNJAZQ%2BvHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGlQcvXEsXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FIpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv5ha5apiMfStUcI6RwqFxSeZDU6KzljW6vjIP2XLgf%2FZ7ZrWkD%2BPSBAaoNaYu7nvVEvS0K1vkIhw5hueZYaXgT>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CORREIA, Martina. *Direito Penal em Tabelas*. Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Marina Amoedo da; BARBOSA, Anália da Silva. *Mulheres encarceradas e o exercício da maternidade*: Discutindo o trinômio mulher, crianças e rede familiar. 2010. Disponível em: <[fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277859738\\_ARQUIVO\\_Trab.Oral-17\\_junho.pdf](fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277859738_ARQUIVO_Trab.Oral-17_junho.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 30 jan. 2019.



G1. *Marca de cerveja faz propaganda com referência a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/marca-de-cerveja-faz-propaganda-com-referencia-a-prisao-domiciliar-de-adriana-ancelmo.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da Pena no Direito Penal brasileiro*. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-peno-que-e-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MIGALHAS. *STF garante prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças que estejam em provisória*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI274778,41046-STF+garante+prisao+domiciliar+a+gestantes+e+maes+de+criancas+que>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

MOREIRA, Juliana. *A influência da mídia nas decisões judiciais: análise dos limites da liberdade de expressão e do direito à informação*. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/CBSI/article/view/535/647>> Acesso em: 17 set. 2018.

OLIVEIRA, Adriano. *Após avaliar presídios, estudo sugere prisão domiciliar a mães e gestantes*. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2015/06/apos-avaliar-presidios-estudo-sugere-prisao-domiciliar-maes-e-gestantes.html>> Acesso em: 16 de agosto de 2018.

SOUZA, André Peixoto de. *Grávida presa: inconstitucionalidade*. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/gravida-presa/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

VASONE, Nathália Blockwitz; SANTANA, Isael José. *Mulheres e prisão: gestação e liberdade*. 2015. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb\\_1.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3111-4606-1-pb_1.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2018.

## O IMPACTO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641/SP NO APRISIONAMENTO FEMININO

Lilian Carvalho Ferreira Fonseca

Graduada pela Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO.

**Resumo** – Neste artigo é proposta uma análise sobre o impacto do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP do STF, que trata da substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças de até doze anos de idade. Busca-se apresentar um panorama sobre os direitos fundamentais das mulheres grávidas e mães com bebês que estão presas e são violados pelo próprio Poder Público. Apesar da vasta legislação nacional e internacional acerca do tema, as regras previstas carecem de efetividade prática. O Habeas Corpus nº 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Proteção Integral deve ser o norte do magistrado ao analisar casos relacionados ao melhor interesse da criança, no entanto, através de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se uma divisão na aplicação do referido precedente, alguns concedendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, outros não. Conclui-se que a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres presas ainda tem um longo caminho a ser percorrido.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos Processual Penal. Direitos fundamentais. Prisão. Habeas Corpus. Gestante. Mãe. Criança. Proteção integral.

**Sumário** – Introdução. 1. Aprisionamento feminino face as leis existentes. 2. Interesses preponderantes para a concessão da liberdade às mães presas. 3. Impacto no aprisionamento feminino após o julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Objetiva-se discutir neste artigo o impacto da concessão do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 no aprisionamento feminino, tendo em vista que o referido remédio constitucional visa garantir a escorreita aplicação da Constituição da República, do Marco Legal da Primeira Infância e das Regras de Bangkok, com a imediata efetivação dos direitos das detentas e da preservação do melhor interesse dos menores, revertendo o cenário atual dos milhares de mulheres presas preventivamente nos cárceres brasileiros.

Apesar da existência de direitos já consagrados em âmbito constitucional, infraconstitucional e internacional, há pouca efetividade prática sobre a questão da maternidade na prisão e seus desdobramentos em relação aos direitos da criança.

O trabalho enfoca a decisão do STF no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 e seu impacto no aprisionamento feminino em razão de um reiterado descumprimento de regras constitucionais e legais referentes aos direitos das mulheres presas gestantes/mães e de seus



filhos. A referida decisão agiu como um reforço para o cumprimento derradeiro do mandamento constitucional da excepcionalidade da prisão, que tem sido tão negligenciado, da dignidade da pessoa humana e do importantíssimo princípio do melhor interesse da criança.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando o cenário do encarceramento feminino, examinando as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e internacional sobre os direitos da mulher, grávida ou mãe, que se encontra encarcerada e abordando os motivos que levaram a impetração do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.

No segundo capítulo será analisado como deve ser feita a ponderação dos interesses para a efetivação da decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 para que não seja negligenciada a máxima da excepcionalidade da prisão em cumprimento ao mandamento constitucional.

O terceiro capítulo discorre a respeito do impacto do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 do STF na situação das mulheres presas, grávidas ou mães, visando demonstrar o (in)efetivo cumprimento pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Diante da abordagem apresentada, é inegável a importância do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 julgado pelo STF, pois, a ordem emanada pelo Supremo produz um verdadeiro impacto na situação das mulheres, gestantes e mães, que se encontram no sistema penitenciário nacional cumprindo prisão cautelar. Os Tribunais do país bem como o Sistema Penitenciário Nacional deverão tomar as providências necessárias para o efetivo cumprimento da referida decisão.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal vem de uma forma concreta atribuir efetividade aos direitos fundamentais das mulheres presas, gestante ou mães, e aos seus filhos.

A pesquisa que se pretende apresentar seguirá a metodologia qualitativa, através de bibliografia sobre o tema, tais como legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência, e a metodologia quantitativa, devido aos números apresentados.

## 1. NORMAS EXISTENTES SOBRE OS DIREITOS DA MULHER PRESA (GRÁVIDA/MÃE) E OS MOTIVOS QUE LEVARAM A IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO Nº 143.641

A realidade da maternidade e da infância atrás dos muros de uma cadeia no Brasil em nada se parece com a realidade das mulheres que estão livres na sociedade ou, ainda, com a

realidade que as leis tentam impor. Milhares de mulheres e crianças vivenciam a maternidade e a infância atrás das grades, tendo diferentes consequências na saúde mental e física diante da extrema vulnerabilidade, sem o devido respeito aos seus direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1</sup> promulgada em 1988 trouxe uma excelente inovação ao elevar o patamar das crianças e mulheres à condição de sujeitos de direitos, que eram discriminadas inclusive na forma jurídica.

A Carta Magna dispõe que a mulher que esteja sofrendo privação de sua liberdade não poderá cumprir sua pena juntos com os homens, e sim em estabelecimento distinto (art. 5º, inciso XLVIII); trata sobre o direito a amamentação (art. 5º, inciso L); dá proteção à infância como um direito social (art. 6º) e, ainda, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado a garantia dos direitos da criança (art. 227).<sup>2</sup>

Além das disposições constantes na lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, há também a norma supralegal conhecida como Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010 ou “Regras de Bangkok”<sup>3</sup>, que traz grande impacto sobre o direito das presas. Essa norma considera as necessidades específicas de cada mulher, trazendo regra específica para a mulher grávida ou com filho dependente, determinando que devem ser priorizadas as penas não privativas de liberdade nesses casos, se o crime não foi cometido com violência ou se a mulher não apresentar algum tipo de ameaça.

Na legislação brasileira infraconstitucional há também a Lei de Execuções Penais<sup>4</sup>, que prevê direitos e garantias para as presas gestantes, e o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>5</sup> que prega o princípio do melhor interesse da criança, reforçando a necessidade do aleitamento materno.

Deve-se destacar também a Lei nº 13.257/2016, denominada “Novo Marco Legal da Primeira Infância”<sup>6</sup>, que trouxe nova redação ao art. 318 do Código de Processo Penal<sup>7</sup>, quando o juiz poderá substituir a prisão preventiva por domiciliar quando a mulher for gestante ou mãe

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>2</sup>Ibidem.

<sup>3</sup>ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>5</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei nº 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>7</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

de criança com até 12 anos de idade. No entanto, essa lei não teve a repercussão desejada, pois a maioria dos pedidos de conversão feitos por essas mulheres são indeferidos, utilizando-se como fundamento para tal negativa a gravidade do crime e a não comprovação de que o estabelecimento prisional não tem as condições necessárias para atender as suas necessidades.

A fundamentação dos magistrados para a negativa desses pedidos é sempre objeto de recurso, tendo em vista que a gravidade do crime, por si só, não pode ser motivo para a manutenção da prisão, e, ainda, a necessidade de comprovação da precariedade do sistema penitenciário brasileiro chega a ser esdrúxula, tendo em vista a sua notoriedade.

Apesar da existência de uma variedade de leis que visam a proteção da mulher presa (gestante/mãe) e de seus filhos, o sistema penitenciário brasileiro depende de políticas públicas para que essas leis sejam efetivamente cumpridas, para que suas disposições não sejam aplicadas somente a casos pontuais ou apenas as mulheres que dispõe de condições financeiras para buscar seus direitos.

As instalações penitenciárias foram historicamente construídas somente para atender ao sexo masculino. Essa inadequação estrutural ainda persiste nos dias de hoje, pois o desenvolvimento de políticas públicas não acompanhou e ainda não acompanha o crescimento do país.

A despeito de existirem algumas unidades penitenciárias exclusivamente para mulheres, o Poder Público ainda não foi capaz de adequar, com perspectiva às necessidades femininas, uma política prisional que priorize o convívio das mães que se encontram presas e seus filhos menores de 18 anos.

A vulnerabilidade da mulher aumenta quando além de ser colocada no cárcere, está grávida. Nessa situação, seus direitos fundamentais e básicos previstos na CRFB/88<sup>8</sup> são ignorados, não possuindo o devido amparo para a chegada de seu filho ao mundo, o qual também tem seus direitos cerceados.

A falta de acesso à justiça, consubstanciada pela falta de informações, é um entrave para a garantia dos direitos previstos para as mulheres grávidas/lactantes/mães de filhos menores de 12 anos. De acordo com a legislação vigente sobre o tema, a liberdade provisória deve ser a exceção e não a regra, no entanto, as medidas cautelares de prisão domiciliar dificilmente são aplicadas, dando azo a cultura do encarceramento.

Como ressaltou o Marco da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)<sup>9</sup> ao estabelecer a prisão domiciliar nos casos de presas gestantes/mães, as políticas criminal e prisional devem

---

<sup>8</sup>BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>9</sup>BRASIL. op. cit., nota 9.

ser entendidas de forma ampla de maneira a levar em conta as particularidades de cada mulher que passe a integrar o sistema de justiça criminal do país, mormente quando há uma criança envolvida.

No entanto, não só o Marco da Primeira Infância, mas também todas as outras normas de proteção à mulher presa que é gestante ou mãe não são respeitadas pela maioria dos estados brasileiros. A maioria das regras são descumpridas, negadas ou estipuladas conforme a arbitrariedade das autoridades.

Diante desse cenário, percebe-se que embora existam normas favoráveis às mães encarceradas, estas carecem de efetividade, pois, na prática, apesar de muitas terem a possibilidade de aguardar o julgamento em regime domiciliar, a justiça brasileira tem sérias dificuldades em assegurar esse direito, tendo como um dos motivos a cultura do encarceramento cuja regra é a prisão, como já mencionado.

A falsa ideia que se as pessoas forem mantidas encarceradas a sociedade estará mais segura, leva ao esquecimento o custo social que terá esse encarceramento face as relações familiares, com crianças crescendo distantes da mãe, em condições que talvez as levem para a criminalidade, como um círculo vicioso, um ciclo de violência. As decisões judiciais negligenciam as especificidades das mulheres ao deixar de analisar o contexto familiar e cultural.<sup>10</sup>

Diante do reiterado descumprimento das leis existentes em favor das mulheres presas (gestantes/mães), em maio do ano de 2017 o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) impetrou no Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus coletivo nº 143.641<sup>11</sup>, objeto do presente artigo.

O referido Habeas Corpus impetrado pelo CADHu sucedeu o Habeas Corpus nº 151.057<sup>12</sup>, que foi concedido no mês de março do mesmo ano a ex-primeira-dama do estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo. A decisão de concessão teve como justificativa a existência de dois filhos menores de 12 anos e que estavam sem o cuidado tanto da mãe quanto do pai, já que o ex-governador, Sérgio Cabral, também estava preso.

---

<sup>10</sup>CUNHA, Fernanda. *Além das grades uma leitura do sistema prisional feminino*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br\\_a\\_23030605/](https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br_a_23030605/)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143.641*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 151.057*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc151057.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.



O Habeas Corpus que converteu a prisão preventiva de Adriana Ancelmo em prisão domiciliar levantou a discussão sobre a impunidade e a situação das mulheres encarceradas, levando-se em consideração que a maioria delas é negra, pobre e sem acesso aos mesmos direitos alcançados pela ex-primeira-dama.

De acordo com relatório divulgado pelo IBCCrim, baseado em dados levantados em 22 estados do país, 4.560 mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos de idade estão presas provisoriamente e, dentre essas, pelo menos 622 mulheres estão grávidas ou amamentando<sup>13</sup>.

Assim, diante do quadro apresentado e com o objetivo de dar verdadeira efetividade às leis que tratavam sobre a proteção das mulheres presas gestantes ou mães de crianças ou filhos com deficiência sob sua guarda, o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>14</sup> concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar dessas mulheres.

Apesar de a referida determinação ter algumas ressalvas (crime praticado mediante violência ou grave ameaça contra os filhos), serviu como reforço para que sejam respeitados o princípio do melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana e o mandamento constitucional da excepcionalidade da prisão.

Verifica-se, portanto, que considerando o Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>15</sup> como marco temporal, antes já eram previstos diversos direitos para as mulheres presas, os quais eram escancaradamente descumpridos e, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal buscou-se efetivar concretamente esses direitos outrora desrespeitados.

## 2. INTERESSES PREPONDERANTES PARA A CONCESSÃO DA LIBERDADE ÀS MÃES PRESAS

A decisão proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>16</sup>, conforme visto no capítulo anterior, determina a aplicação da liberdade provisória às mulheres que possuem filhos de até 12 anos, bem como às gestantes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações

---

<sup>13</sup>MONTEIRO, Isaiás. *Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>14</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

<sup>15</sup>Ibidem.

<sup>16</sup>Ibidem.

excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

O habeas corpus em questão visa principalmente a proteção das crianças e adolescentes, para que não corra a separação precoce de mãe e filho, evitando, assim, consequências físicas e psicológicas consideradas nocivas. Percebe-se de forma cristalina que todo o arcabouço discutido não visa diretamente as mães infratoras, apesar de se beneficiarem de forma direta, mas sim as crianças.

Diante da exceção determinada no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>17</sup>, verifica-se que os casos que se utilizarão de forma mais efetiva do pedido de liberdade provisória serão os das mulheres que respondem pelo crime de tráfico de drogas. Pois, as mulheres que respondem por pequenos furtos ou outros crimes em que é possível a aplicação do princípio da bagatela, não costumam ficar presas, a menos que sejam reincidentes. E, ainda, está fora de questão, a aplicação da liberdade provisória em razão de ser mãe de criança de até 12 anos ou gestante, caso o crime tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça.

Note-se que ainda temos as “situações excepcionalíssimas” que não será concedida a liberdade provisória e que deverá ser fundamentada pelo juiz que a denegar.

Há casos de mulheres com pouco recursos financeiros, quiçá miseráveis, que se envolvem com o tráfico buscando uma forma de sustento para a família, outras que se envolvem para sustentar o vício ou, ainda, numa situação mais elaborada, envolvendo a traficância de uma forma mais profissional.

Diante de variadas formas de envolvimento da mulher com o crime, bem como dos interesses envolvidos, quais sejam, o melhor interesse da criança e o interesse da sociedade, surge o seguinte questionamento: “Qual será a melhor forma de aplicação da determinação proferida pelo STF, tendo em vista a abertura de certa discricionariedade aos magistrados quando os ministros não determinaram especificamente quais seriam as situações excepcionalíssimas?”

Quando ocorrem situações dentro da normalidade do tipo, é mais simples cumprir as determinações do STF. Exemplificando situações típicas para concessão da liberdade provisória: 1) se uma gestante for presa em flagrante por furto de uma banana na feira, por óbvio responderá ao processo em liberdade; 2) se uma mulher for presa em flagrante portando 500 gramas de cocaína para fins de traficância, caso não seja reincidente, também “poderá” responder ao processo em liberdade; caso esta mulher tenha um filho de 05 anos de idade, o

---

<sup>17</sup>Ibidem.

verbo “poderá” deve ser substituído por “deverá”, respeitando as determinações oriundas da decisão do STF.

Entretanto, quando há uma situação fora da normalidade para o tipo, a discricionariedade deve ser pautada pela razoabilidade e proporcionalidade. Como exemplo, pode ser citado o caso que uma gestante participou de um roubo ou, ainda, de um homicídio. Nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, a princípio não pode ser aplicada a liberdade provisória, devendo ser devidamente fundamentada pelo magistrado em caso de concessão.

Quando o julgador expressou em sua decisão “situações excepcionalíssimas” não especificou o que seria, trazendo um grande problema para a efetivação dos direitos femininos das encarceradas. Não é uma norma de aplicação objetiva e determinada, dependendo do juízo de valor do magistrado e, assim, voltamos a cultura do encarceramento.

O art. 227, caput, da CRFB/88<sup>18</sup>, visando a proteção da criança, elencou múltiplos direitos que devem ser proporcionados pela família, sociedade e estado, tendo adotado o Princípio da Primazia do Interesse da Criança, conforme se pode observar:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>19</sup> alinhado ao art. 227, caput, da CRFB/88<sup>20</sup>, evidencia que deve ser resguardado pelo estado e pela sociedade a primazia do melhor interesse da criança, atendendo, também, o princípio da intranscendência da pena, pois, a prisão alcança não somente aquela mulher que está sendo acusada pela prática de determinado crime, mas também a todos aqueles que a cercam, principalmente seus filhos.

No entanto, surge ainda um sério problema para efetivar a ordem do STF quando o magistrado se depara com situações excepcionais em casos que o princípio do melhor interesse da criança é confrontado com o interesse da sociedade.

O interesse da sociedade pode ser determinado como a manutenção da ordem pública. Entende-se por ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, mas que, basicamente, significa que há indícios de que o imputado voltará a delinquir se permanecer em liberdade. Desse modo, a mulher envolta pela vida do

---

<sup>18</sup>BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>19</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

<sup>20</sup>BRASIL. op. cit., nota 1.

crime acaba por abalar essa paz social, o que justifica a restrição da sua liberdade de maneira cautelar.

Quando há um embate entre o melhor interesse da criança e a sociedade, deve-se prevalecer o bom senso para a resolução da questão, utilizando da velha máxima da proporcionalidade e razoabilidade, já citada.

O magistrado deve analisar, de acordo com o caso concreto, se o bom senso exige que se aplique a liberdade provisória ou que se mantenha a prisão cautelar. As peculiaridades do caso são essenciais para uma decisão razoável.

Não se trata de uma medida de aplicação objetiva, deve-se buscar uma averiguação sobre a situação das crianças envolvidas, como por exemplo, se a presença da mãe será negativa ou não para os filhos, tendo em vista a possibilidade de continuar a se dedicar a prática de atividades criminosas, sendo importante a análise sobre a gravidade do crime cometido.

Em suma, excetuadas as condições objetivas já mencionadas para a não concessão, o deferimento da prisão domiciliar às mães/gestantes presas provisoriamente é positivo, a princípio, pois nos casos que envolvem situações excepcionais devem ser ponderados os princípios do melhor interesse da criança e da sociedade, onde o juiz, quando negar, deverá expor todas as peculiaridades do caso.

### 3. IMPACTO NO APRISIONAMENTO FEMININO APÓS O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>21</sup> pela 2ª Turma, foi fixado o prazo de 60 dias para que os tribunais estaduais e federais, analisem e implementem de modo integral as determinações fixadas na decisão, cumpre dessa forma analisar se após o prazo os tribunais passaram a aplicar o entendimento firmado pelo Supremo, bem como de que forma está ocorrendo a ponderação dos interesses pelos magistrados nos casos excepcionais, conforme debatido no 2º capítulo deste artigo. Cabe a ressalva de que a análise se pautará na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

---

<sup>21</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

Um dos julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 15/03/2019. No Habeas Corpus nº 106.377/RS<sup>22</sup>, foi denegada ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma ré que possuía dois enteados menores de 12 (doze) anos, e um filho adolescente; e que o pai das crianças (seu companheiro) também foi preso no mesmo ato, estando elas sem assistência familiar.

Nos termos do voto do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, “embora relevante a argumentação da defesa da paciente, a interpretação do inciso II do art. 318-A, do CPP<sup>23</sup> comporta uma análise sistemática e protetiva das crianças envolvidas (proteção integral e prioritária). No caso, como a traficância ocorre na residência da recorrente, local onde afirmam que enteado menor também reside, e há reiteração da conduta delitativa, não é adequada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).”

De outro norte, em situação semelhante, o Habeas Corpus nº 486.804/RJ<sup>24</sup> trata da decretação da prisão preventiva de uma mãe de uma criança menor de 12 anos em 21/07/2018, pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei de Drogas<sup>25</sup>. A defesa da acusada impetrou Habeas Corpus perante o tribunal estadual que denegou a ordem fundamentando que estava evidenciado o periculum libertatis, devendo ser mantida a prisão da paciente em razão das suas condições pessoais negativas, evitando-se, assim, que volte a delinquir. Foi interposto recurso ao STJ, e o Habeas Corpus foi concedido não pelo exame do mérito, pois era manifestamente incabível, mas por ordem de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP<sup>26</sup>.

A turma julgadora entendeu que as razões invocadas pelo Juízo de origem foram suficientes para embasar a prisão da acusada, não se verificando o constrangimento apontado pela impetrante, pois a custódia da paciente encontra-se bem fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>27</sup>, diante da necessidade de acautelamento, especialmente, da ordem pública, haja vista as circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

---

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 106.377/RS*. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>23</sup>BRASIL. op. cit., nota 10.

<sup>24</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 486804 RJ*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395685/habeas-corpus-hc-486804-rj-2018-0346321-8/inteiro-teor-687395685>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>25</sup>BRASIL. *Lei de Drogas*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>26</sup>BRASIL. op. cit., nota 10.

<sup>27</sup>Ibidem.

No entanto, com relação à Lei da Primeira e Infância e o art. 318 do CPP<sup>28</sup>, foi falado que cumpre averiguar, à luz das condicionantes fixadas pelo STF no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>29</sup>, se está presente qualquer das exceções que impeçam a concessão da prisão domiciliar ou, subsidiariamente, a substituição da cautelar de prisão por outras medidas cautelares diversas da prisão. Após verificado que as circunstâncias do caso recomendam o deferimento do benefício, com o temperamento daquelas exceções à medida, elencadas na ordem mandamental coletiva, foi concedido o habeas corpus.

No presente caso foi verificado que a paciente é guardiã de uma criança menor de 12 anos, bem como os crimes imputados à paciente não foram cometidos mediante violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, concedendo, assim, o deferimento do benefício. Apesar de evidentes os motivos aptos para justificar a prisão preventiva, não se encaixaria em situação excepcionalíssima que justificasse a não aplicação do decidido pelo STF no julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>30</sup>.

Conforme alguns julgados do STJ, como por exemplo os Habeas Corpus: nº 484287/MT<sup>31</sup> e nº 441903/SP<sup>32</sup>, pode-se extrair que, infelizmente, os Tribunais de Justiça Estaduais não observam a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda relutam em conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, prova disto que ainda são inúmeros os casos que sobem ao Superior Tribunal de Justiça.

Posteriormente ao julgamento do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>33</sup>, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou diversos pedidos de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. No Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000<sup>34</sup>, o Desembargador José Roberto Lagranha Távora, denegou o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de uma acusada, presa em flagrante, mãe de uma criança de 2 anos e 11 meses. O magistrado referiu-se ao precedente firmado pelo

---

<sup>28</sup>Ibidem.

<sup>29</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

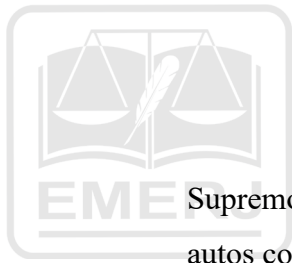
<sup>30</sup>Ibidem.

<sup>31</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 484287/MT RS*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-201803348/inteiro-teor-686383637?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-201803348/inteiro-teor-686383637?ref=topic_feed)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>32</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 441903/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684609820/habeas-corpus-hc-441903-sp-2018-0065176-4/inteiro-teor-684609893?ref=amp>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>33</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

<sup>34</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador José Roberto Lagranha Távora. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805901868>>. Acesso em: 06 jun. 2019.



Supremo Tribunal, mas ao fundamentar a decisão denegatória afirmou que a réu não trouxe aos autos comprovação suficiente de sua imprescindibilidade aos cuidados da filha.

No entanto, a decisão do STF estabeleceu claros critérios e restrições para a aplicação da prisão domiciliar a presas grávidas ou mães de crianças e nada informou acerca da imprescindibilidade, conclui-se, então, que ou não há tal critério ou este já se presume pelo fato de ser mãe. Em vista disso, não se poderia mais denegar o benefício por considerar que a mãe não se faz necessária para os cuidados do filho.

No Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000<sup>35</sup>, tendo como Relator o Desembargador Carlos Eduardo Roboredo, foi aplicada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar a despeito da aguda gravidade do fato criminoso, impõe observância das diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>36</sup>, levando em consideração a advertência do STJ no sentido de ser “descabida a discussão acerca de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida, de acordo com precedentes”.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem aplicado o entendimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar com base no interesse superior da criança, porém, o número de não concessões é maior.

A problemática nesta questão é que a concessão da prisão domiciliar para as mães/gestantes, mesmo passando a ser regra, não pode se dar de forma automática somente pelo fato de ser gestante ou mãe de criança por não se tratar de um direito absoluto e irrestrito, devendo ser analisado o caso concreto e a possível existência de outros motivos que possam justificar a manutenção da prisão preventiva, como, por exemplo, a periculosidade real e extrema da indiciada ou ré, devendo tais circunstâncias pessoais que impeçam a concessão do benefício serem devidamente fundamentadas.

No entanto, conforme os julgados colacionados têm-se verificado que os magistrados mesmo em casos específicos em que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, ainda fundamentam a manutenção da cautelar com base na periculosidade do agente ou na não existência de que é imprescindível para a criança os cuidados maternos. O que vai contra as recomendações do STF feitas no julgamento do habeas corpus que diz “se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações,

---

<sup>35</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805904784> >. Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>36</sup>BRASIL. op.cit., nota 16.



poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP<sup>37</sup>. E nos casos em que a acusada for reincidente ou a depender do caso concreto deve o juiz ao decidir se pautar sempre nos princípios constitucionais e da primazia do interesse da criança.

Fundamentar a decisão como excepcionalíssima para não aplicação da substituição ignorando os direitos da criança que também é atingida por aquela decisão é inconstitucional e ilegal.

Foram noticiados nos autos do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP<sup>38</sup> depois da decisão de concessão, diversos casos individuais relatando o não cumprimento da referida decisão em diversos tribunais do país. O ministro do STF, Ricardo Lewandowski, ao analisar os mencionados fatos, considerou que muitos traziam questões interessantes e que poderiam alcançar a coletividade, pois poderiam dar maior concretude ao acórdão em questão.

A determinados casos dentro dos fatos noticiados e analisados pelo ministro Lewandowski, foram concedidos habeas corpus de ofício, sendo firmado o posicionamento adotado pelo STF.

Dentre eles, é possível citar o caso em que a mulher (mãe) foi presa em flagrante entrando com substâncias entorpecentes no estabelecimento prisional, entendendo o STF que a referida situação não pode ser considerada como óbice à concessão da prisão domiciliar, não configurando excepcionalidade a justificar a manutenção da prisão. De acordo com o ministro, não encontra amparo legal a negativa em conceder a prisão domiciliar a essa mãe sob a justificativa de que essa conduta colocaria a sua prole em risco, se distanciando das razões utilizadas como fundamento para a concessão do habeas corpus coletivo.

No caso supracitado, não haveria razões para suspeitar que a mãe envolvida no tráfico seria irresponsável no exercício da guarda de seus filhos, também não sendo suficiente para não efetivar os direitos garantidos a ela pela legislação. Com isso, nota-se que o STJ adotou um posicionamento contrário, conforme mostrado acima.

Outro caso analisado foi a negativa da aplicação da prisão domiciliar em razão de a mulher ser presa em flagrante traficando dentro de casa. Para o STF também não é justo que a presa e aqueles que dela dependem sejam penalizados por eventual deficiência no dever de fiscalização do estado através de suas forças de segurança e ainda utilizar como argumento para negativa o fato de não ter trabalho formal ou a suspeita de que a presa poderia voltar a praticar o crime de tráfico ao retornar para sua residência.

---

<sup>37</sup>BRASIL. op. cit., nota 10.

<sup>38</sup>BRASIL. op. cit., nota 16.

O Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos relata que a decisão da Segunda Turma do STF vem sendo, de forma alarmante, descumprida pelos magistrados que ao proferir a deixam de reconhecer a excepcionalidade da prisão. O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) emitiu um relatório informando que no Brasil existem 14.750 mulheres que poderiam ter sua medida cautelar alterada para a prisão domiciliar em razão do habeas corpus coletivo. No Rio de Janeiro, 217 mulheres poderiam ser colocadas em prisão domiciliar, mas apenas 56 receberam o benefício<sup>39</sup>.

## CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou as normas previstas no ordenamento pátrio que visam a proteção da mulher presa, especialmente as que estão gestantes e as que são mães, tais como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a Lei de Execuções Penais, bem como as normas supralegais, como, por exemplo, as “Regras de Bangkok” e as Regras Mínimas de tratamento de presos.

Toda a normativa apresentada não deve ser considerada apenas como um regramento, mas sim como uma verdadeira ordem de “dever-ser”, pois sua efetividade compromete toda a estrutura do Estado, das famílias, da sociedade como um todo. Ao se buscar recursos necessários para uma maternidade digna alcança-se melhores condições para que as crianças tenham pleno desenvolvimento físico e emocional.

No entanto, embora exista todo um arcabouço legislativo acerca do tema, na prática o que se observa é que as normas garantidoras dos direitos das gestantes/mães presas não são implementadas como deveria pelo Estado. Os direitos dessas mulheres são desrespeitados, sendo encarceradas estando com o filho no ventre ou o Estado o arranca de seu convívio, sem resguardar nem mesmo os direitos da criança.

A população carcerária feminina tem seus direitos humanos violados constantemente mediante as decisões judiciais preferidas pelo Poder Judiciário de forma indiscriminada, avaliando a situação da mulher como mãe e por muitas vezes não respeitando o tempo que a presa deve permanecer acautelada e, assim, tanto mãe quanto filho permanecem desnecessariamente em ambiente insalubre e depois tem a ruptura drástica de seu convívio.

Ao submeter as gestantes/mães e seus filhos de forma indistinta a um cárcere

---

<sup>39</sup>BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 06 jun.2019.

desequipado, mesmo tendo direito à prisão domiciliar, verifica-se uma violação direta não só à Constituição Federal, mas a toda normativa referente aos Direitos Humanos.

O art. 318 traz de forma expressa a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a presa está gestante ou é mãe de criança com até 12 anos ou de pessoa com deficiência. No entanto, o Judiciário mesmo estando abarrotado de processos não aplica as normas de proteção à gestante/mãe presa de forma devida, aplicando penas cautelares que são desproporcionais a gravidade do delito e ignorando o Direito da Criança e do Adolescente.

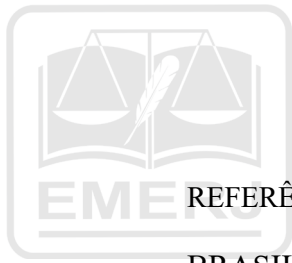
Em regra, a vítima dessas decisões judiciais indiscriminadas, ignorando as questões de gênero e a situação familiar, são mulheres jovens, negras e pobres que se envolvem com o tráfico de drogas por questões financeiras. O poder público não propicia condições adequadas para um cumprimento de pena mais humanizado, não cumprindo com o seu papel de Estado Democrático de Direito, qual seja, assegurar os direitos individuais, a igualdade, o bem-estar, a saúde, a justiça, etc.

Outrossim, mesmo após anos da promulgação da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da ratificação das Regras de Bangkok, ainda há muito a ser efetivado em busca da proteção integral da criança e do cumprimento dos direitos da mulher presa.

O julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal firmou como precedente a aplicação de ofício pelo magistrado da substituição da prisão preventiva pela domiciliar de presa gestante ou mãe de filho menor de 12 anos ou que possua deficiência, caso o crime não tenha sido cometido com violência.

Entretanto, mesmo após o precedente firmado, ainda são proferidas decisões pelos tribunais do país que denegam a concessão do benefício à gestante/mãe utilizando-se de fundamentos inconstitucionais e estigmatizantes que ignoram os direitos da criança e da mulher, rendendo-se a cultura do encarceramento.

A decisão do Supremo Tribunal Federal atribuiu maior efetividade à tutela dos direitos fundamentais das mães e gestantes e concedeu maior concretude às garantias constitucionalmente asseguradas a seus filhos. No entanto, a empreitada para que os sistemas prisionais femininos sejam adequados para o cumprimento da garantia desses direitos individuais é árdua e é necessário que seja desempenhada pelo poder público com comprometimento e em conformidade com as normas constitucionais, infraconstitucionais e supralegais.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Drogas*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13257 de 08 de março de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

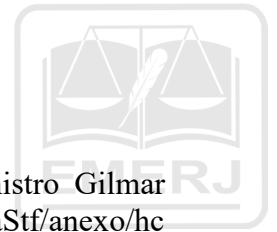
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 106.377/RS*. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 441903/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684609820/habeas-corpus-hc-441903-sp-2018-0065176-4/inteiro-teor-684609893?ref=amp>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 484287/MT RS*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-2018-0334813-0/inteiro-teor-686383637?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686383627/habeas-corpus-hc-484287-mt-2018-0334813-0/inteiro-teor-686383637?ref=topic_feed)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 486804 RJ*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687395685/habeas-corpus-hc-486804-rj-2018-0346321-8/inteiro-teor-687395685>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus Coletivo nº 143.641*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 151.057*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc151057.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0009629-66.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador José Roberto Lagranha Távora. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805901868>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 002039-38.2018.8.19.0000*. Relator Desembargador Carlos Eduardo Roboredo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201805904784>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

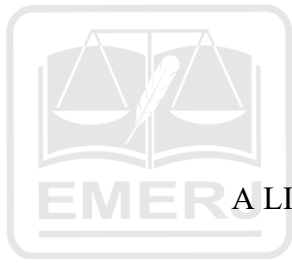
CUNHA, Fernanda. *Além das grades uma leitura do sistema prisional feminino*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br\\_a\\_23030605/](https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/15/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-br_a_23030605/)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

LIMA, Elça Mendonça. *Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro - O Período das Freiras (1942-1955)*. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Isaías. *Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.



## A LIMITAÇÃO DA CONDUTA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA SOB A ÓTICA DA FUNDADA SUSPEITA NA ABORDAGEM POLICIAL

Lívia Eduarda Vitor Sousa

Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Tijuca. Advogada. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo** – O artigo 244 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se realizar uma busca pessoal no cidadão pautado na fundada suspeita. Apesar disso, referido artigo não traz as condições objetivas para que o agente de segurança pública possa pautar a sua abordagem. Essa situação faz com que no atual Estado Democrático de Direito, o Estado representado pelos seus agentes públicos acabe por infringir os direitos e garantias fundamentais, usado parâmetros subjetivo dando margem condutas arbitrárias. Essencialmente, esse trabalho buscou analisar quais parâmetros são ou poderiam ser adotados pelo agente de segurança pública na apreciação do tema, concluindo-se que a abordagem policial tem por finalidade proteger a sociedade e promover a segurança pública.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Fundada Suspeita. Abordagem Policial.

**Sumário** – Introdução. 1. A conduta do agente de segurança pública em abordagens policiais. 2. Aplicação restritiva do artigo 244 do Código de Processo Penal. 3. A possibilidade da criação de uma legislação ordinária no ordenamento jurídico com parâmetros objetivos a justificar o que é fundada suspeita. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da revista pessoal feita no cidadão pautado no argumento da fundada suspeita. O objetivo do presente estudo é identificar como deve ser feita a busca pessoal, quais critérios devem ser utilizados e determinar como cidadão deve comportar-se perante a abordagem policial, de forma que seus direitos individuais sejam garantidos.

A abordagem policial faz parte do dia a dia da atividade do agente de policiamento ostensivo na cidade do Rio de Janeiro. Para que seja possível a realização da busca pessoal no cidadão deve existir uma fundada suspeita aos olhos do agente estatal a justificar tal atitude.

Dessa forma, sempre que um policial aborda o cidadão tendo por base a fundada suspeita envolve uma conjuntura de incertezas e medos. O modo de agir do agente estatal deve estar pautado em um preparo e treinamento adequado com o escopo de exercer o seu papel na sociedade pautado nas diretrizes apontadas pelo Estado Democrático de Direito.

O trabalho a ser desempenhado em prol do bem estar da sociedade demanda uma sensibilidade aguçada pelo agente de segurança pública, de modo que respeite os direitos do cidadão e opere amparado na lei e na Constituição (artigo 144 da CRFB), com o objetivo de prestar a segurança pública de forma eficiente e eficaz.

Dessa maneira, a busca pessoal que se caracteriza pelo encontro do poder público com o particular deve ter uma delimitação para evitar um possível abuso de autoridade pelo poder público ou desacato por parte do particular.

O trabalho enfoca o limite do agente da segurança pública ao realizar uma abordagem policial, ou seja, ao surgir uma fundada suspeita sobre determinado cidadão que possa estar na posse de armas ou objetos que constitua ilícito penal, sem a necessidade de autorização judicial para uma busca pessoal sem mandado.

Objetiva-se discutir o modo de execução do policiamento ostensivo preventivo em uma abordagem policial com o intuito de preservar garantias fundamentais, sem que afete a imagem do Estado perante o cidadão.

É inegável que vivemos em uma sociedade cada vez mais violenta, em que o Brasil encontra-se como 11º país mais inseguro do mundo segundo dados do IBGE, portanto o que demanda um trabalho mais ostensivo e preventivo por parte dos agentes de segurança pública. Assim, a pesquisa desenvolvida visa trazer reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um conceito de fundada suspeita, sendo analisada a conduta do agente de segurança pública nas constantes abordagens policiais realizadas na cidade do Rio de Janeiro à luz da constituição e da legislação infraconstitucional.

O segundo capítulo trata sobre a aplicação restritiva do artigo 244 do Código de Processo Penal que trata da fundada suspeita através da realização de uma busca pessoal sem mandado, não sendo necessário submeter ao crivo do Judiciário tal ação, não ocorrendo a chamada cláusula constitucional da reserva de jurisdição.

O terceiro capítulo aborda questão da possibilidade da criação de uma lei ordinária para tratar do tema, tendo em vista que a fundada suspeita se pauta em um conceito amplo e sem definições objetivas, com o fim de trazer parâmetros objetivos para justificar a ação do agente da segurança pública, especificadamente um procedimento invasivo, deve ser realizada de modo a respeitar os direitos constitucionais do cidadão de modo a não adentar no crime de abuso de autoridade.



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 CONDUTA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA NAS ABORDAGENS POLICIAIS

Primeiramente, para a melhor compreensão do tema proposto, se impõe a realização de alguns apontes sobre a figura do agente de segurança pública que executa um policiamento ostensivo e preventivo no intuito de inibir eventuais praticas delituosas. O agente público atua em prol da sociedade através do Estado conforme orientação estampada constitucionalmente na Carta Magna em seu artigo 144<sup>1</sup>.

Embora exista a Polícia Judiciária que é realizada por corporações específicas (Polícia Civil e Polícia Federal), que visam infrações criminais voltadas para um trabalho de investigação e recaindo sobre pessoas. A Polícia Militar exerce também um papel de muita relevância por meio da sua força pública com o intuito de garantir a proteção do cidadão, coibindo ilícitos penais, ou seja, realizando policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Por esta mesma razão como a Polícia Militar possui atribuições constitucionais, desempenhando um papel primordial na ordem da sociedade, orientando pessoas, diminuindo conflitos e garantindo a segurança. Atua no Estado Democrático de Direito exercendo um papel expressivo. Contudo, devido os altos índices de criminalidade na cidade do Rio de Janeiro acabam por serem constantes as abordagens policiais que são executadas com a realização da busca pessoal no cidadão realizando um procedimento invasivo temporário que pode vir a ferir direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

Nesse sentido, a lição Jorge César de Assis<sup>2</sup> ensina que:

No campo da segurança pública propriamente dito, a Polícia Militar tem como exercício regular de sua atividade, o policiamento ostensivo fardado e a preservação da ordem pública. A competência para tal mister é decorrente da Constituição da República. Daí por que, seus integrantes, respeitado o grau hierárquico e as atribuições que lhe forem dadas, têm AUTORIDADE POLICIAL, correspondente a sua missão constitucional da ordem pública.

Dessa maneira, a Polícia Militar ao fazer uma abordagem policial devido o seu trabalho rotineiro e na prevenção da criminalidade, irá por acabar selecionando determinados indivíduos que apresentem comportamentos que dão a entender eventual suspeita da prática de crime ou na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Sendo uma forma de aproximação – abordagem policial – interpelando pessoas a pé ou em automóveis para a averiguação de eventual suspeita que acabasse por despertar a atenção do agente de segurança pública.

Ademais, em tais situações é necessária muita cautela, a fim de garantir tanto a segurança do agente estatal como do cidadão. Por envolver um momento de uma conjuntura de incertezas e medos, o modo de agir do agente estatal deve estar pautado em um preparo e treinamento adequado com o escopo de exercer o seu papel na sociedade pautado nas diretrizes apontadas pelo Estado Democrático de Direito.

Cumprido, aqui, ressaltar, que, por atualmente vigorar o Estado Democrático de Direito, onde o Estado deve assegurar a todos os cidadãos direitos e garantias fundamentais, ao agente público é assegurado abordar qualquer cidadão diante de fundada suspeita. Conquanto, ao adentrar na esfera de direitos protegidos constitucionalmente, como a privacidade e intimidade, o agente público deve agir pautado na legalidade.

Por essa razão, é recomendável que o poder discricionário na atividade policial seja exercido em prol do interesse público, dentro dos limites e critérios legais. Sendo essa discricionariedade pautada na conveniência e oportunidade do agente público quando em ação. Logo, o agente de segurança pública ao fazer uma abordagem policial deve pautar-se na inexistência de qualquer conduta que pare ao desvio de finalidade, com ações que sejam desprovidas de paixões individuais.

---

<sup>2</sup> ASSIS, Jorge César de. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.22.

Vê-se, de modo claro, que a Polícia Militar com o dever de patrulhar as ruas da cidade do Rio de Janeiro – existe uma linha tênue entre o que pode e não pode fazer – para legitimar a sua atuação para que não torne sua conduta em abuso de autoridade, realizando o que a lei não permite, ou obriga a alguém a fazer algo que a lei não obriga a fazer.

Desse modo, o limite de atuação do agente público deve ser sempre a Lei. Ao realizar sua conduta discricionária em tal situação deve se pautar pela intervenção mínima do Estado e o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme consagrado no artigo 1º, inciso III, da Carta Máxima.

Assim, tem-se que será lícita a abordagem policial no intuito de evitar infrações penais, desde que ocorra nos limites da razoabilidade e sem ferir os direitos e garantias dos cidadãos, conforme leciona o professor Haley Lopes Meirelles<sup>3</sup>:

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do Poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as suas exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrativa, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir.

Verifica-se, pois, o cidadão ao ser abordado não está obrigado a responder perguntas que possam fazer prova contra si mesmo, como, por exemplo, se possui antecedentes criminais, se conhece determinada pessoa, nem mesmo está obrigado a responder de onde vem e para onde vai, devendo se limitar a permitir que o policial execute seu trabalho realizando a revista pessoal. Tendo o direito, ainda, de identificar os agentes responsáveis pela abordagem, bem como filmar a ação policial sem cometer de qualquer ilegalidade, com o intuito de evitar abusos ou excessos por parte dos agentes público.

A abordagem policial, por ser uma ação excepcional e limitadora de um direito fundamental, o agente estatal deve proteger a sociedade, não colocando em risco ou temor no cidadão, sempre respeitando o princípio da legalidade na Administração Pública, segundo o qual só é lícito à administração pública e seus agentes fazer o que a lei determina, na forma do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

---

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.112.

## 2. APLICAÇÃO RESTRITIVA DO ARTTIGO 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Atente-se que o ordenamento jurídico processual penal conforme previsão trazida no artigo 244 do CPP ocorrerá à busca pessoal independente de mandado emanado pela autoridade judiciária, nas situações que envolver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. O artigo ainda faz menção à situação de prisão, caso em que o policial também não necessitará de mandado para realizar uma revista no preso, com o intuito de encontrar elementos ou objetos que constituam corpo de delito.

Nesta oportunidade, cabe fazer uma observação quanto ao disposto no artigo 240 do Código de Processo Penal que trata da busca domiciliar ou pessoal, especificamente no §2º que faz menção ao termo fundada suspeita, conforme sua redação<sup>4</sup>:

Art. 240 do CPP. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.

A atividade policial nesse tipo de situação envolve uma abordagem e um comando verbal voltado a atender o interesse público, contudo que deve ocorrer com bastante cautela a fim de evitar possíveis desdobramentos inesperados que venham a colocar em risco a vida do cidadão e até mesmo do próprio agente de segurança pública.

Há uma relutância por parte dos cidadãos em uma situação em que policial realiza tal abordagem, pois em muitos casos, acaba ocorrendo de maneira abusiva e truculenta, sendo reforçada pelos meios de comunicação (jornais, revistas, internet, televisão, rádio) tal conduta.

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal. Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2019.



O que leva, em primeiro momento, o despreparado do policial nesse tipo de abordagem, visto que envolve violação, mesmo que momentânea, do direito a privacidade do cidadão.

Por outro lado, o policial ao realizar uma busca pessoal usando como argumento a fundada suspeita, o faz usando como fundamento a sua noção do dia-a-dia de trabalho com base em comportamentos das pessoas que levam a entender que estariam praticando ou em vias de praticar determinada conduta criminosa.

Pode-se dizer que este entendimento reforça o poder discricionário que possui o policial ao decidir abordar determinada pessoa. É preciso fazer ressalvas quanto a isso, para que não ocorram situações em que o cidadão seja submetido à vexatória e desnecessária busca pessoal, a ensejar uma possível ação indenizatória contra o Estado, abarrotando o Poder Judiciário de demandas que poderiam ter sido evitadas, se o agente de segurança pública tivesse um preparo mais adequado para o exercício do seu ofício nas ruas das grandes cidades como no Rio de Janeiro.

Nesse contexto, tendo a busca pessoal um caráter preventivo, tal situação se amolda perfeitamente uma possível busca em veículo que é considerada também uma busca pessoal, situações mais corriqueiras no dia-a-dia, como a busca de um cidadão que esteja caminhando pelas ruas.

Com o Estado Democrático de Direito e as garantias e os direitos fundamentais proclamados pela CRFB/88, o papel do policial no patrulhamento ostensivo é primordial para a garantia da ordem pública, devendo ser sempre pautado na ponderação, para que não entre no campo da ilegalidade.

Assim, deve existir um equilíbrio entre a liberdade individual e a autoridade estatal, pois o conceito de liberdade não é absoluto, não implica em ausência de coação do Estado para com o cidadão.

Por outro lado, para que possa ser legitimada a forma de atuação da abordagem policial e a busca pessoal é preciso se pautar em primeiro lugar na Constituição Brasileira, nas leis infraconstitucionais e até mesmo nos usos e costumes.

Conforme a lição Satoshi Chiba<sup>5</sup> que ensina:

Ao desenvolver essas atividades, a Polícia Militar estará desenvolvendo a sua missão constitucional de preservação e manutenção da ordem pública, através de atos que são eminentemente preventivos. É óbvio que esses atos não podem jamais descambar para o arbítrio; precisam estar dentro de alguns parâmetros limitadores. Esses parâmetros vamos encontrar no artigo 111 da Constituição Estadual, quando

---

<sup>5</sup> CHIBA, Satoshi. Abordagem Policial. *Revista da Polícia Militar do Estado de São Paulo*. A Força Policial, Nº 18. São Paulo: 1998, p. 54.

diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da: legalidade, razoabilidade, interesse público, moralidade, finalidade, impessoalidade e motivação. Veja-se que aquelas atividades satisfazem e estão perfeitamente delimitadas dentro desse dispositivo constitucional.

Pode-se dizer que é bem restrito o artigo 244<sup>6</sup> do Código de Processo Penal, visto que não se presta na sua totalidade para legitimar todas as ações que o Policial executa, sendo o referido artigo muito restrito e específico, sendo aplicado em situações de fundada suspeita.

Dessa forma, o policial na sua atuação precisa estar limitado pelos seguintes parâmetros: legalidade, legitimidade, razoabilidade, interesse público, finalidade e impessoalidade. Pois quando não respeitado tais parâmetros, se abre um campo para responsabilidades disciplinares ou até mesmo criminais.

É relevante destacar que existe uma distinção entre abordagem policial e busca pessoal, embora a segunda seja uma consequência da primeira. O policial pode realizar uma abordagem, realizando uma restrição momentânea do direito de ir e vir do cidadão para a verificação de sua identificação, seu veículo e seus pertences, sem ter a necessidade de realizar uma busca pessoal.

Já a busca pessoal sendo pautada numa revista no próprio corpo do indivíduo através de contato físico, que pode ser dividido em busca em ligeira, minuciosa e completa, conforme artigo publicado que trata do tema Poder de polícia e os fundamentos da busca pessoal<sup>7</sup>:

A busca ligeira é realizada em entrada de campos de futebol, shows, eventos, procedida de forma rápida, para verificar se a pessoa possui armas, drogas ilícitas e outros objetos que possam ser utilizadas na prática de infrações penais ou detecção de simples objetos proibidos em determinados eventos, como latas e garrafas. Geralmente são utilizados detectores eletrônicos. Já a busca minuciosa é realizada em pessoas que, devido à fundada suspeita, possam indicá-los como autores de eventual infração penal. Nessa busca o revistado é colocado em posição incômoda, no intuito de diminuir a possibilidade de reação. Por fim a busca completa é aquela realizada por inteiro no indivíduo, em todas as partes do corpo, inclusive nas partes íntimas e roupas do indivíduo. Devido seu caráter constrangedor, geralmente é realizada em repartição policial e a pessoa já se encontra presa por ilícito penal.

Com efeito, na prática do dia-a-dia não se exige uma conduta específica pautada em lei de como o policial deve agir ao abordar uma pessoa na rua ou em seu veículo, sendo as justificativas por diversas vezes genéricas, sem qualquer embasamento na lei, dando azo a

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>7</sup> SILVA, Douglas Pereira da. Poder de polícia e os fundamentos da busca pessoal. *Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico*. 27 janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.poder-de-policia-e-os-fundamentos-da-busca-pessoal,52308.html>>. Acesso em: 21 fev. 2019.



arbitrariedades, em que o cidadão sofre violação da sua intimidade, normalmente em público, sem elementos concretos.

Daí a discussão da realização da abordagem policial, sem necessidade de observância de qualquer requisito, podendo basear-se unicamente no tirocínio e na desconfiança – ainda que infundada - dos responsáveis pela segurança pública.

Tal fato só reforça que o termo usado pela lei de fundada suspeita é bastante aberto, o que se mostra desfavorável ao cidadão, em razão de ser medida que restringe direitos fundamentais, pois deveria trazer requisitos bem definidos, de rigorosa observância, sob pena de se abrir perigosa via de acesso à arbitrariedade. Neste sentido, a mordaz crítica de Aury Lopes Jr<sup>8</sup>:

Mas o que é “fundada suspeita”? Uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. (...) Trata-se de um ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a “fundada suspeita”, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem. Elementar que os alvos são os clientes preferenciais do sistema, por sua já conhecida seletividade. Eventuais ruídos podem surgir quando se rompe a seletividade tradicional, mas dificilmente se vai além de mero ruído. Daí porque uma mudança legislativa é imprescindível para corrigir tais distorções.

Deve-se, sobretudo, ter fundados indícios para que a conduta policial possa ser chancelada pela autoridade judiciária, sendo inconstitucional a realização de uma busca pessoal pautada em mera averiguação sem qualquer embasamento específico. Pois, permitir buscas infundadas em razões genéricas nos cidadãos seria verdadeira carta branca para que as revistas sejam feitas em qualquer situação, com base em critérios insondáveis, neutralizando a incidência dos limitadores ditados pelos direitos da personalidade, da dignidade humana e pelos artigos 240 e 244<sup>9</sup>, do CPP.

Neste espeque, inexistindo elementos concretos aptos a dar ensejo a uma busca pessoal pelo prisma da fundada suspeita, será considerada ilegal a abordagem policial. Já por outro lado, sendo demonstrada de forma racional por elementos plausíveis, a busca pessoal será considerada legítima amparada na lei.

---

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.739.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



### 3. A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO COM PARÂMETROS OBJETIVOS A JUSTIFICAR O QUE É FUNDADA SUSPEITA

Embora ainda cause perplexidade em alguns e discordância em outros, via de regra, a abordagem policial é uma prática legítima, pois é pautada no ordenamento jurídico, todavia o agente de segurança pública ao exercer o seu ofício constitucional garantido a ordem, pelo poder discricionário de polícia, não deve agir de forma indiscriminada, ou seja, privando o cidadão de seus direitos fundamentais ou submetendo-o ao que a lei não autoriza.

Hodiernamente, o agente de segurança pública desempenha um papel de extrema relevância na sociedade, com a finalidade de proteger o cidadão, a sociedade de um modo geral, coibindo a prática de ilícitos penais, ou seja, com a nobre missão de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

A controvérsia gira em torno de parâmetros que o agente de segurança pública utiliza para justificar a abordagem policial ao cidadão na fundada suspeita. Conquanto, exista no Código de Processo Penal o artigo 244<sup>10</sup> que traz possíveis situações a justificar uma busca pessoal pautadas na fundada suspeita, tais acontecimentos não se mostram suficientes, o que pode vir a dar margem à prática de arbitrariedades.

Parece que o ideal seria se existisse uma legislação ordinária com parâmetros objetivos que justificassem o que se enquadraria como fundada suspeita, para que desse modo o agente de segurança pública atue sob o manto da legalidade, não dando brecha a uma possível ilegalidade ou abuso de poder.

Para sanar essa controvérsia, lei ordinária<sup>11</sup> é uma norma jurídica primária que contém normas gerais abstratas que regram nossa vida em coletividade. É uma norma infraconstitucional, que tem competência material residual, ou seja, o que a Constituição Federal não determinou que seja tratado por norma jurídica específica, será tratado por uma lei ordinária.

---

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. *Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11002](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Nesse sentido, tanto a abordagem policial<sup>12</sup>, quanto a busca pessoal configuram o exercício do poder de polícia, porém é importante saber que a ação policial deve ser dentro dos limites legais, para a efetiva cidadania, utilizando-se discricionariedade e não arbitrariedade.

Com isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>13</sup> afirma que, pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Pode-se dizer que este entendimento reforça a ideia de que o agente de segurança pública possui a discricionariedade de abordar determinado cidadão que considere suspeito, todavia, se mostra muito mais adequando se o agente de segurança pública tivesse a seu favor uma lei com parâmetros objetivos, pois dessa maneira o seu trabalho seria exercido com muito mais aptidão e sem dar espaço a possíveis questionamentos.

Tanto é que sem uma legislação ordinária, o próprio Supremo Tribunal Federal já analisou a questão, devido às lacunas existentes no ordenamento jurídico quanto à fundada suspeita:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (HC 81305, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284)<sup>14</sup>

Fica evidente que se mostra razoável que o legislador comece a cogitar na hipótese da criação de uma legislação ordinária apta a garantir uma maior segurança, tanto ao agente

<sup>12</sup> BONI, Márcio Luis Boni. Cidadania e poder de polícia na Abordagem Policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, Nº 9 - Dezembro 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Discente/MarcioBoni.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 111.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 81305-GO*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

de segurança pública, quanto ao cidadão, a fim de evitar condutas arbitrárias que possam vir ofender os direitos e garantias individuais.

Na prática policial, é relevante seguir a lição de Lazzarini<sup>15</sup>, na qual se devem distinguir três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, que decorrem dos princípios da legalidade, da realidade e da razoabilidade. A legalidade, conforme o mais importante dos sistemas, que é a moldura normativa do exercício do poder de polícia. Pelo sistema da realidade, exige-se mais que a observância aos princípios legais, é preciso que os pressupostos de fato sejam reais e suas consequências realizáveis. A razoabilidade, de modo amplo é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a finalidade específica que a lei lhe adscrive.

Por isso, ante a subjetividade presente no próprio artigo 244,<sup>16</sup> do CPP, não se garante na prática, as garantias constitucionais, comprometendo a dignidade da pessoa humana quando a ação policial não observa os princípios fundamentais, fazendo uso desproporcional da abordagem policial, perpetrando situações vexatórias ao cidadão.

De acordo com o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci<sup>17</sup> a respeito do termo fundada suspeita:

É requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadas de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente.

Fato é que o tema é polêmico, por não existir atualmente uma legislação ordinária tratando do tema, pois não se poderá o agente de segurança pública se pautar em uma simples suspeita, que seja uma desconfiança ou suposição, pois é totalmente intuitivo e frágil a embasar uma busca pessoal no cidadão.

---

<sup>15</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42-43.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 568.



Neste diapasão, existe o projeto de Lei nº 9.549, de 2018<sup>18</sup> de autoria do Sr. Subtenente Gonzaga, que visa conferir nova redação ao § 2º do art. 240 e o art. 244<sup>19</sup>, ambos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para permitir a busca pessoal investigativa e preventiva, nos casos e na forma que específica, justamente para dar a sociedade o mínimo de confiança ou esperança de que o Estado possa realmente lhe oferecer proteção.

Dentro deste contexto, é importante destacar a necessidade de uma atualização legislativa como demonstrado no acórdão Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios<sup>20</sup>:

A revista pessoal somente é possível quando houver fundada suspeita de que o agente tenha consigo alguma prova do crime. O réu estava em um bar quando policiais militares chegaram ao local e determinaram que todos se posicionassem contra a parede para serem submetidos à revista pessoal em busca de drogas e, diante de sua negativa, foi preso em flagrante pelo crime de desobediência. Para os Julgadores, quando o policial desconfia de alguém, não pode valer-se unicamente de sua experiência ou pressentimento para realizar a busca pessoal, pois a “suspeita” a que se refere o Código de Processo Penal (art. 240, § 2º) deve ser séria e embasada em dados concretos de que o revistado esteja portando o objeto ilícito. Acrescentaram que a autoridade policial deve ter a máxima cautela para não praticar atos invasivos e impróprios, devendo evitar, por isso, a escolha aleatória das pessoas, pois a revista é sempre um procedimento constrangedor e humilhante. No caso concreto, os Desembargadores entenderam que, como não houve prova da fundada suspeita contra o acusado, existe dúvida sobre a legalidade da ordem emanada pelos policiais. Desta forma, aplicando o princípio do in dubio pro reo, o Colegiado decidiu absolver o réu. Acórdão n. 869366, 20100410089483APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/05/2015, Publicado no DJE: 29/05/2015.

Neste ponto, tendo em vista o aspecto invasivo e vexatório da abordagem policial sob o manto da fundada suspeita, é necessário que exista indício concreto de ocorrência de alguma das situações que autorizam a busca pessoal, evitando-se submeter pessoas aleatoriamente à revista pessoal.

Com isso é possível chegar à conclusão de que é urgente a criação de uma nova lei ordinária disciplinando parâmetros objetivos para fundada suspeita, para coibir o agente de

---

<sup>18</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL nº 9549/2018*. Autor: Subtenente Gonzaga. Disponível em: < [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=77390EC244421DAE56F6C3FF8CF4B994.proposicoesWebExterno1?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=77390EC244421DAE56F6C3FF8CF4B994.proposicoesWebExterno1?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 869366*. Desembargador: Silvano Barbosa dos Santos. Disponível em: < [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=869366&idDocumento=869366.../LIVIA/Downloads/869366.pdf](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=869366&idDocumento=869366.../LIVIA/Downloads/869366.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

segurança pública à realização de atos invasivos e impróprios, escolhendo aleatoriamente pessoas para busca, que é sempre ato humilhante e constrangedor.

## CONCLUSÃO

Com o Estado Democrático de Direito e as garantias e os direitos fundamentais proclamados pela CRFB/88, o papel do policiamento ostensivo que visa preservar a ordem pública, sendo destacado pela polícia militar deve sempre ser pautado no princípio da legalidade, de modo a evitar eventuais condutas que possam vir a ser consideradas ilegais frente à Constituição.

Nesse contexto, que ao ser realizada uma abordagem policial tendo por embasamento uma fundada suspeita para realização da busca pessoal, sendo uma situação excepcional, por restringir direitos e garantias fundamentais, contudo se pautando na coletividade, na prática não são observados parâmetros objetivos, justamente pelo fato da própria lei não delimitar os limites que o agente de segurança pública deve ter.

Não se deve esquecer, contudo, que em tais momentos em que ocorre o encontro do poder público com o particular deve ter uma delimitação para evitar um possível abuso de autoridade pelo poder público ou desacato por parte do particular.

Por óbvio, trata-se de assunto delicado em que a jurisprudência, assim como a doutrina, não é uníssona. Prova disso é que, em situações de abordagem policial que chegam aos Tribunais, em diversos momentos, as decisões são favoráveis aos cidadãos, tendo em vista que o agente de segurança pública ao realizar a abordagem usando como justificativa a fundada suspeita, não traz indício concreto de ocorrência de alguma situação que possa autorizar a busca pessoal.

É importante ressaltar que para que não ocorra violação aos direitos da personalidade, é impreterível que na abordagem policial com revista corporal não seja utilizado como justificativa critérios de natureza eminentemente subjetiva.

A utilização indiscriminada do instituto da fundada suspeita atinge primordialmente os integrantes das classes mais pobres, que, como visto, são os destinatários típicos da repressão penal ostensiva.

Dessa forma, a fim de evitar caminho para abordagens arbitrárias, discriminatórias e, portanto, violadoras de direitos fundamentais, o Poder Judiciário ao atuar como órgão garantidor da segurança pública, na sua função republicana deve garantir a observância de

garantias constitucionais, para não seja chancelador de condutas consideradas contras a lei e a constituição.

Destarte, é preciso pontuar que é preciso parâmetros objetivos que possam servir como guia ao agente de segurança pública ao realizar uma abordagem policial pautado na fundada suspeita, atuando de forma profissional e respeitosa, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Necessário, assim, que por ser a busca pessoal uma medida excepcional, deve vir respaldada por elementos concretos, evitando-se submeter pessoas aleatoriamente a revista pessoal com base em funda suspeita com critérios subjetivos, tais como atitude suspeita, desviar de olhos ao ver a guarnição policial, caminhar em local conhecido como ponto de tráfico, ou genéricos, como aquelas que decorrem de determinação de abordagem de pessoas com determinadas características físicas ou de vestimenta.

Nesse diapasão, é certo que o principal argumento sustentado nessa pesquisa teve como premissa básica a ideia de que é essencial a criação de uma nova legislação com parâmetros objetivos a justificar o que seria fundada suspeita, a fim de coibir comportamentos ilegais que vão de encontro dos direitos e garantias fundamentais.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é no sentido de que a fundada suspeita que justifica a busca pessoal deve vir amparada por elementos colhidos antes da intervenção temporária no cidadão, por ser medida que relativiza direitos fundamentais, para legitimar a utilização do instituto de forma correta amparado nos postulados constitucionais com proteção a dignidade humana e os direitos da personalidade.

Desse modo, concluiu-se que cabe aos Tribunais a sensibilidade de perceber as sutilezas de cada caso concreto, para que seja possível legitimar a abordagem policial que não pode agir de forma indiscriminada, sob o manto de estar exercendo sua missão constitucional e do poder discricionário de polícia, privando os cidadãos de direitos ou submetendo-os ao que a lei não autoriza.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BONI, Márcio Luis Boni. Cidadania e poder de polícia na Abordagem Policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, Nº 9 - Dezembro 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Discente/MarcioBoni.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.



BRASIL. *Câmara dos Deputados. PL nº 9549/2018*. Autor: Subtenente Gonzaga. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=77390EC244421DAE56F6C3FF8CF4B994.proposicoesWebExterno1?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=77390EC244421DAE56F6C3FF8CF4B994.proposicoesWebExterno1?codteor=1639710&filename=PL+9549/2018)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 81305-GO*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 869366*. Desembargador: Silvano Barbosa dos Santos. Disponível em: <[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeltronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDoDocumento=869366&idDocumento=869366](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeltronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=869366&idDocumento=869366)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CHIBA, Satoshi. *Abordagem Policial. Revista da Polícia Militar do Estado de São Paulo. A Força Policial*, Nº 18. São Paulo: 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33.ed.São Paulo:Saraiva,2006.

MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. *Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11002](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12 ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Douglas Pereira da. Poder de polícia e os fundamentos da busca pessoal. *Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico*. 27 janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,poder-de-policia-e-os-fundamentos-da-busca-pessoal,52308.html>>. Acesso em: 21 fev. 2019.





## EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE CRIADO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Lucas Nogueira Reis Gurgel

Graduado em Direito pela Faculdade IBMEC/RJ. Advogado.

**Resumo** – o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas traz em seu sistema processual a criação de um precedente, que é dotado de eficácia vinculante. O IRDR tem como objetivo precípuo garantir maior segurança jurídica e isonomia no julgamento de questões de direito afins. Contudo, tal precedente criado possuirá eficácia vinculante apenas dentro dos limites em que foi instaurado o incidente, seja em um determinado estado ou região. A segurança jurídica e a isonomia, enquanto objetivos precípuos do incidente, não serão alcançados de forma plena, a não ser que se tenha a formação de um precedente com eficácia vinculante plena, ou seja, para todo o território nacional. Para se ter a formação do precedente com eficácia vinculante plena, apto a vincular todo o território nacional a um mesmo padrão decisório e de fato garantir a segurança jurídica e isonomia, o Novo Código de Processo Civil trouxe no próprio procedimento do incidente a possibilidade de interposição dos recursos excepcionais interpostos em face da decisão de mérito do incidente. Recursos excepcionais, que gozam de requisitos simplificados para o sistema do IRDR, como a repercussão geral presumida quando se tratar de um Recurso Extraordinário.

**Palavras-chave** - Direito Processual Civil. Incidente Processual. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tribunais Superiores. Recursos Excepcionais. Precedente Vinculante.

**Sumário** - Introdução. 1. Os principais aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas à luz do Novo CPC. 2. A criação do precedente vinculante na busca da isonomia e da segurança jurídica. 3. A eficácia vinculante do precedente do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Tribunais Superiores.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, denominado na doutrina pela sigla IRDR, e mais precisamente sobre a eficácia vinculante do precedente criado em seu julgamento. O chamado IRDR trata-se de uma novidade no ordenamento jurídico pátrio advinda do Código de Processo Civil, com o objetivo precípuo de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do direito.

Diante da eficácia vinculante atribuída ao precedente criado em seu julgamento, todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito, tanto os que se encontram suspensos à época da formação desse quanto os que lhe sucederem, se submeterão a sua

eficácia. Sendo assim, a doutrina fala sobre uma certa previsibilidade do resultado, o que daria ao nosso ordenamento jurídico maior segurança jurídica e isonomia no tratamento dessas questões, evitando decisões dispares sobre a mesma questão de direito.

Ocorre que como o incidente pode ser instaurado perante os Tribunais de segunda instância no âmbito estadual, se dois Estados federados tiverem os seus respectivos precedentes dotados de eficácia vinculante criados em sede do IRDR versando sobre mesma questão de direito, pode ser que os precedentes tragam disparidades entre si. A isonomia jurídica que é almejada pelo incidente não só não se alcançaria como também o próprio incidente estaria gerando uma falta de isonomia jurídica quanto ao tratamento da questão no âmbito nacional. O fato de tratarem de precedentes com eficácia vinculante, capazes de vincular o julgamento dos processos futuros sobre a mesma questão de direito e os que ficaram suspensos até a formação do precedente, agravaria a falta de isonomia em questão.

Sendo assim, para uma melhor compreensão do tema atenta-se para a questão da eficácia vinculante do precedente contrapondo-se ao principal objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que é o de garantir segurança jurídica e isonomia. Nesse passo, é necessário abordar os principais aspectos do IRDR, assim como abordar sobre as possíveis consequências que a dita uniformização do tratamento da questão poderá trazer ao ordenamento jurídico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando sobre os principais aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tais como a quem compete o seu julgamento e quem possui legitimidade ativa para instaurá-lo e os requisitos mínimos que possibilitam a sua utilização. Uma breve abordagem sobre o procedimento deste instrumento nos tribunais também é abordada neste capítulo.

O segundo capítulo trata sobre o objetivo precípua do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o que conferir maior segurança jurídica e isonomia nos julgamentos, contrapondo-o com o fato de mais de um Estado ou região poder ter o seu precedente dotado de eficácia vinculante sobre a mesma questão de direito. Além disso, aborda a própria eficácia vinculante do precedente e seus efeitos.

O terceiro capítulo destina-se a analisar se o fato do precedente criado em sede de IRDR ter eficácia vinculante, mas ainda assim esse poder ser revisto pelos Tribunais Superiores em sede de recursos excepcionais. O direito em si não pode ser tratado como se fosse uma matéria exata, pois requer uma análise jurídica à luz do caso concreto, o que pode ser necessário mesmo em conflitos de massa, que são um dos principais casos aptos a gerar a instauração de um IRDR. Ademais, a possibilidade de se ter um precedente vinculante criado por Tribunais



Superiores traz a possibilidade de uma eficácia vinculante plena, ou seja, de fato vinculante para todo o país.

A presente pesquisa seguirá a técnica metodológica bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e exploratória, com apoio nos recentes livros que tratam acerca do tema sob a égide do Novo Código de Processo Civil, assim como pelos até então precedentes criados em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## 1. OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS À LUZ DO NOVO CPC

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma novidade que o Novo Código de Processo Civil trouxe ao nosso ordenamento jurídico, e também é conhecido pela sua sigla IRDR<sup>1</sup>. Nos artigos 976 ao 987 da Lei nº 13.105/2015<sup>2</sup>, denominada de Novo Código de Processo Civil, o novo instituto processual foi previsto.

O artigo que inaugura o tratamento sobre o IRDR, o artigo 976, traz como requisitos simultâneos para o cabimento do incidente a efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito, assim como o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Cabe dizer que o requisito presente no artigo 976, inciso II, NCPC<sup>3</sup>, que exige o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica para o cabimento do IRDR também traduz o objetivo precípua do novo instituto processual, o de garantir a isonomia e a segurança jurídica no nosso ordenamento.

Diante da massificação dos litígios, do aumento exponencial dos processos em trâmite no Brasil, o IRDR visa solucionar os comumente denominados processos de massa com a criação de um precedente dotado de eficácia vinculante. O IRDR seria então um mecanismo a ser usado para assegurar solução uniforme as demandas repetitivas<sup>4</sup>.

Fala-se em mesma questão de direito, e parcela da doutrina diz que mesmo existindo diversidade de fatos, a questão jurídica pode ser a mesma. Sendo assim, para afastar o cabimento do IRDR a diversidade de fatos deverá ser aquela apta a influenciar na aplicação do

<sup>1</sup> ANGHER, Anne Joyce (Org.) *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 329.

<sup>2</sup> BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>3</sup> art. 976, II. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. *Ibidem*.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 477.

direito ao caso concreta. Se os fatos diferentes forem de origem comum deve-se entender cabível o IRDR<sup>5</sup>.

No âmbito do IRDR, que visa garantir a segurança jurídica e a isonomia, diz-se necessário um dissenso inicial, e parte da doutrina afirma que uma “não isonomia” inicial faz parte do processo para se alcançar a isonomia no tratamento da questão. Entretanto, parcela da doutrina afirma que não se poderia esperar que o caos se instaure com milhares de decisões conflitantes para que somente após se instaure o incidente.

A doutrina também se questionou quanto à necessidade ou não de um grande número de processos para que fosse possível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Nesse passo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em seu enunciado de número 87<sup>6</sup> afirma que a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não pressupõe a existência de um grande número de processos versando sobre a questão, mas sim um risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Parte da doutrina entende ser necessário um meio termo, pois a instauração do Incidente precisa de maturação, debate e uma divergência, mas não ao ponto de demorar demasiadamente a ocorrer. Quem defende isso diz que se tem a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos decididos, que tenham uma divergência considerável, em que a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões.

Quanto à admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o Novo Código de Processo Civil não afirma expressamente ser necessário haver ao menos um processo em trâmite no tribunal, em grau recursal ou devido ao reexame necessário, contudo a doutrina diverge nesse ponto.

Uma parcela da doutrina entende que o Incidente deve ser admitido ainda que somente se tenha múltiplos processos em primeiro grau, cumpridos os requisitos cumulativos previstos no artigo 976, inciso I, do Novo Código de Processo Civil<sup>7</sup>. Já outra parcela da doutrina entende ser necessário ao menos que se tenha um processo em trâmite no Tribunal, extraindo esse requisito não explícito do artigo 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>8</sup> que fala expressamente em “órgão colegiado” julgando o IRDR e fixando a tese jurídica.

<sup>5</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* / Volume único. 10. ed. Salvador: JusPodium, 2018, p. 1496.

<sup>6</sup> CÂMARA, op. cit., p. 480.

<sup>7</sup> ANGER, Anne Joyce (Org.) *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 329.

<sup>8</sup> Art. 978, § único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. BRASIL. op. cit., nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Para os doutrinadores que afirmam pela necessidade de se ter ao menos um processo no Tribunal para a instauração do IRDR, o argumento para tal além de ser o texto do artigo 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, também é o próprio fato de que caso não fosse necessário este artigo não teria o seu cumprimento pleno<sup>10</sup>.

Cumpra ressaltar que à luz do artigo 976, parágrafo 4º, Código de Processo Civil, quando um dos tribunais superiores já tiver afetado recurso para a definição de tese sobre questão de fato ou de direito o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não será cabível. Aqui deve-se entender que mesmo que se tenha os requisitos simultâneos exigidos para tal, e de acordo com parcela da doutrina, como Alexandre de Freitas Câmara e José Manuel de Arruda Alvim Neto<sup>11</sup>, um desses processos esteja em trâmite no Tribunal, o IRDR será incabível, por um mandamento legal.

Essa hipótese de não cabimento do IRDR presente no parágrafo 4º do artigo supracitado visa evitar decisões conflitantes ou contraditórias na fixação da tese jurídica, ao passo que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seria na competência de determinado estado, na justiça estadual, ou na competência de determinada região, em se tratando de justiça federal. Desse modo, dotou-se da devida importância a criação do precedente vinculante com a eficácia nacional, produzido no bojo dos tribunais superiores. Ressalta-se que pela própria textualidade do dispositivo o tribunal superior já deve ter afetado o recurso para definição da tese, o que deixa transparecer que não é o simples fato de um processo sobre a mesma questão de direito ter chegado a um dos tribunais superiores que tornará de pronto incabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A legitimidade para requerer a instauração do IRDR é tratada no artigo 977, do Código de Processo Civil<sup>12</sup>, afirmando que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (I) pelo juiz ou relator, por ofício; (II) pelas partes, por petição; (III) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Em relação a legitimidade atribuída ao juiz ou relator de ofício, parte da doutrina afirma que a legitimidade do juiz somente existe no caso concreto após a interposição do recurso de apelação contra a sua sentença. Isso é afirmado pelos que consideram como requisito implícito a necessidade de um dos processos tramitar no tribunal, já que como o primeiro grau de jurisdição não tem mais a competência para realizar o juízo de admissibilidade da apelação,

---

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> NEVES, op. cit., p. 1501.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 1497.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

a sua mera interposição já é a garantia de que o processo chegará ao segundo grau de jurisdição. Ademais, fala-se que o juiz poderia requisitar a instauração do incidente no decorrer do prazo de 15 dias entre a interposição da apelação e o fim do prazo da parte contrária para interpor as devidas contrarrazões.

## 2. A CRIAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NA BUSCA DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui como uma das suas principais funções, senão a principal, a uniformização jurisprudencial por meio da criação de um precedente. Tal que para garantir a segurança jurídica almejada pelo instituto assim como a isonomia que se pretende ter no julgamento das mesmas questões de direito ganhou a força vinculante, para que o seu dispositivo seja aplicado aos casos afins.

Aliado a eficácia vinculante do seu precedente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem uma previsão de prazo para o seu julgamento, como dispõe o artigo 980, *caput*, do Código de Processo Civil<sup>13</sup>. Com essa previsão o legislador pretendeu harmonizar o princípio da razoável duração do processo com a importância dada a criação deste precedente para a resolução de um número considerável de demandas, que ficam suspensas quando admitido o incidente, de acordo com o artigo 982, inciso I, do supracitado diploma legal<sup>14</sup>.

Mesmo o artigo 980, parágrafo único, do Código de Processo Civil<sup>15</sup> contendo uma exceção a regra do seu próprio *caput*, fala-se na doutrina que o tribunal deve compreender o próprio espírito do incidente em questão buscando respeitar o seu prazo para julgamento em um ano. Deve-se deixar a exceção para situações complexas que demandem maior prazo, ou seja, situações de fato excepcionais<sup>16</sup>.

Diante de tal exceção, e entendendo se tratar da existência de um microsistema de casos repetitivos, a excepcionalidade quanto ao prazo de um ano para o julgamento do IRDR pode ser estendida para a própria afetação dos processos. Isso ficou mais evidente com a

<sup>13</sup> Art. 980, *caput*. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. BRASIL, op. cit. nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>14</sup> Art. 982, I. Suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou região, conforme o caso. Ibidem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>15</sup> Art. 980, § único. Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. Ibidem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019

<sup>16</sup> NEVES, op. cit., p. 1510.

revogação do artigo 1.037, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, que versava sobre a cessação da afetação dos processos transcorrido o prazo de um ano da publicação da decisão de afetação, pela Lei nº 13.256 de 2016<sup>17</sup>.

Com o advento do Código de Processo Civil e o surgimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o intuito do legislador foi o de diminuir o número de processos análogos em que se acabava por ter soluções não isonômicas. Dentro do contexto do novel diploma processual um dos princípios norteadores justamente é o da sua interpretação de acordo com os princípios constitucionais, tais como a garantia do contraditório e da ampla defesa.

A tese jurídica que venha a ser formulada no processo-modelo do IRDR vai possuir força vinculante para todo o sistema jurisdicional, respeitados os limites da jurisdição, ou estadual ou regional. E por isso, em respeito ao que dispõe o artigo 983 do Código de Processo Civil<sup>18</sup>, fala-se em um poder/dever do relator do incidente em oportunizar a ampliação do contraditório.

Para o doutrinador Alexandre Freitas Câmara<sup>19</sup> a ampliação do contraditório poderá ocorrer por intervenção de pessoas, órgãos e entidades como *amici curiae*, como dispõe o artigo 983, *caput*, do Código de Processo Civil. A designação de audiências públicas também é uma forma de ampliação do contraditório, como prevê o parágrafo primeiro do supracitado artigo. Tal contraditório ampliado conferirá legitimidade constitucional à decisão com eficácia vinculante proferida no julgamento do IRDR, por possibilitar o mais amplo debate sobre a questão e uma decisão mais acertada como formação do precedente.

A tese fixada no julgamento do IRDR tem natureza de norma geral e abstrata quanto aos processos suspensos, porém quanto ao causa-piloto haverá de fato o seu julgamento. Nessa mesma decisão que julgará a causa-piloto será estabelecido o padrão decisório a ser empregado aos processos suspensos e futuros, e essa decisão é dotada de efeito vinculante. Em respeito ao que dispõe o artigo 985, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Contudo, os efeitos da decisão proferida em sede de IRDR são *ex tunc*, sendo assim, as demandas anteriores à formação do precedente que forem atingidas pela coisa julgada não serão revistas. Tampouco será cabível a propositura de uma ação rescisória como forma de

<sup>17</sup> CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1458.

<sup>18</sup> Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. BRASIL, op. cit. nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>19</sup> CÂMARA, op. cit., p. 484.



reformular a coisa julgada material. Entretanto, a própria lei prevê a possibilidade de uma reclamação para os casos em que não se observe a tese adotada no incidente, ou seja, para os casos em que se contrarie o seu efeito vinculante.

Importante ressaltar que após ser estabelecido o precedente dotado de efeito vinculante, em relação aos casos futuros que versem contra o que o precedente estabelece caberá ao juiz julgar liminarmente improcedente o pedido. Vale afirmar que o que dispõe o artigo 332, inciso III, do Código de Processo Civil<sup>20</sup> trata-se de uma demonstração da busca do sistema processual atual por garantir a isonomia e segurança jurídica. Já é assegurado de antemão pela própria lei processual a prevalência do precedente, ou seja, que de fato é dotado de eficácia vinculante ao ponto de liminarmente julgar improcedente o que lhe contrarie.

O novo diploma processual no seu artigo 926 traz a obrigatoriedade de uniformização jurisprudencial dos tribunais, assim como a obrigação de mantê-las estáveis, íntegras e coerentes. Nada mais é do que uma tipificação do diploma processual em uma reafirmação da busca por mais segurança jurídica e isonomia dentro do sistema processual brasileiro. Atualmente a lei processual traz instrumentos de uniformização para evitar o que a doutrina denominou de “loteria jurisprudencial”.

Uma situação possível de ocorrer é justamente que sejam provocados dois incidentes sobre a mesma questão em dois tribunais distintos. Desta situação, diante da abrangência territorial limitada ao âmbito do território estadual do Tribunal de Justiça ou regional do Tribunal Regional Federal do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pode resultar dois precedentes vinculantes opostos entre si sobre a mesma questão. Trata-se de um verdadeiro contraponto da lei, pois, na busca de isonomia e segurança jurídica no julgamento sobre determinada questão admite-se a formação de dois precedentes com eficácia vinculante dentro dos seus limites territoriais.

Mesmo que tal situação seja passível de recurso para os tribunais superiores para posterior solução uniformizadora a nível nacional, não há como negar que, ao menos momentaneamente, podemos vivenciar um tratamento não isonômico sobre determinada questão. A peculiaridade da situação reside no fato de se ter um tratamento não isonômico entre dois Estados ou regiões pautado na busca do tratamento isonômico sobre a questão dentro dos seus limites.

---

<sup>20</sup> Art. 332, III. Nas causas que dispensarem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competências. BRASIL, op. cit. nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Sobre tal questão, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis ao analisar o artigo 976, do Código de Processo Civil, editou o Enunciado 90 afirmando ser admissível a instauração de ambos os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas sobre a mesma questão de direito perante dois Tribunais de 2º grau diferentes<sup>21</sup>.

Entretanto, a lei prevê em seu artigo 982, parágrafos 3º e 4º, a possibilidade de pedido de extensão da suspensão dos processos, por versarem sobre a mesma questão comum objeto do incidente. Cumpre ressaltar, que como o próprio parágrafo 4º estipula, tal pedido independe de limites de competência territorial. Sendo assim, resta evidente que a intenção do legislador foi a de buscar sempre garantir uma decisão única para a mesma questão comum não apenas em nível territorial, mas sim em um nível de jurisprudência nacional. Somente com uma uniformização da mesma questão de direito a nível nacional será possível garantir total isonomia e segurança jurídica ao tratamento da questão.

### 3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E OS TRIBUNAIS SUPERIORES

A possibilidade de instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de acordo com o artigo 976, §4º, do Código de Processo Civil<sup>22</sup>, encontra um óbice caso esteja pendente de análise um recurso repetitivo já afetado por um Tribunal Superior. Tal disposição poderia levar a um entendimento de que os recursos interpostos nos Tribunais Superiores, o Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, seriam inatingíveis pela via processual estabelecida para o incidente.

Contudo, o artigo 987, do Código de Processo Civil<sup>23</sup> expressamente prevê o cabimento dos chamados recursos excepcionais em face do julgamento de mérito do incidente. Sendo assim, do acórdão proferido no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o julgamento de mérito, ou seja, no próprio precedente vinculante criado foi dada a possibilidade

<sup>21</sup> CABRAL, op. cit., p. 1445.

<sup>22</sup> Art. 976, §4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. BRASIL, op. cit. nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>23</sup> Art. 987, caput. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. Ibidem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

de interposição do Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, conforme se trate de uma discussão acerca de questões constitucionais ou acerca de matéria federal.

Dentro do âmbito de diferenciações no processamento no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas temos que o requisito da repercussão geral para o Recurso Extraordinário será presumido, conforme o parágrafo primeiro do artigo supracitado dispõe. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal não tem alternativa a não ser reconhecer a repercussão geral, mesmo que o Tribunal não faça o juízo quanto ao atendimento dos requisitos necessários para verificá-la, como de costume.

Para parcela da doutrina, como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>24</sup>, ao falar em uma repercussão geral presumida o Código de Processo Civil ultrapassou a sua competência, contrariando o que dispõe o artigo 102, §3º da Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>, norma constitucional, que lhe é hierarquicamente superior e versa sobre a necessidade de demonstração da repercussão geral. Afirmam que apenas o fato de termos a repetição de uma determinada questão de direito não a faz, por si só, uma questão constitucional dotada de repercussão geral.

Daniel Amorim Assumpção Neves afirma se tratar de uma presunção, à evidência, absoluta de repercussão geral. Ademais, o autor menciona que o fato do artigo 987, caput, do Código de Processo Civil<sup>26</sup> prevê o cabimento do Recurso Especial e Recurso Extraordinário em face da decisão do Incidente, tal omissão quanto a seu cabimento em face da ação que originou o incidente, ou seja, da causa-piloto não traz maiores problemas. De fato, seja julgamento de um recurso, reexame necessário ou processo de competência comum, o requisito mínimo para a interposição dos recursos excepcionais estará satisfeito. Entretanto, o que dispõe tal artigo quanto a já mencionada repercussão geral presumida não terá aplicabilidade<sup>27</sup>.

Mesmo com a questão levantada pela doutrina quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo que atribuiu a presunção da repercussão geral, não se pode olvidar que seja justificável a possibilidade de interposição dos recursos excepcionais em sede de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Deve-se considerar que o artigo 987 do Código de Processo Civil se perfaz em um mecanismo apto para a ampliação da eficácia

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado ao novo código de processual civil*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1111.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 102, §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>26</sup> IDEM, op. cit. nota 3.

<sup>27</sup> NEVES, op. cit., p. 1517.

vinculante do precedente firmado dentro de um Estado ou Região, sendo oriundo de um Tribunal de Justiça ou de um Tribunal Regional Federal, respectivamente, para uma eficácia vinculante ao nível nacional.

O próprio parágrafo segundo do artigo 987, CPC, trata desta ampliação da eficácia vinculante, ao falar que apreciado o mérito, a tese jurídica adotada pelos Tribunais Superiores terá aplicabilidade para todos os processos individuais ou coletivos. Alexandre Freitas Câmara, acertadamente, diz que a decisão então proferida servirá como padrão decisório dotado de eficácia vinculante em todo o território nacional<sup>28</sup>.

Cumprе ressaltar que sem essa possibilidade de levar a decisão de mérito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para os Tribunais Superiores teríamos apenas a eficácia vinculante limitada territorialmente no IRDR. Tal contexto poderia a criação de múltiplos Incidentes, em âmbitos de diferentes Estados ou regiões, versando sobre uma mesma questão de direito e possivelmente, senão provavelmente, com uma eventual desarmonia entre eles.

Sem a previsão de um mecanismo que possa permitir uma ampliação a nível nacional da eficácia vinculante sobre determinada questão objeto de um IRDR, o Código de Processo Civil estaria desvirtuando o próprio objetivo precípua do instituto, qual seja o de garantir maior segurança jurídica e isonomia no tratamento das questões. Sem uma possibilidade de ampliação a nível nacional da eficácia vinculante, até que a questão chegasse por outros meios nos Tribunais Superiores, cada Estado ou Região gozaria da eficácia vinculante do seu precedente, mesmo que não estivessem em uma isonomia à nível de aplicação nacional. Na realidade, estaríamos aceitando a criação de interpretações consolidadas do direito a nível estadual ou regional, em um país composto por vinte e seis estados.

O artigo 987, §1º, em sua primeira parte<sup>29</sup>, atribui aos recursos excepcionais que versem sobre a decisão de mérito do IRDR o efeito suspensivo. Tal efeito suspensivo tem como razão de ser o fato de termos a suspensão dos processos pendentes quando admitido o Incidente, como dispõe o artigo 982, inciso I, CPC<sup>30</sup>. Na verdade, garantir o efeito suspensivo aos recursos excepcionais interpostos em face da decisão de mérito do IRDR apenas reafirma que os processos seguirão suspensos até que a decisão seja proferida pelos Tribunais Superiores.

---

<sup>28</sup> CÂMARA, op. cit., p. 485.

<sup>29</sup> Art. 987, §1º. O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. BRASIL, op. cit. nota 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>30</sup> Art. 982, II. Admitido o incidente, o relator: poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias. Ibidem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Parcela da doutrina perfilada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, por exemplo, afirmam que o problema não reside na atribuição do efeito suspensivo aos recursos excepcionais, mas sim o de gerar uma decisão inútil, pois dotada de provisoriedade. Ao oportunizar a interposição de recursos excepcionais em face da decisão do IRDR, com a atribuição de efeito suspensivo, o que de fato regulará a questão de direito para a jurisdição nacional será a decisão de um dos Tribunais Superiores. A decisão do tribunal local perderia eficácia para o seu cumprimento, e também uma perda na sua força vinculante, pois pode ser modificada pela decisão dos Tribunais Superiores<sup>31</sup>.

Dessa forma, o que for decidido em sede de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário terá prevalência sobre o que fora decidido no âmbito do Tribunal Estadual ou Tribunal Regional Federal dentro de determinada região, mesmo que dotados de uma eficácia vinculante. Diante disso, caso nos Tribunais Superiores seja decidido de modo contrário ao que foi antes firmado pelo precedente com eficácia vinculante, além da perda da eficácia teremos também uma comprovação do desvirtuamento do instituto, por gerar uma falta de segurança jurídica e isonomia.

Sendo assim, podemos dizer que o intuito precípua de toda a criação de um microsistema de precedentes no âmbito do direito pátrio com a inclusão do procedimento do incidente ora abordado será de fato alcançado com a uniformização da decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em nível nacional. Somente assim teremos a mesma linha decisória com eficácia de fato vinculante para todos os Tribunais, tanto os estaduais, quanto os federais.

A decisão dos Tribunais Superiores então será dotada não apenas da eficácia vinculante dos precedentes criados no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mas também de segurança jurídica e isonomia em sua forma plena, vide a sua uniformização em caráter nacional.

O que se busca com toda a estruturação de um microsistema de precedentes no âmbito nacional será mais próximo ao êxito, consistindo em uma verdadeira busca em afastar o que a doutrina e jurisprudência chamam de “loteria jurisprudencial”, ou seja, o sucesso de uma demanda não estará atrelado a fatores de sorte ou azar, a depender de quem a julgue e em que momento, nem tampouco em qual Estado ou Região do país ela seja proferida. Ao invés disso deverá ser pautada em precedentes ou padrões decisórios que gozem de segurança jurídica e isonomia.

---

<sup>31</sup> MARINONI, op. cit., p. 1112.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, novidade inserida no ordenamento jurídico pátrio com o advento do Código de Processo Civil, tem como pressuposto o risco de controvérsia no julgamento de demandas que versem sobre a mesma questão de direito além do risco de ofensa a segurança jurídica e a isonomia. Além de requisitos de cabimento, a segurança jurídica e a isonomia também representam o objetivo precípua do incidente em questão.

Para garantir a aplicabilidade do precedente criado no bojo do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a este precedente foi pelo Código de Processo Civil atribuído o efeito vinculante. Assim, o precedente se torna de observância obrigatória dentro do âmbito em que foi criado, caso seja em um Tribunal de Justiça fica adstrito aos limites do seu respectivo estado e caso seja em um Tribunal Regional Federal encontrará limites de aplicabilidade nos termos da respectiva região em que se encontra.

Entretanto, a eficácia vinculante do precedente formado no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser dita como uma eficácia vinculante limitada, visto que possui limitações territoriais de aplicação, seja a um determinado estado ou região da federação. Também podendo ser caracterizada como uma eficácia vinculante dotada de provisoriedade, como parte da doutrina sustenta.

Além disso, o próprio sistema processual constante do Código de Processo Civil para o IRDR traz a possibilidade de se advir uma decisão proferida em sede dos Tribunais Superiores, seja em caso de interposição de um Recurso Extraordinário ou um Recurso Especial em face do julgamento de mérito do incidente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

O próprio sistema processual vigente faz com que se conclua que apenas poderá se ter a formação de um precedente com eficácia vinculante plena no âmbito nacional caso tenhamos uma decisão em sede de recursos excepcionais, tal que vinculará obrigatoriamente todos os estados e regiões a seguir um mesmo padrão decisório sobre a questão de direito comum. Dessa forma garantindo a segurança jurídica no tratamento da questão no âmbito nacional.

Sendo assim, mesmo com a intenção de não levar todas as questões para o âmbito dos Tribunais Superiores, dando maior autonomia aos tribunais de segunda instância, urge salientar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas possui o objetivo precípua de garantir maior isonomia e segurança jurídica, não lhe sendo válido evadir da sua razão de ser, sob pena

de perder a sua eficácia. Posto isso, cumpre dizer que estes objetivos são garantias constitucionais, ou seja, atribuíveis e consideráveis como inafastáveis para todos.

A garantia da formação de um precedente com eficácia vinculante no IRDR assegura a segurança jurídica dentro do âmbito em que é instaurado. Contudo, para que possa vir a adquirir uma eficácia vinculante plena, pelo próprio mecanismo desenhado pelo Código de Processo Civil, se faz necessária a decisão proferida por um Tribunal Superior.

Por tais razões, pode-se afirmar que diante da importância em garantir a isonomia do tratamento da mesma questão de direito em nível nacional tem-se que a verdadeira eficácia vinculante do precedente, aquela que servirá como forma de pacificar a jurisprudência e de fato garantir uma maior segurança jurídica, será a da decisão proveniente de um dos Tribunais Superiores. Por meio da qual o precedente formado será dotado da eficácia vinculante plena.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.) *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 2. ed, São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado ao novo código de processual civil*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.





HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do Novo Processo Civil*, 4. ed., Niterói: Impetus, 2017.

## OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Lucas Pacheco Carneiro

Graduado pela Universidade Candido Mendes.  
Advogado.

**Resumo** - o sistema de precedentes judiciais positivado no Código de Processo Civil de 2015 representa uma conformação de nosso ordenamento jurídico aos princípios da igualdade e segurança jurídica, promovendo ainda a pacificação social. O presente trabalho busca analisar a compatibilidade da matriz jurídica do *civil law*, tradicionalmente praticada no Brasil, com um instituto advindo do direito anglo-saxônico, caracterizado pelo prestígio conferido ao precedente fixado pelo magistrado. Como instrumento nuclear do sistema de precedentes encontra-se o *stare decisis*, consubstanciado na obrigatoriedade do magistrado em atender às decisões fixadas pelos tribunais acerca de determinada matéria. A elevada carga valorativa conferida pelo legislador ao precedente judicial não importa ruptura do princípio da separação dos poderes, cujo enfoque deve se dar à luz do constitucionalismo moderno, que admite sua flexibilização.

**Palavras-chave** – Direito processual civil. Precedentes judiciais. Código de Processo Civil. Tribunais superiores.

**Sumário** – Introdução. 1. A cultura jurídica brasileira e o desafio da compreensão dos precedentes judiciais como ferramenta com ela compatível. 2. Os tribunais superiores e o *stare decisis* como ferramenta de pacificação social e estabilização dos entendimentos jurisprudenciais. 3. O papel da doutrina processual civil na estruturação teórica dos precedentes judiciais em nossa cultura jurídica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa utilização dos precedentes judiciais como ferramenta de efetivação da segurança jurídica em nosso ordenamento, sob o enfoque da tradição romano-germânica. Faz-se necessária a superação de uma ideia de preponderância positivista sobre a força dos julgados de nossos tribunais. Nessa linha, o presente trabalho busca ainda expor que o direito positivado se harmoniza com aquele que prestigia mais a força dos julgados como fonte de normas jurídicas.

Para isso, lança-se mão de bibliografia referente ao tema em estudo, para que se possa entender como pensa hoje a doutrina brasileira sobre os precedentes judiciais e como pensava



tradicionalmente. É certo que se trata de um tema novo para os processualistas, que ganhou enorme prestígio com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e requer uma adequação à nossa cultura, de modo que os julgados de nossos tribunais ganhem renovada força. Considerando o assoberbamento de nossos Tribunais, especialmente dos Superiores, com processos que veiculam a mesma matéria, e o reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito apta à unificar decisões repetitivas, pode-se afirmar que o direito praticado no Brasil é de matriz unicamente romano-germânica ?

Há controvérsia sobre o tema em nossa doutrina, sobretudo do ponto de vista cultural, pelo que a análise que se empreende aqui inclui a de adequação da tradição jurídica brasileira com aquela de países como Estados Unidos da América e Inglaterra.

Para melhor compreensão do tema, se analisa o conceito de *stare decisis* e sua importância para que o sistema de precedentes judiciais alcance seus dois objetivos principais, quais sejam, a efetivação da isonomia e da segurança jurídica, mormente quando versar a questão sobre matéria repetitiva. Enfoca-se a força desse princípio legal que, em um sistema prestigiador dos precedentes judiciais como busca ser o nosso, é de necessária observância pelos magistrados.

O primeiro capítulo desta pesquisa apresenta a possibilidade de harmonização entre as escolas jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica, apontando a necessidade de utilização dos precedentes judiciais, que é instituto jurídico oriundo dessa segunda escola, como ferramenta de pacificação jurídica e social.

No segundo capítulo do trabalho, segue-se para a ponderação sobre aplicação do *stare decisis* pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para o alcance da pacificação social e unificação interpretativa das normas, sem que isso se transforme em atividade legiferante, vedada ao Poder Judiciário.

O terceiro capítulo encerra o estudo ao defender que se construa em nosso ordenamento jurídico teorias explicativas do sistema de precedentes judiciais criado pelo legislador ordinário quando da edição do Código de Processo Civil de 2015. Aborda-se a necessidade dessa construção teórica para que se conclua que a valorização da fonte jurídica jurisprudencial se coaduna com o direito brasileiro, reconhecidamente fundado em terreno legalista.

A presente pesquisa científica é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que se busca eleger um conjunto de hipóteses, as quais o autor crê serem viáveis e adequadas ao cotejo do objeto da pesquisa, com a intenção de comprová-las ou rechaçá-las de forma argumentativa.

Para esse fim, a abordagem do objeto da presente pesquisa jurídica é qualitativa, tendo em vista que o pesquisador lança mão de bibliografia atinente ao tema à matéria em análise, bem como da legislação pertinente ao seu estudo.

## 1. A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E O DESAFIO DA COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FERRAMENTA COM ELA COMPATÍVEL

O direito brasileiro é compreendido historicamente como fruto da escola romano-germânica, cuja característica marcante é o prestígio à lei positivada. O apego à legislação escrita na cultura jurídica nacional é resquício do período que sucedeu a Revolução Francesa, em que se verificou a necessidade de assegurar a liberdade e a autonomia dos indivíduos. Nesse contexto histórico se erigiu a separação de poderes como mecanismo intrínseco à estabilidade do Estado. O Poder Legislativo cria a lei, o Poder Executivo a executa e o Poder Judiciário a aplica ao caso concreto.

Essa era a lógica absoluta que norteou o direito brasileiro, sobretudo o ramo processual, durante todo o século XX e início deste século. O artigo 126 do Código Civil de 1973 estabeleceu a lei como fonte primária e única do direito, conferindo à atuação jurisprudencial caráter meramente subsidiário. Do espírito dessa codificação se extraía que aos juízes era atribuída a tarefa única de aplicar a lei ao caso concreto, interpretando-a sem modificar seu propósito.

Essa dogmática foi -e ainda é - entoada pacificamente pela doutrina processualista no Brasil. Enxergava-se que o direito processual brasileiro não haveria de se adaptar a criações da escola jurídica anglo-saxônica, como são os precedentes judiciais. Nesse contexto a princípio adverso, advertia José Carlos Barbosa Moreira <sup>1</sup>:

No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas o brasileiro, de linhagem européia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norteamericano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo

---

<sup>1</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 9.



conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele.

Contudo, estudos desenvolvidos em sistemas jurídicos diversos revelaram que o precedente judicial não é mais enxergado como instituto exclusivo da chamada *common law*:

Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmos os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha sido no passado – qualquer valor descritivo. Na *civil law* se faz amplo uso à referência da jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’.<sup>2</sup>

Esse prestígio exacerbado dado à lei escrita pelo legislador de 1973 se provou um equívoco, à medida que os tribunais ficaram cada vez mais assoberbados, lidando na imensa maioria das vezes com demandas repetitivas. Não anteviu a legislação processual que se faria necessária a criação de mecanismos processuais capazes de dirimir tais demandas, estabilizando decisões e uniformizando a aplicação da lei em casos idênticos.

Verificada pelo legislador a necessidade de estabelecer mecanismos legais para remediar o excesso de processos na Justiça e a insegurança jurídica, se estabeleceu na legislação o julgamento com base em precedente do próprio juízo e o julgamento com base em recursos especiais e extraordinários repetitivos. Em que pesem essas alterações salutares, à legislação então vigente faltava profundidade, o que viria a ser corrigido pela Lei nº 13.105 de 2015, que criaria um verdadeiro sistema e precedentes.

Precedentes judiciais, nessa linha de intelecção, podem ser entendidos como fruto da densificação de normas entabuladas após a compreensão de determinado fato e das circunstâncias que lhes são particulares. Ao aplicar ao caso determinada razão de decidir elaborada anteriormente, tem-se o chamado *leading case*, do qual se extrai um núcleo, que será aplicado a casos posteriores. Esse núcleo é chamado de *ratio decidendi*, o elo comum aos casos análogos a serem julgados pelos tribunais. Segundo Cruz e Tucci<sup>3</sup>:

<sup>2</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2011, p.140.

<sup>3</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.11.

Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce então como uma regra e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

Elucidativo é ainda o conceito dado por Fredie Didier Jr.: “Decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior”<sup>4</sup>. Quanto à sua finalidade, os precedentes judiciais podem ser compreendidos como uma consequência particular, erigida ao status de regra jurídica para nortear atuação jurisdicional.

Para que possam atingir seu objetivo, importa a verificação de certos elementos essenciais, quais sejam, um caso concreto, um princípio ou um dispositivo legal que embasem a decisão e a própria argumentação empregada no desenvolvimento do precedente. A agregação desses elementos permite a construção de uma estrutura processual inovadora, mas perfeitamente compatível com nossa tradição jurídica, de matriz romano-germânica.

Sobre a compossibilidade do sistema de precedentes judiciais com o direito positivo, À luz das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, elucida Miranda de Oliveira<sup>5</sup>:

Com a ampliação do direito jurisprudencial e agora com a positivação de um sistema de precedentes, é inegável (...) que houve uma aproximação dos sistemas. Mas essa aproximação não constitui uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito codicista. O que está ocorrendo, na verdade, é uma interpenetração, sem transmutação.

Há, portanto, de ser superada a visão de que os precedentes judiciais são uma espécie de importação do direito inglês ou americano, mas uma ferramenta hodiernamente universal para a efetivação da segurança jurídica e da isonomia aos jurisdicionados e à sociedade como um todo.

É inarredável a conclusão de que o complexo jurídico criado pela nova codificação processual é firme na intenção de vedar ao magistrado decidir de maneira diferente quando o caso com que se defronta possui um precedente a ser aplicado, seja fruto de enunciado sumular,

<sup>4</sup> DIDIER Jr.; Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A força das decisões judiciais*. São Paulo: Revista de Processo, 2013, p. 3.



acórdãos em resolução de demandas repetitivas ou outro correlato. Com efeito, o legislador infraconstitucional de 2015 quis tornar a jurisprudência fonte formal do direito, retirando da lei a exclusividade conferida tradicionalmente.

A evidência mais notável dessa alteração de paradigma é a criação dos chamados precedentes vinculantes, estabelecidos em rol do artigo 927 do Código de Processo Civil. Diz a lei que os juízes e tribunais “observarão” o rol disposto. Ora, o termo citado não tem o condão de sugerir ou de facultar ao magistrado observar ou não os precedentes elencados, mas de determinar que se observem obrigatoriamente aqueles precedentes. Daí decorre a vinculação.

Anote-se a explicação de Alexandre Freitas Câmara <sup>6</sup> acerca da controvérsia:

É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do CPC. E é equivocado, data vênua, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do caput desse dispositivo afirma que juízes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei. A exigência, contida no caput do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia).

Doutra banda, há a posição de Ronaldo Cramer <sup>7</sup>, para quem os precedentes elencados nos incisos do art. 927 são, inequivocamente, vinculantes. Segundo o autor:

Com já dito, se é certo que, diante da nova hermenêutica jurídica, a interpretação do legislador não mais determina o que é a norma, também me parece correto que essa vontade não pode ser completamente desprezada. A interpretação se dá sobre um texto, que não foi gerado de forma autômata, sem nenhum tipo de intenção. O texto legal é obra de vontade, e esta vontade tem que ser pelo menos levada em conta no processo de interpretação da norma. Não é possível encontrar qualquer significado normativo no texto legal, desconsiderando as intenções que o produziram.

Acertada essa última visão, uma vez que clara a intenção legislativa de elevar a jurisprudência a novo patamar normativo, excluindo-se uma visão unicamente persuasiva dos precedentes. Com efeito, não há que relativizar o poder dos precedentes chamados vinculantes

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 434.

<sup>7</sup> CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 190.



estabelecidos pela legislação de 2015 se o que se busca, na sistemática moderna, é fortalecer tais decisões.

## 2. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E O STARE DECISIS COMO FERRAMENTA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E ESTABILIZAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Na matriz jurídica do direito consuetudinário, a previsibilidade nos provimentos judiciais é um dos pilares da segurança jurídica e do tratamento isonômico que se deve dispensar aos jurisdicionados que se encontrem em situações jurídicas semelhantes. O *stare decisis*, sistema consagrado no direito norte-americano, recebeu salutar atenção do legislador infraconstitucional por ocasião do Código de Processo Civil, lei que privilegia os postulados da já citada previsibilidade do Direito, da isonomia e da segurança jurídica.

A teoria jurídica do *stare decisis*, abreviação do termo latino *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzido como "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido", surgiu na Inglaterra, no século XIX, quando a Câmara dos Lordes concluiu que o precedente judicial passaria a ostentar natureza autovinculativa, além da vinculação externa, alcançando todos os juízos de grau inferior. A doutrina convencionou chamar esse fenômeno de eficácia vertical do precedente.

A esse respeito leciona Luiz Guilherme Marinoni <sup>8</sup>:

A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se funda na ideia de que, na decisão, não só o dispositivo, mas também os fundamentos devem adquirir estabilidade, devendo, por isto, ser realçados e externados com eficácia vinculante. A eficácia vinculante da fundamentação, indiscutivelmente essencial para o tribunal constitucional cumprir o seu papel, é uma técnica jurídico-processual que tem como premissa a importância de respeito aos precedentes e aos seus fundamentos.

A teoria do *stare decisis*, então, por representar imposição ao magistrado de obediência ao que foi julgado anteriormente, quando se deparar com caso que guarde identificação com

---

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade: A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1010.



outro já analisado, é a base fundamental para o sistema de precedentes judiciais implantado no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa obediência que a lei prescreve ao precedente consolidado deve ser analisada sob dois enfoques, quais sejam, o da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, elementos que compõem o precedente judicial.

A noção de *ratio decidendi* relaciona-se aos fundamentos nucleares que integram a decisão judicial formadora de precedente. Pode ser entendida como a razão de decidir, a partícula decisória fundamental, que não se confunde com o resumo de toda a fundamentação exarada pelo magistrado. O Código de Processo Civil de 2015 faz uso da denominação "fundamentos determinantes" em dois dispositivos - art. 489, § 1º, V e art. 979, § 2º - consolidando e prestigiando a *ratio decidendi* como o núcleo determinante da vinculatividade do precedente.

Nessa linha é a lição de Alexandre Freitas Câmara<sup>9</sup>:

Deve-se considerar como fundamentos determinantes de uma decisão aqueles fundamentos da decisão judicial colegiada que tenham sido expressamente acolhidos ao menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora (FPPC, enunciado 317). Outros fundamentos, que não contem com a expressa adesão pelo menos da maioria dos juízes que integram o colegiado não são determinantes e, por isso, não têm eficácia vinculante. É neste ponto que nasce a diferença entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Conclui-se daí que, na formação de precedentes pelo colegiado, a vinculação se constrói a partir de um fundamento jurídico determinado e não a partir de um capítulo decisório inteiro. Tal razão fundamental se comporá de um encadeamento lógico acerca da matéria jurídica posta e de um juízo decisório a respeito dela.

A partir da compreensão da *ratio decidendi* ou, razão fundamental, conforme exposto na legislação processual vigente, importa analisar sua otimização pelos tribunais superiores, que exercerão papel fundamental para que se promova a adequação desse instrumento de origem consuetudinária em nosso ordenamento predominantemente positivista.

De modo que o novo sistema de precedentes criado pelo legislador de 2015 possa adquirir, na prática, a cogência que a lei lhe atribui, se faz necessária uma mudança de entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, até hoje tão afeitas à sistemática positiva que permeia o chamado *civil law* prevalente no Brasil. A abertura de nosso

---

<sup>9</sup> CÂMARA, op. cit., p.439.

ordenamento ao uso de institutos da *common law* não significa um abandono de nossa tradição jurídica, mas indica a necessidade de conformações eminentemente culturais.

Nesse sentido é a reflexão de Rubens Glezer<sup>10</sup>:

A implementação de um sistema de precedentes é menos uma questão de transplantes e inovações institucionais e mais uma questão de cultura jurídica. Para que precedentes e suas *rationes* tenham algum tipo de autoridade normativa é preciso que a comunidade jurídica o trate dessa forma. A circularidade sobre esse ponto é apenas aparente. Como bem apontou John Searle, quando tratamos de fatos do mundo que existem em uma dimensão muito mais social do que fática, como “dinheiro”, “excesso de velocidade”, “fronteiras” e o “sistema métrico”, seu fundamento está em convenções sociais.

O papel de liderar esse processo de alteração paradigmática é dos tribunais superiores, a quem incumbe, institucionalmente, garantirem a estabilidade e integridade de sua jurisprudência. Não se busca dizer que o sistema de precedentes foi inaugurado com a edição do CPC de 2015 e se trata de área cinzenta, não antes perscrutada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O que acontece é que tais tribunais são acostumados a lidar com precedentes judiciais de ordem persuasiva, ou seja, aqueles cuja aplicação pelo magistrado é facultativa.

O que se verifica atualmente é um movimento de verticalização dos precedentes, em resposta à tradicional visão horizontal, pautada pelo já mencionado caráter persuasivo que podem assumir. O escopo dessa estratificação dos precedentes transcende a necessidade de otimizar e agilizar a prestação jurisdicional, buscando também promover a necessária adequação do direito civil ao mecanismo de vinculação dos precedentes.

A recepção de um sistema de precedentes vinculantes, com força cogente, amplifica o poder do juiz diante do caso concreto, exigindo, todavia, atuação criteriosa e ética à luz do caso concreto, por meio da *ratio decidendi* e da pormenorizada explicitação dos motivos da adequação do caso ao precedente firmado, de modo que se preserve os limites de atuação jurisdicional, em compasso com a separação dos poderes.

O princípio da separação de poderes, sob o enfoque do constitucionalismo moderno, há de ser visualizado como uma conquista social ante eventuais expedientes tirânicos e centralizadores do Estado. A (in)adequação do sistema de precedentes judiciais a esse contexto jurídico, histórico e cultural deve ser cotejado com base nas vicissitudes experimentadas pela sociedade.

---

<sup>10</sup> GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

É nessa linha a observação de Gilmar Ferreira Mendes <sup>11</sup>:

O princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes teorias constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se dentro da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei– bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

A matéria, toda via, não é imune a controvérsias doutrinárias. Há corrente que defende a inconstitucionalidade do sistema a de precedentes, ao argumento de este viola a cláusula pétrea da separação de poderes. Admitir a vinculação de precedentes judiciais, portanto, seria admitir atuação legiferante do poder judiciário.

Assim entende Ingo Sarlet <sup>12</sup>:

[A] eficácia futura, geral e abstrata, prevista no Projeto, transforma o Judiciário em legislador, em afronta ao princípio da separação dos poderes. Recorde-se, a propósito, que a súmula vinculante foi introduzida no Brasil por emenda constitucional, o que poderá ser um argumento a reforçar tal entendimento. Por outro lado, é possível argumentar que se o problema é o de atribuição de funções de legislador positivo ao Poder Judiciário, este problema se verifica igualmente no caso da súmula vinculante do STF instituída por emenda constitucional que, por violar ‘cláusula pétrea’ (separação dos poderes) também seria inconstitucional, embora isso não tenha sido reconhecido pelo STF, a despeito de ventilado por setores da doutrina por ocasião da discussão e aprovação da assim chamada Reforma do Judiciário, no bojo da qual foi criada a súmula vinculante.

Com todo o respeito, tal entendimento não merece sustentação. Os precedentes e as súmulas vinculantes não servem para substituir as leis mas, ao contrário, para fortalecer sua interpretação e garantir a efetivação de outros preceitos constitucionais essenciais ao Estado de Direito, qual sejam, a isonomia e a segurança jurídica.

---

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

### 3. O PAPEL DA DOCTRINA PROCESSUAL CIVIL NA ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM NOSSA CULTURA JURÍDICA

A normatização do sistema de precedentes judiciais inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 representa uma alteração na percepção e na abordagem do direito processual brasileiro. O paradigma tradicional, a matriz positiva fulcrada no *civil law* é desafiado por um instituto jurídico "importado", prestigiador da atuação judicante na resolução de casos que, apesar de já ter, há algum tempo, traços em nosso direito (veja-se a previsão constitucional de elaboração de enunciados de Súmula Vinculante, trazida com a Emenda Constitucional n° 45 e a técnica de julgamento de casos repetitivos, positivada no Código de Processo Civil), somente passou a integrar a ordem processual de forma mais aprofundada a partir da legislação de 2015. Já foram abordados no presente trabalho as vantagens da adoção de um sistema legal de precedentes, mais notadamente a isonomia e segurança jurídica que proporcionam. Contudo, a doutrina processualista aponta alguns entraves causados pela novel legislação. O sistema de precedentes desafiaria as peculiaridades da prática forense enfrentadas pelos diversos tribunais do Brasil, promovendo um "engessamento" do Direito, violando ainda o princípio do juiz natural.

Lênio Streck aponta para a criação de um realismo jurídico que sequer se refletiria no direito anglo-saxônico, notável pelo seu sistema de precedentes. Segundo o autor:

[...]penso ser arriscado defender um papel tão amplo — e poderoso — para as cortes superiores sem antes se ocupar de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle, públicos, intersubjetivos e da qualidade dessas decisões. Se a corte vai “normar”, parece-me ser sempre útil invocar, para demarcar as diferenças entre juiz e legislador, a distinção entre os argumentos de princípio (obrigatórios para os primeiros) e argumentos de política (no caso da tese dos precedentalistas, permitidos aos segundos).<sup>13</sup>

Um outro argumento apresentado pelos críticos ao sistema de precedentes é assentado numa suposta violação do princípio da separação de poderes. A atuação dos tribunais na confecção de precedentes judiciais, capazes de vincular a atuação de magistrados em grau hierárquico inferior, representaria afronta à atuação legiferante, constitucionalmente atribuída

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidenti>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ao Poder Legislativo. Tal visão, contudo, é obsoleta, em vista da harmonização entre os poderes e do jogo de equilíbrio entre as instâncias.

Nessa linha de intelecção, esclarece Marinoni: "Na verdade, a doutrina esquece-se de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura." <sup>14</sup>

Ademais, não se deve admitir que a segurança jurídica é garantida unicamente pela lei positivada. A lei é inexoravelmente submetida à interpretação do magistrado no caso concreto, cabendo, ao fim e ao cabo, ao Poder Judiciário extrair a norma do texto legal. O cerne da questão encontra-se na interpretação, cuja estabilidade é fundamento da segurança jurídica que se reclama.

Segundo a teoria da legitimidade dos precedentes judiciais, conforme lição de Ronald Dworkin, se a determinado caso concreto for atribuído determinada interpretação, que se tornou norma naquela situação específica, tal interpretação deverá se estender aos casos posteriores que sejam idênticos.

Há ainda contestação, em sede doutrinária, a respeito do status do precedente judicial como fonte do direito. Tal indagação parte do pressuposto de que o precedente é uma ferramenta de uniformização interpretativa da própria lei, sendo dela dependente e a ela intimamente ligado. Contudo, o estabelecimento dos precedentes judiciais enquanto fonte do direito não decorre do caso concreto que originou o precedente ter sido resolvido da maneira “correta”, mas deflui do fato de que a questão foi resolvida da forma que foi, com a obediência do magistrado aos ditames legais e constitucionais.

E é essa preocupação constitucional, fruto da atual fase do constitucionalismo, que fundamenta o *status* do precedente judicial como fonte de direito. A atuação jurisdicional que se percebe hodiernamente desborda do simples dever de dizer o direito aplicável ao caso concreto.

É nessa linha o entendimento de Haroldo Lourenço <sup>15</sup>:

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.

<sup>15</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Precedentes judiciais como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente\_judicial\_como\_fonte\_do\_direito\_algumas\_consideracoes\_so\_b\_a\_otica\_do\_novo\_cpc%20(2).pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial review, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Examinadas essas discordâncias, pendemos para a superação da ideia de que os precedentes devam, necessariamente, depender da lei como vetor de sua existência, posto que a atual sistemática processual, que consagra os precedentes judiciais e seu poder de fonte jurídica, é capaz de existir autonomamente.

Com efeito, o sistema de precedentes, qualquer que seja a matriz jurídica, decorre de gradual evolução cultural. Essa evolução deve conter a necessária separação conceitual entre precedente e *common law*.

Não há como negar que foi no ambiente jurídico da *common law* que nasceu o *stare decisis*, instituto já analisado no presente estudo. Sua gênese é compreendida pela marcante necessidade de garantir segurança jurídica em um ambiente social permeado pela aplicação dos costumes, em detrimento de legislação escrita. Todavia, a compatibilidade inegável do sistema de precedentes entabulado no Código de Processo Civil com a vivência jurídica brasileira afasta o entendimento de que precedente é sinônimo de *common law*.

Não há como negar que foi no ambiente jurídico da *common law* que nasceu o *stare decisis*, instituto já analisado no presente estudo. Sua gênese é compreendida pela marcante necessidade de garantir segurança jurídica em um ambiente social permeado pela aplicação dos costumes, em detrimento de legislação escrita. Todavia, a compatibilidade inegável do sistema de precedentes entabulado no Código de Processo Civil com a vivência jurídica brasileira afasta o entendimento de que precedente é sinônimo de *common law*.

O precedente não é o ponto de chegada, mas um norte, um ponto de partida, não se confundindo com o sistema de direito consuetudinário em si. Ao contrário do que ocorre em países como Estados Unidos, onde o sistema de precedentes judiciais não decorre de uma normatização positivada, a sistemática brasileira se funda em expressa prescrição legal.

A adoção sistemática dos precedentes judiciais demonstra uma preocupação do legislador infraconstitucional com ditames constitucionais, notadamente os já citados isonomia e segurança jurídica. A atual fase do constitucionalismo que vivemos denota uma notável perda da supremacia da lei positivada face à Constituição, seus princípios implícitos e explícitos.



O presente estudo abordou, de forma contextualizada, a tradição jurídica brasileira, tradicionalmente inspirada pela matriz romano-germânica, em que se privilegia a primazia da lei positiva em detrimento das construções judiciais efetuadas pelo magistrado à luz dos casos concretos. Foram analisadas ainda algumas das mudanças na lei processual brasileira que, de forma paulatina, passou a adotar instrumentos de estabilização jurisprudencial, em nome de princípios constitucionais basilares.

Dentre os fundamentos principais que fundamentam o sistema de precedentes consagrado no Código de Processo Civil de 2015 se destacam a preservação da isonomia e da segurança jurídica. A uniformização de entendimentos judiciais acerca de mesmas matérias se presta à pacificação de conflitos, que é corolário dos princípios supracitados, alcançando uma unidade interpretativa das normas jurídicas. Tal atuação, de caráter exegético, não deverá se confundir com uma suposta atividade legiferante por parte do Poder Judiciário. Extrair do texto legal a norma é atividade jurisdicional típica.

A estabilização social que se busca com a implantação dos precedentes judiciais é instrumentalizada no ordenamento por meio do chamado *stare decisis*, consagrado sobretudo no direito norte-americano. Do *stare decisis* decorre o que a doutrina convencionou chamar de eficácia vertical dos precedentes, que impõe ao magistrado obediência ao precedente fixado pelo tribunal.

O trabalho atentou ainda para os elementos que compõem o chamado *stare decisis*, quais sejam, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, sendo o primeiro o responsável pelo que será considerado como precedente. A *ratio decidendi* consubstancia os fundamentos determinantes, a tese fundamentadora do julgado que, posteriormente, se tornará precedente judicial. Assim, não será todo o julgado utilizado como precedente, mas apenas o fundamento crucial para a decisão produzida.

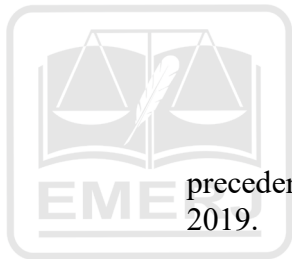
Confrontaram-se entendimentos doutrinários acerca da adequação dos precedentes judiciais à nossa ordem, mormente no que respeita ao princípio basilar da separação de poderes. Em que pese respeitável corrente que aponta para uma atividade legiferante do Judiciário, há que prevalecer que o princípio supracitado deve ser enfocado e flexibilizado à luz do constitucionalismo moderno, haja vista a atuação normativa conferida ao Executivo e também ao Judiciário.

A conformação do sistema de precedentes em nossa cultura jurídica depende de uma atuação doutrinária em que se afaste o paradigma tradicional de que a lei positivada é o provedor único de segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico. Importa aludir aos ensinamentos de Ronald Dworkin, para quem a interpretação fixada em um caso concreto, capaz de originar precedente, se torna norma a ser observada.

Ademais, há que ser reconhecida pelos estudiosos a separação conceitual entre precedente e *common law*. O fato de o primeiro advir do segundo não importa em falta de compatibilidade com o *civil law* tradicionalmente praticado no Brasil. Tal diferenciação é de suma importância para que se supere a desconfiança de setores doutrinários com a adoção do precedente judicial como ferramenta essencial à pacificação social e igualdade.

## REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p.439.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- LOURENÇO, Haroldo. *Precedentes judiciais como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <[file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente\\_judicial\\_como\\_fonte\\_do\\_direito\\_alguas\\_consideracoes\\_sob\\_a\\_otica\\_do\\_novo\\_cpc%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_alguas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc%20(2).pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.
- \_\_\_\_\_. *O precedente na dimensão da igualdade*. A Força dos Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.
- MIRANDA, Pedro de Oliveira. *A força das decisões judiciais*. São Paulo: Revista de Processo, 2013, vol. 216, p.13-34.
- SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e>>



precedentes-obrigatorios-no- -projeto-do-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 24 fev. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes*. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 3 abr. 2019.

TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2004, vol. 199, 2011, p.140.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

## A ARTE PLÁSTICA COMO BEM JURÍDICO: POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO AO REGIME DOS BENS COMUNS

Luísa Rodrigues Torres

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – conforme o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, a arte plástica é entendida como objeto dos regimes jurídicos privado e público. Considerando que esta previsão híbrida enseja em disposições legais conflitantes e prejudica o exercício de direitos fundamentais, cabe analisar qual abordagem jurídica se revela a mais adequada. Para cumprir esta proposta, o presente artigo analisa a compreensão tradicional sobre o direito da arte bem como aventa a subsunção das obras de arte plástica ao regime dos bens comuns. Tendo em vista que este regime não encontra previsão na legislação nacional, importa analisar a possibilidade de esta inovação ser a mais adequada para o estudo das obras de arte em questão. O objetivo desse artigo é observar a arte plástica como bem jurídico sujeito a diferentes disciplinas, bem como explicitar as consequências de cada abordagem.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Civil. Direito autoral. Propriedade Intelectual. Arte Plástica. Bem comum.

**Sumário** – Introdução. 1. Estudo do bem jurídico da arte plástica como tradicionalmente compreendido, conforme a dicotomia entre patrimônios particular e público. 2. Conceito de bem comum como categoria independente do regime patrimonial e a sua aplicação às obras de arte plástica. 3. Ponderação entre princípios jurídicos para determinar o regime jurídico aplicável às artes plásticas e as consequências desta definição. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é examinar o tratamento jurídico conferido às obras de arte plástica no Brasil e comparar as consequências da adoção de cada regime jurídico, sendo que o cerne deste estudo é considerar a aplicabilidade da Teoria dos Bens Comuns à arte plástica.

Como o advento das codificações foi permeado pela lógica burguesa, as primeiras leis destinadas a regular as relações baseadas em obras de arte plástica as compreendem como uma propriedade, pertencente ao ramo dos direitos reais. E, de acordo com o critério adotado neste ramo do Direito, o regime jurídico aplicável à arte plástica é determinado pela natureza jurídica da pessoa que exerce o direito de propriedade sobre o bem. Desta forma, caso o detentor da criação artística seja considerado pessoa de direito público, o objeto da relação será considerado bem público, e a mesma lógica será aplicada ao proprietário privado. Se o proprietário de um quadro for um colecionador, pessoa de direito privado, tal quadro será analisado como bem jurídico de direito privado.

O advento do art. 5º, XXIII, CRFB/88 positivou a limitação ao exercício do direito de propriedade para assegurar o bem da coletividade. Esta previsão constitucional representou um lapso na dicotomia estabelecida entre bens públicos e privados ao estabelecer que um bem privado deve atender à função social da propriedade. Ainda assim, a função social é um conceito indeterminado, e sem previsão infraconstitucional com relação às obras de arte. O mesmo problema pode ser acusado com relação à compreensão das artes plásticas como patrimônio cultural, afinal, o art. 215 da CRFB/88 inaugurou o direito fundamental à cultura sem conceituá-la. Esta imprecisão na Carta Maior intensificou a questão sobre o regime jurídico aplicável à arte plástica.

A percepção de que a abordagem jurídica atualmente aplicada não é efetiva na resolução dos conflitos relacionados à arte plástica conduz à busca por uma alternativa, qual seja, o regime dos bens comuns. Trata-se de uma categoria que foge à lógica proprietária, uma vez que abrange tanto os bens jurídicos privados e públicos que sejam relevantes ao exercício de direitos fundamentais. Em atenção ao tema em voga, é necessário pesquisar a conclusão da Comissão de Rodotà sobre bens comuns apresentada na Itália em 2009.

Haja vista o exposto, o primeiro capítulo inaugura este estudo com a exposição da compreensão da arte plástica como bem jurídico privado ou público, adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira até o momento atual. Sendo assim, a primeira parte do trabalho inclui a problematização dos conceitos de “função social” e “cultura”, aos quais o exercício do domínio de uma obra de arte plástica está sujeito.

O segundo capítulo segue com a explanação do Regime de Bens Comuns, a análise de sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro e da sua adequação às obras de arte plástica.

A proposta do terceiro capítulo é, ultrapassado o estudo individualizado dos regimes jurídicos aplicáveis à arte plástica, realizar uma ponderação entre os princípios de direito para determinar a que regime jurídico deve-se submeter as obras de arte plástica. Por fim, pretende-se evidenciar as consequências da aplicação de tal regime.

Levando em consideração que a proposta do presente artigo é comparar os regimes jurídicos aplicáveis as artes plásticas, é imperativa a adoção do método dialético, que permitirá o estudo de conceitos e teses separadamente para, então, contrapô-los e obter uma conclusão sobre o regime mais adequado.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, pois a análise se baseará na produção doutrinária acerca do tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência que possam corroborar com a tese sustentada.

## 1. ESTUDO DO BEM JURÍDICO DA ARTE PLÁSTICA COMO TRADICIONALMENTE COMPREENDIDO, CONFORME A DICOTOMIA ENTRE PATRIMÔNIOS PARTICULAR E PÚBLICO

Tendo em vista que o objeto deste artigo é observar o regime jurídico aplicável à arte plástica, inaugura-se esta pesquisa com a exposição do conceito de arte plástica<sup>1</sup>. A despeito de algumas normas legais adotarem o conceito de arte plástica, como o art. 77 da Lei nº 9.610/98, nenhuma delas a conceitua. Desta forma, é imperativo buscar a definição em fontes não jurídicas, como o Dicionário Houaiss<sup>2</sup>, segundo o qual “artes plásticas” é uma locução substantiva designativa do conjunto de artes que inclui o desenho, a pintura, a escultura, a gravura e a arquitetura. Neste sentido, portanto, esta vertente artística atrai a aplicação do art. 7º, caput e inciso VIII da Lei nº 9.610/98, pois este é o dispositivo legal destinado à proteção das obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética.

Uma vez definido o objeto deste estudo, importa examinar o regime jurídico que lhe é aplicável. Segundo o art. 22 da Lei nº 9.610/98, o autor detém os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Fato é que tais direitos, de naturezas jurídicas distintas, implicam em abordagens diferentes. Os direitos autorais patrimoniais estão listados no art. 28 da Lei nº 9.610/98: usar, fruir e dispor, com exclusividade, da criação artística.

Essa previsão coaduna com o teor do artigo<sup>3</sup> que inaugura o capítulo sobre a propriedade em geral no Código Civil. A perspectiva patrimonialista, portanto, visa as obras de arte conforme os demais objetos tangíveis sujeitos ao domínio humano. Como consequência deste paradigma, os direitos e deveres advindos da obra artística obedeceriam à lógica *propter rem* de forma que o alienante se destacaria completamente do bem no momento da transferência de propriedade.

Os direitos morais do autor, previstos no art. 24 da Lei nº 9.610/98, como o direito a ter a autoria reconhecida, ou preservada a integralidade da obra, dizem respeito ao vínculo entre homem-criador e a obra-criação como fruto de sua atividade intelectual. A natureza jurídica desses direitos, entretanto, é objeto de divergência doutrinária. Conforme a teoria personalista,

---

<sup>1</sup>A doutrina brasileira não encontra consonância com relação à distinção entre os termos “arte plástica” e “arte visual”, de forma que, neste trabalho, os dois conceitos são tratados como sinônimos.

<sup>2</sup>HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.6

<sup>3</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2009. Art. 1.228.



a criação artística consiste na manifestação, exteriorização da personalidade do autor, de forma que a arte compõe os direitos da personalidade deste sujeito. Assim, o criador não poderia ser completamente desvinculado da exteriorização de direito que lhe é inerente.

É possível, também, a compreensão dos direitos morais do autor como direitos pessoais. Veja-se, esta doutrina não vislumbra esta categoria de direitos como externalização do que é inerente ao humano, no caso, autor, e tampouco nega a relação entre criador e criação. Sendo assim, os direitos morais do autor não configurariam direitos da personalidade mas também não se limitariam ao aspecto patrimonial, o que leva ao exame da arte como um direito pessoal.

O terceiro prisma consiste em um posicionamento mediano, de forma a combinar os aspectos patrimonial e pessoal. Segundo esta compreensão, a obra pode ter seus aspectos divididos entre o patrimonial, que se limitaria ao pecuniário, e o pessoal, que corresponderia à expressão artística. Independentemente da corrente doutrinária adotada, encontra-se consonância acerca da compreensão do direito autoral como um direito fundamental<sup>4</sup>, cujo princípio basilar é o da dignidade humana, como os demais direitos pessoais, sejam eles direitos da personalidade ou não<sup>5</sup>.

A Lei nº 9.610/98 esclareceu uma questão advinda do art. 524 do Código Civil de 1916<sup>6</sup>, sobre a possibilidade de entender os direitos autorais como exclusivamente patrimoniais. Com base na alteração legislativa, a doutrina contemporânea encontra segurança na perspectiva de que direito autoral é ordem de titularidade, e não propriedade advinda do direito real.

Outra interpretação do direito autoral, como disposição legal acerca da titularidade de direitos revela a relação entre a obra de arte plástica e um indivíduo titular, seja ele o proprietário do bem material ou o autor possuidor de direitos morais. Sendo que a Lei nº 9.610/98 prevê uma gama de direitos e deveres incidentes sobre o mesmo bem jurídico, qual seja, a obra. Esta compreensão não evita o surgimento de conflitos sobre o regime jurídico aplicável às obras de artes visuais. Sobre tais criações artísticas, que possuem uma existência material, convergem direitos de titularidade distinta que definirá o exercício da liberdade artística ou acesso à cultura<sup>7</sup>.

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019. Art. 5º, XXVII e XXVIII, “a” e “b”.

<sup>5</sup>SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos morais do autor*. In: *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan.-mar./2013, p.14. Disponível em: <<http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>>. Acessado em 07 mai.2019.

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019. Art. 524.

<sup>7</sup>Há diversos julgados que ilustram a afirmação, como: (i) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1438343/MS*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:



A questão sobre o regime jurídico aplicável às obras de arte plástica está em definir se consiste em um direito privado, sujeito à vontade de um cidadão, ou público, a ser administrado conforme o interesse coletivo, em prol da cultura e educação. Para tanto, a dicotomia entre direito público e privado deve ser evidenciada. Conforme Miguel Reale<sup>8</sup>: as relações de direito público são as que envolvem o Estado ou traduzem o predomínio do interesse coletivo, enquanto as relações de direito privado se desenvolvem entre cidadãos. Sendo assim, a classificação da obra de arte plástica como bem jurídico de direito público ou privado é de suma importância, afinal, isto define qual interesse deve determinar o seu tratamento, o do indivíduo ou o de todos.

É bem verdade que, a despeito da relação histórica entre direito e arte, os primeiros registros da compreensão jurídica da arte plástica revelam teor privatista. Isso porque a arte plástica presume a manipulação de materiais de forma a alcançar uma produção estética que resulta em um bem material, tangível, suscetível do exercício do domínio. Como o período de codificações corresponde à época em que se buscava segurança jurídica ao instituir uma única lei em territórios que anteriormente compreendiam diversos feudos, os primeiros registros legais sobre as obras de arte plástica exprimem a lógica burguesa vigente, cujo uma das prioridades era a manutenção da propriedade<sup>9</sup>.

Fato é que tal inclinação não encontrou eco no Estado Democrático de Direito. A CRFB/88, com teor social, determina, em seu art. 5º, inciso IX, que a liberdade artística é direito fundamental. Além disso, o art. 216, III, da CRFB/88 trata das criações artísticas como elementos do direito à cultura. Nesse sentido, cabe apontar o que Carlos Alberto Bittar afirma que a arte consiste em uma espécie de linguagem universal da expressão humana na construção da cultura.<sup>10</sup>

---

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300956653&dt\\_publicacao=22/02/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300956653&dt_publicacao=22/02/2017)>. Acesso em: 10 jun. 2019. Ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por artista plástico cuja escultura foi edificada em logradouro público e posteriormente, foi representada em ingressos de partida de futebol sem autorização autoral; (ii) BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0306287-73.2015.8.19.0001*. Des(a). Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E139B86531F5F7D11C329B876A6086D0C5084A2A5302>>. Acesso em : 10 jun. 2019. Ação de indenização por exposição, em clipe musical, de mural de *graffiti*, arte situada permanentemente em logradouro público, sem autorização autoral.

<sup>8</sup>REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.4

<sup>9</sup>VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção de cadernos de políticas culturais*. v.1. 2006. p. 197. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

<sup>10</sup>BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Atualização, revisão e ampliação por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro, RJ: Gen. Forense, 2015, p. 10.

O art. 215, caput, da CRFB/88 prevê a garantia estatal ao pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. O comando desta norma presume o atendimento da vontade da sociedade, incluindo as minorias representativas, o que transparece a percepção da arte visual como bem jurídico de direito público. A mencionada dicotomia, entretanto, sempre mantém a lógica patrimonial, qual seja, da disposição do bem jurídico conforme a vontade de seu detentor, seja ele um indivíduo ou a coletividade.

Verdade é que a CRFB/88 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever a função social da propriedade<sup>11</sup>. O dever de observância da função social da propriedade veda o exercício abusivo do direito e tem como principal motivação a pacificação social conforme a consciência coletiva, a noção de público. Considerando este entendimento, o exercício da propriedade de uma obra de arte não pode se dar de forma prejudicial ao interesse comum a todos os cidadãos. Se a obra de arte plástica é tratada como propriedade, o direito de dispor desta manifestação artística será limitado pela sua função social. Ocorre que, diferentemente do direito à moradia ou à água, os direitos à cultura e à liberdade de expressão, em regra, não são passíveis de medidas objetivas.

Ademais, diversos podem ser os possuidores de direitos sobre obras plásticas. O primeiro deles é o autor, que adotou técnica sobre certo material para criar uma obra de arte. O segundo é o destinatário, que pode ser um indivíduo determinado, ou o público em geral. O terceiro é o Estado, representante do interesse comum sobre a produção cultural. Como há mais de um interesse a ser levado em consideração, o regime jurídico a ser aplicado às obras de arte plástica é objeto de divergência<sup>12</sup>.

Se o titular da obra de arte plástica for considerado pertencente ao âmbito do direito privado, a obra de arte plástica poderá ser transmitida, administrada, conforme a vontade de seu titular, pois nesta área prevalece a autonomia da vontade. Caso o titular da obra de arte seja considerado pessoa de direito público, a mesma obra será analisada segundo o direito público, e seu tratamento deverá obedecer ao conjunto de vontades dos cidadãos, de forma a ser aproveitada por todos. Submetendo-a ao direito público, a disposição do bem jurídico é enrijecida pela burocracia da Administração Pública e aplicam-se os instrumentos previstos no ordenamento brasileiro para proteger o patrimônio público, como a inclusão no Livro do Tombo das Belas-Artes. Para avaliar de quem é a titularidade sobre o bem, deve-se debruçar sobre a

---

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 4, arts. 5º, XXIII, e 170, III.

<sup>12</sup>Exemplos internacionalmente conhecidos: Caso do pintor Whistler, em 1900, França, em que o autor produziu o retrato sob encomenda e diante do inadimplemento, expôs a obra encomendada; Caso do pintor Camoin, em 1914, Paris, que insatisfeito com suas obras artísticas, as jogou no lixo e posteriormente tomou conhecimento de que elas estavam sendo vendidas em leilão.

natureza jurídica da arte plástica, objeto de 3 (três) perspectivas clássicas<sup>13</sup>: a patrimonialista; a personalista e a pessoal-patrimonialista.

## 2. POSSIBILIDADE DE A ARTE PLÁSTICA SER CONSIDERADA BEM COMUM

Como alternativa ao sistema de titularidade que se limita à divisão entre o que é público ou privado, há se considerar o conceito proposto por Bobbio<sup>14</sup> de bem comum. O autor entende que este bem jurídico é uma exteriorização da busca pela felicidade natural e, portanto, um valor moral. Segundo dispõe no Dicionário de Política, o bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Isso porque, enquanto não se limita ao bem particular, mas também não o nega, o bem comum não é sinônimo do bem público. O bem público pertence a todos como fruto da comunhão de todos os interesses individuais, já o bem comum não advém deste somatório, mas sim da condição de cidadão, e somente pode ser perseguido em conjunto<sup>15</sup>:

Finalmente, esse conceito manifesta uma vontade que é própria de toda sociedade organizada, claramente evidenciada pela ciência política: sem um mínimo de cultura homogênea e comum, sem um mínimo de consenso acerca dos valores últimos da comunidade e das regras de coexistência, a sociedade corre o risco de se desintegrar e de encontrar sua integração unicamente mediante o uso da força.

Esta terceira categoria consiste em um conceito desenvolvido ao longo da história humana, sem que se possa atribuir sua criação a uma determinada comunidade, a determinado momento. Importa destacar que, apesar das divergências doutrinárias acerca da divisão do Direito Romano<sup>16</sup>, ele já previa conceitos que podem ser considerados embrionários do que se considera bem comum atualmente<sup>17</sup>. O Direito Romano tratava do *ius naturales*, que consistia em um direito comum a todos os seres vivos, como o direito à água, e o *ius gentium*, cuja aplicação recaía sobre todos os seres humanos, pois todos eram interessados, além de dispor de ações populares.

Na história do direito, houve momentos em que os bens comuns tornaram-se mais evidentes dentro de determinados ordenamentos jurídicos. Existem registros referentes à Idade Média em que os bosques e as águas que se sujeitavam ao interesse comum, conforme a

---

<sup>13</sup>BITTAR, op. cit., p. 28.

<sup>14</sup>BOBBIO, N. et al. *Dicionário de Política*. 7. ed. Brasília: UNB, 1995, p.106-107.

<sup>15</sup>Ibid.

<sup>16</sup>PINTO JÚNIOR, João José. *Curso Elementar de Direito Romano*. Pernambuco: Typografia Econômica, 1888, p.102,105,107

<sup>17</sup>BENARRÓS CLEMENTONI, Myriam. *Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

necessidade de plantio para a subsistência.<sup>18</sup> É possível apontar, também, ocasiões em que a doutrina se debruçou sobre matérias que, apesar de não receberem a exata nomenclatura, correspondiam aos bens comuns. Entre elas, destaca-se o estudo de Elinor Ostrom sobre pequenas comunidades que contavam com os *common pool resources*, fontes de sustento comum, como os canais de água<sup>19</sup>.

Conquanto os bens comuns tenham sido objeto de diversos ordenamentos jurídicos ao longo do tempo, eles não são previstos nos códigos ocidentais como categoria distinta da divisão dualista clássica. Isso quer dizer que a sua posição no ordenamento jurídico ainda não havia sido estudada. Ocorre que na Itália, em 2007, foi designada a Comissão de Rodotà<sup>20</sup>, que definiu o que seriam os bens comuns. Acerca da mencionada comissão, cabe mencionar a explicação de Marcus Dantas e Pablo Renteria<sup>21</sup>:

Formulam-se, ademais, novas categorias de bens, entre as quais a de bens comuns (*beni comuni*), os quais são definidos como bens consumíveis não rivais exauríveis, como os cursos d'água, os lagos, o ar, os parques naturais, as florestas, a fauna, os bens culturais, entre outros que, independentemente de pertencerem a um ente público ou privado, se revelem funcionalmente relevantes ao exercício dos direitos fundamentais e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Em virtude de sua relevância, tais bens devem sujeitar-se a disciplina jurídica que assegure o direito de acesso a todos os membros da coletividade, inclusive os das próximas gerações.

Esta antiga categoria de bens, recentemente conceituada, se revela independente da dicotomia entre direito público e privado, pois não obedece ao mesmo critério, a titularidade. Sendo assim, os bens comuns englobariam bens que, conforme o ordenamento brasileiro atual, corresponderiam a bens públicos e privados. A sua função social corresponde ao interesse de todos, então a premissa de que diante do direito de um indivíduo, surge o dever de abstenção de violação deste direito pelos demais não se aplica. Apesar de a conceituação dos bens comuns abranger os bens culturais, é imperativo ressaltar que os documentos sobre a sua

---

<sup>18</sup>SANTOS, José Marinho Seves. *Um outro mundo possível: ensaios sobre o comum, a multidão e as jornadas de junho 2016*. Monografia (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=29819@1>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

<sup>19</sup>OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. UK, Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <[https://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf)>. Acessado em 07 mai.2019.

<sup>20</sup>A Comissão de Rodotà foi designada em 2007 pelo Ministro da Justiça italiano Romano Prodi para se manifestar acerca do regime jurídico que deveria ser aplicado aos bens comuns. Tal Comissão foi composta de 14 juristas italianos e presidida por Stefano Rodotà. O motivo de fato que impulsionou esta análise foi a privatização do serviço de abastecimento de água, promovida pelo Governo Berlusconi em 2002.

<sup>21</sup>DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho ; RENTERIA, P. W. . "Notas sobre os bens comuns". In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 131-146.

aplicação abordam principalmente o direito ao meio ambiente equilibrado, a racionalização da matéria-prima.

Para fazer a subsunção das obras de arte plástica ao regime jurídico dos bens comuns, é imperativo atentar aos critérios previstos pela Comissão de Rodotà. O art. 86 do Código Civil<sup>22</sup> determina que os bens consumíveis são aqueles cujo uso importa destruição imediata da própria substância, como os recursos ambientais, e os destinados à alienação, que é o caso dos automóveis. A consuntibilidade das obras de arte plástica não decorre necessariamente da sua substância, afinal, tais manifestações artísticas admitem diversos componentes, como madeira, tinta e concreto. Ainda assim, o valor econômico de uma arte plástica é fator suficiente para classificá-la como bem consumível.

A não rivalidade consiste em um conceito advindo da Economia, e significa que o consumo de determinado bem por um indivíduo particular não diminuirá a quantidade disponível para os demais. É bem verdade que a plasticidade das obras em questão designa sua existência material, e tudo que existe no mundo da física não pode ser alcançado por todos os cidadãos em igual proporção simultaneamente. Afinal, se os ingressos para uma exposição esgotarem, aqueles que não compraram ingresso não terão alcance a essa informação. Por isso, fala-se em ausência de rivalidade exaurível, ou seja, se o bem for consumido por determinado sujeito, não deixará de existir para outrem. Para averiguar este requisito, deve-se observar se, uma vez consumido por determinado público, o quadro, escultura, desenho ainda será passível de exposição, na mesma medida.

O estudo sobre a relevância da obra de arte plástica para o exercício dos direitos fundamentais e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana depende da análise do que é patrimônio cultural. A doutrina<sup>23</sup> encontra consonância na interpretação do art. 216 da CRFB/88 no sentido de que o patrimônio cultural consiste no conjunto de criações humanas que projetam a identidade, ação e memória de diversos grupos sociais que formam a sociedade brasileira. Tais criações que o compõem são os bens culturais. Esses bens, por serem entendidos como objeto de tutela jurídica, estão sujeitos a uma seleção que os distinguirá das outras produções culturais.

Uma das questões acerca do regime jurídico aplicável às obras de arte plástica é a definição de que manifestação artística é objeto de direito. Como um direito fundamental, o direito à arte acarreta em uma série de deveres atribuídos ao Poder Público. Esta, por sua vez,

---

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 3, art. 86.

<sup>23</sup>DANTAS et al, op. cit., p. 194.



não é um garantidor universal e está atrelado a um orçamento. O critério usado pelo legislador e aplicado na jurisprudência é a sua relevância social, a representação das comunidades, de tal maneira que a expressão artística física se confunde com os valores que se deseja transmitir<sup>24</sup>. A interpretação do que consiste em expressão da identidade de um grupo social, entretanto, não pode ser monopolizada por um representante estatal.

Tendo isso em vista, há se mencionar a Lei Rouanet<sup>25</sup>. Esta lei institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), destinado à captação e canalização de recursos para diversos objetivos, como o acesso à cultura, o exercício dos direitos culturais, e a proteção do patrimônio histórico e artístico. Para que um sujeito usufrua dos benefícios previstos neste dispositivo, o seu projeto deve ser aprovado pela Comissão Nacional de Incentivo à Cultura<sup>26</sup>.

Esta previsão legal se revela ineficiente, pois a maior parte das verbas direcionadas pelo PRONAC é aplicada a grandes empreendimentos, sediados na região sudeste brasileira<sup>27</sup>. A falta de compromisso com a diversidade cultural brasileira revela a inadequação dos critérios impostos pelo legislador para a conservação do patrimônio cultural. Outrossim, destaca-se que os debates inflamados entre representantes políticos<sup>28</sup> sobre o montante direcionado à Lei Rouanet refletem a baixa estima que determinados seguimentos da Administração Pública atribuem a um direito fundamental previsto na Carta Maior.

### 3. PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA DETERMINAR O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS ARTES PLÁSTICAS E AS CONSEQUÊNCIAS DESTA DEFINIÇÃO

Como à obra de arte plástica podem ser aplicados os regimes jurídicos privado, público e o dos bens comuns, importa fixar qual é o sistema jurídico aplicável, e quais são os critérios

---

<sup>24</sup>PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Dieito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade*. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>25</sup>BRASIL. *Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8313cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8313cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2019.

<sup>26</sup>Colegiado formado por: (i) o Secretário da Cultura da Presidência da República (presidente); (ii) os Presidentes das entidades supervisionadas pela SEC/PR; (iii) o Presidente da entidade nacional que congrega os Secretários de Cultura das Unidades Federadas; (iv) um representante do empresariado brasileiro; (v) representantes de entidades associativas dos setores culturais e artísticos de âmbito nacional. Esta Comissão se reúne mensalmente e dá parecer acerca dos projetos apresentados.

<sup>27</sup>CARVALHO, Jonas. *Os 15 maiores captadores de recursos da Lei Rouanet em 2015*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-15-maiores-captadores-de-recursos-da-lei-rouanet-em-2015/>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

<sup>28</sup>O Presidente da República Jair Bolsonaro se manifestou favoravelmente à diminuição da destinação de verbas públicas à efetivação da Lei Rouanet, conforme reportagem do Jornal O GLOBO disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/bolsonaro-diz-que-vai-diminuir-teto-da-lei-rouanet-de-60-milhoes-para-1-milhao-por-projeto-23585442>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

para tanto. Para desenvolver essa análise, importa segmentar os direitos que recaem sobre a obra plástica. São eles o direito de reprodução, distribuição, comunicação pública, transformação da obra, e desenvolvimento de sequência. Como esta pesquisa possui maior enfoque na relação construída entre autor, obra de arte e o público consumidor, o direito de comunicação ao público, previsto no art. 5º, V, da Lei nº 9.610/98<sup>29</sup>, será o objeto de estudo.

Ocorre que tais direitos não são ilimitados, afinal, o direito privado patrimonialista ainda está sujeito à função social do bem jurídico. Conforme a última vertente mencionada, o direito do autor é restringido de acordo com eventuais licenças. Tais licenças podem ser voluntárias, que ensejam no uso da obra de arte de forma livre e gratuita, ou não voluntárias, que abarcam as obrigatórias e as legais. As licenças legais são previstas em lei ou por ato normativo da autoridade competente. Já as licenças obrigatórias conferem o direito de uso livre, mas sujeito às condições de uso pelo autor. Fato é que essas licenças podem ser usadas para uso pessoal ou público.

Note-se que a obra de arte plástica é composta de sua materialidade, sua existência física, e o que se chama de corpo místico<sup>30</sup>, a manifestação do espírito criativo do autor<sup>31</sup>. Considerando tal distinção doutrinária, teórica, e o texto do art. 37 da Lei nº 9.610/98<sup>32</sup>, é possível concluir que a disposição do direito patrimonial, entretanto, é limitada tendo em vista a proteção à parcela imaterial, a moral. Isso se dá por causa da alteração de paradigma adotado para interpretação da Carta Maior, que, atualmente, prioriza os valores sociais e os direitos existenciais do ser humano, em detrimento da lógica individual patrimonialista.

A verdade é que a Lei nº 9.610<sup>33</sup> revela forte tendência privada-patrimonialista. A despeito de o art. 29, VIII, “j”, da Lei nº 9610<sup>34</sup> prever a necessidade de autorização prévia autoral para a exposição de obra de arte plástica, o art. 77<sup>35</sup> da mesma lei prevê que, com a transmissão do aspecto material da obra, aliena-se também o direito de exposição, mas não o de reprodução. A doutrina majoritária entende que o art. 29 da Lei nº 9.610/98 trata de exposição pública, enquanto o art. 77 da Lei nº 9.610/98 trata da exposição privada. De qualquer

---

<sup>29</sup>BRASIL. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2019. Art. 5º, V.

<sup>30</sup>SOUZA. op.cit., p. 14.

<sup>31</sup>MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p.311.

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 29, art. 37.

<sup>33</sup>BRASIL, op. cit., nota 29.

<sup>34</sup>Ibidem, art. 29.

<sup>35</sup>Ibidem, art. 77.



forma, o art. 38 da Lei nº 9.610/98<sup>36</sup> dispõe sobre o direito irrenunciável do autor a perceber o percentual mínimo de 5% sobre eventual aumento do preço verificável a cada venda da obra.

Os dispositivos comentados, assim como a análise da interpretação conferida a eles, revelam grande interesse do legislador e dos profissionais da área no valor de mercado da obra de arte. Isso porque, enquanto a corrente de compras e vendas de obras de arte plástica acaba por valorizar o produto, e, conseqüentemente, enriquecer o seu autor, em contrapartida, o teor artístico é diminuído. O potencial criativo, a espontaneidade, ficam à mercê do mercado. Trata-se da comodificação<sup>37</sup>, processo pelo qual bens ou serviços se tornam *commodities*, mercadorias com pouca industrialização, mas comercialização de grande circulação, relevante no mercado.

Considerando a situação atual, chamada de capitalismo cognoscível, ou capitalismo do conhecimento, evidencia-se a inadequação da construção jurídica desenvolvida até o presente momento para regular as relações entre autores, obras e consumidores ou público. A situação atual revela menor estímulo ao desenvolvimento artístico como interesse primordial da produção artística, e limitação de investimentos de acordo com o que movimenta o mercado.

Como solução alternativa, aventa-se a aplicação do regime de bens comuns. Segundo o princípio da correlação entre a figura do bem individual e o bem comum, aquilo que se pode considerar um bem individual contrário ao bem comum não é um bem jurídico, e sim um interesse particular. Reitera-se: o bem comum não é o somatório dos bens individuais, mas sim a essência que pode ser extraída da busca pela felicidade exercida por cada um. Neste caso, os direitos fundamentais ao patrimônio cultural, à propagação das ideias, à liberdade artística, compõem o âmago que se busca proteger ao tutelar cada obra de arte plástica.

Esta contrapartida ideológica se revela limiar, simplista, e tampouco é atrativa. Se aos autores não for assegurado um conjunto mínimo de garantias, sua produção não será incentivada e a qualidade, no sentido de possível representação decairá, junto com o seu potencial interesse social, afinal, a obra de arte visual é resultado de uma atividade. Esta atividade é empregada por um indivíduo que depende da sua subsistência e têm direito a buscar lucro. Quanto menos proveitosa for a atividade artística, menor incentivo haverá à criação intelectual. Conclui-se, portanto, que a produção artística, e em maior escala, a produção de conhecimento, será igualmente prejudicada.

---

<sup>36</sup>BRASIL, op. cit., nota 28, art. 38.

<sup>37</sup>Conceito cuja criação é atribuída a Karl Marx, também nomeado como mercadorização ou mercantilização, usado para designar o processo pelo qual relações inicialmente não mercantis passam a receber valor comercial, de forma que tudo se torna objeto de consumo.

Esta consequência evidencia que as obras de arte plástica possuem duas ordens de riqueza, a monetária, que é gerada conforme o movimento do mercado, e a que diz respeito ao seu valor democrático. Os autores que têm se dedicado ao estudo da aplicação do regime de bens comuns no Brasil afirmam que este regime é interessante justamente por admitir uma gestão inovadora, que admite diversas possibilidades, sem se limitar à titularidade que cristaliza a lógica público-privada. Ultrapassada a análise sobre a adequação do conceito e a verificação das características dos bens comuns, importa observar casos concretos, a aplicação fática deste regime jurídico à arte plástica.

Fato é que, como este regime ainda não é adotado no Brasil, este estudo continua no mundo das ideias, das possibilidades. Trata-se de um regime jurídico sistematizado, ou seja, enquanto não for aplicado por completo, ficará apenas na aplicação pontual do regime de bens públicos, sem que se otimize a participação social em busca do interesse comum. À efetivação do regime de bens comuns, faz-se necessário o bom uso da governança moderna dos comuns, com alicerce na participação social na administração, o adequado e razoável aproveitamento das verbas públicas arrecadadas em forma de tributos, considerando a busca pela igualdade fática entre todos os cidadãos.

O regime dos bens comuns busca efetivar o interesse de todos e, seguindo essa lógica, permite maior coordenação entre os cidadãos, independente da atuação estatal, por meio de organizações sociais. Como exemplo, cabe apontar as intervenções artísticas desenvolvidas na rua e as produções culturais características de pequenas comunidades. O regime de bens comuns parte do princípio de que os cidadãos podem exercer sua cidadania buscando o seu interesse comum, à parte da atuação estatal, logo, afastando a burocratização que impede o alcance do mencionado interesse.

Existem alguns exemplos pontuais aplicados no mundo. São instrumentos adotados em pequenas comunidades pesqueiras, que estipulam regras locais acerca da divisão de peixes ou época de pesca, ou instrumentos empresariais, como fundos fiduciários<sup>38</sup> ou fideicomissos<sup>39</sup>, que deverão ser regulados conforme a particularidade de cada nação. Sendo que a proteção dos bens comuns não exige o completo abandono dos instrumentos adotados anteriormente em nosso ordenamento, como a preservação pelo tombamento ou a regularização do exercício de determinados direitos, como o pagamento de 5% a cada contrato de compra e venda de uma obra de arte visual.

---

<sup>38</sup>Sky Trust é um fideicomisso adotado no Alasca que permite a alienação do direito de emitir carbono.

<sup>39</sup>Fundo Permanente do Alasca (Alaska Permanent Fund) é um fundo fiduciário que permite entradas derivadas de petróleo em terras estaduais.

O objetivo desta pesquisa é estudar a subsunção do bem jurídico da arte plástica ao regime dos bens comuns, bem como comparar este tratamento jurídico aos desenvolvidos até então, no Brasil. Para analisar a aplicação de um regime jurídico ainda não sedimentado no ordenamento brasileiro como um possível dever ser, cumpre delinear esta hipótese a partir do que já é, ou seja, do regime aplicado atualmente à arte plástica.

O primeiro capítulo evidencia relevante divergência doutrinária acerca de como abordar as obras de arte plástica como bem jurídico. Isso porque os diplomas legais aplicados às obras de arte são diversos e seu conteúdo está intrinsecamente ligado ao momento em que foram produzidos. A perspectiva aplicada à ciência do direito foi alterada ao longo do tempo, de forma que o aspecto inicialmente privilegiado, o patrimonial, passou a ser combinado com o moral e, posteriormente, com o coletivo, cultural. Como esta mudança se deu de forma paulatina, os legisladores não tiveram cuidado minucioso com os conceitos e aspectos particulares ao ramo do direito das obras de arte plástica. Sendo assim, o ordenamento brasileiro rege a arte plástica de modo desconexo, não sistematizado.

O tema deste artigo foi selecionado exatamente porque as obras de arte plástica consistem no resultado material, suscetível de valoração mercadológica, de atividade intelectual exercida por um autor como forma de expressão individual e cultural a ser percebido pela sociedade como um todo, ou por consumidor específico. No bem jurídico da arte plástica, convivem os aspectos privatista patrimonialista e público social. Um quadro, por exemplo, é uma matéria física que revela, entre diversas leituras jurídicas, o direito à liberdade de expressão, à liberdade artística, o direito de ter acesso à cultura, o consumo, o direito de reprodução, o direito de exposição.

O fato de haver tantos prismas sujeitos a um conjunto de normas não sistematizadas de forma integrada, e posições doutrinárias distintas, assim como a existência de conceitos jurídicos abertos, inviabiliza a paz social sobre o tratamento atribuído à arte plástica. Diante da desordem e da ineficácia recorrente do direito sobre as obras de arte plástica, é imperativo buscar uma solução legal. Por isso, considera-se a aplicação do regime de bens comuns, cuja proposta é justamente abandonar critérios que se se revelam ineficientes até o presente momento. Esta pesquisa se desenvolveu considerando essa tensão.

Vale dizer que o estudo foi construído considerando um regime jurídico que não encontra previsão legal expressa. Apesar da aparente troca da insegurança advinda de lacunas legais e divergências doutrinárias pela instabilidade de um regime nunca sedimentado,

a subsunção das obras de arte plástica ao regime jurídico dos bens comuns se revela promissora. Esta abordagem conta com maior dinamismo, em oposição à estagnada dicotomia entre os regimes público e privado.

Este regime aprimorado, polido, é todo erguido sobre a noção de que há um interesse comum a todos os seres humanos. Esta ideia encontra consonância com todas as previsões legais de direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial dos homens. A posição amplamente majoritária da doutrina, inclusive de outros âmbitos do conhecimento, como o religioso, aponta para o reconhecimento de uma essência humana a ser resguardada. Este núcleo é encontrado em uma obra de arte plástica, porque a sua dimensão espiritual, intelectual, diz respeito à liberdade de expressão, a liberdade de expressão artística e o direito à cultura.

Importa destacar que os elementos reconhecidos pela doutrina como essenciais aos bens comuns se encontram nas obras de arte plástica. Tais obras podem ser gozadas por diversos receptores, sejam eles consumidores ou ambulantes que no dia-a-dia passam por um monumento. São bens que, apesar de serem passíveis de gozo, aproveitamento por um indivíduo, não se extinguem com este uso. Como a análise contemporânea promovida sobre o regime de bens comuns reflete justamente a crise jurídica internacional acerca das relações humanas que versam sobre bens consumíveis não rivais e a administração deles, tal estudo é aplicável às mencionadas obras.

## REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. *Informação, saber vivo e trabalho imaterial*. In: ALBAGLI, Sarita. *Fronteiras da Ciência da Informação*. Brasília: IBICT, 2013. Disponível em: <<http://livroaberto.ibict.br/handle/1/1020>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. et al. *E-Science, ciência aberta e o regime de informação em ciência e tecnologia*. Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC)*. Disponível em: <<http://leideincentivoacultura.cultura.gov.br/cnic/#o-que-e/>>. Acesso em: 07 mai. 2009.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 3.071*, de 1° de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.313*, de 23 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2007/11/25/mecanismos-de-apoio/>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L9610.HTM](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9610.HTM)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1438343/MS*. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300956653&dt\\_publicacao=22/02/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300956653&dt_publicacao=22/02/2017)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0306287-73.2015.8.19.0001*. Des(a). Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E139B86531F5F7D11C329B876A6086D0C5084A2A5302>>. Acesso em : 10 jun. 2019.

CLEMENTONI, Myriam Benarrós. *Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*. How social production transforms markets and freedom. New Haven and Londres: Yale University Press, 2006. Disponível em: [http://cyber.law.harvard.edu/wealth\\_of\\_networks/Download\\_PDFs\\_of\\_the\\_book](http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/Download_PDFs_of_the_book). Acesso em: 15 nov. 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Atualizador). *Direito de autor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOBBIO, N. et al. *Dicionário de Política*. 7. ed. Brasília: UNB, 1995.

CARVALHO, Jonas. *Os 15 maiores captadores de recursos da Lei Rouanet em 2015*. In: *Exame*. São Paulo: Abril, 2016. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-15-maiores-captadores-de-recursos-da-lei-rouanet-em-2015/>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

CORTIANO JR., Eroulths; KANAYMA, Rodrigo Luíz. Notas para um estudo sobre bens comuns. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v.9, n.15, jul/dez, 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista16/notasEroulths.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

DANTAS, Marcus; RENTERÍA, Pablo. Notas sobre os bens comuns. In. TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.) *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.) *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. UK, Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <[https://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2019.

\_\_\_\_\_ et al. *Revisiting the commons: local lessons, global challenges*. EUA. Science. v.284. nº 5412. 9 abr.1999. Disponível em <<http://125.22.40.134:8082/jspui/bitstream/123456789/2372/1/Ostrom%20et%20al%2C%20Revisiting%20the%20Commons.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade*. Curitiba: Juruá, 2015

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Direito autoral do artista plástico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 5.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, José Marinho Seves. *Um outro mundo possível: ensaios sobre o comum, a multidão e as jornadas de junho 2016*. Monografia (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=29819@1>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

STARLING, M. B. L. *Entre a lógica de mercado e a cidadania: Os modelos de gestão do patrimônio cultural*. Casa de Rui Barbosa, 2011. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Políticas\\_Culturais/II\\_Seminario\\_Internacional/FCRB\\_MonicaStarling\\_Entre\\_a\\_logica\\_de\\_mercado\\_e\\_a\\_cidadania.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Políticas_Culturais/II_Seminario_Internacional/FCRB_MonicaStarling_Entre_a_logica_de_mercado_e_a_cidadania.pdf)> Acesso em: 07 mai. 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos morais do autor*. Disponível em: <<http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

VITALIS, Aline. *A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Coleção de cadernos de políticas culturais*. V. 1. Brasília: MinC; Ipea, 2006, p. 197. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>> Acesso em: 07 mai. 2019.



## O MODELO NEGOCIAL DE *LOOT BOXES* SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Luiz Guilherme Rios

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O presente trabalho se propõe a identificar e delimitar os contornos econômicos, psíquicos e jurídicos do modelo negocial das *loot boxes*. Ao longo desta dissertação, o autor pretende construir uma estrutura jurídica e metajurídica que permita o exame do tema com precisão, utilizando-se dela, ao final, para explorar essa nova prática negocial digital sob a perspectiva do direito consumerista brasileiro. Busca-se verificar, como finalidade precípua, se o modelo estudado é compatível com a estrutura de defesa dos direitos dos consumidores positivada na legislação pátria.

**Palavras-chave** - Direito Civil, Direito do Consumidor, Contratos, *loot boxes*, Vulnerabilidade, Direito à Informação.

**Sumário** – Introdução. 1. Lógica econômica do modelo negocial das *loot boxes*. 2. Adequação típica do modelo das *loot boxes*. 3. Vícios do modelo das *loot boxes* face ao direito do consumidor. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

São inegáveis as importantes modificações nas relações de consumo promovidas pela evolução dos bens e serviços digitais. A criação do patrimônio virtual e a facilidade de controle, proteção e alienação dos bens eletrônicos vêm atribuindo aos negócios cibernéticos ampla maleabilidade, tornando-os cada vez mais diversos e complexos.

A atuação estatal, no entanto, não tem acompanhado essas grandes transformações em mesma velocidade. Omissos o Estado, efeitos contrastantes têm emergido do mundo digital. Por um lado, os fornecedores, livres de regulamentação e fiscalização rígidas, têm desenvolvido incontáveis modelos negociais, criando uma positiva diversidade de estruturas de fornecimento no mercado. Por outro, esse mesmo solo negocial, fértil e flexível, vem permitindo a implementação de variadas - e inovadoras - práticas predatórias nos mais diversos setores da indústria virtual.



Grandes empresas, capazes de criar verdadeiras realidades eletrônicas, têm se aproveitado desse novo universo de possibilidades sem qualquer freio ético ou moral. As evidências apontam para o fato de que, em uma realidade sem o Estado, não existem limites para busca por lucros cada vez maiores.

Um dos setores da indústria cibernética mais marcados pelos novos abusos é o mercado de entretenimento interativo, o qual, movimentando bilhões de dólares anualmente, já se solidificou como um relevantíssimo coeficiente econômico global. Em meio a esse setor, hoje, mais do que nunca, consumidores vulneráveis e hipervulneráveis estão sendo vítimas das partes mais selvagens de um mercado cego pelo lucro. À vista disso, é de grande importância a reflexão sobre a necessidade de uma intervenção rápida e eficiente do Estado a fim de se proteger as partes mais frágeis imersas nessa realidade em expansão.

No presente trabalho, volta-se o foco para uma dessas novas práticas potencialmente abusivas. Um modelo negocial, que, se realizado da forma como o é atualmente, estará em amplo descompasso com os princípios e regras do sistema normativo brasileiro. Neste artigo, far-se-á o exame técnico da prática comercial conhecida como o modelo das "*loot boxes*" e da possibilidade de adequação dessa forma negocial à realidade jurídica brasileira.

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.

Os temas aqui abordados se apresentarão dentro da seguinte estrutura lógico-argumentativa:

No primeiro capítulo, será estabelecido o conceito de “modelo econômico das *loot boxes*” e serão expostas as razões econômicas e psíquicas que motivam e sustentam essa prática comercial. Com isso, pretende-se revelar a razão de sua ampla difusão no mercado global moderno.

No segundo capítulo, será feita a adequação típica do modelo negocial - dentro da perspectiva do direito civil – utilizando-se, para tanto, os critérios técnicos classificatórios de importantes expoentes civilistas. Além disso, com fundamento em argumentos jurídicos e metajurídicos verificar-se-á se o modelo se enquadra no conceito brasileiro de jogo de azar.

Por fim, no terceiro capítulo, toda a realidade apresentada nos dois primeiros capítulos será contraposta aos mandamentos do direito do consumidor brasileiro, onde serão evidenciadas as incongruências entre a prática e o sistema legislativo pátrio. Externados os vícios, serão propostas algumas soluções que, sob a perspectiva do autor, poderiam viabilizar, sem abusos, essa forma de monetização de conteúdo digital dentro do mercado brasileiro.

## 1. A LÓGICA ECONÔMICA DO MOELO NEGOCIAL DAS *LOOT BOXES*

*Loot box* é um termo criado pelo mercado, tendo, por vezes, acepções diferentes de acordo com o contexto em que é utilizado. Para os fins deste trabalho, todas as vezes em que a expressão “modelo das *loot boxes*” for utilizada, ela corresponderá à seguinte definição: forma eletrônica de fazer negócios em que, por meio de um contrato de compra e venda, limitado por uma licença de uso de *software*, o vendedor se compromete à entrega de um bem coletivo (continente), composto por produtos definidos por sua quantidade e gênero, mas nunca por sua qualidade (conteúdo), enquanto o comprador se obriga ao pagamento de determinado valor.

O interesse jurídico nessa prática decorre de um fenômeno econômico fascinante, que consiste, fundamentalmente, na potencialização da exploração de uma mesma base de consumidores, sem que seja necessária a expansão de nicho negocial. Por meio dessa forma de contratar, um fornecedor consegue direcionar certo produto, mais de uma vez, para o mesmo consumidor, ainda que as diversas cópias de bens já obtidos lhe sejam absolutamente inúteis.

Para que isso seja feito, são necessárias duas premissas: a primeira é que deve existir a oferta de um conjunto de produtos dentro da plataforma eletrônica criada pelo fornecedor; a segunda, é que a única forma de os adquirir é por meio de pacotes de conteúdo velado e pretensamente aleatório.

Ao omitir qual é a qualidade do que existe dentro de cada conjunto vendido, efetivamente retirando dos consumidores a escolha sobre quais bens que serão obtidos, o fornecedor consegue entregar, repetidas vezes, para o mesmo consumidor, o mesmo produto. Enquanto o cliente tiver interesse em adquirir ao menos um produto pertencente ao universo

criado, o ofertante terá a oportunidade de vender-lhe inúmeros outros, ainda que ausentes o interesse ou a utilidade sob o ponto de vista do adquirente.

Em outras palavras, ao se valer da estrutura fundamental do modelo das *loot boxes*, o fornecedor promove o rompimento do teto de investimentos patrimoniais em qualquer acervo de bens de relevância unicamente singular, multiplicando o número de aquisições feitas por cada um dos interessados. Se cada sujeito compraria apenas um bem de cada tipo, com esse método a quantidade de aquisições se multiplica uma série de vezes.

Ideias rudimentares semelhantes ao processo aqui tratado foram concebidas, não em um cenário virtual, mas para o mundo físico, em que todos os bem não desejados, mas adquiridos, poderiam ser trocados ou vendidos para terceiros. Isso, da perspectiva econômica dos consumidores, afasta, em grande parte, o prejuízo por readquirir o mesmo produto diversas vezes. Afinal, ao interagir com outras pessoas que compartilhem do mesmo interesse, é possível negociar e contratar com o objetivo de diminuir o prejuízo causado pela compra de produtos repetidos e indesejados.

Ocorre que, no âmbito digital, essa possibilidade de comercialização derivada não existe. Isso porque, a distribuidora dispõe de meios tecnológicos para impedir que o consumidor negocie aquilo que é indesejado com terceiros. Desta forma, ele se torna o único fornecedor capaz de ofertar novos bens, forçando sua clientela a adquirir indefinidamente uma quantidade maior de produtos de conteúdo digital incerto. Nasce assim, um lucrativo monopólio artificialmente construído.

Em face desse cenário, com seus olhos voltados para a potencialização dos ganhos trazida por essa ferramenta, as grandes distribuidoras digitais vêm incorporando em seus ambientes eletrônicos a essência do conteúdo colecionável. Seja a título de interfaces diferentes ou como efetivo limitador do potencial de uso da plataforma, os serviços e produtos disponibilizados no mercado digital vêm sendo fragmentados com o objetivo de permitir a monetização por meio das *loot boxes*.

A estrutura chega a parecer insustentável. Se todos os elementos apresentados são objetivamente favoráveis aos fornecedores, sem que nada exista em favor dos consumidores, o que sustenta essa prática comercial no mercado? A resposta é: o elemento psíquico atrelado aos produtos comercializados sob esse modelo.

Conforme demonstrado em recente trabalho publicado no Parlamento Australiano<sup>1</sup>, os efeitos psicológicos gerados pela aquisição de produtos sob o modelo das *loot boxes* são extremamente similares àqueles que ocorrem quando uma pessoa participa de jogos de azar. Os especialistas revelam que o mesmo sentimento de prazer - nocivo e viciante - decorrente da prática de jogos fundados exclusivamente na sorte é reproduzido na abertura de produtos vendidos sob a estrutura de *loot boxes*.

A verdade é que relações comerciais não decorrem apenas do uso da razão, e o estímulo emocional inconsciente é um poderoso e efetivo indutor de lucros. O problema surge quando os meios para manipular os desejos humanos desaguam em formas antiéticas ou imorais de agir, e o direito pátrio, há bastante tempo, condena atos dessa natureza.

Esse tema é recente, mas já alcançou repercussão em escala global. Em setembro de 2018, identificando que muitas das plataformas que contém a opção contratual das *loot boxes* são destinadas a um público hipervulnerável, uma comissão composta por quinze países<sup>2</sup>, organizada no Fórum Europeu de Regulação de Jogos de Azar, se comprometeu a realizar um esforço conjunto para, dentre alguns objetivos, definir qual é o grau de nocividade desse sistema negocial e quais medidas devem ser tomadas para contê-lo.

Não só isso, governos como o da China, do Japão e o da Coreia do Sul já implementaram regulamentações específicas sobre o tema, proibindo as facetas mais predatórias associadas ao modelo. No Brasil, a despeito do cenário mundial, não existe nenhuma regulamentação específica sobre o tema, estando a prática sujeita apenas aos ditames gerais do direito civil e do direito consumerista.

## 2. ADEQUAÇÃO TÍPICA DO MODELO DAS *LOOT BOXES*

Todo fenômeno contratual que nasce em meio à sociedade deve ser categorizado. A classificação civil dos contratos torna possível a tradução de um novo comportamento socioeconômico para o universo do direito. Essa técnica científica cria um ponto de partida ideal para a compreensão das práticas inovadoras e de seus desdobramentos jurídicos.

---

<sup>1</sup>AUSTRÁLIA. *Report: gaming microtransactions for chance based items*. Disponível em: <[https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate/Environment\\_and\\_Communications/Gamingmicrotransactions/Report](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Environment_and_Communications/Gamingmicrotransactions/Report)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

<sup>2</sup> Com especial menção a Portugal, França, República Checa, Irlanda, Letônia, Holanda, Noruega, Polônia, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos.

Seguindo essa lógica, o presente trabalho adota os seguintes modelos de classificação contratual<sup>3</sup>: quanto ao momento do aperfeiçoamento do contrato; quanto à onerosidade; quanto ao momento da execução; quanto aos deveres das partes envolvidas; quanto à negociação do conteúdo pelas partes; quanto à presença de formalidade ou solenidade; quanto aos riscos que envolvem a prestação e; quanto à tipicidade.

Seis, dos oito parâmetros classificatórios apresentados, não trazem maiores problemas, pois uma observação superficial da materialidade do contrato já revela sua natureza jurídica. Os riscos da prestação e a tipicidade, no entanto, são pontos de alta complexidade, que demandam um exame aprofundado tanto da essência do modelo negocial como das definições doutrinárias.

Simples, por essas razões, enquadrar o contrato que compõe o modelo das *loot boxes* como consensual, oneroso, de execução imediata, sinalagmático, de adesão e não solene.

É consensual uma vez que o a relação jurídica se aperfeiçoa no momento do acordo de vontades, sendo desnecessária a tradição de um bem.<sup>4</sup> Ainda que, no âmbito eletrônico, o momento de aperfeiçoamento seja o mesmo que o do efetivo pagamento da prestação, esse fator não afasta a natureza consensual do pacto, porque não lhe retira a essência - a força vinculante da manifestação de vontade.

É também oneroso<sup>5</sup>, dado que ambas as partes se sujeitam ao sacrifício de um bem com o objetivo de receber a prestação da parte contrária. É um acordo que se funda em um dispêndio patrimonial recíproco, por um lado, financeiro, por outro, digital.

Quanto ao momento da execução, é imediato, dado que a solução do negócio jurídico se efetua de uma só vez e por prestação única, tendo por efeito a extinção cabal da obrigação<sup>6</sup>.

No âmbito dos deveres das partes, é bilateral ou sinalagmático, pois ambos os contratantes assumem obrigações de pagar prestações contrapostas.

É também de adesão, já que todos os termos para a aquisição dos produtos são determinados por apenas uma das partes, sem espaço para negociação. Afinal, trata-se de uma configuração contratual voltada para o mercado de massa, por meio de distribuição digital.

Por fim, não é um contrato que dependa de solenidade, podendo ser firmado por instrumento particular e imaterial<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 7. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 615.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.61.

<sup>5</sup> NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil*, volume 3: contratos. 9 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense 2018. p. 41.

<sup>6</sup> PEREIRA, op. cit., p.70.

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 70.

Findas as primeiras seis categorias, resta o exame quanto aos riscos da prestação e quanto à tipicidade. A complexidade dessas questões se deve ao fato de que a natureza intrínseca do modelo das *loot boxes* é marcada por uma aparente aleatoriedade, a qual, se interpretada de maneira incorreta, leva a diferentes desdobramentos jurídicos.

No que se refere aos riscos da prestação, os contratos podem ser comutativos ou aleatórios. Contratos comutativos são aqueles nos quais as prestações de ambas as partes são conhecidas e definidas antes de sua celebração<sup>8</sup>. Nos ajustes dessa natureza, há uma relativa equivalência entre as parcelas ofertadas por ambas as partes.<sup>9</sup>

Em contrapartida, os contratos aleatórios são aqueles em que uma ou ambas as prestações estão sujeitas à álea, ou seja, a um evento que é futuro e incerto no momento do acordo de vontades. Esses pactos são marcados pela ausência de proporcionalidade entre as prestações, dado que a sorte e a incerteza se prestam ao papel de definir o valor das obrigações ainda não conhecidas.

Nessa segunda modalidade contratual, o elemento do risco é fundamental. Independente de qual das prestações esteja sujeita à álea, o risco que determinará a vantagem econômica proveniente do acordo deve afetar a ambas as partes. Se isso não ocorrer, o contrato não será aleatório.

Na mesma linha, os contratos aleatórios não estão sujeitos, como regra, à rescisão por lesão ou às ações redibitórias<sup>10</sup>. Além disso, por haver o fator da imprecisão, os deveres inerentes à boa-fé objetiva se manifestam de maneira mais limitada do que nos contratos comutativos.

Um exemplo clássico de pacto aleatório é o contrato de seguro. Grosso modo, se, no contexto desse contrato, o evento danoso ocorre antes que os prêmios pagos somem um valor superior ao prejuízo, a seguradora estará em desvantagem financeira, e o segurado em vantagem. Se o oposto ocorre, o resultado se inverte. Observe-se que nenhuma das partes tem conhecimento prévio sobre o momento ou a extensão do evento danoso, de modo que ambas estão sujeitas a um risco quando da celebração do pacto securitário.

A mesma situação não se apresenta no modelo das *loot boxes*. *Prima facie*, o contrato se apresenta como aleatório, afinal, a pessoa que adquire o bem continente não tem conhecimento sobre seu conteúdo, de maneira que, de sua perspectiva, o resultado da aquisição

---

<sup>8</sup> PEREIRA, op. cit., p.68.

<sup>9</sup> NADER, op. cit., p.43.

<sup>10</sup> PEREIRA, op. cit., p.69.

é aleatório. No entanto, o risco que existe para o adquirente não existe para o alienante, o que é suficiente para afastar essa classificação contratual.

O elemento fático que autoriza a distinção é o seguinte: quem define o conteúdo de cada bem continente é o próprio alienante. Seja por uma escolha predefinida ou por um algoritmo artificialmente fabricado, o alienante tem total controle sobre o resultado do negócio, não estando, portanto, sujeito a qualquer risco. O que ocorre, em verdade, é que o fabricante nega informação ao adquirente e, face ao estado de ignorância criado, promove o conteúdo dos pacotes como algo aleatório, evocando, em quem adquire o bem, o perigoso sentimento atrelado ao risco, famoso por se fazer presente nos jogos de azar.

Desse modo, é possível afirmar que o modelo das *loot boxes* inaugura contratos comutativos com cláusulas especiais. Neles, não há álea, o que existe é o desconhecimento da qualidade de uma das prestações por uma das partes.

No âmbito da tipicidade, o formato das *loot boxes* se afigura como um contrato de compra e venda<sup>11</sup>, contido no contexto de uma relação jurídica maior criada por um contrato de licença de uso de *software*.

Há, no entanto, quem entenda que o modelo estaria mais adequadamente delineado pelo instituto do jogo ou da aposta. Essa posição está equivocada. Ambos, jogo e aposta, são formatos contratuais que se enquadram no grupo dos contratos aleatórios, possibilidade já afastada nesta dissertação. Se não existe álea, seja ela baseada em destreza ou não, não pode haver jogo ou aposta<sup>12</sup>.

Nesse diapasão, apesar de aparentar redundância, vale também destacar que, apesar da similaridade psicológica entre o modelo das *loot boxes* e os jogos de azar, eles não se confundem. Sustenta-se, aqui, que o mero desconhecimento sobre a qualidade do conteúdo dos bens continentes não é suficiente para incluir essa prática comercial nos moldes jurídicos do jogo de azar.

Sobre esse último tema, é importante destacar que o judiciário brasileiro ainda não se debruçou sobre a questão, não sendo possível garantir que essa será a posição das cortes caso o examinem. Não obstante, o direito comparado traz alguns indicativos do que deve acontecer em solo pátrio no futuro.

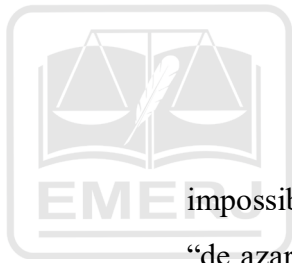
Cortes norte-americanas já se posicionaram sobre o tema, afastando a natureza de jogo de azar. Essa orientação jurisprudencial se apoia em dois argumentos principais: a

---

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 26 de fev. 2019.

<sup>12</sup> NADER, op. cit., p. 475.





impossibilidade de alienar os bens adquiridos na plataforma digital e o fato de que só há jogo “de azar” se houver espaço para lucro ou prejuízo, o que não existe nesse modelo, pois todo gasto é contraposto pela aquisição de um bem virtual.

No caso *Soto vs. Sky Union LLC*<sup>13</sup>, o mais emblemático encontrado nesta pesquisa, a corte afirmou que a impossibilidade de negociar os bens adquiridos com terceiros lhes retira a variação econômica, o que leva à conclusão de que todos os bens que compõem o conteúdo dos pacotes são patrimonialmente iguais, alterando apenas a experiência do usuário.

Assim, aquele que adquire um bem aleatório ainda terá um produto sendo disponibilizado, não podendo se falar em ganho ou perda, apenas em mais ou menos diversão ou satisfação na plataforma. Inexistindo vantagem ou desvantagem econômica, consubstanciadas na alteração patrimonial, não estão presentes, pela norma norte-americana, os elementos essenciais de jogos de azar.

Seguindo a mesma linha da legislação americana, a lei brasileira também exige o elemento objetivo típico do ganho e da perda para que esteja caracterizado o jogo de azar. A exigência é feita pelo artigo 50, 3º, a, da lei de Contravenções Penais. Além disso, do mesmo modo como ocorre no exterior, a impossibilidade de alienação dos bens adquiridos por meio do modelo das *loot boxes* também se faz presente no Brasil. Por essas razões, é de se esperar que os argumentos estrangeiros sejam eventualmente traduzidos para o ordenamento pátrio, produzindo similares consequências jurídicas ao tempo de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Após essa exposição técnica, estão fixadas todas as premissas fáticas e jurídicas necessárias ao exame do modelo das *loot boxes* à luz do direito do consumidor no capítulo seguinte.

### 3. VÍCIOS DO MODELO DAS *LOOT BOXES* FACE AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Para além de todas as características civis e penais já apresentadas, é mister estabelecer que o modelo negocial das *loot boxes* está, como regra, inserto em uma relação de consumo. Esse enquadramento, de suma importância em termos de consequências jurídicas, se deve ao

---

<sup>13</sup> *Soto vs. Sky Union LLC*. Disponibilizado em: <https://law.justia.com/cases/federal/district/courts/illinois/ilndce/1:2015cv04768/311050/31/>. Acesso em: 26 fev. 2019.

fato de que estão presentes as figuras típicas de fornecedor<sup>14</sup> e consumidor<sup>15</sup> na imensa maioria dos casos em que esse método negocial é observado.

O Código de Defesa do Consumidor, em conformidade com a Carta Magna<sup>16</sup>, parte da premissa de que o consumidor é sempre vulnerável, portanto, merecedor de proteção especial. Com fundamento nessa legislação, foram criados princípios e regras que restringem, de modo contundente, a liberdade de ofertar e pactuar dos fornecedores. Esses institutos protetivos, somados às disposições sobre a boa-fé e função social dos contratos no Código Civil, fazem nascer um microcosmos contratual ainda mais rígido e, em tese, mais seguro para a parte com menos força na relação negocial.

Na seara de limitações normativas às formas de contratar adicionadas ao ordenamento jurídico pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível agrupar os impedimentos aos fornecedores em dois grupos: aqueles que ocorrem em âmbito geral e aqueles que se dão em âmbito específico. Se gerais, eles estabelecem que os modelos comerciais devem sempre estar alinhados aos princípios de defesa do consumidor e, é claro, aos direitos fundamentais. Caso específicos, eles vedam os atos de comércio objetivamente delimitados nos artigos 39 a 41 da referida lei de proteção ao consumo.

No campo dos impedimentos gerais, encontram-se as duas primeiras incongruências entre o modelo das *loot boxes* e a estrutura jurídica criada pelas regras de proteção ao consumidor. A primeira é que o modelo psicológico das *loot boxes* importa em uma flagrante violação à proibição de métodos comerciais abusivos, coercitivos ou desleais e a segunda diz respeito ao evidente desrespeito ao direito fundamental à informação<sup>17</sup>.

Conforme afirmado nos capítulos anteriores, essa forma de fazer negócios se sustenta no mercado, essencialmente, com base na resposta psicológica que induz nos consumidores. Essa resposta, por sua vez, tem os mesmos efeitos psíquicos proporcionados por jogos de azar, se afastando da lei penal em razão dos efeitos patrimoniais produzidos, mas mantendo todos os contornos antiéticos atrelados à exploração desse tipo estímulo viciante, principalmente por se tratar de produtos que são destinados à consumidores hipervulneráveis e desinformados.

Não é razoável admitir que a exclusiva ausência da perda patrimonial direta seja fator suficiente para afastar a abusividade dessa forma de fazer negócios. Ainda que não haja um

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de Setembro de 1990. Art.3º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Art. 2º.

<sup>16</sup> Em âmbito geral, a defesa do consumidor é um princípio fundamental da Constituição Federal, positivado em seus artigos 5º, XXXII e 170, V.

<sup>17</sup> BRASIL. *op. cit.* nota 16. Art. 6º.

prejuízo imediato - afinal, pagou-se por um produto e um produto foi recebido – a exploração comercial velada do mesmo fator psíquico que leva pessoas à obsessão por jogos azar, direcionada, indistintamente, a toda sorte de consumidores, indubitavelmente causará severos danos à coletividade no futuro, o que é um grave problema do modelo.

Basta traçar um paralelo entre essa estrutura negocial e a publicidade abusiva, temas essencialmente equivalentes, pois atingem a sociedade de forma massificada e têm como preceito básico a mesma finalidade – fazer com que as pessoas comprem mais do produto ofertado – para que se identifique sinais de que o modelo das *loot boxes* está, em larga escala, sendo utilizado de modo nocivo.

Qualquer publicidade antiética é abusiva. Ela fere o consumidor e a própria sociedade como um todo, atingindo-os para além da esfera patrimonial, podendo lesar também física, psíquica ou moralmente<sup>18</sup>. Não se pode admitir que uma influência massificada, capaz de alterar a própria percepção social da realidade – como quanto à normalidade de práticas viciantes – seja levada a efeito sem qualquer tipo de restrição. É Poder-Dever do Estado coibir esse tipo de ação lesiva.

Nesse exato sentido, o Código de Autorregulação Publicitária reconhece, em seus artigos 2º e 7º que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, de modo que todo anúncio deve ser preparado com devido senso de responsabilidade social<sup>19</sup>. Essa mesma lógica há de ser aplicada a qualquer estrutura de negócios adotada dentro de um sistema de distribuição em massa, principalmente no digital, onde o controle de acessibilidade aos bens é muito mais difícil.

Ao criar o vínculo entre a felicidade e a resposta biopsíquica atrelada aos jogos de azar, o modelo estimula, ainda que indiretamente, toda sorte de prática dessa natureza. Há, portanto, no subjetivo de cada consumidor, uma redução da capacidade de resistência geral à compulsão por jogos de azar. Dotada de real potencial lesivo, essa forma de ofertar produtos não pode ser veladamente direcionada àqueles mais vulneráveis ou aos desinformados sobre os danos que esse tipo de prática pode causar.

No mais, o método das *loot boxes* também se funda na ignorância dos consumidores, uma vez que é a obscuridade informacional que provoca a incerteza responsável pela adrenalina no momento da abertura dos bens continentais. Não se pode nunca perder de vista que a omissão

---

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 877.

<sup>19</sup> Ibid. p.878.

de dados pertinentes sobre a qualidade do produto é uma violação frontal ao direito fundamental à informação garantido pelo Código de Defesa do Consumidor.

É certo, no entanto, que deve existir um equilíbrio entre quais são as informações relevantes sobre o conteúdo dos bens contidos e quais podem ser omitidas. Encontrar esse balanço dependerá de uma ponderação de valores e princípios à luz de cada caso concreto.

Outro ponto que merece atenção é a violação à limitação específica contida no artigo 39, I do Código de Defesa do Consumidor, popularmente conhecida como “venda casada”. Ao adotar o modelo das *loot boxes* como a única forma de aquisição de produtos em uma plataforma digital, o fornecedor condiciona a aquisição de um bem específico a outros que também estarão inclusos no pacote.

Nessa situação, além de todos os demais problemas do modelo, parece haver a manifestação mais inquietante da expressamente proibida, “venda casada”. Chegando ao cúmulo do absurdo, além de ser obrigado a adquirir mais produtos do que deseja, uma vez que eles só são ofertados em pacotes, o consumidor não faz nem ideia se dentre bens adquiridos está aquele que ele verdadeiramente pretende obter.

À vista do exposto, se faz necessária a seguinte ponderação: São os vícios apresentados questões insanáveis, ou esse modelo pode se adequar ao sistema jurídico brasileiro sem perder sua essência?

Neste trabalho, adota-se a ideia de que, a despeito de todos os defeitos evidenciados, é possível que o modelo permaneça em efeito no Brasil, caso feitas as devidas modificações.

Quanto à moralidade, defende-se essa posição porque a proibição do jogo de azar em solo pátrio não é total. Em verdade, a lei, em diversas instâncias, autoriza jogos de azar, como é o caso das corridas de cavalo ou as loterias. Verifica-se assim, que o fenômeno psicológico e social promovido pelo jogo de azar, apesar de ser reconhecidamente nocivo, é aceito socialmente. O que não se admite é que esse estímulo prejudicial, assim como as bebidas alcoólicas e o cigarro, seja ofertado de maneira velada, irresponsável e deliberada a toda e qualquer pessoa que os deseje adquirir.

Com isso em mente, sustenta-se que o modelo das *loot boxes*, como os demais vícios sociais, só pode ser ofertado aos plenamente capazes, com claras e precisas informações sobre os efeitos negativos atrelados a aquisição do produto. Dessa forma, estarão protegidos os sujeitos hipervulneráveis, dado que não terão acesso aos produtos prejudiciais, enquanto os vulneráveis poderão tomar decisões informadas quanto aos bens que tenham interesse em adquirir.

No que tange ao direito ao direito fundamental à informação, não sobre os riscos do produto, mas sim sobre seu conteúdo e qualidade, também é possível a correção da prática negocial. Para tanto, há de se observar preliminarmente que o contrato não é aleatório, mas sim comutativo, pois o fornecedor tem total controle de todos os bens em cada pacote vendido. Assim, o grau de informações que se pode exigir do fornecedor é bem mais elevado do que aquele dos contratos condicionados ao acaso.

Nesse sentido, algumas determinações do governo chinês já apontam para um caminho marcado pela razoabilidade e proporcionalidade, o qual seria adequável ao Brasil e corrigiria o vício atualmente existente. Pela determinação estrangeira, todo produto vendido sob o modelo das *loot boxes* deve conter a informação real sobre a probabilidade de cada item que pode ser encontrado nos bens continentes, permitindo que o comprador avalie risco e recompensa no momento da tentativa de adquirir um bem. Ainda que não seja uma informação completa, acredita-se que ela seja suficiente para respeitar o direito imposto pela lei consumerista, sem tornar o modelo completamente inefetivo.

Por fim, no que toca à violação à regra do artigo 39, I do Código de Defesa do Consumidor, a solução é simples. Basta que a distribuidora digital também ofereça todos os bens de maneira individualizada.

Ocorre que, essa oferta individualizada poderia retirar todo estímulo econômico para o modelo. A esse título sustenta-se que não se tem como ilegal a cobrança mais elevada pelo bem individualizado, desde que ela não represente uma fraude à lei. Desse modo, o modelo econômico pode se sustentar sem estar em descompasso com o ordenamento jurídico.

Perante todo o exposto, depreende-se que apesar de graves, todos os vícios atrelados à forma negocial das *loot boxes* podem ser sanados, se adotadas as soluções propostas. Todavia, enquanto isso não ocorrer, caberá ao Estado, de forma energética, punir e coibir os abusos rotineiramente praticados contra os consumidores.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, que o modelo negocial das *loot boxes* explora, veladamente, a psique dos usuários por meio de métodos que, há tempos, são considerados nocivos e autodestrutivos.

Fornecedores sempre desejam maximizar seus lucros, e a estrutura ofertada por esse modelo tem largo potencial de convencimento e induzimento, o que justifica a larga expansão dessa ferramenta negocial no mercado digital moderno. No entanto, consumidores vulneráveis e hipervulneráveis estão sofrendo prejuízos patrimoniais e morais, além de estarem internalizando comportamentos perigosos e abusivos como algo natural e cotidiano. Isso é inadmissível.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível identificar e delimitar os contornos econômicos, psíquicos e jurídicos dessa forma negocial. Com base nessa sólida estrutura basilar, criou-se o campo técnico necessário para que se pudesse cotejar o modelo das *loot boxes* com os direitos das partes mais vulneráveis.

O exame econômico e o psíquico, aqui desenvolvidos, se prestaram ao papel indispensável de criar o escopo valorativo e principiológico que incidiria sobre o tema, enquanto a delimitação jurídica trouxe à pesquisa os meios científicos necessários para que o direito pudesse ser abordado com precisão. Estruturou-se, assim, no corpo deste trabalho, a base para o exame da prática negocial das *loot boxes*, seja sobre a perspectiva consumerista adotada, seja por quaisquer outras que se pretendam desenvolver.

É por esse motivo que os dois primeiros capítulos se dedicaram a uma tarefa expositiva, que têm como objetivo principal trazer ao trabalho o contexto fático-jurídico que funda todo o exame do tema à luz do direito do consumidor. O terceiro capítulo, por seu turno, dedica-se ao exame lógico jurídico do modelo já estruturado expondo os três principais e mais comuns vícios ligados a essa prática comercial.

Ao final, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que, os movimentos políticos internacionais revelam que o tema é relevante e já preocupa boa parte das nações ao redor do globo. Ao mesmo tempo, as pesquisas científicas que se dedicam ao estudo do tema já começaram a revelar as características mais perigosas do modelo. É necessário, portanto, que os juristas pátrios comecem a se debruçar sobre o tema, sob pena de que graves danos econômicos e sociais passem despercebidos pelas autoridades brasileiras.

Esta pesquisa pretende sustentar, em conclusão, que, considerando a natureza econômica e jurídica apresentada, se estiverem presentes quaisquer dos três vícios apontados no capítulo final, o modelo será incompatível com o direito brasileiro. Em outras palavras, enquanto o formato negocial das *loot boxes* explorar de forma abusiva os consumidores, negando-lhes informações sobre os riscos da compra, sobre o conteúdo dos produtos e mascarando a prática da venda casada, os softwares que se valem dele para explorar os consumidores deverão ter seu uso restringido pelo poder estatal.



## REFERÊNCIAS

- AUSTRÁLIA. *Report: gaming microtransactions for chance based items*. Disponibilizado em : <[https://www.APH.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate.Environment\\_and\\_Communications/Gamingmicrotransactions/Report](https://www.APH.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate.Environment_and_Communications/Gamingmicrotransactions/Report)>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 26 de fev. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código e Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. Ver. atual. e ampl. 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Soto vs. Sky Union LLC*. Disponibilizado em: <https://law.justia.com/cases/federal/district/courts/illinois/ilndce/1:2015cv04768/311050/31/>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil*:. 7. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



## A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO: A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Luiza Neves Silva Chang

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Advogada. Diretora das relações com a China do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem.

**Resumo** – Para caracterizar a responsabilidade civil com consequente dever de indenizar, é necessário observar 1) um conduta ilícita do agente; 2) o dano provocado; e 3) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Entretanto, há não poucas ações indenizatórias que são pautadas unicamente na existência de responsabilidade objetiva do transportador, sendo este, muitas vezes, o único argumento considerado pelo juiz na prolação da sentença, o que acaba por violar o contraditório, a ampla defesa e até mesmo o acesso à justiça do transportador marítimo. Nesse contexto, defende-se a necessidade de comprovação do nexo de causalidade para caracterização do dever de indenizar, não sendo suficiente a mera alegação de que a responsabilidade do transportador independe de culpa.

**Palavras-chave** – Direito Marítimo. Responsabilidade Civil. Nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

**Sumário** – Introdução. 1. A responsabilidade civil do transportador marítimo, sob a égide do Código Civil. 2. Os limitadores da responsabilidade civil do transportador. 3. A (in)dispensabilidade de comprovação do nexo de causalidade entre o transporte marítimo e o dano. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema deste artigo está voltado para o transporte marítimo de cargas, notadamente na responsabilidade civil do transportador. O grande objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso é trazer à discussão um dos pontos mais controvertidos no que tange às ações de responsabilidade civil por danos à carga (*cargo claims*) que englobam a esfera do direito marítimo: o contraponto entre a responsabilidade objetiva do transportador marítimo frente ao consignatário da carga e a necessidade de comprovação do liame de causalidade entre o transporte e os danos que se pleiteia ressarcimento.

Para enriquecer a discussão, abordam-se conceitos e posições providas pela legislação aplicável, bem como doutrina e jurisprudência que discutem a problemática.

De acordo com a legislação aplicável, o transportador marítimo é objetivamente responsável perante o consignatário da carga, isto é, independente de culpa, pela incolumidade das cargas que estão sob sua guarda durante a realização do transporte marítimo.

Contudo, tal responsabilidade ocorre do período em que os contêineres são embarcados no navio no porto de embarque até o momento em que estes são desembarcados no porto de destino. Sob esta égide, ressalta-se que para haver responsabilidade, é necessário analisar o trinômio: i) ação ou omissão ilícita; ii) dano; e iii) relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Entretanto, na atualidade, especialmente em se tratando de direito marítimo, há não poucas ações judiciais que visam imputar ao transportador a responsabilidade por danos à carga, sob o pretexto da responsabilidade objetiva, sem que seja comprovado qualquer nexo de causalidade entre a realização do transporte e os danos à carga.

Assim, o que se vê na prática é uma série de decisões que condenam o transportador por danos inerentes à carga, ou ainda, por danos ocorridos após o término da responsabilidade do transportador, sem que haja a efetiva comprovação do nexo causal.

O tema é controvertido nos tribunais e há pouca doutrina tratando sobre o assunto, apesar de ser uma matéria extremamente recorrente nas relações comerciais internacionais.

Este trabalho se inicia com a definição de transportador marítimo e de responsabilidade civil de acordo com a legislação em vigor e doutrina aplicável, destrinchando os requisitos para caracterização da responsabilidade civil, expondo também julgados que trazem essa definição de acordo com os tribunais.

O segundo capítulo trata sobre as causas de exclusão e limitação da responsabilidade civil do transportador marítimo e como essas limitações vem sendo reconhecidas pela jurisprudência nacional.

O terceiro e último capítulo trata sobre a indispensabilidade da comprovação do nexo de causalidade entre o transporte marítimo e os danos à carga em contraponto com o que é alegado pelos autores nas ações judiciais. Tal capítulo demonstra de forma contundente que não basta a mera alegação de responsabilidade objetiva para que ela seja aplicável ao caso concreto. Pois, ainda que a responsabilidade seja independente de culpa na maior parte dos casos, ela somente existirá quando observado o trinômio ato ilícito, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O método de pesquisa a ser usado é o hipotético dedutivo, na medida em que são levantadas questões hipotéticas (ainda que corriqueiras), para analisar o objeto da pesquisa.

Portanto, a abordagem a ser aplicada ao desenvolvimento da pesquisa será qualitativa, tendo em vista que será necessária a análise da doutrina na etapa exploratória do desenvolvimento do trabalho.

## 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR MARÍTIMO, SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL

Antes de elucidar a responsabilidade do transportador marítimo de acordo com o Código Civil de 2002, é necessário qualificar os agentes que permeiam a relação jurídica a ser estudada.

O primeiro deles é o embarcador, também conhecido como exportador (*shipper*) da carga a ser transportada. O embarcador é responsável por conferir a incolumidade da carga que pretende transportar, além de verificar a modalidade de transporte contratada, fornecer informações da carga tais como peso, quantidade, valor, sendo responsável por elencar as especificidades do transporte, como, por exemplo, eventual temperatura interna do container que deve ser observada durante o transporte.

Nesse sentido, Carla Adriana Comitre Gibertoni<sup>1</sup> vai além, mencionando ser análise estratégica do embarcador verificar qual a melhor forma de aproveitamento do container:

O embarcador deve analisar e estudar se o seu produto/ mercadoria poderá ser transportado em Containers, em razão de normas internacionais de segurança muito rígidas, observando sempre as dimensões internas dos cofres, assim como dos volumes que envolvem as mercadorias para um perfeito aproveitamento de espaço dos Containers.

Em outras palavras, o embarcador é responsável por danos pré-embarque e pela má-estivação da carga no container.

O segundo sujeito a ser classificado no presente trabalho é o consignatário/importador (*consignee*), que é o destinatário final da carga transportada, aquele que adquire os bens.

O consignatário é responsável por analisar a carga no momento do desembarque no porto de destino, ressaltando-as desde logo, se avariadas ou em falta, sob pena de ser considerada aceitação no estado em que se encontram.

Tal responsabilidade é atribuída ao consignatário pelo Decreto-Lei nº 116 de 25 de janeiro de 1967<sup>2</sup>:

Art. 1º As mercadorias destinadas ao transporte sobre água, que antes ou depois da viagem forem confiadas à guarda e acondicionamento dos armazéns das entidades portuárias ou trapiches municipais, serão entregues contra recibo passado pela entidade recebedora à entregadora.  
(...)

<sup>1</sup> GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 452.

<sup>2</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 116*, de 25 de janeiro de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0116.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

§ 3º Os volumes em falta, avariados ou sem embalagem ou embalagem inadequada ao transporte por água, serão desde logo ressalvados pelo recebedor, e vistoriados no ato da entrega, na presença dos interessados.

Da mesma forma, caso os danos não sejam perceptíveis à primeira vista, ao consignatário cabe enviar carta de protesto ao transportador, no prazo de 10 dias a contar da entrega/descarga do container no Terminal, nos moldes do parágrafo único do artigo 754 do Código Civil<sup>3</sup>, *in verbis*:

Código Civil

Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos.

Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega.

Significa dizer que caso o consignatário não envie carta de protesto ao transportador, decairá do direito de ação.

Por fim, passa-se à definição de transportador marítimo (*carrier*). O transportador é contratualmente responsável por realizar o transporte das mercadorias do porto de embarque ao porto de destino, devendo garantir a incolumidade da carga transportada do momento em que o container é recebido a bordo até o momento em que é descarregado no terminal<sup>4</sup>, conforme disposto no artigo 3º, §1º, do Decreto-Lei nº 116/67<sup>5</sup>:

Decreto-Lei nº 116/67

Art. 3º A responsabilidade do navio ou embarcação transportadora começa com o recebimento da mercadoria a bordo, e cessa com a sua entrega à entidade portuária ou trapiche municipal, no pôrto de destino, ao costado do navio.

§ 1º Considera-se como de efetiva entrega a bordo, as mercadorias operadas com os aparelhos da embarcação, desde o início da operação, ao costado do navio.

Em outras palavras, o transportador deve garantir que a carga chegue ao seu destino nas mesmas condições em que foi embarcada no porto de origem.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua

<sup>3</sup> Idem. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>4</sup> Nessa hipótese, a modalidade de transporte geralmente contratada é a FCL/FCL -*Full Container Load*- que, tradução livre é Container Carregado Cheio. Nessa modalidade, o transportador já recebe o container carregado, estivado e lacrado pelo Embarcador da carga, sendo vedado a ele violar o lacre para conferir o conteúdo do container, de modo que o transportador é contratado tão somente para realização do transporte, sem qualquer ingerência sobre o carregamento do container.

<sup>5</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.



natureza, risco para os direitos de outrem.”. Significa dizer que, por ser o transporte marítimo uma atividade de risco pela própria natureza, a responsabilidade do transportador perante o consignatário é objetiva, isto é, independentemente de culpa.

Carla Adriana Comitre<sup>6</sup> afirma que:

A responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato próprio ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei (responsabilidade objetiva). Assim, qualquer inobservância de um preceito legal acarretará responsabilidade ao transgressor.

Entretanto, em que pese a determinação pelo Código Civil de responsabilidade objetiva do transportador marítimo perante o consignatário, tal responsabilidade não pode ser considerada absoluta, tampouco ser presumida.

Ao contrário, é essencial analisar a observância do trinômio caracterizador da responsabilidade objetiva: 1) ato ilícito; 2) dano; 3) nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Ato ilícito é aquele praticado pelo agente que, em decorrência de relação jurídica com a vítima do dano, possuía dever de cuidado que não foi observado no curso do cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, Flávio Tartuce<sup>7</sup> assim define ato ilícito:

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

Dessa forma, para haver a caracterização da responsabilidade do transportador, é necessário que este pratique um ato ilícito.

Igualmente, Tartuce<sup>8</sup> também explica que “Em suma, o dano, pela exata dicção legal, é elemento fundamental para o ato ilícito civil e para o correspondente dever de reparar”.

Significa dizer, portanto, que, ao pleitear indenização por danos supostamente causados pelo transportador marítimo pela via judicial o autor deverá não apenas demonstrar a existência de ato ilícito praticado pelo réu, como também será necessário que demonstre a efetiva existência dos danos/prejuízos sofridos.

<sup>6</sup> GIBERTONI, op. cit., p. 472 e 473.

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.329.

<sup>8</sup> Ibid.

Por fim, cabe ainda, para que seja caracterizada a responsabilidade objetiva do transportador marítimo a comprovação do liame entre o ato ilícito praticado e os danos aos quais se pleiteia ressarcimento.

Sob este prisma, Sergio Cavalieri Filho<sup>9</sup> afirma que: “Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. (...) É preciso sempre demonstrar, para intentar a ação de reparação, que, sem o fato alegado, o dano não se teria produzido.”

Tal determinação é imposta ao autor pela exegese do artigo 373, I, do Código de Processo Civil em vigor<sup>10</sup> “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.”

Entretanto, na prática, conforme será demonstrado, há diversas decisões judiciais que entendem pela aplicação indiscriminada da responsabilidade objetiva, culminada com a ideia de obrigação de resultado, deixando de observar o real enquadramento da situação fática com o trinômio ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Outrossim, o que se busca demonstrar, de plano, é que o transportador marítimo não é o único que possui responsabilidades na relação contratual, e, ainda que haja previsão legal de responsabilidade independente de culpa pelos atos praticados pelo transportador, cabe ao autor demonstrar de forma contundente o ato ilícito praticado, bem como os danos sofridos e o nexo de causalidade entre tais danos e o ato praticado pelo transportador, sempre lembrando que a legislação também prevê exceções à responsabilidade objetiva, conforme será observado no próximo capítulo.

## 2. OS LIMITADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

O artigo 393<sup>11</sup>, do Código Civil determina que são excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.  
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

<sup>10</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. op. cit., nota 3.

Caso fortuito e força maior, como já bem definido pela legislação, são fatos necessários, entretanto, os efeitos são imprevisíveis.

Há ainda na doutrina certa divergência acerca dos conceitos de força maior e caso fortuito individualmente, valendo destacar o entendimento de Tartuce<sup>12</sup> sobre a matéria:

A respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa.

Em outras palavras, para a melhor doutrina, caso fortuito trata de evento imprevisível, ao passo que força maior trata de evento previsível, porém irresistível. Nesses casos há a exclusão do ato ilícito, tendo em vista que a causadora do dano foi a própria circunstância imprevisível ou irresistível.

Entretanto, limitar as excludentes de responsabilidade ao caso fortuito e força maior, notadamente nos casos relacionados a ações de regressivas de ressarcimento ajuizadas por seguradoras ou ações indenizatórias ajuizadas pelos consignatários (*cargo claims*) é não apenas ignorar a teoria do nexos causal, que garante o equilíbrio processual entre os consignatários e armadores/transportadores marítimos, como também caracteriza verdadeira carta branca para o ajuizamento de demandas cada vez mais absurdas, buscando obter indenização ou ressarcimento, tendo por base a responsabilidade objetiva do transportador marítimo.

Para melhor aprofundar o tema, segue abaixo acórdão paradigma do Tribunal de São Paulo que aplicou a responsabilidade objetiva sem análise de nexos causal:

ACÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO – Contrato de Seguro – Transporte marítimo - Decadência – Inocorrência – Ausência de protesto previsto no art. 756 e §§ do CPC/39 que fica suprida pelo termo de avaria lavrado por ocasião da descarga, onde constam os danos encontrados na mercadoria – Avarias devidamente constatadas no contêiner e na carga transportada – Transportador – Responsabilidade objetiva que prescinde da demonstração de culpa, bastando a comprovação do fato do transporte e o dano ocorrido. Apelante que não produziu nenhuma prova capaz de afastar o nexos causal entre o transporte realizado e as avarias constatadas – Obrigação ressarcitória que é de rigor – Sentença mantida e ratificada nos termos do art. 252, do RITJESP – Recurso não provido.<sup>13</sup>

Na decisão mencionada a principal análise pelo Tribunal é a da responsabilidade objetiva, determinando como sendo ônus do transportador afastar o nexos de causalidade,

<sup>12</sup> TARTUCE, op. cit., p. 347.

<sup>13</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 0022353-80.2012.8.26.0562*, Relator: Des. Lígia Araújo Bisogni. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=MZ0C0H8X0000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=MZ0C0H8X0000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50)>. Acesso em: 18 mar. 2019.



entendendo, portanto, pela presunção de nexo de causalidade devido à responsabilização objetiva do transportador.

Dessa forma, o que se observa é uma inversão do ônus da prova contrária ao disposto no artigo 373, I do CPC, de modo que não seria mais ônus do autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, cabendo ao Transportador demonstrar a ausência de nexo de causalidade, inversão esta desprovida de previsão legal.

Para melhor explicar quem detém o ônus de provar o nexo de causalidade, é necessário compreender quais são as teorias principais relacionadas ao tema.

A primeira teoria, também chamada de Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*), de acordo com Gustavo Tepedino<sup>14</sup> “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso.”

Assim, a teoria *sine qua non* baseia-se no princípio de que todos os fatos relativos ao evento danoso geram responsabilidade civil. Tal teoria não foi adotada pelo sistema brasileiro, tendo em vista a exacerbada ampliação do nexo de causalidade.

A segunda teoria a ser destacada é a da causalidade adequada. Tartuce<sup>15</sup> sustenta que:

[...] teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Por esta teoria, somente o fato relevante ao evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem, mormente nas hipóteses de concorrência de causas. Essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do atual Código Civil, sendo a prevalente na opinião deste autor. Nesse sentido, o Enunciado n. 47 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil, preleciona que o art. 945 não exclui a teoria da causalidade adequada.

Tal teoria, mais restritiva defende a necessidade de buscar a efetiva causa do dano, entendendo que somente a ação capaz de ensejar o dano é relevante para caracterizar a responsabilidade civil.

Por fim, a última teoria a ser apresentada é a do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexo causal. Esta é a teoria mais aceita pela doutrina. De acordo com Gisela Sampaio<sup>16</sup>, “havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a conseqüente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente”.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 63-81.

<sup>15</sup> TARTUCE, op. cit., p. 346.

<sup>16</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

Sob este entendimento, o nexo de causalidade somente seria afastado por duas excludentes: a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

A culpa exclusiva da vítima pode ser observada quando o próprio autor da demanda deu origem ao dano que pleiteia ressarcimento. Igualmente, o fato de terceiro é observado quando o dano foi causado por terceira pessoa que não faz parte da relação contratual objeto da demanda.

A grande pergunta que paira no ar sobre o nexo de causalidade é: quem deve prová-lo? O autor deve demonstrar sua existência quando do ajuizamento da demanda, nos moldes do artigo 373, I do CPC? Ou seria ônus do réu demonstrar a ausência de nexo de causalidade, tendo em vista a responsabilidade objetiva do transportador?

A resposta pode ser obtida pela análise da natureza da prova que se pretende produzir.

Há diversos casos concretos nos quais o autor tão somente evoca a responsabilidade objetiva do transportador sem demonstrar qual a efetiva relação entre o transporte marítimo e o dano. Ao contrário, este requer que o réu demonstre que o transporte marítimo ocorreu sem qualquer irregularidade ou falha.

Entretanto, ao réu não é possível provar fato negativo e a determinação de que prove que não foi responsável pelos danos caracteriza verdadeira prova diabólica.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>17</sup> entende que “[...] nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes que cheguem a ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos”.

Da mesma forma, Alexandre Freitas Câmara<sup>18</sup> entende que prova diabólica é “[...] expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.”

Significa dizer, portanto, que imputar no réu a obrigação de demonstrar a ausência do nexo de causalidade é impor um ônus maior do que a própria legislação atribui a ele, comprometendo até mesmo sua defesa na demanda judicial.

Assim, diversos tribunais atualmente têm entendido que deve o autor provar a presença do nexo de causalidade entre o transporte marítimo e os danos, haja vista ser ônus do autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

---

<sup>17</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

<sup>18</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, 2005, p. 12.

APELAÇÃO. Ação regressiva de seguradora. Ressarcimento relativo a contrato de transporte marítimo. Sentença de improcedência. Apelo da parte autora pleiteando a reforma do decidido. Sem razão. Provas documentais apresentadas a não permitir o reconhecimento de que as avarias ocorreram durante o transporte marítimo. Assim, Incabível a decretação da responsabilidade da apelada. Ausência de demonstração do nexo de causalidade entre a avaria da mercadoria e a conduta adotada pela parte ré. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido.<sup>19</sup>

AÇÃO REGRESSIVA - TRANSPORTE DE MERCADORIAS (CEBOLA) - SUB-ROGAÇÃO - Diante do acervo probatório e da perícia judicial, ficou demonstrado que não houve falha na prestação do serviço de transporte da ré - Perecimento da mercadoria que não se verificou por conduta da ré - Se a segurada CLS SÃO PAULO LTDA. (THE OUTBACK STEAKHOUSE) não tem direito à indenização contra a transportadora (ALIANÇA NAVEGAÇÃO), justamente pelo fato de não ter havido falha no serviço de transporte, não se há cogitar de sub-rogação a favor da Seguradora autora - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO.<sup>20</sup>

A demonstração do nexo de causalidade pelo autor é imprescindível para que não apenas seja assegurado o equilíbrio processual entre as partes, como também para que sejam garantidos os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e acesso à justiça, como será demonstrado no capítulo a seguir.

### 3. A (IN) DISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O TRANSPORTE MARÍTIMO E O DANO

Conforme apresentado no capítulo 1 do presente artigo, a necessidade de comprovação do nexo causal entre o transporte marítimo e o dano objeto da ação de ressarcimento está intimamente ligada ao ônus da prova de que trata o artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Cabe àquele que alega provar os fatos constitutivos de seu direito, por força da teoria estática do ônus da prova, adotada pelo Código de Processo Civil Pátrio.

Entretanto, o que se observa na prática é que a alegação de responsabilidade objetiva tem sido usada não como argumento de imputação de responsabilidade independente de culpa, mas sim com o objetivo de realizar inversão do ônus da prova ilegítima.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 20ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1047322-03.2017.8.26.0002*. Relator: Des. Roberto Maia; Data do Julgamento: 04/02/2019. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=02001HZN20000&processo.foro=2&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=02001HZN20000&processo.foro=2&uuiidCaptcha=sajcaptcha_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>20</sup> Idem. Tribunal de Justiça de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1011291-55.2014.8.26.0562*. Relator: Des. Sérgio Shimura. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0001FG30000&processo.foro=562&uuiidCaptcha=sajcaptch\\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0001FG30000&processo.foro=562&uuiidCaptcha=sajcaptch_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

Nesse sentido, Alexandre Câmara<sup>21</sup> salienta que:

Por força do princípio do contraditório, porém, que impede a prolação de decisões-surpresa (art. 10), é absolutamente essencial que as partes saibam, de antemão, sobre quem recaem os ônus probatórios. Daí a importância do disposto no art. 373. Pois por força desse dispositivo, “[o] ônus da prova incumbe [ao] autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [e] ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A distribuição estática do ônus da prova tem como um dos objetivos principais evitar a prolação de decisões surpresa pelo juízo. Por tal razão, as partes sabem de antemão sobre quem deve recair o dever da prova.

Não por outro motivo, Fredie Didier Jr.<sup>22</sup> defende a distribuição do ônus sob três diferentes perspectivas: 1) pela posição da parte naquela ação; 2) pela natureza do fato sob análise; e 3) pelo interesse em provar o fato. Veja-se:

Como dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (art. 373, CPC). Segundo a distribuição legislativa, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

[...]

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC).

Assim, pela interpretação do texto da lei, é possível concluir que aquele que alega possui não apenas o dever de provar os fatos constitutivos de seu direito, como também possui o interesse em prová-lo.

De igual modo, deve ser observada a natureza dos fatos alegados pelo autor. Se este alega falha na prestação de serviços ou que os danos à carga ocorreram durante o transporte marítimo, não faz sentido que este impute ao transportador ônus de provar fato negativo, qual seja, a ausência de irregularidade no transporte, na medida em que o transportador sequer possui meios de fazê-lo.

Com efeito, nas ações de responsabilidade o que se observa é uma tentativa do autor de transmitir para outrem o ônus da prova imposto a ele pela legislação, na medida em que o

---

<sup>21</sup> CÂMARA, op. cit., p. 208.

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.2. p. 111.

autor busca imiscuir-se de comprovar o nexo de causalidade entre o transporte marítimo e os danos à carga.

É cediço que a obrigação do transportador marítimo é de resultado, na medida em que a carga é colocada sob sua guarda em bom estado, devendo ser mantida no mesmo estado em que foi recebida pelo transportador até o momento do descarregamento do container, por força do artigo 3º do Decreto-lei nº 116/67<sup>23</sup>, já citado anteriormente. Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade do transportador é objetiva.

Responsabilidade objetiva significa responsabilidade independentemente de culpa, o que afasta a necessidade de uma análise subjetiva da conduta do agente que supostamente teria praticado o ato ilícito.

Entretanto, conforme já destrinçado, o direito não é uma ciência exata e deve ser analisado com a minúcia e o cuidado que o caso concreto requer, de modo a observar a melhor aplicação da legislação àquela realidade.

No mundo abstrato do direito a responsabilidade objetiva somente pode ser afastada pelo caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro/ da vítima.

Contudo, na prática é necessária mais que a alegação de obrigação de resultado e responsabilidade objetiva para que seja prolatada uma sentença justa.

É necessário analisar se o transportador cometeu um ato ilícito na realização do transporte marítimo, se os danos alegados pelo autor efetivamente ocorreram e se há nexo de causalidade entre o ato praticado pelo transportador e os alegados danos.

Há casos, por exemplo, em que a carga foi transportada regularmente, sem qualquer ressalva no momento do desembarque. Porém, o container permaneceu no terminal sob chuva por diversos meses, tendo a carga sido entregue ao consignatário com avarias de molhadura.

Nesse caso, a responsabilidade do transportador não deixou de ser objetiva. Todavia, não há nexo de causalidade entre o ato praticado pelo transportador (transporte marítimo) e os danos causados após o descarregamento do container, com consequente término da responsabilidade do transportador, conforme determinado pela legislação aplicável.

Esse foi o entendimento da 23ª Câmara de Direito Privado de São Paulo<sup>24</sup>, conforme o julgado a seguir colacionado:

ACÇÃO REGRESSIVA - TRANSPORTE MARÍTIMO AVARIA PARCIAL NA CARGA TRANSPORTADA ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE FURO NO

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>24</sup> Idem. Tribunal de Justiça de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 1024437-61.2017.8.26.0562* Relator: Paulo Roberto de Santana. Disponível em <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0008MT70000&processo.foro=562&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_58100677c43d4f2a9fef226e052bf7bd](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0008MT70000&processo.foro=562&uuiidCaptcha=sajcaptcha_58100677c43d4f2a9fef226e052bf7bd)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

CONTÊINER QUE OCASIONOU A MOLHADURA DE PARTE DA MERCADORIA DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS INSUFICIENTES PARA ASSEGURAR QUE O FURO OCORREU DURANTE O TRANSPORTE OU MESMO QUE ESSA FOI A CAUSA DA MOLHADURA DA MERCADORIA INUTILIZADA PELA IMPORTADORA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA QUE NÃO AFASTA O DEVER DA AUTORA APONTAR O NEXO DE CAUSALIDADE, O QUE INEXISTIU NA HIPÓTESE - AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Este julgado é um importante paradigma para o debate sobre a necessidade de comprovação do nexo de causalidade na medida em que, o transportador marítimo foi responsabilizado em primeira instância, sob alegação de que a obrigação do transportador é de resultado e sua responsabilidade objetiva. Logo, se não havia danos à carga no momento em que foi embarcada e os danos existiam no momento da entrega ao destinatário, logicamente o transportador marítimo deveria ser responsabilizado, ainda mais em se tratando de dano por molhadura.

Entretanto, em sede de apelação foi demonstrado que o autor não se desincumbiu do ônus da prova de demonstrar a presença do nexo de causalidade entre os danos e o transporte marítimo, não sendo a responsabilidade objetiva sinônimo de responsabilidade presumida ou eterna.

Assim, não basta ao autor demonstrar a existência dos danos, cabendo também a ele provar que estes ocorreram durante o transporte marítimo.

A forma com que este caso paradigmático foi conduzido atesta o que vem sendo defendido neste artigo desde o começo. Os autores buscam imputar nos transportadores marítimos a prova de fato negativo, isto é, verdadeira prova diabólica, que dificulta até mesmo sua defesa, violando os princípios do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

Portanto, a demonstração do nexo de causalidade é indispensável para garantir o equilíbrio processual e a aplicação justa da lei ao caso concreto.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo demonstrar que o direito individual de indenização não pode suprimir o acesso à justiça de outra parte, tampouco a alegação de uma parte pode impor sobre a outra um ônus maior do que o determinado pela própria legislação.

Significa dizer que a simples alegação de responsabilidade objetiva, sem comprovação de que a conduta do transportador deu causa ao dano não é suficiente para

caracterizar o dever de indenizar, devendo o autor provar o nexo de causalidade entre o transporte marítimo e os prejuízos incorridos, pois cabe àquele que alega o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, por força do artigo 373, I do CPC.

De igual modo, buscou-se demonstrar que muitas vezes o autor se esconde atrás da afirmação de responsabilidade objetiva, com intuito de escusar-se de sua obrigação legal, tendo diversos tribunais no Brasil entendido como suficiente para caracterizar o dever de indenizar a mera alegação de responsabilidade objetiva, cabendo ao transportador demonstrar que não deu causa aos danos.

Contudo, conforme esmiuçado, tal imposição caracteriza uma inversão do ônus da prova indevida, estabelecendo sobre o transportador o dever de provar fato negativo, dificultando sua defesa, violando, pois, os princípios do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça do transportador marítimo.

Outrossim, ressalta-se que há também aqueles tribunais que aplicam a teoria do nexo de causalidade, e que entendem pela distribuição estática do ônus da prova, determinando, portanto, que o autor prove suas alegações e, em não sendo possível concluir o momento em que os danos ocorreram ou quem os teria causado, deve a ação de ressarcimento ser julgada improcedente, pela ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor.

Portanto, a demonstração do nexo de causalidade é indispensável para garantir o equilíbrio processual e a aplicação justa da lei ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 116*, de 25 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10116.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 23 out. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. 14ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 0022353-80.2012.8.26.0562*, Relator: Des. Lígia Araújo Bisogni. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FMZ0C0H8X0000&processo.foro=562&uidCaptcha=sajcaptcha\\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FMZ0C0H8X0000&processo.foro=562&uidCaptcha=sajcaptcha_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. 20ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1047322-03.2017.8.26.0002*. Relator: Des. Roberto Maia. Disponível em: <<https://>





esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=02001HZN20000&processo.foro=2&uuidCaptcha=sajcaptcha\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1011291-55.2014.8.26.0562*. Relator: Des. Sérgio Shimura. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0001FG30000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0001FG30000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha_a74ec2c4bf974021809a07880fddee50)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça de São Paulo. 23ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 1024437-61.2017.8.26.0562* Relator: Paulo Roberto de Santana. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0008MT70000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_58100677c43d4f2a9fef226e052bf7bd](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM0008MT70000&processo.foro=562&uuidCaptcha=sajcaptcha_58100677c43d4f2a9fef226e052bf7bd)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa de causalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.2.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexa de causalidade*. Temas de direito civil. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



## GUARDA COMPARTILHADA: A DIFICULDADE DE ADMINISTRAR O CONFLITO ENTRE A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LITIGIOSIDADE DOS GENITORES

Luiza Pereira Alcaráz de Andrade

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – por ser um instituto relativamente recente, a guarda compartilhada vem gerando inúmeras dúvidas nos doutrinadores e julgadores quanto a sua aplicabilidade. Sendo as questões de Direito de Família repletas de particularidades e de natureza íntima dos indivíduos, nenhum caso será igual ao outro, podendo ser perfeitamente possível a aplicação da guarda compartilhada no caso concreto, bem como ser difícil de vislumbrar o êxito na sua aplicação em casos de litigiosidade entre os genitores. A essência do trabalho é abordar a dificuldade de fixar a guarda compartilhada nos casos litigiosos, sem deixar de primar pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Guarda Compartilhada. Princípio do melhor interesse. Litigiosidade.

**Sumário** – Introdução. 1. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 2. Divergência quanto à aplicação da guarda compartilhada no caso concreto. 3. Busca pela melhor decisão judicial quanto à aplicação da guarda compartilhada nos casos de litigiosidade entre os genitores. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a dificuldade de compatibilizar a aplicação da guarda compartilhada nos casos em que há litígio entre os genitores. Procura-se demonstrar a prevalência da fixação da guarda compartilhada pelos magistrados, pois essa é a espécie de guarda entendida como a que melhor atende aos interesses das crianças e dos adolescentes, mas, ao mesmo tempo, demonstrar as dificuldades de compatibilizar essa prevalência nos casos em que o compartilhamento de informações sobre o filho é impossível entre os genitores.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a fixação da guarda compartilhada é compatível com todas as hipóteses concretas, verificando qual seria a melhor solução para os casos em que os genitores não conseguem manter um convívio harmônico.

O instituto da guarda compartilhada foi introduzido no Código Civil de 2002 pela Lei nº 11.698/2008, de 13 de junho de 2008. Com o advento da Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014, a redação do §2º, do artigo 1.584, do CC/02 foi alterada, passando a dispor que não haveria qualquer óbice para a aplicação da guarda compartilhada quando não houvesse acordo entre os genitores e quando ambos estivessem aptos a exercer o poder familiar. Como,

em regra, não há acordo entre os genitores e ambos são aptos a exercer o poder familiar, a maioria dos magistrados aplica a guarda compartilhada. Todavia, a literalidade do dispositivo deve ser balizada.

A guarda compartilhada é tida como a espécie de guarda que melhor atende aos interesses das crianças e dos adolescentes, pois permite que ambos os genitores exerçam o poder familiar, minimizando os efeitos da dissolução da união dos genitores na vida das crianças e adolescentes envolvidos. No entanto, embora tenha trazido inúmeras vantagens tanto para os pais quanto para os filhos, a guarda compartilhada traz consigo uma diversidade de dificuldades quanto a sua compreensão, seus benefícios e sua aplicabilidade, cabendo aos magistrados atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, administrando o litígio entre os genitores.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é entendido pelo ordenamento jurídico, esmiuçando o entendimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, além de destacar a aplicação do princípio como parâmetro hermenêutico do Direito de Família, diferenciando a sua percepção como valor e como regra.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as divergências existentes quanto à aplicação do instituto da guarda compartilhada no caso concreto, com o intuito de aferir se esta espécie de guarda pode ser aplicada indistintamente a todas as hipóteses concretas.

O terceiro capítulo pesquisa alternativas para a aplicação da guarda compartilhada nos casos em que há litígio entre os genitores com o objetivo de obter uma decisão judicial que prime pelo melhor interesse da criança e do adolescente

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora elencará as dificuldades existentes nos casos concretos que poderiam afastar a prevalência da aplicação da guarda compartilhada.

Ante o exposto, a abordagem do objeto da pesquisa será qualitativa, tendo em vista que a pesquisadora pretende fazer uso de bibliografias compatíveis à temática de sua pesquisa, bem como se apoiar na legislação e na jurisprudência.

## 1. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Cabe, inicialmente, destacar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não está expressamente previsto na legislação brasileira, mas sua observância é

fundamental para garantir a proteção integral da criança e do adolescente, elucidada no art. 3º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA).

Oportunamente, ressalta-se que, além dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal e nas demais legislações, existem direitos especiais assegurados à criança e ao adolescente para proporcionar a estes, seja por lei ou por qualquer outro meio, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”<sup>1</sup>.

O fato de inexistir menção expressa na legislação brasileira não significa que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não tenha sido contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, §2º, que os direitos e garantias expressos nela “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sendo assim, levando-se em conta que o Brasil é signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o princípio do melhor interesse é abarcado por tal Convenção em seu art. 3º, não há dúvidas quanto a aplicação e primazia de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Ultrapassando-se essa questão, outro aspecto relevante é a dificuldade da doutrina e da jurisprudência de definir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visto que, segundo Camila de Jesus Mello Gonçalves<sup>2</sup>, tal princípio é amplo e subjetivo, acrescentando que “ao mesmo tempo em que indica claramente a obrigatoriedade de observar o melhor interesse da criança, não descreve as situações ou os fatos que correspondem a tal melhor interesse”, não se tratando de um “conceito fechado, definido e acabado”.

Rodrigo Cunha Pereira<sup>3</sup> defende que “os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados”, ressaltando que por serem “standards de justiça e moralidade”, têm conteúdo aberto. Nesse sentido, acrescenta:

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, de 13 de julho de 1990. Art. 3º. “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_23385195\\_BREVES\\_CONSIDERACOES\\_SOBRE\\_O\\_PRINCIPIO\\_DO\\_MELHOR\\_INTERESSE\\_DA\\_CRIANCA\\_E\\_DO\\_ADOLESCENTE.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx)>. Acesso em: 18 jan. 2019

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2019

[...] que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.

Em virtude das dificuldades de interpretação inerentes à própria estrutura do princípio, Camila de Jesus Mello Gonçalves<sup>4</sup> assevera que há uma tentação de se desconsiderar a norma, a fim de se evitar a insegurança decorrente da falta de objetividade e clareza quanto a aplicação de tal princípio. Ainda assim, não se deve afastar a aplicação deste princípio, sob pena de ferir o disposto na Constituição Federal.

Flavio Guimarães Lauria<sup>5</sup> ressalta que o princípio do melhor interesse deve ser primado tanto na tomada de decisões jurisdicionais quanto na sua efetivação, devendo-se buscar mecanismos eficazes que propiciem, na prática, a solução dos conflitos.

De acordo com Pereira<sup>6</sup>, “zelar pelo melhor interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social”. Com esse intuito, por meio do “olhar interdisciplinar”, François Dolto<sup>7</sup>, ressalta que se deve atender a três referenciais de continuidade: a) a continuidade afetiva; b) a continuidade social – indica se o menor deve ou não permanecer no ambiente em que sempre viveu; e c) continuidade espacial – preservação do espaço do menor, eis que sua personalidade é construída dentro de um certo espaço, evitando, assim, a perda de um dos referenciais do menor.

Ratificando tal entendimento, Maria Clara Sottomayor<sup>8</sup> afirma que:

o conjunto de fatores indicados pelo legislador deve abranger a relação afetiva da criança com cada um dos pais, a disponibilidade de cada um deles para prestar ao filho os cuidados necessários à sua saúde, alimentação e educação social, cultural e moral, o grau de desenvolvimento da criança e as suas necessidades, a preferência do menor, a continuidade das relações afetivas e do ambiente em que tem vivido a criança.

<sup>4</sup> GONÇALVES, op. cit., nota 2.

<sup>5</sup> LAURIA, Flávio Guimarães. A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. In: PEREIRA, op. cit., nota 3.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. In: PEREIRA, op. cit., nota 3.

<sup>8</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. Regulação do exercício do poder parental nos casos de divórcio. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. In: PEREIRA, op. cit., nota 3.



Nessa perspectiva, conclui-se que, nas causas em que haja menores envolvidos, o que se deve privilegiar é o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido, pois o se resguarda, segundo Pereira<sup>9</sup>, é o direito da criança e do adolescente de ter uma família e, conforme Pietro Perlingieri<sup>10</sup>, “a importância desse reconhecimento assume papel de pressuposto jurídico-cultural para a solução do problema da família e dos direitos fundamentais”.

Por fim, registra Pereira<sup>11</sup> que seria impróprio trazer soluções preconcebidas ou preestabelecidas do conceito do princípio em análise, pois “é o intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantas fundamentais do menor.”

## 2. DIVERGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO CASO CONCRETO

Atualmente, vivencia-se um processo histórico de implementação da cultura da guarda compartilhada a partir da quebra de paradigmas da estrutura patriarcal, uma vez que o patriarcado é um modelo velho, antiquado e não atende aos interesses das crianças e dos adolescentes, e sim dos adultos.<sup>12</sup>

Diante desse contexto, “os filhos não podem ser vistos como propriedade de um ou de outro pai”. “Enquanto essa mudança se opera, a guarda compartilhada cumpre a importante função de quebrar essa estrutura de poder: o filho não é de um nem de outro”<sup>13</sup>.

Em virtude da utilização dos filhos como moeda de troca nos processos judiciais, a ordem jurídica constatou a necessidade de separar a figura conjugal da parental. Assim, para evitar tal prejuízo aos filhos, dissociou-se a culpa para o deferimento da guarda dos filhos, ou seja, a declaração de culpa de um dos cônjuges no fim da sociedade conjugal não impede que este exerça a guarda. O requisito para o deferimento ou não da guarda, sob a ótica dos genitores, está na aptidão dos genitores de exercer o poder parental, não sendo mais ligado a fatos decorrentes da relação conjugal.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. In: Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Id. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 1 abr. 19.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Id., op. cit., nota 3.

Além da aptidão, critério relacionado aos genitores, há que se ressaltar a primazia, conforme mencionado anterior, do bem-estar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com a instituição da guarda compartilhada no texto legal pela Lei nº 11.698/2008<sup>15</sup>, de 13 de junho de 2008, houve, inicialmente, uma dificuldade tanto da doutrina quanto da jurisprudência de vislumbrar a aplicação da referida espécie nos casos litigiosos. Camila Vanderlei Vilela<sup>16</sup> ressalta que nos casos em que os genitores não tinham condições de se entender, o estabelecimento da guarda compartilhada era completamente inviável, podendo até ser prejudicial aos filhos, acarretando possíveis prejuízos psicológicos, sociais e de desenvolvimento.

Ainda nesse sentido, Vilela<sup>17</sup> afirma a importância da guarda compartilhada, mas destaca ser desaconselhável a fixação de uma espécie de guarda como regra, uma vez que cada caso deve ser analisado pelo julgador, estabelecendo qual modalidade os pais têm condições de exercer.

Sob essa perspectiva, encontram-se julgados que confirmam o entendimento de não deferir a guarda compartilhada em casos de litigiosidade entre os genitores.

Ainda nesse sentido, conforme o entendimento do Desembargador Henry Petry Júnior<sup>18</sup>, a “guarda compartilhada pressupõe bom entendimento e convivência saudável dos pais, de modo que possam definir consensualmente os contornos diários da posse da prole”.

No ano de 2011, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça inaugurou, à época, o entendimento vanguardista a favor da guarda compartilhada como o ideal a ser buscado na criação dos filhos após a ruptura conjugal.<sup>19</sup>

Essa posição jurisprudencial decorreu das alterações sociais que marcaram as relações familiares e da evolução do pensamento jurídico, que passou a ser no sentido de que o bem jurídico a ser perseguido na fixação da guarda é o melhor interesse da criança e do adolescente.

---

<sup>15</sup> BRASIL, *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>16</sup> VILELA, Camila Vanderlei. *Guarda compartilhada: solução ou motivo de conflitos?* Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaio/forum/guarda-compartilhada-solucao-ou-motivo-de-conflitos/>>. Acesso em: 18 jan. 2019

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2014.016618-1, relator Desembargador Henry Petry Junior. In: AUGUSTO, Naiara Czarnobi. *Decisão salomônica – a aplicação da guarda compartilhada a filhos de pais em conflito e os possíveis prejuízos às primeiras infâncias*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39026439/decisao-salomonica-guarda-compartilhada-entre-pais-em-conflito>>. Acesso em: 1 abr. 19

<sup>19</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.251.000/MG*, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num\\_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jan. 2019



Além do mais, estudos e observações cotidianas confirmavam que a guarda compartilhada era o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar após a ruptura conjugal, mesmo que demandasse dos genitores “reestruturações, concessões e adequações diversas, para que os seus filhos” pudessem “usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial”.<sup>20</sup>

Após o julgamento do Recurso Especial nº 1.251.000/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi<sup>21</sup>, tal entendimento tomou proporção nacional, tornando-se regra a fixação da guarda compartilhada, e não apenas mais uma possibilidade a ser aplicada sob o critério do julgador.

No entanto, o julgamento deste recurso especial e do Recurso Especial 1.428.596/RS, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi<sup>22</sup>, gerou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça três linhas distintas de entendimento: a) a intransigente defesa da guarda compartilhada, ainda que sem consenso entre os pais; b) a inviabilidade, em sede de recurso especial, de nova apreciação de decisão do Tribunal de origem, que constatou a improcedência do pedido de guarda compartilhada por falta de consenso; e c) a inviabilidade da fixação da guarda compartilhada quando o conflito entre os litigantes fosse de significativa relevância.

Ainda que o entendimento jurisprudencial tenha seguido linhas distintas, ressalta-se que, ao longo de dez anos<sup>23</sup>, estabeleceu-se que “o compartilhamento da guarda não se destina a atender os interesses dos pais no exercício do poder parental. O maior interesse é o bem-estar da criança e do adolescente, que deve encontrar na figura dos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual”.<sup>24</sup>

Contudo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.417.868/MG, o Ministro João Otávio de Noronha<sup>25</sup> ressaltou que ainda gera controvérsia nos Tribunais a possibilidade de fixação da guarda compartilhada quando ausente o consenso entre os genitores. Em sua posição, sustenta que a regra da aplicação da guarda compartilhada, mesmo nos casos de ausência de

---

<sup>20</sup> Id., op. cit., nota 19.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.626.495/SP*, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num\\_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2019

<sup>23</sup> Período compreendido entre a promulgação da Lei 11.698/2008, responsável pela instituição da guarda compartilhada na legislação brasileira, e o ano corrente, 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.417.868/MG*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num\\_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>25</sup> Ibid.

consenso entre os genitores, cede quando “os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento”, nos termos do art. 1.586, do Código Civil.

Por mais que o Ministro João Otávio de Noronha entenda que a guarda compartilhada deva ser tida como regra, assevera que não pode desconsiderar que, na seara do direito de família, que lida com questões de natureza íntima dos indivíduos, “é habitual o julgador deparar-se com situações que fogem à doutrina e à jurisprudência” e, “portanto, mesmo que se fixem teses que resultem da observação e estudos das situações cotidianas, [...] sempre haverá situações particulares a demandar outras alternativas de soluções”.<sup>26</sup>

Nesse sentido, entende que obrigar a fixação da guarda compartilhada nos casos em que os genitores não têm maturidade para o exercício de tal guarda, porque atualmente se tem constatado que este é o melhor caminho, seria “impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial”.<sup>27</sup>

Por fim, elucida que a impossibilidade dos pais de chegarem em um acordo sobre quaisquer questões inviabiliza o exercício da guarda compartilhada, ainda mais quando ambos os genitores têm tendência a atender somente os seus interesses pessoais.

Contrapondo tal entendimento, a Ministra Nancy Andrichi<sup>28</sup>, em diversos julgados, confirma a aplicação da guarda compartilhada ainda que não haja consenso entre os genitores, visto que o melhor interesse da criança e do adolescente dita a aplicação da mesma.

Para a Ministra, é desejável que ambos os genitores se empenhem na obtenção desse novo sistema de relacionamento entre pais e filhos após a ruptura conjugal, ressaltando ser importante tal esforço para o sucesso da guarda compartilhada, uma vez que precisarão conjuntamente tratar de assuntos relativos a prole comum.<sup>29</sup>

Todavia, impende destacar que o esforço é importante para o sucesso da guarda compartilhada e não para sua fixação, ressaltando ainda que é comum e aceitável que, após a ruptura conjugal, haja um distanciamento maior do antigo casal, bem como maior percepção das diferenças existentes, o que, obviamente, favorece a discórdia.

---

<sup>26</sup> Id., op. cit., nota 24.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Id., op. cit., nota 19.

<sup>29</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.428.596/RS*, Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35207625&num\\_registro=201303761729&data=20140625&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35207625&num_registro=201303761729&data=20140625&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 14 abr. 2019

### 3. BUSCA PELA MELHOR DECISÃO JUDICIAL QUANTO À APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE LITIGIOSIDADE ENTRE OS GENITORES

Com base na aparente incongruência de fixar a guarda compartilhada nos casos em que há litigiosidade entre os genitores, a Ministra Nancy Andrighi<sup>30</sup> aponta que muitos doutrinadores e até mesmo magistrados enaltecem o consenso à condição de pressuposto *sine qua non* para a guarda compartilhada. Contudo, sustenta que tal posição merece uma análise sistemática.

Ao visar maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da guarda compartilhada, o relator do anteprojeto<sup>31</sup>, o deputado Arnaldo Faria de Sá, justifica que, ainda que não se possa negar os avanços jurídicos ocorridos após a instituição da guarda compartilhada, muitas pessoas, inclusive magistrados, conforme mencionado inicialmente, parecem não ter compreendido os reais motivos para a elaboração de tal espécie de guarda. Assevera que o alvo principal da lei não são os pais que conseguem separar as relações conjugais das familiares, porque para estes é totalmente desnecessária a aplicação dessa lei, já que conseguem compreender a importância das figuras materna e paterna, procurando proporcionar aos filhos a presença de ambos em suas vidas.

Destaca que magistrados e membros do Ministério Público interpretavam erroneamente a expressão “sempre que possível”<sup>32</sup> presente no art. 1.584, §2º, do Código Civil vigente naquela oportunidade, como “sempre que os genitores se relacionem bem”, ressaltando que “caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor à época da elaboração da Lei [nº 11.698/2008, de 13 de junho de 2008,] já permitia tal acordo”.

A Ministra Nancy Andrighi consolida que estabelecer como condição para o estabelecimento da guarda compartilhada a existência de acordo ou bom relacionamento entre os genitores “permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro,

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Id. *Projeto de Lei nº 1009/2011*, autoria deputado Arnaldo Faria de Sá. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=858734&filename=PL+1009/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=858734&filename=PL+1009/2011)>. Acesso em: 19 jan. 2019

<sup>32</sup> Id. *Lei nº 11.698/2008*, de 13 de junho de 2008. Art. 1.584, §2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada”, não favorecendo o melhor interesse da criança e do adolescente, mas o seu interesse pessoal.<sup>33</sup>

Acrescenta utilizando o exemplo de uma medida cautelar de separação de corpos que pode ter como objetivo principal a obtenção da guarda provisória do filho, “para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.”<sup>34</sup>

A par disso, nota-se que a preocupação do legislador com a efetividade da guarda compartilhada é impedir que um dos genitores mantenha uma situação de conflito para impedir a aplicação da referida espécie de guarda. Dessa forma, não se pode perder do foco o melhor interesse da criança e do adolescente nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Mas também não se pode distorcer o conflito vivido entre os genitores em nome do superior interesse da criança e do adolescente.

Acrescenta a Ministra Nancy Andrichi<sup>35</sup> que, diante de um conflito exacerbado entre os genitores, os julgadores conjecturam que a vivência da criança e do adolescente naquela situação conflituosa poderá propiciar uma situação problemática para estes, optando, então, pela aplicação da guarda unilateral uma vez que nela o filho seria afastado dos conflitos e teria um desenvolvimento mais calmo.

Contudo, ressalta a Ministra<sup>36</sup> que, mesmo longe de um dos pais, a criança e o adolescente teriam um desenvolvimento tanto social quanto psicológico incompletos, uma vez que lhe seria suprimido um de seus direitos fundamentais: o convívio com ambos os pais – art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990.

Ainda que o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tenha variado, a posição consagrada no Recurso Especial nº 1.251.000/MG foi traduzida na Lei nº 13.058/2014<sup>37</sup>, de 22 de dezembro de 2014, que alterou, entre outros, o §2º do art. 1.584, do Código Civil.

Verifica-se que a nova redação do §2º do art. 1.584, do Código Civil ressalta, com força vinculante, a taxatividade da guarda compartilhada, uma vez que o termo “será” não deixa margem a debates periféricos, “fixando a presunção *juris tantum* de que se houver interesse na

---

<sup>33</sup> Id., op. cit., nota 28.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Id., op. cit., nota 29.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Id. Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014. Art. 1.584. §2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: 7 mai. 19.



guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.<sup>38</sup>

Por óbvio, a taxatividade da norma não ignorou as consequências decorrentes da aplicação da guarda compartilhada, mas somente dispôs que deverá ser fixada.

Mesmo com a taxatividade prevista no artigo acima, perdura ainda hoje o debate sobre a possibilidade de se aplicar a guarda compartilhada na ausência de consenso, ou seja, quando há litigiosidade entre os genitores.

Solucionando tal debate, a Ministra Nancy Andriighi<sup>39</sup> afirma que nos casos de conflito insuperável entre os genitores, o juízo de primeira instância deverá definir as bases da guarda compartilhada obedecendo ao princípio do melhor interesse do menor, bem como ao equilíbrio, sempre que possível, do tempo de convívio do menor com os pais, levando-se também em conta a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, sendo que estes elementos definirão a maneira como a guarda compartilhada ocorrerá, no caso concreto, e não qual a espécie de guarda aplicada, uma vez que a compartilhada é a regra.

Vale ressaltar que a preexistência de um convívio exclusivo ou majoritariamente predominante do menor com um dos genitores não poderá ser usado como empecilho a fixação da guarda compartilhada, podendo, com as devidas cautelas, ser implementada progressivamente. Vislumbrando tal situação, não poderá o julgador proteger uma situação injusta, afastando o menor do convívio com o outro genitor.

A partir dessa perspectiva, constata-se que a guarda compartilhada somente é afastada nas hipóteses de inaptidão de um dos genitores, devendo declarar, nos autos, sua vontade de não exercer a guarda. Fora esta hipótese, impõe-se a prevalência da aplicação da guarda compartilhada tanto por força taxativa do art. 1.584, §2º, CC, quanto pelos benefícios já elucidados tanto para o menor quanto para o antigo casal.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática principal, a questão da dificuldade de aplicar a guarda compartilhada nos casos litigiosos, sem deixar de privilegiar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O debate se materializa pelo fato de a Lei nº 13.058/2014, de 22 de dezembro de 2014, passar a dispor que não haveria qualquer óbice para a aplicação da guarda compartilhada

---

<sup>38</sup> Id., op. cit., nota 28.

<sup>39</sup> Ibid.

quando não houvesse acordo entre os genitores e quando ambos estivessem aptos a exercer o poder familiar. Todavia, a doutrina e a jurisprudência não convergem quando a litigiosidade entre os genitores se mostra um impedimento ao exercício conjunto do poder familiar.

Alguns doutrinadores posicionam-se no sentido de a guarda compartilhada não poder ser aplicada nos casos em que a litigiosidade dos genitores mostra-se aflorada, uma vez que a conduta beligerante dos genitores seria prejudicial às crianças e adolescentes envolvidos.

Por outro lado, outra parte da doutrina sustenta que a literalidade do artigo 1.584, §2º, do Código Civil deve ser respeitada, primando pela fixação da guarda compartilhada ainda que haja litígio entre os genitores

Ambas as posições foram confirmadas por julgamentos colegiados, tanto pelos Tribunais locais quanto pelas Cortes Superiores. No entanto, a segunda posição foi traçada como o ideal a ser buscado na criação dos filhos advindos de relações dissolvidas. De acordo com a posição vanguardista da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a adoção da guarda compartilhada como modelo a ser seguido privilegia o interesse da criança e do adolescente, não podendo ser afastada ainda que o relacionamento entre os genitores não seja harmônico.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que por mais que seja pacífico o entendimento de que a guarda compartilhada é a espécie de guarda que melhor atende aos interesses das crianças e dos adolescentes, dificilmente será possível a obtenção de um padrão de decisão, pois o Direito de Família envolve questões repletas de particularidades e de natureza íntima dos indivíduos, não sendo, por isso, possível obter uma solução imutável.

No entanto, o que há de ser imutável é o melhor interesse da criança e do adolescente, que deve ser sempre privilegiado, visto que estes se encontram em situação desfavorável no conflito entre seus genitores.

Em conclusão, diante de todo o exposto, destaca-se a importância de o julgador levar em consideração que efetivamente a guarda compartilhada é o melhor sistema a ser adotado, considerando o melhor interesse do menor, porém, deverá analisar as peculiaridades do caso, percebendo se o litígio existente entre os genitores é somente um mecanismo criado por um destes para dificultar a fixação da guarda compartilhada para, assim, afastar o outro genitor do convívio com a prole comum, ou se realmente os desentendimentos dos pais ultrapassam o aceitável, o que, de fato, manteria o menor em um ambiente beligerante.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2007. p. 31-60. In: MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 1 abr. 19.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: Universitária do Direito: 1984. In: GUISSARD FILHO, Waldyr – *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010-A.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11.01.2002.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16.07.1990.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16.06.2008.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.318*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 27.8.2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.058*, de 22 de janeiro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23.12.2014.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 1009/2011*, autoria deputado Arnaldo Faria de Sá. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=858734&filename=PL+1009/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=858734&filename=PL+1009/2011)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.251.000/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num\\_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17092777&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em: 18 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.417.868/MG*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num\\_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.428.596/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>



documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35207625&num\_registro=201303761729&data=20140625&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.626.495/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num\\_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65214627&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2014.016618-1. Relator Desembargador Henry Petry Junior. In: AUGUSTO, Naiara Czarnobi. *Decisão salomônica – a aplicação da guarda compartilhada a filhos de pais em conflito e os possíveis prejuízos às primeiras infâncias*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/39026439/decisao-salomonica-guarda-compartilhada-entre-pais-em-conflito>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris; 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CHAGAS, Isabela Pessanha. *Breves reflexões sobre o instituto da guarda*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiado/seculoXXI\\_62.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiado/seculoXXI_62.pdf)>. Acesso em: 4 abr. 2019.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da criança e do adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009. In: PAGANINI, Juliana. *O direito a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente: uma análise a partir da Lei 12.010/09*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8861](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8861)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <[http://www.editora magister.com/doutrina\\_23385195\\_BREVES\\_CONSIDERACOES SOBRE\\_O\\_PRINCIPIO\\_DO\\_MELHOR\\_INTERESSE\\_DA\\_CRIANCA\\_E\\_DO\\_ADOLESCENTE.aspx](http://www.editora magister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx)>. Acesso em: 18 jan. 2019.

GUISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2018.



LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (coord.). Aspectos constitucionais, civis e processuais. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. V.3. São Paulo; RT, 1996. In: GUIARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *O estudo sobre a guarda compartilhada*. 2008. Disponível em: <[http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Laura\\_Affonso\\_da\\_Costa\\_Levy/Guarda%20compartilhada2.pdf](http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Laura_Affonso_da_Costa_Levy/Guarda%20compartilhada2.pdf)>. Acesso em: 1 abr. 19.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003. In: MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

MAYRINK, José Maria. Filhos do divórcio. São Paulo: EMW, 1984. In: GUIARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 5 jan. 19.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002. In: MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 5 jan. 2019

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. V. Direito de Família – 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 1 abr. 19.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2019

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2018.

REGO, Nelson M. de Moraes. *Proteção constitucional da criança e do adolescente*. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/protacao-constitucional-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 19 jan. 2019.



RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. In: MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder parental nos casos de divórcio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. In: MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

VILELA, Camila Vanderlei. *Guarda compartilhada: solução ou motivo de conflitos?* Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaio/forum/guarda-compartilhada-solucao-ou-motivo-de-conflitos/>>. Acesso em: 18 jan. 2019

## DIREITO AO ESQUECIMENTO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO EGRESSO EM CONCURSOS PÚBLICOS

Luma Mozzer Alvim

Graduada pelo Instituto Vianna Júnior. Advogada.

**Resumo** – O direito ao esquecimento é uma questão doutrinária e ganhou visibilidade quando o STJ (Superior Tribunal de Justiça) passou a refletir e definir o contorno da existência desse direito em âmbito nacional. Esse direito é decorrência do princípio da dignidade humana, e permite que o indivíduo seja “deixado em paz”, pois nenhum acontecimento, ainda que verdadeiro, deve ser divulgado e publicado perpetuamente, trazendo transtornos e sofrimentos. Nesse contexto, o presente artigo busca demonstrar a ilegalidade nos editais de concursos públicos que vedam a nomeação de egressos, pois a consequência prática dessa previsão é a existência de uma pena perpétua, o que é expressamente vedado pela nossa Constituição, além da supressão do direito ao esquecimento, que decorre diretamente da dignidade da pessoa humana. Quando falamos em concurso público a situação fica ainda mais delicada, pois temos o Estado como violador desses direitos, e ele é um dos principais responsáveis em dar chances reais de recuperação e evitar a discriminação dos que acabam de sair do presídio, agindo em prol da igualdade e da preservação dos direitos humanos.

**Palavras-chave** – Direito ao esquecimento. Ressocialização. Dignidade da pessoa humana. Responsabilidade do Estado. Concurso público.

**Sumário** – Introdução. 1. A prisão como pena e sua finalidade nos dias atuais. 2. O direito ao esquecimento e a aplicabilidade no âmbito penal. 3. O papel do Estado na garantia do direito ao esquecimento do egresso e a vedação ao ingresso na carreira pública. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema que será abordado diz respeito a um debate sobre o direito ao esquecimento e o papel do Estado na reintegração do indivíduo. Serão abordados os aspectos referentes às finalidades das penas e do próprio sistema carcerário, esclarecendo o que se busca quando é imposta uma sanção a determinada pessoa, tendo em vista que impondo uma pena privativa de liberdade está sendo tirado um direito constitucionalmente garantido, qual seja, a liberdade.

A resistência da sociedade em relação às pessoas advindas do sistema carcerário será posta em tela, bem como as ações (ou omissões) do Estado que agravam a violação do direito, que tem o apenado, de ser esquecido após o cumprimento de sua pena, garantindo a oportunidade de retomar sua vida e a sua efetiva reinserção à sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo abordando os aspectos referentes às finalidades das penas e do próprio sistema carcerário, esclarecendo o que se busca quando é imposta uma sanção a determinada pessoa, tendo em vista que impondo uma pena privativa de liberdade está sendo tirado um direito constitucionalmente garantido, qual seja, a liberdade.

No segundo capítulo a abordagem será sobre o direito ao esquecimento como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, e a aplicabilidade dele no âmbito penal, demonstrando a base legal e doutrinária para se afirmar que os registros da condenação não devem se perpetuar além do tempo da punição, o que está diretamente ligado à função de ressocialização da pena.

Em seguida, no terceiro capítulo, busca-se entender qual é o papel do Estado na garantia do direito ao esquecimento. A resistência da sociedade em relação às pessoas advindas do sistema carcerário será posta em tela, bem como as ações (ou omissões) do Estado que agravam a violação do direito, que tem o apenado, de ser esquecido após o cumprimento de sua pena, garantindo a oportunidade de retomar sua vida e a sua efetiva reinserção à sociedade.

O estudo tem o intuito de fazer uma relação com os editais de concursos públicos que vedam a posse do apenado, o impossibilitando, mesmo diante de merecimento e esforço próprio, ter seu direito de trabalhar com dignidade. É por meio do trabalho que as pessoas conseguem prover seu próprio sustento, e quando o próprio Estado, por meio dos seus editais, dificulta essa possibilidade ao sujeito que acabou de deixar a penitenciária, estará agindo de forma preconceituosa e retardando a ressocialização, um instituto que lhe é um dever promover.

Se a pena já cumprida enseja ao agente a sua reabilitação e reintegração na sociedade, com base em que seria vedado o ingresso do apenado na carreira pública?

Cabe ao poder público e à sociedade civil dar chances reais para a efetiva recuperação dos que estão submetidos a penas ou que saem dos presídios, evitando sua discriminação, agindo em prol da igualdade e da preservação dos direitos humanos, como nos garantem a Constituição Federal. Porém, se o próprio Estado, com o seu poder-dever, impõe dificuldades para o indivíduo se reintegrar na sociedade, como exigir tal conduta do particular?

A pesquisa será desenvolvida pelo método explicativo, pois o pesquisador pretende expor toda a legislação aplicável ao caso e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Para tanto, a abordagem dessa pesquisa será necessariamente qualitativa, visando sustentar sua tese.



## 1. A PRISÃO COMO PENA E SUA FINALIDADE NOS DIAS ATUAIS

Este capítulo tem por finalidade mostrar uma breve evolução histórica das penas, em sua origem. Aborda como se chegou ao conceito (em tese) humanitário e ressocializador nos dias de hoje.

Não há um momento histórico exato e preciso para o surgimento da pena e do crime. Porém, pode-se afirmar que a ideia de punição surgiu com a formação dos primeiros grupos sociais.

Antes do século XVII e o surgimento do Iluminismo, a punição por um mal realizado à determinada pessoa era revidado sem nenhuma proporcionalidade ou preocupação com justiça, pois o que ocorria era a prática de uma vingança de cunho particular, onde vencida e prevalecia o mais forte.

Michel Foucault<sup>1</sup>, em seu livro *Vigiar e Punir*, retrata a pena na época em que era feita de maneira feroz, sem nenhum limite, e principalmente desumana:

[...] é uma pena corporal, marcado por esquarteramento, amputação de membros, marcas simbólicas no rosto e uma exposição do condenado vivo ou morto a um dado espetáculo em praça. Era definida como fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade.

Hobbes<sup>2</sup>, que é um defensor do absolutismo, analisa o ser humano e o seu comportamento, fundamentando a necessidade de um Estado Soberano devido à natureza egoísta do homem, que tende à guerrear entre si. Desta forma, necessário se torna a figura de um Estado que estabeleça a paz por meio de um contrato social, e puna àqueles que o desobedecerem, evitando que os indivíduos se autodestruam.

No início do século XVIII, com os grandes pensadores iluministas e a disseminação de ideias de uma sociedade baseada na razão, inicia-se o período humanitário da pena, onde objetiva-se punir ao invés de vingar. O pensamento era de uma punição melhor e proporcional, pois a vingança privada dizimava inúmeros grupos sociais. A ausência de leis e normas que regulamentassem as diversas condutas sociais significaram tempos de caos social, onde a concepção de justiça e vingança variava conforme a concepção pessoal do ofendido.

---

<sup>1</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, Petrópolis: Vozes, 2002, p. 12.

<sup>2</sup>HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 326.

A “Lei de Talião” foi o primeiro passo para humanização da pena, trazendo proporcionalidade à aplicação da vingança, e impedindo que a justiça fosse feita “pelas próprias mãos”, sendo regido pelo princípio do “olho por olho, dente por dente”.

A *lex talionis* marca a história da sociedade pois contribui para o desenvolvimento social, uma vez que há a criação de um órgão com a finalidade de garantir um único castigo àquele que praticou o mal à outro. Pode-se dizer que há, nessa criação, a figura do Estado em suas primeiras formas.

Houve afrouxamento da penalidade no decorrer do século XVIII, durante esse período, e os crimes parecem perder violência, enquanto as punições, reciprocamente, reduzem em parte sua intensidade.

Os pensadores iluministas da época tinham como objetivo o aprofundamento dos princípios do conhecimento crítico da sociedade humana e diziam que assim poderiam melhorar o progresso da humanidade, superando as barbaridades e crueldades que reinavam no período da Idade Média.

Eles diziam que era necessário abrir mão de certos direitos individuais para o bem da coletividade, e que se uma pessoa comete um crime, ela deve pagar por ele. Porém, os direitos fundamentais dessa pessoa devem ser sempre preservados. A pena imposta deve ser proporcional ao delito que fora cometido.

A punição por um crime, por muito tempo, não era concebida com a ideia de privação de liberdade. A privação de liberdade era apenas um meio pelo qual guardava-se o corpo do condenado para que sofresse a pena, que, na maioria das vezes, era de morte ou mutilações. No entanto, essa forma começou a horrorizar a própria sociedade, que sofria as consequências das sanções com a sua própria vida e integridade física.

É no fim do século XVIII que começam a surgir os primeiros indícios do que hoje se conhece como penitenciárias, fazendo da prisão a própria punição, e não um meio para cumprimento da pena, em caráter temporário.

Hoje em dia, diante de tantos avanços na organização da sociedade como um todo, a pena possui uma função social, e é analisada à luz da Constituição Federal.

O Código Penal<sup>3</sup> prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, porém deve-se sempre respeitar os direitos fundamentais e constitucionais inerentes à qualquer indivíduo, como a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>3</sup>BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.



Conforme preleciona o professor Cleber Masson<sup>4</sup>, a pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante a sociedade. Ou seja, a pena/sanção surge como garantia à todos os cidadãos, incluindo o próprio infrator, que será reeducado e inserido novamente ao convívio social.

O sistema carcerário brasileiro nos últimos anos tem sido cada vez mais precário. O abandono, a falta de investimento e a falta de fiscalização do poder público é notório. Sendo assim, o sistema atual que tinha como intuito inicial dar um fim à penas desumanas, como a morte e a tortura, mantém essa sistemática. Percebe-se então que, na prática, tudo isso ainda não acabou.

O ambiente prisional é caracterizado pela incidência de violência tanto física quanto psicológica, que por muita das vezes é realizado pelo próprio poder público. Ocorre que a visão da população em geral é de que os indivíduos ali retidos são inferiores, marginais, e “merecem” os maus tratos. Com a crise financeira do Estado esse quadro se agrava, pois o entendimento é que quem cometeu algum crime não teve ter prioridade nos recursos financeiros, pois faltaria para as “pessoas de bem”. Desta forma, o conceito de dignidade da pessoa humana, que deveria ser inalienável e irrenunciável, pois inerente à qualquer ser humano, é completamente desrespeitado por quem, na verdade, deveria lutar para resguardá-lo e efetivá-lo.

Porém, o que não se percebe é que a limitação e violação da dignidade e dos direitos humanos dessa minoria é uma faca de dois gumes, pois ao serem postos em liberdade, e deparar-se com a falta de emprego, saúde e moradia, acabam cometendo novos crimes, fazendo com que esse círculo seja vicioso e acarretando o crescimento da violência no país.

As diversas condutas dos indivíduos, por mais que reprováveis, devem ser punidas à luz do princípio da proporcionalidade, e não podem ser tratadas de forma generalizada, por isso são necessários diferentes sistemas para tratar de cada criminoso.

A divisão possibilita que um indivíduo que tenha praticado um crime de maior periculosidade não tenha convivência com aquele que cometeu algo de menor potencial ofensivo. Todavia, não é o que vem acontecendo nos cárceres do Brasil, o que faz com que a cadeia para muitos se torne uma verdadeira escola do crime.

O egresso se depara, ao sair do cárcere, em um cenário em que ele é rotulado e estigmatizado pela sociedade como “ex-presidiário”, sofrendo preconceito, falta de

---

<sup>4</sup>MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 329.

oportunidade e humilhações. Muitas das vezes não encontram apoio de familiares, amigos, nem do Estado, ficando completamente à margem da sociedade. Sem oportunidade, e buscando sua própria sobrevivência, acaba por retornar ao mundo do crime.

Se o Brasil não possui pena de morte, é dever do Estado garantir a vida dos encarcerados, bem como ressocializá-los, uma vez que o intuito é inseri-los novamente a vida em sociedade.

## 2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A APLICAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

Neste capítulo será abordada uma questão doutrinária, e que ganhou evidência com a edição do Enunciado 531 do CNJ (Conselho de Justiça Nacional), que reconhece o direito ao esquecimento, de forma genérica, como um dos direitos da personalidade. O STJ (Superior Tribunal de Justiça), no julgamento de alguns casos, começou também a refletir e definir o contorno da existência desse direito em âmbito nacional. O intuito no presente estudo será a aplicação desse direito no âmbito penal.

O direito ao esquecimento é um dos desdobramentos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e coaduna com os direitos à vida privada, honra, intimidade, e imagem, previstos na Constituição Federal nos seus artigos 1º, inciso III e 5, inciso X<sup>5</sup>.

O direito ao esquecimento traz um limite ao direito de expressão e de informação, pois há uma análise e ponderação para evitar excessos, não permitindo que uma pessoa seja lembrada eternamente sobre um fato acontecido no passado. Desta forma, em um eventual conflito de princípios constitucionais, cabe aos Tribunais empregar uma ponderação de valores caso a caso.

Trazendo esse direito para o contexto deste estudo, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup> se posiciona:

[...] se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

---

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

<sup>6</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

O direito de ser esquecido nasceu no âmbito penal, sendo mais que certo que aquele cidadão que cumpriu uma pena em face de um crime cometido não pode ser eternamente punido, até porque isso contraria o texto constitucional que veda a aplicação de penas perpétuas, de modo que os registros da condenação não devem se perpetuar além do tempo da punição. Essa seria essa uma importante parcela do direito à ressocialização do egresso.

O indivíduo que cumpriu uma pena em face de um crime cometido não pode ser eternamente punido, até porque isso contraria a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual veda a aplicação de penas perpétuas, de modo que os registros da condenação não devem se perpetuar além do tempo da punição. Trata-se de uma importante parcela do direito à ressocialização do egresso.

Aquele que comete um crime, mesmo que pague por ele nos exatos termos em que nossa legislação atual impõe, fica permanentemente taxado e condenado, ainda que indiretamente. Esse tratamento é degradante e vedado pela Constituição Federal, pois fere o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, como já dito anteriormente, bem como a inviolabilidade pessoal.

Ainda que culpado, com sentença penal condenatória transitada em julgado, o sujeito não pode ser condenado mais de uma vez pelo mesmo crime (*non bis in idem*), muito menos por toda vida, pois o nosso ordenamento jurídico proíbe a pena perpétua.

A população carcerária é desprezada pela sociedade e pelo poder público. Para muitos “fazer justiça” é manter aquele que violou o direito alheio, em cárcere privado.

O egresso se depara, ao sair do cárcere, em um cenário em que é rotulado e estigmatizado pela sociedade como “ex-presidiário”, sofrendo preconceito, falta de oportunidade e humilhações.

Certo é que, na maioria das vezes, essas pessoas recém incluídas na sociedade não encontram apoio em familiares, amigos, e muito menos no Estado, ficando completamente à margem da sociedade.

A limitação e violação da dignidade e dos direitos humanos dessa minoria é uma faca de dois gumes, pois ao serem postos em liberdade, e se depararem com a falta de emprego, saúde e moradia, acabam cometendo novos crimes, fazendo com que esse círculo seja vicioso e acarrete o crescimento da violência no país.

A pena tem o caráter repressor e preventivo, e a prevenção só poderá ocorrer de forma eficaz se os infratores não voltarem à delinquir. A finalidade utilitária da pena deve ser vista como prioridade, visto que tem a intenção de evitar que nos delitos venham a ser cometidos.

Cesare Beccaria<sup>7</sup>, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, nesse mesmo sentido diz:

[...] é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

Como o Brasil não possui pena de morte, é dever do Estado garantir a vida dos encarcerados, bem como ressocializá-los, uma vez que o intuito é inseri-los novamente na vida em sociedade.

Na Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP)<sup>8</sup> em seu art. 10º e 11º consta que é dever do Estado a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde ao preso e ao internado, com a função de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

No art. 25 do mesmo diploma legal, por sua vez, o legislador compreende que a assistência ao egresso pode gerar, inclusive, a concessão, se necessário, de alojamento e alimentação pelo prazo de 2 (dois) meses, que poderá ser prorrogado se comprovado o empenho na obtenção de emprego.

O texto legal é preciso, e se fosse respeitado e colocado em prática seria eficaz, mas na prática nada disso funciona. Os detentos são jogados na sociedade de qualquer maneira, sem qualquer auxílio, perdidos e sem o costume de viver em liberdade.

O Estado deveria dar apoio e orientação ao egresso, a fim de que este aprenda à reintegrar sua vida fora do cárcere, como orienta os diplomas legais supramencionados.

Além do Estado, a sociedade também possui papel fundamental na inserção desse indivíduo de volta à sociedade. A sociedade está condicionada à rejeitar o diferente, o que “foge à regra”, pois não estão no padrão que entendem correto e adequado.

Diante disso, o egresso precisa lutar conta o preconceito e discriminação para seguir em frente e mudar a situação em que se encontra, pois afastado da sociedade por tanto tempo, encontra-se sozinho e desatualizado.

O egresso, mesmo depois de ter pago sua dívida com a sociedade, mediante a sua privação de liberdade, pagará por toda a vida, pois a sociedade o estigmatiza e dificuldade sua inserção na sociedade.

---

<sup>7</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. São Paulo: Pillares, 2013, p. 114.

<sup>8</sup>BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Percebe-se, desta forma, que o ex-encarcerado acaba por sofrer duas punições: a privação de liberdade na cadeia pela punição estatal, e após, a estigmatização social.

Rogério Greco<sup>9</sup> faz a seguinte reflexão sobre a relação da sociedade para com os detentos:

[...] a nossa fúria punitiva, no entanto, é dirigida sempre aos mais fracos, àqueles aos quais não há vozes para clamar pelos seus direitos. São pobres, improdutivos, incultos, iletrados, maltratados pela vida. Por que se importar com eles? Não gostamos de encará-los nas ruas. Não os convidamos para as nossas festas. Não temos coragem de apertar suas mãos sujas. Seu hálito nos incomoda. Seu cheiro é insuportável. Por que nos importariamos com esse tipo de gente? A culpa, na verdade, é toda nossa. Se essas pessoas são assim, com certeza, parte disso se deve ao nosso egoísmo.

No âmbito do direito penal a reabilitação criminal tem o intuito de fazer com que o condenado retorne ao status quo ante, ou seja, à situação anterior à condenação em que se encontrava, retirando os seus antecedentes criminais e as anotações negativas nela expostas.

O artigo 94 do Código Penal Brasileiro<sup>10</sup> prevê os requisitos, que são cumulativos, para que se conceda a reabilitação, e são eles: o transcurso do período de dois anos desde o cumprimento ou a extinção da pena, bom comportamento público e privado do condenado e ressarcimento do dano causado pelo crime ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo, assim como a renúncia do ressarcimento pela vítima ou a novação da dívida.

O artigo 93 do mesmo diploma legal prevê a garantia do sigilo dos antecedentes criminais daquele que cumpriu devidamente a sua pena. Depreende-se, portanto, que a reabilitação tem caráter ressocializador, e coaduna com o direito ao esquecimento do egresso.

No mesmo diapasão, a Lei de Execuções Penais<sup>11</sup> em seu artigo 202, prevê que o efeito do sigilo dos registros criminais é obtido após o cumprimento ou extinção da pena, de modo que não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça fazendo referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

A utilização de informações criminais, então, deve restringir-se à instrução em processo que verse sobre a prática de novo delito. Isso visa assegurar que o egresso possa reconstruir sua vida, deixando o passado de crimes para trás, tendo direito à ressocialização e à uma vida com dignidade.

---

<sup>9</sup>GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 352.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

A reabilitação não apaga ou exclui o instituto da reincidência, mas garante o seu sigilo, possibilitando a reintegração do apenado à sociedade.

### 3. O PAPEL DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO DO EGRESSO E A VEDAÇÃO AO INGRESSO NA CARREIRA PÚBLICA

A Conforme mencionado nos capítulos anteriores na análise do ordenamento jurídico, resta evidente o papel do Estado em promover as garantias constitucionais do preso (na cadeia) e do egresso (fora da cadeia e inserido de volta na sociedade).

No Estado Democrático de Direito, o homem, ao se organizar socialmente, delega ao Estado a função de garantir o respeito pelos direitos humanos e garantias fundamentais. As autoridades políticas se encontram sujeitas ao respeito pelas regras de direito.

Percebe-se ao longo deste estudo que o Estado se omite e ignora essa parcela de indivíduos jogados à margem da sociedade, que são os egressos.

Com o seu poder-dever, o Estado deveria efetivar o direito ao esquecimento e à ressocialização que o egresso possui. Para isso, são necessárias medidas governamentais que sirvam de instrumento para efetivar esse direito, como por exemplo a possibilidade de mudança de nome do reabilitado, maior empenho para a proibição de veiculação de notícias que perpetuem o crime cometido no passado, incentivos fiscais e trabalhistas para as empresas privadas na contratação de ex-detentos, entre outras.

Na prática, a atuação do Estado é exatamente o contrário. Hoje em dia é comum em editais de concursos públicos a vedação da contratação de indivíduos que possuam antecedentes criminais, pois se considera que não possuem a “reputação ilibada” que o cargo exige, pois são vistos sempre como delinquentes em potencial.

A investigação social da vida pregressa do candidato que presta concurso público elimina o candidato, mesmo aprovado em todas as fases, que tenha cumprido pena privativa de liberdade.

A reabilitação criminal prevista no ordenamento jurídico e anteriormente tratada nesse estudo é completamente ignorada, pois mesmo após anos e anos do cumprimento integral ou extinção da pena, as informações continuam sendo vinculadas ao egresso e repassadas entre os órgãos públicos.

Quando o cidadão já cumpriu a sua pena ele não carrega consigo nenhuma dívida com a sociedade, e não pode sofrer nenhuma sanção em razão de uma condenação anterior, pois se isso fosse possível estaríamos diante do instituto do *bis in idem*, vedado pela nossa legislação.

A eliminação de um candidato por esse motivo se mostra completamente desarrazoada e desproporcional, afrontando princípios constitucionais, e promovendo uma segregação social ao invés da reintegração social que o legislador almeja.

Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio do STF (Supremo Tribunal Federal) proferiu o seu voto no RE nº 212.198-3/RS<sup>12</sup> privilegiando o direito ao esquecimento. A ação tratava de um condenado pelo crime de falsidade ideológica que lutava pelo seu direito de tomar posse do cargo de Escrivão Inspetor de Polícia, no qual fora aprovado através de concurso público.

O egresso tinha dezenove anos de idade quando praticou o delito e respondeu pelo processo criminal, tendo-lhe sido imposta a pena de um ano de reclusão e pagamento de vinte dias-multa. O ministro concluiu que a reabilitação resulta na convicção de o condenado haver se regenerado, sendo restituído à condição anterior à sua condenação, e que insistir na indefinida e longa duração da pena, que é repelida pelos princípios gerais de direito, significa atentar contra a própria Constituição.

O caso fático é a realidade de dezena de milhares de egressos que tentam deixar para trás o seu passado e seguir em frente. O indivíduo cumpre sua pena imposta pelo Estado no exercício de suas atividades, deixa o cárcere, e tenta ressocializar-se (apesar de todos os preconceitos em que se depara ao se expor na sociedade novamente).

É evidente que o indivíduo que passou em um concurso público disputadíssimo conseguiu se reabilitar e sair do cenário do crime. Entretanto, o mesmo Estado que deveria promover a reinserção e reabilitação social é quem oprime e retira a oportunidade de superação do sujeito.

O Estado, ao invés de incentivar o ingresso do egresso no mercado de trabalho, faz exatamente o contrário. Como querer que a iniciativa privada dê oportunidade para esses indivíduos se o próprio Estado, que deveria defendê-los e lutar pelos seus direitos, é o primeiro que o estigmatiza?

O trabalho é de suma importância no mundo capitalista atual e é uma das maiores dificuldades que o egresso encontra quando retorna ao convívio social, pois o preconceito impede que lhe seja confiada qualquer função laborativa.

É por meio do trabalho que o sujeito tira o seu sustento e o de sua família, promove a sua auto-estima e o orgulho de produzir algo, pois se sente útil e reconhecido. Não obstante, é através do trabalho que se obtêm renda, e através da renda que conseguimos promover nossa

---

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 212.198-3/RS*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026075>>. Acesso em: 28 fev. 2019.



educação, saúde, lazer e moradia. Ou seja, imprescindível se torna a atividade laboral atualmente.

Como o Estado, além de não promover a ressocialização, a dificulta, encontramos, novamente, o desrespeito à inúmeras normas constitucionais e garantias fundamentais. Trata-se de uma incoerência a ação no Estado no sentido de exclusão e reconhecimento explícito de desconfiança no sujeito logo após ter concedido a sua reabilitação criminal.

O egresso encontra-se amarrado em uma pena perpétua, mesmo que de forma indireta, pois constantemente está sendo vinculado ao crime cometido no passado. Além disso, resta notório o preconceito com o seu passado, sendo, para o Estado, o comportamento tido anteriormente como uma característica intrínseca dele, com o qual fundamenta a impossibilidade de exercer função pública.

A dignidade da pessoa humana, a igualdade e a ressocialização são completamente ignorados, e o sujeito fica à mercê de um julgamento preconceituoso, onde não se acredita na ressocialização e no retorno ao *status a quo* daquele que, um dia, cometeu um delito.

Não há respaldo jurídico para que uma pessoa seja julgada, condenada e lembrada *ad eternum* por determinado comportamento. A pena, após cumprida, e mediante um lapso temporal razoável, deve ser esquecida, pois se não funcionará como inibidor da reabilitação social do condenado.

O ser humano é mutável e não pode ser taxado de forma irreversível pela prática de determinado comportamento considerado ilegal. É direito desse cidadão ser esquecido e poder reescrever a sua história sem ser discriminado por toda a sociedade e pelo Estado, sendo considerado para sempre imoral.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que, se tratando de ressocialização, haverá sempre muito preconceito e discriminação, já que a maioria das pessoas não acreditam que um indivíduo que foi capaz de cometer um crime tenha condições de melhorar seu comportamento e sua forma de pensar. É necessário muito trabalho psicológico, educacional, cultural e de capacitação profissional para que seja possível tal mudança.

O que se percebe é que o Estado não só tem desrespeitado os direitos inerentes à pessoa humana, como também virado as costas para a situação degradante que os presos são submetidos dentro e fora dos presídios.

A mudança deve começar pela política pública do país. Só se é possível prevenir efetivamente a prática de crimes com a ressocialização, pois os indivíduos que são postos de volta à sociedade devem deixar de delinquir, garantindo assim a paz social. Dessa forma, o Estado deve encontrar maneiras para promover a reintegração desses indivíduos na sociedade garantindo os seus direitos inerentes à pessoa humana, e o mínimo existencial.

Aqueles que cometeram delitos devem pagar pelos seus erros, porém não deixam de ser seres humanos, com garantias e direitos fundamentais inerentes à todos. Em um dos desdobramentos desses princípios e garantias, encontramos o direito ao esquecimento, que é o instrumento pelo qual se torna possível a ressocialização.

Um dos principais argumentos dessa pesquisa tem por respaldo a evidência do papel do Estado em promover as garantias constitucionais do preso (na cadeia) e do egresso (fora da cadeia e inserido de volta na sociedade). No Estado Democrático de Direito, o homem, ao se organizar socialmente, delega ao Estado a função de garantir o respeito pelos direitos humanos e garantias fundamentais.

Restou demonstrado que o Estado se omite e ignora essa parcela de indivíduos jogados à margem da sociedade, que são os egressos. O presente estudo traz como enfoque a contradição que se visualiza quando o próprio Estado discrimina os sujeitos que ele tem o poder-dever de ressocializar.

A pergunta que se faz é: se o Estado, que é o responsável por ressocializar o sujeito que cometeu uma infração penal, não acredita nessa ressocialização, e não confia nessas pessoas para que lhes sejam oferecidas trabalho, por que o particular deveria? Porque o Estado devolveu essa pessoa para convívio em sociedade?

O intuito é esclarecer que, com esse poder-dever, o Estado deveria efetivar o direito ao esquecimento e à ressocialização que o egresso possui, e não dificultar, segregar e descriminalizar.

A partir do momento que um edital de um concurso público veda a nomeação de pessoas que tenham qualquer anotação criminal em seu nome, o Estado está passando a mensagem de que essas pessoas não são confiáveis o suficiente para fazerem parte do seu quadro de funcionários, e com isso aumenta o estigma já sofrido por essas pessoas.

Para que esse poder-dever seja observado, como dito em momento anterior nesse presente artigo, são necessárias medidas governamentais que sirvam de instrumento para efetivar esse direito, como por exemplo repugnar editais de concursos públicos que vedam o ingresso de egresso como servidores públicos, possibilitar a mudança de nome do reabilitado, maior empenho para a proibição de veiculação de notícias que perpetuem o crime cometido

no passado, incentivos fiscais e trabalhistas para as empresas privadas na contratação de ex-detentos, entre outros.

É importante esclarecer que não se pretende defender que o Estado admita pessoas que não tenham os padrões devidos de moralidade e eticidade necessários para se trabalhar em cargos públicos, já que estamos diante de uma função em que se vê presente grande interesse social. A ideia central, na verdade, é que se tenham critérios objetivos e que não firam direitos e garantias fundamentais, pois quando, de maneira geral e abstrata, se impede que qualquer pessoa que cometeu qualquer tipo de crime tenha acesso a cargos públicos, essa medida se torna discriminatória e desproporcional.

Assim, conclui-se que o Estado deve resguardar os princípios constitucionais que protegem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e, quando eles se encontrarem em conflito, resolver com a ponderação dos mesmos, sem que se aniquile nenhum direito, ou seja, havendo restrições, mas preservando o núcleo essencial da norma.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil*. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 212.198-3/RS*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026075>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

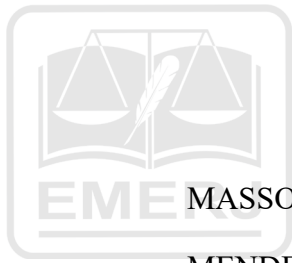
\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Dos direitos humanos do preso*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.



MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

## VIABILIDADE JURÍDICA DE AUDIÊNCIA UNA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO VETOR À EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL

Marcelle Christine de Jesus Teixeira

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

**Resumo** – O microssistema dos Juizados Especiais Cíveis foi idealizado para facilitar o acesso à justiça, incentivando a conciliação entre as partes e, por isso, dentre os princípios norteadores estão os princípios da celeridade e economia processual. Entretanto, embora a Lei nº 9.099/95 preveja a obrigatoriedade de comparecimento à audiência de conciliação, nota-se que isto não necessariamente conduz à solução consensual do conflito, seja pela falta de interesse das partes na autocomposição, seja pela forma equivocada como a audiência é conduzida. O intuito do trabalho é demonstrar a baixa eficácia das audiências de conciliação da forma como são feitas atualmente, bem como analisar os aspectos (in)compatíveis do microssistema quanto à regra do artigo 334 do CPC/15 e, por fim, demonstrar a viabilidade jurídica da realização de audiência una nos Juizados Especiais Cíveis.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Juizado Especial Cível. Audiência de Conciliação

**Sumário** – Introdução. 1. A baixa eficácia da obrigatoriedade das audiências de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. 2. A (in)compatibilidade entre a sistemática do Código de Processo Civil quanto à possibilidade de recusa justificada da parte ao comparecimento à audiência de conciliação quando não há interesse na autocomposição: a regra do art. 334 do CPC/15. 3. Viabilidade jurídica de audiência una nos Juizados Especiais Cíveis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa trata da ineficácia do fracionamento dos atos em Juizado Especial Cível, em especial no tocante às audiências de conciliação e de instrução e julgamento. Existe um certo contrassenso, pois o legislador constituinte buscou facilitar o acesso à justiça, por meio dos Juizados, impondo a observância de procedimento mais célere. Existem Juizados Especiais, todavia, que não se ajustaram ao mandamento constitucional, tampouco à literalidade do artigo 27, parágrafo único, da Lei nº 9.009/95, sobretudo diante da preponderante falta de interesse do réu na realização de acordo.



A Constituição da República de 1988, no artigo 98, I, fundamenta a existência dos Juizados Especiais Cíveis destinados ao exame de causas de menor complexidade. A redação constitucional deixa claro que o procedimento adotado nos Juizados deve ser ao mesmo tempo célere e eficiente, observados os princípios da simplicidade, informalidade, economia e celeridade.

O procedimento especial dos Juizados foi idealizado, sobretudo, para facilitar o acesso à justiça e, por isso, dentre os princípios norteadores está o princípio da celeridade. Atualmente, entretanto, embora a Lei nº 9.009/95 preveja que a audiência de instrução ocorrerá imediatamente após a tentativa frustrada de acordo, não é o que ocorre em muitos casos, o que vai de encontro com a finalidade constitucional dos Juizados, fazendo da exceção à regra.

Busca-se, com o presente artigo analisar a possibilidade de realização de audiência una no âmbito do microsistema de Juizados Especiais Cíveis como vetor dos princípios da economia processual e celeridade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a baixa eficácia da forma de condução das audiências de conciliação, sobretudo diante da preponderante falta de interesse do réu na realização de acordo e como isso não contribui para a finalidade precípua dos Juizados: acesso à justiça de forma simples, eficaz e célere.

O segundo capítulo demonstra os aspectos compatíveis e incompatíveis da aplicação das regras do Código de Processo Civil no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, em especial quanto ao disposto no artigo 334, do CPC/15 em confronto com o artigo 51, inciso I, da Lei nº 9.099/95 e a (im)possibilidade de recusa das partes ao comparecimento às audiências de conciliação.

O terceiro capítulo analisa a compatibilidade de realização de audiência una como vetor à efetivação dos princípios norteadores dos Juizados Especiais cíveis, como ocorre em alguns Juizados, demonstrando que a unificação dos atos é real e beneficia ambas as partes.

O método hipotético-dedutivo foi escolhido como técnica metodológica para a produção do artigo, haja vista que o pesquisador apresentará reflexões teóricas que, entende serem possíveis e compatíveis com a finalidade do estudo.

Dessa forma, a pesquisa será abordada de forma qualitativa, uma vez que o pesquisador sustentará a sua tese com base na bibliografia aplicável ao tema (doutrina e legislação).



## 1. A BAIXA EFICÁCIA DA OBRIGATORIEDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Constituição da República no art. 98, inciso I<sup>1</sup>, fundamenta a existência dos Juizados Especiais Cíveis destinados ao exame de causas de menor complexidade. A função precípua dos Juizados é de facilitar o acesso à justiça de forma célere e eficaz. Para tanto, os princípios norteadores deste microsistema - simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade - buscam conferir aplicabilidade ao mandamento constitucional.

A crescente judicialização dos conflitos sociais e a conseqüente sobrecarga do Poder Judiciário fez com que fossem valorizados os métodos consensuais de resolução de litígios, sobretudo a mediação e conciliação. O microsistema dos Juizados Especiais foi idealizado com o intuito de incentivar a conciliação entre as partes como forma de acelerar a solução da controvérsia e conferir maior eficácia ao acordo firmado, uma vez que é elaborado com a participação dos litigantes, ao invés de a pacificação ser imposta por sentença judicial.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010<sup>2</sup> com o objetivo de instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. A intenção principal do órgão foi de consolidar uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de litígios.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup>, a conciliação pode ser definida como:

[...] um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Nos Juizados Especiais, a audiência de conciliação é obrigatória e enseja sanção para o não comparecimento do autor, qual seja, a extinção sem resolução do mérito e condenação ao pagamento de custas processuais, e para o réu, a decretação da revelia.

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>2</sup> Id. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>3</sup> Id. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85621-quais-as-vantagens-da-utilizacao-de-um-metodo-consensual-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em: 14 abr. 2019.





É assim em razão da sua finalidade precípua: facilitação do acesso à justiça de forma célere e processualmente econômica.

Especificamente quanto à busca pela solução consensual, conforme disposto no artigo 21, da Lei nº 9.099/95<sup>4</sup>, na audiência de conciliação as partes devem ser esclarecidas acerca das “vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio”. O papel do conciliador é fundamental para o sucesso do método, pois é ele quem irá intermediar o acordo entre as partes, de forma neutra e imparcial. Trata-se, portanto, de norma cogente, cuja observância não se submete à discricionariedade do condutor da audiência, seja juiz togado, juiz leigo ou conciliador.

Segundo Chini<sup>5</sup>:

[...] a consensualidade faz parte da própria estrutura principiológica constitucional do procedimento dos Juizados Especiais, além de importante forma de autocomposição de conflito, em que as partes, mediante o auxílio de uma terceira pessoa, o juiz, o juiz leigo ou o conciliador (esses últimos sob a orientação do primeiro), buscam a melhor solução do conflito.

Em que pese a previsão legal supracitada, na prática forense, nota-se que a forma como as audiências de conciliação são realizadas, na maioria das vezes, não atende ao comando do artigo 21, da Lei nº 9.099/95<sup>6</sup>, tampouco transparece a essência inspiradora dos Juizados Especiais. Ao contrário disso, ofende ao princípio da celeridade e economia processual, uma vez que não potencializam a conciliação entre as partes, seja por despreparo do condutor, seja pela preponderante falta de interesse do réu na realização de acordo.

A obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação não tem alcançado o real objetivo de possibilitar que as partes num primeiro momento cheguem a um acordo amigável e, portanto, o comparecimento em si não induz a eficácia deste método dito consensual.

As audiências de conciliação no Juizados Especiais deveriam ser melhor conduzidas. Dito de outro modo, o real intuito de conciliar não se traduz em simplesmente questionar às partes se existe ou não proposta de acordo. É preciso valorizar o ato, conferindo-lhe real eficácia e não torná-lo dispendioso não só para as partes como também

<sup>4</sup>Id. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em 14 abr. 2019.

<sup>5</sup>CHINI, Alexandre; et al. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.159.

<sup>6</sup>Id., op. cit., nota 4.



para o Judiciário, como ocorre todas as vezes em que é realizada uma audiência de conciliação que se demonstra inócua, em razão de não haver verdadeiro estímulo à solução consensual do conflito.

Ressalte-se, por outro lado, que estimular a conciliação entre as partes não significa constrangê-las a aceitar qualquer tipo de acordo e sob qualquer circunstância, tampouco autoriza que o condutor da audiência interfira na livre manifestação de vontade dos envolvidos, sob pena de nulidade. Para tanto, o artigo 21, da Lei nº 9.099/95<sup>7</sup> estabelece os limites a serem observados.

De acordo com Didier Júnior<sup>8</sup>:

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia. Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

Segundo Chini<sup>9</sup>:

o juiz de direito ou seus auxiliares (juiz leigo, conciliador ou medidor) conduzirão a audiência objetivando a composição (art. 359 do CPC). Para este fim, poderá o juiz buscar a solução do conflito utilizando todas as técnicas de resolução de conflitos disponíveis (negociação, mediação, conciliação, arbitragem, Med-Arb e outras hibridações procedimentais), mesmo que as técnicas, inclusive, já tenham sido utilizadas no caso concreto. A autocomposição diminui a litigiosidade remanescente, ao contrário do que ocorre na heterocomposição (solução imposta por terceiro).

Portanto, nota-se que a obrigatoriedade das audiências de conciliação não necessariamente torna possível o alcance do fundamento de existência dos Juizados Especiais. A audiência de conciliação, sobretudo, é a primeira oportunidade judicial dada às partes para solucionarem consensualmente o conflito.

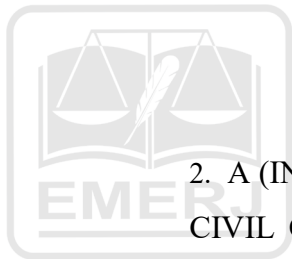
Diante da natural animosidade que resulta de um processo judicial, é decisivo o papel do condutor para tornar possível a concretização do mandamento constitucional de facilitação do acesso à justiça de forma célere e eficiente, sendo necessário investir em capacitação e aprimoramento dos conciliadores, a fim de que a conciliação não seja usada apenas como meio de desafogar a máquina judiciária.

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2017, p.316

<sup>9</sup> CHINI, op. cit., p. 16



## 2. A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUANTO À POSSIBILIDADE DE RECUSA JUSTIFICADA DA PARTE AO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO QUANDO NÃO HÁ INTERESSE NA AUTOCOMPOSIÇÃO: A REGRA DO ART. 334, DO CPC/15

O Código de Processo Civil, ajustado à visão constitucional do direito processual, foi idealizado para ser mais efetivo e menos complexo, atendendo aos anseios sociais por uma justiça mais célere e justa. A duração razoável do processo, como exemplo de um dos princípios constitucionais expressos (art.5º, LXXVIII, da CRFB/88)<sup>10</sup>, constitui norma fundamental prevista no art. 4º, do CPC/15<sup>11</sup> e orienta toda a marcha processual para que o processo alcance o fim proposto em um tempo razoável.

Registre-se, contudo, que não se pretende estabelecer a celeridade como um fim em si mesma. Em verdade, a intenção é usar a celeridade para possibilitar uma melhora na prestação jurisdicional. Assim, nas palavras de Barbosa Moreira<sup>12</sup>:

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique

– nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor do que é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

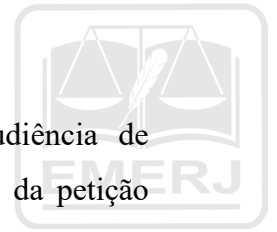
Nessa perspectiva de efetividade e eficiência processual, o Código de Processo Civil consagrou a premissa de que se a solução do conflito puder ser elaborada consensualmente pelas partes, as chances de o processo ser efetivamente justo são maiores. É o que demonstra o art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/15<sup>13</sup> que permite a arbitragem, conciliação, mediação e outros métodos capazes de estimular a autocomposição.

<sup>10</sup> Id., op. cit., nota 1.

<sup>11</sup> Id. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 31 mar. 2019

<sup>12</sup> COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília:Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>13</sup> Id., op. cit., nota 11.



Diante disso, o art. 334, do CPC/15<sup>14</sup> prevê a designação de audiência de conciliação ou mediação a ser designada, desde que preenchidos os requisitos da petição inicial e não seja o caso de improcedência liminar do pedido. Trata-se de fase que se coaduna com o princípio da economia processual, uma vez que a solução consensual, nesse momento, evita a movimentação desnecessária de todo aparato judicial, além de ser mais efetiva.

A designação de audiência de conciliação é a regra no procedimento comum do CPC/15, mas comporta exceção. Nos termos do art. 334, § 5º, do CPC/15<sup>15</sup>, o autor deve indicar na petição inicial o seu desinteresse na autocomposição, ao passo que o réu, se assim desejar, por simples petição deve informar que não pretende conciliar, desde que o faça em até dez dias antes da audiência marcada. Se houver discordância entre ambos, a audiência será realizada.

O art. 334, § 8º, do CPC/15<sup>16</sup> estabelece que a ausência injustificada em audiência de conciliação é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Nesse sentido, dispõe o Enunciado 61 da ENFAM: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização de audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334, do CPC/15, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, par.8º”.

Uma das peculiaridades que diferem a sistemática do art. 334, do CPC/15<sup>17</sup> da adotada no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, é que neste não há permissão legal para que as partes manifestem seu desinteresse na audiência de conciliação. Ao revés, o art. 51, inciso I, da Lei nº 9.099/95<sup>18</sup> prevê a extinção do processo sem resolução do mérito, no caso de ausência injustificada do demandante a qualquer das audiências do processo e, no caso do demandado faltoso, o art. 20<sup>19</sup> do mesmo diploma legal atribui os efeitos da revelia.

---

<sup>14</sup> Ibid.

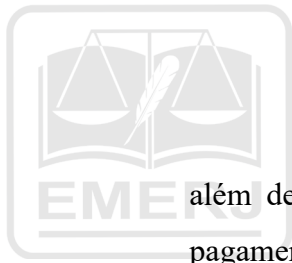
<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Id., op. cit., nota 4.

<sup>19</sup> Ibid.



Ademais, nos Juizados Especiais Cíveis, o não comparecimento do demandante, além de ensejar a extinção sem análise do mérito, só não culminará na condenação ao pagamento das custas se decorrer de força maior devidamente comprovada.

Trata-se de clara tentativa legislativa de estimular a autocomposição nos Juizados Especiais, uma vez que neste momento processual as partes teriam oportunidade de chegar a um consenso, com o auxílio de um intermediador, promovendo a um só tempo uma solução justa e eficaz.

No art. 1046, § 2º, do CPC/15<sup>20</sup> está prevista aplicação supletiva do Código de Processo Civil aos procedimentos especiais, dentre eles o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. Não obstante, pelo princípio da especialidade, em caso de conflito de normas prevalece o disposto na legislação especial.

Em que pese exista previsão legal de aplicação supletiva das regras do CPC/15 aos Juizados Especiais, é preciso atentar para as peculiaridades deste microssistema, em especial no que tange à audiência de conciliação.

Sabe-se que nas causas de valor limitado a vinte salários mínimos, faculta-se à parte ser assistida por advogado, ao passo que se o valor for superior, a assistência do causídico é imperativa. Ao contrário disso, no procedimento comum regido pelo CPC/15, a assistência advocatícia é indispensável, seja pela Defensoria Pública seja por advogado particular.

A permissividade de litigar nos Juizados Especiais sem advogado, nas causas de até 20 salários mínimos, atribui ainda mais relevância à necessidade de ressignificação da audiência de conciliação neste microssistema, sobretudo no que tange à função do conciliador, no sentido lato sensu. Isso porque este deverá esclarece-las quanto aos benefícios do acordo consensual, bem como alertá-las dos riscos e consequências do litígio, conforme disposto no artigo 21, da Lei nº 9.099/95<sup>21</sup>. No procedimento comum do CPC/15, por sua vez, esse papel de orientação das partes é desempenhado pelo advogado ou defensor público e pelo magistrado.

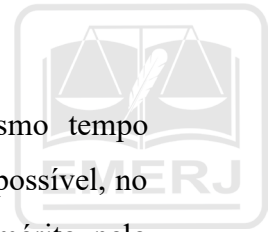
Percebe-se, então, a inaplicabilidade no microssistema dos Juizados da dinâmica do art. 334, do CPC/15<sup>22</sup>, em especial no que tange à possibilidade de escolha das partes quanto ao comparecimento na audiência de conciliação, seja pela incompatibilidade com a razão de existir do procedimento sumaríssimo, seja pela ausência de previsão legal ou, ainda, pelas consequências distintas oriundas do não comparecimento.

---

<sup>20</sup> Id., op. cit., nota 11.

<sup>21</sup> Id., op. cit., nota 4.

<sup>22</sup> Id., op. cit., nota 11.



Em suma, deve-se então estabelecer uma forma eficaz de ao mesmo tempo possibilitar o acordo entre as partes por meio da conciliação e, se assim não for possível, no mesmo ato produzir as demais provas que forem necessárias ao exame do mérito pelo julgador. Isso se torna possível com a realização de audiência una, com a concentração de todos os atos processuais em uma só audiência, em homenagem aos princípios da economia processual e celeridade.

### 3. A VIABILIDADE JURÍDICA DE AUDIÊNCIA UNA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei nº 9.099/95<sup>23</sup>, na redação original, não previa a forma de contagem dos prazos processuais. Sendo assim, com o advento do CPC/15, houve dúvida quanto à aplicabilidade da regra do art. 219, do CPC/15<sup>24</sup> que estabelece a contagem em dias úteis. Isso porque o art. 1046, §2º<sup>25</sup> deste diploma legal, determina a aplicação supletiva das normas do CPC/15 nos procedimentos especiais regulados por outras leis.

Mesmo diante da lacuna legislativa, prevalecia nos Tribunais Superiores<sup>26</sup> o entendimento de que a contagem dos prazos processuais no âmbito dos Juizados Especiais deveria ser feita em dias corridos, em razão dos princípios norteadores regentes deste microsistema, em especial a celeridade. Em compasso com essa posição, o Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE – editou o Enunciado nº 165<sup>27</sup> reafirmando que a contagem processual nos Juizados Especiais deveria ser feita de forma contínua.

Apesar disso, a antinomia entre o princípio da celeridade e a previsão do art. 219, do CPC/15<sup>28</sup> não foi resolvida, em que pese tenham sido editados os enunciados nº 175, do

<sup>23</sup> Id., op. cit., nota 11.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *MS nº 0002752-13.8.19.9000*. Relator: Juliana Cardoso Monteiro de Barros. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584059948/mandado-de-seguranca-cpc-ms-27521320178199000-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-ii-jui-esp-civ?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>27</sup> Id. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados Cíveis* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>28</sup> Id., op. cit., nota 11.



FONAJEF<sup>29</sup> n° 45, da ENFAM<sup>30</sup>, n° 19, do CJF<sup>31</sup>, n° 415 e 416, do FPPC<sup>32</sup>, todos no sentido de ser aplicável aos Juizados Especiais a contagem em dias úteis.

A controvérsia foi solucionada com a inserção do art. 12-A pela Lei n° 13.728/2018<sup>33</sup>, de 31 de outubro de 2018, na Lei n° 9.099/95<sup>34</sup>. O dispositivo previu claramente a contagem em dias úteis para a prática de qualquer ato processual, previsto em lei ou determinado pelo juiz, inclusive interposição de recursos, nos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, dirimida a dúvida quanto a contagem de prazo processual, faz-se necessário otimizar a prática dos atos processuais nos Juizados Especiais, sobretudo diante dos princípios da celeridade e economia processual.

Primeiramente, deve-se aprimorar a forma de condução das audiências de conciliação, sendo determinante o papel dos conciliadores na busca pela solução consensual do conflito. Frise-se que, não se trata de simplesmente questionar às partes se há ou não acordo. É preciso que o intermediador esteja capacitado a conduzir a audiência de forma que facilite a pacificação, esclarecendo as partes dos benefícios da conciliação, bem como alertando a respeito das consequências e riscos do litígio, conforme disposto no art. 21, da Lei n° 9.099/95<sup>35</sup>.

A figura do conciliador é sobremaneira importante, em razão de figurarem como partes nos Juizados, na maioria das vezes, demandantes sem a assistência advocatícia, por expressa autorização legal, conforme art. 9º, da Lei n° 9.099/95<sup>36</sup>.

Além disso, uma das formas de otimização processual, inclusive já instituída por muitos Juizados Especiais, é a convalidação da audiência de conciliação em audiência de

<sup>29</sup> FONAJEF *Enunciados Fonajef*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf/view>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>30</sup> ENFAM. *Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil – Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83Q-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019

<sup>31</sup> Id. Conselho de Justiça Federal. *I Jornada de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/986>> Acesso em: 14 abr. 2019

<sup>32</sup> FÓRUM DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Vitória, 01 a 03 de maio de 2015*. Disponível em: < <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>33</sup> Id. *Lei n° 13.728/2018, de 31 de outubro de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm#art1)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>34</sup> Id., op. cit., nota 4.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.





instrução e julgamento, quando não há interesse das partes na autocomposição. Dessa forma, é possível que no mesmo momento processual sejam realizados todos os atos necessários à instrução e julgamento, como a oitiva de testemunhas e colhida das demais provas.

Nos termos do artigo 27, da Lei nº 9.099/95<sup>37</sup>, a convocação da audiência de conciliação em instrução e julgamento somente não seria possível se importasse em prejuízo para a defesa. Nesse sentido, o Enunciado 510 do FPPC<sup>38</sup> prevê que se não for possível a autocomposição na audiência de conciliação prevista no art. 21, da Lei nº 9.099/95<sup>39</sup>, configura prejuízo para a defesa realizar a instrução e julgamento imediatamente quando a citação não tiver ocorrido com antecedência mínima de quinze dias.

A previsão decorre do fato de que a contestação deverá ser apresentada de forma oral ou escrita em audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual serão produzidas todas as provas, conforme disposto no art. 33, da Lei nº 9.099/95<sup>40</sup>. Sendo assim, caso não houvesse citação com a antecedência razoável seria possível cogitar prejuízo para a defesa.

A Lei nº 9.099/95<sup>41</sup> não previu o que poderia ser considerado prazo razoável entre a citação e a realização da audiência. Apesar disso, é possível aplicar analogicamente o artigo 218, § 3º, do CPC/15 c/c art. 1046, §2º, do CPC/15<sup>42</sup>, em decorrência da lacuna legislativa, e aplicar o prazo genérico de cinco dias entre a citação e a audiência.

Conquanto o tema não seja pacífico, Chini<sup>43</sup> sustenta que:

[...] a Lei nº 9.099/95, não dispõe de prazo mínimo de antecedência entre a citação e a realização da audiência. Assim, diante da omissão legal e da inexistência de prazo fixado pelo juiz para a prática do ato processual, o prazo será de 5 dias, prazo legal genérico, aplicável a qualquer espécie de ato processual (art. 218, § 3º, do CPC). (...) Ademais, dispõe o art. 16 da Lei nº 9.099/95 que entre a distribuição e a AIJ decorrerão apenas 15 dias. Assim, como a intimação para a audiência não ocorrerá no mesmo dia da distribuição, jamais seria possível respeitar o prazo de 15 dias para realizar a AIJ e de 15 dias de antecedência mínima entre a intimação e a audiência. (...)

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> FÓRUM DE PROCESSUALISTAS CIVIS, op. cit., nota 32.

<sup>39</sup> Id., op. cit., nota 4.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Id., op. cit., nota 11.

<sup>43</sup> CHINI, op. cit., p. 149-150.



O prazo de cinco dias, entre a data da intimação e a data de audiência, é suficiente para o exercício do contraditório, até porque, a Lei nº 9.099/95 dispõe de prazo mínimo de antecedência entre a citação e a realização da audiência, assim, diante da omissão legal e da inexistência de prazo fixado pelo juiz para a prática do ato processual, o prazo será de 5 dias, que é o prazo legal genérico, aplicável a qualquer espécie de ato processual (art. 218, § 3º, do CPC)” (TJRJ-4ª TR-MS 0000493- 11.2018.8.19.9000-Rel. Juiz Alexandre Chini, J.em 22/05/2018).

Em suma, é juridicamente possível a realização de audiência una no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em especial diante da confirmação legislativa instituída pela Lei nº 13.728/2018<sup>44</sup>, no sentido de que os prazos processuais devem ser contados em dias úteis. Isso porque os critérios norteadores do microssistema dos Juizados Especiais, em especial a celeridade e economia processual, devem pautar este procedimento especial. A exceção seria apenas nos casos em que houver prejuízo para a defesa, o que ocorre quando há prazo menor do que cinco dias entre a citação e a realização da audiência. Nos demais casos, deve ser incentivada a audiência una como forma de vetor a efetivação dos princípios da economia processual e celeridade.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa identificou a baixa eficácia do fracionamento dos atos em Juizado Especial Cível, em especial no que tange às audiências de conciliação, instrução e julgamento. Embora o microssistema dos Juizados seja norteado pelos princípios da celeridade e economia processual, nota-se que a forma como as audiências de conciliação são conduzidas não condiz com atividade jurisdicional célere e justa que se espera nessa seara, gerando efeito diametralmente oposto, seja pelo despreparo do condutor seja pela preponderante falta de interesse na realização do acordo.

Percebeu-se que a obrigatoriedade das audiências de conciliação não necessariamente torna possível o alcance do fundamento de existência dos Juizados Especiais. Diante da natural animosidade que resulta de um processo judicial, a função do conciliador decisiva para a concretização do mandamento constitucional de facilitação do

---

<sup>44</sup> Id., op. cit., nota 33.

acesso à justiça de forma célere e eficiente, sendo necessário investir em capacitação e aprimoramento dos conciliadores, a fim de que a conciliação não seja usada apenas como meio de desafogar a máquina judiciária.

Nessa toada, buscando harmonizar a celeridade com a efetividade e eficiência processual, analisou-se a (in)compatibilidade entre a sistemática do Código de Processo Civil quanto à possibilidade de recusa justificada da parte ao comparecimento à audiência de conciliação quando não interesse na autocomposição. Conclui-se pela inviabilidade de aplicação do art. 334 do CPC/15 ao microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, seja pelas consequências processuais distintas entre o procedimento comum e o sumaríssimo, seja pela própria razão de existir deste procedimento especial.

No decorrer da pesquisa foi possível chegar à conclusão de que é juridicamente possível e não utópica a realização de audiência una nos Juizados Especiais Cíveis, como vetor de efetivação dos princípios da celeridade e economia processual, sobretudo diante da inserção do art. 12-A pela Lei nº 13.728/2018, de 31 de outubro de 2018, na Lei nº 9.099/95 Lei nº 13.728/2018 que previu a contagem em dias úteis.

## REFERÊNCIAS

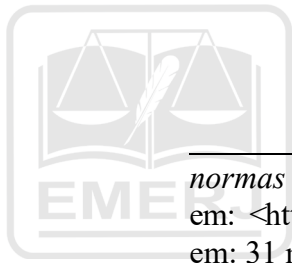
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Conciliação e Mediação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85621-quais-as-vantagens-da-utilizacao-de-um-metodo-consensual-de-solucao-de-conflitos>> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. *I Jornada de Direito Processual Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/986>> Acesso em: 14 abr. 2019

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados Cíveis*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fofaj/enunciados-civeis>> Acesso em: 14 abr. 2019.



\_\_\_\_\_. COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.728/2018*, de 31 de outubro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm#art1)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *MS nº 71007730062*. Relator: Luis Francisco Franco. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596300062/mandado-de-seguranca-ms-71007730062-rs?ref=serp>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

CHINI, Alexandre; FLEXA, Alexandre; COUTO, Ana Paula; ROCHA, Felipe Borring; COUTO, Marco. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

ENFAM. *Seminário: (O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil.) (Enunciados Aprovados.)*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019

FONAJEF. *Enunciados Fonajef*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completados-enunciados-do-fonajef.pdf/view>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

FÓRUM DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Vitória, 01 a 03 de maio de 2015*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

POLIAMOR E OS IMPACTOS NO DIREITO DAS SUCESSÕES AFETIVAS:  
DIVERGÊNCIAS ACERCA DA PARTILHA DE BENS NAS RELAÇÕES AFETIVAS  
PARALELAS ACEITAS MUTUAMENTE

Marcello Yuji Murakami

Graduado em Direito pelo Centro Universitário  
La Salle do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – A monogamia continua a ser um valor que embasa as relações jurídicas familiares no contexto mundial atual. A jurisprudência brasileira, bem como a sua legislação, a invocam como princípio informador e caracterizador para a constituição de família. Entretanto, em movimento contrário, surgem cada vez mais adeptos da prática do poliamor, instituto constituído através de uma relação amorosa, pautada no afeto, entre várias pessoas, quebrando o paradigma do reconhecimento jurídico apenas das relações amorosas entre duas pessoas. Dentro desse contexto, é necessário entender os efeitos que as relações poliafetivas possam causar na legislação sucessória atual e a necessidade de modificações legislativas como uma das soluções para a quebra do conceito monogâmico como pressuposto da proteção familiar.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito de Família. Sucessões. Relações Poliafetivas. Partilha de Bens. Poliamor.

**Sumário** – Introdução. 1. As Relações Poliafetivas. 2. A Partilha de Bens na Atual Codificação Civil Brasileira. 3. A Mudança do Conceito Tradicional de Família e a Necessidade das Adequações legislativas no Direito das Sucessões. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa analisar o impacto que o surgimento das relações poliafetivas possa acarretar no direito das sucessões de nosso ordenamento jurídico pátrio. Sendo uma realidade social constatada, surge a necessidade de um estudo aprofundado sobre se a nossa legislação sucessória atual se coaduna com o referido fenômeno ou se necessita de profundas modificações.

Hodiernamente, em um contexto mundial atual, a monogamia continua a ser um valor que embasa as relações jurídicas familiares na maioria dos países mundiais. A jurisprudência brasileira, bem como a sua legislação, ainda invoca o regime monogâmico como princípio informador e caracterizador para a constituição de família, demonstrando raízes profundas em valores tradicionais, porém, ultrapassados.

Entretanto, em movimento contrário, surgem cada vez mais adeptos da prática do poliamor, instituto constituído através de uma relação amorosa, pautada no afeto, entre várias pessoas, quebrando o paradigma do reconhecimento jurídico apenas das relações amorosas entre duas pessoas.



O tema é bastante controverso, pois a nossa legislação ainda privilegia a monogamia, como um valor norteador de seu sistema familiar matrimonial e da união estável, o que impede não só o reconhecimento do fenômeno das relações poliafetivas amorosas, mas a garantia e o reconhecimento de seus direitos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se discutir, de maneira crítica, os efeitos que as relações poliafetivas possam causar na legislação sucessória atual. Almeja-se, principalmente, abordar a necessidade de uma profunda modificação legislativa como solução para a quebra do conceito monogâmico como pressuposto da proteção patrimonial familiar no direito sucessório brasileiro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o comportamento da atual legislação e jurisprudência brasileira frente ao surgimento das relações poliamoristas e através de uma análise crítica, constatar, se o referido instituto é considerado um núcleo familiar dotado de proteção jurídica.

O segundo capítulo visa demonstrar que a legislação sucessória brasileira ainda privilegia o conceito monogâmico no que tange a partilha de bens do cônjuge ou companheiro falecido para o cônjuge ou companheiro sobrevivente, analisando a necessidade de se estender essa proteção patrimonial não apenas para as relações monogâmicas, mas, também, para as relações poliafetivas.

O terceiro capítulo aborda os possíveis mecanismos legais para o reconhecimento dos direitos das famílias poliafetivas à sucessão patrimonial. Procura-se defender a necessidade de uma modificação legislativa para que assim se possa privilegiar as relações familiares pautadas no afeto, desconstituindo a arcaica ideia de monogamia como pressuposto da proteção patrimonial familiar.

Com relação as técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do presente 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 PROTEÇÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES POLIAMORISTAS: POSICIONAMENTO ATUAL DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Hodiernamente, a legislação brasileira, bem como a sua jurisprudência, não reconhecem as relações poliamoristas como entidade familiar, o que evidencia que o nosso sistema jurídico ainda é pautado na arcaica ideia do princípio da monogamia como valor norteador e caracterizador das relações familiares. Ainda que a doutrina civilista brasileira contemporânea, em que se destacam Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Faria, Pablo Stolze Gagliano, Flavio Tartuce, entre outros, defendam a existência do referido instituto, certo é que seu reconhecimento jurídico ainda sofre preconceitos no meio social.

Entretanto, como diz Ana Paula Berlatto Fão Fischer<sup>1</sup> “em que pese ainda não seja a corrente majoritária no país, inclusive perante os Tribunais Superiores, verifica-se alguns esforços para garantir os efeitos jurídicos decorrentes do poliamor [...]”. Alguns desses esforços dizem respeito, por exemplo, aos registros que alguns cartórios têm feito acerca do reconhecimento das uniões poliafetivas.

Ocorre que o CNJ, em movimento contrário, no julgamento de um pedido de providência<sup>2</sup>, pacificou o entendimento pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas, representando um verdadeiro retrocesso ao reconhecimento jurídico desta entidade familiar.

Neste sentido, para Maria Berenice Dias<sup>3</sup>:

[...] uma onda de conservadorismo e retrocesso chegou ao Conselho Nacional de Justiça, que acabou por outorgar aos tabeliães o poder de julgar se a forma que as pessoas encontram para viver está dentro do conceito de família ou da tutela jurídica do Estado. Com certeza isto extrapola e muito o encargo dos tabeliães, que tem o dever de ofício de consignar o que lhes é dito de alguém que se apresenta em sua plena capacidade. O conteúdo do que lhe é informado para transcrever não pode estar sujeito a nenhum juízo por parte do servidor [...]

A decisão mencionada do CNJ demonstra a dificuldade em que o instituto do poliamor sofre para ter o seu reconhecimento jurídico e consequente proteção frente ao ordenamento brasileiro, demonstrando a existência de um preconceito em relação às relações poliafetivas,

<sup>1</sup>FISCHER, Ana Paula Fão. *A proteção jurídica do poliamor*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-juridica-do-poliamor,589962.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>2</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *PP nº 0001459-08.2016.00.0000*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://adfam.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-PEDIDO-DE-PROVID%C3%A8ANCIAS-0001459-08.2016.2.00.0000-ADFAS.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>3</sup>IBDFAM apud DIAS, Maria Berenice. *CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazerem+escrituras+p%C3%ABlicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>>. Acesso em: 24 set. 2018.





privilegiando os deveres de lealdade e fidelidade como os valores mais importantes nas relações entre companheiros e cônjuges.

Nessa esteira, os artigos 1.566 e 1.724, ambos do Código Civil, são bem claros, conforme leciona Pablo Stolze Gagliano<sup>4</sup>:

Pensamos que a fidelidade é (e jamais deixará de ser) um valor juridicamente tutelado, e, tanto o é, que fora erigido como dever legal decorrente do casamento ou da união estável: Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (...) Com isso, no entanto, não se conclua que, posto a monogamia seja uma nota característica do nosso sistema, a fidelidade traduza um padrão valorativo absoluto (...) A atuação estatal não poderia invadir esta esfera de intimidade, a exemplo do que se dá na “relação do poliamor”

Por mais que a fidelidade possa ser traduzida como um valor juridicamente tutelado, é certo que a mesma pode sofrer interpretações extensivas tendo em vista a complexidade das relações humanas. A fidelidade não deveria ser interpretada unicamente entre duas pessoas, pelo contrário, é completamente possível interpretar o conceito de fidelidade entre duas ou várias pessoas, pois o liame subjetivo que a sustenta é o próprio afeto.

A legislação e jurisprudência brasileira ainda se filiam ao conceito monogâmico das relações amorosas entre cônjuges e companheiros, não sendo reconhecido o poliamor ou o poliamorismo como prática a ensejar uma entidade familiar, embora haja na jurisprudência o reconhecimento de união estável em concomitância com uniões estáveis paralelas ou putativas, mesmo que isso represente um pequeno avanço ao reconhecimento das famílias poliafetivas, ainda não traduz o efetivo reconhecimento do instituto, bem como não garante nenhuma proteção jurídica aos seus praticantes.

A problemática é bem esclarecida pelo Professor Flávio Tartuce<sup>5</sup>:

Outro problema relativo à presente temática envolve as uniões estáveis plúrimas ou paralelas, presente quando alguém vive vários relacionamentos que podem ser tidos com uniões estáveis ao mesmo tempo (...) Três correntes doutrinárias podem ser encontradas a respeito da situação descrita: 1.<sup>a</sup> Corrente – Afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união estável deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa corrente é encabeçada por Maria Helena Diniz. Para essa corrente, todos os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos.

2.<sup>a</sup> Corrente – O primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do cônjuge. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa corrente é liderada por Euclides de Oliveira e Rolf Madaleno. A essa corrente se filia, inclusive em obra escrita com José

<sup>4</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. *Direitos da (o) amante*: na Teoria e na Prática (dos Tribunais). Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Pablo\\_amante.pdf](http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Pablo_amante.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>5</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2018, p. 1495 - 1496.

Fernando Simão. Anote-se que essa solução já foi dada pela jurisprudência estadual, em dois julgados que merece destaque (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Mariano Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005 e TJRJ, Processo 70008648768, 02.06.2004, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, origem Lajeado).

3ª Corrente – Todos os relacionamentos constituem uniões estáveis, pela valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família, corrente encabeçada por Maria Berenice Dias.

Das três correntes, no âmbito da jurisprudência superior, o STJ tem aplicado a primeira, repudiando a ideia de uniões plúrimas ou paralelas (REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3ª Turma, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 271). Os julgados aplicam o princípio da monogamia à união estável tese com a qual não filia, pois as entidades familiares não são totalmente semelhantes. Ademais, o convivente de má-fé, que estabelece o paralelismo, acaba sendo beneficiado, já que não terá obrigações alimentares, pela ausência de vínculo familiar [...]

Evidente que as relações poliafetivas estão bem longe de serem reconhecidas em nosso ordenamento jurídico, embora pequenos passos tenham sido dados pela jurisprudência brasileira, é certo que a devida proteção jurídica das famílias oriundas do poliamor ainda não é tutelada pela nossa legislação, o que implica em um debate mais aprofundado acerca de seu reconhecimento, pois há questões pertinentes a serem tratadas em relação ao tema, como a partilha de bens, o direito à sucessão, questões previdenciárias e etc. Direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e que deveriam ser debatidos no tocante ao reconhecimento do poliamor como entidade familiar, sob o risco de se excluir eventuais indivíduos que teriam esses direitos assegurados, para apenas privilegiar o princípio da monogamia.

## 2. O COMPORTAMENTO DA LEGISLAÇÃO SUCESSÓRIA BRASILEIRA FRENTE AO INSTITUTO DO POLIAMOR

O direito sucessório no Brasil, representado através da legislação do Código Civil Brasileiro, ainda trava discussões primitivas, porém de extrema importância e relevância, principalmente no que tange à sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente. Ocorre que, antes de adentrar na temática específica no direito sucessório brasileiro e o poliamor, é necessário mencionar que a referida discussão possui reflexos interessantes no presente trabalho.

O Código Civil Brasileiro diferencia, injustamente, a sucessão *causa mortis* entre o cônjuge e o companheiro, pois trata de forma muito mais inferior o companheiro do que o

cônjuge falecido. Isto ocorre diante do que evidencia os artigos 1845 e 1790, ambos do Código Civil Brasileiro, como leciona Flávio Tartuce<sup>6</sup>:

[...] são herdeiros necessários, expressamente e segundo o art.1845 do Código Civil de 2002, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Apesar da falta de previsão legal, o grande desafio será verificar se o companheiro também deve ser tratado como herdeiro necessário. A questão será analisada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil com repercussão geral [...]

No histórico julgamento do STF, presente na publicação do informativo nº 864<sup>7</sup> da referida corte, percebe-se o reconhecimento de diferentes modalidades de família, o que por si só já representa um avanço no direito brasileiro. De acordo com um trecho do referido informativo:

[...] o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva (...) O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O artigo 1.790 do mencionado Código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana [...]

Fica evidente, com a leitura do trecho do informativo nº 864 do STF, que a egrégia corte reconhece a pluralidade de famílias no direito brasileiro, não sendo o casamento como a única fonte apta a ensejar a constituição de um núcleo familiar, o que por si só representa um grande avanço em nossa jurisprudência.

Entretanto, o reconhecimento do instituto do poliamor como entidade familiar ainda está bem longe de ser chancelada pelos tribunais superiores e isto traz consequências diretas ao direito sucessório brasileiro. A legislação sucessória brasileira atual não permite “portas de entrada” ao instituto do poliamor, pois pauta-se, ainda, no entrave da questão monogâmica como princípio norteador e protetor nas relações familiares.

Em todo o momento, os artigos referentes à sucessão em nossa legislação citam o cônjuge ou o companheiro, sendo essas as principais figuras que permeiam as grandes discussões em direito das sucessões no Brasil, não se utilizando da expressão cônjuge ou companheiro no plural, e isso evidencia um tremendo retrocesso em favorecimento ao princípio

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio. *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 27 e 28.

<sup>7</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Em caso de sucessão causa mortis do companheiro deverão ser aplicadas as mesmas regras da sucessão causa mortis do cônjuge*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/34186e9eb70e30487210b962e867b74>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

da monogamia. O instituto do poliamor é uma realidade fática e o seu reconhecimento, além de necessário, demonstra estudos muito mais aprofundados, como os seus efeitos jurídicos.

Diz Rafael da Silva Santiago<sup>8</sup>:

[...] os efeitos práticos de uma relação familiar de poliamor significa evitar injustiças e a fragilização dos membros dessa família. Todos os efeitos dos Direitos das Famílias, das Sucessões, Previdenciário etc. são aplicáveis às uniões poliamorosas, sob pena de se excluir direitos fundamentais de forma indevida e injustificável, atentando contra o Estado Democrático de Direito e contra a dignidade da de seus integrantes [...]

Se por um lado o reconhecimento da prática do poliamor como um movimento capaz de instituir uma entidade familiar ainda não é reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico, forçoso seria delimitar quais seriam os efeitos jurídicos deste instituto no cotidiano de seus praticantes. O que se percebe é uma colossal lacuna na legislação pátria acerca do instituto, onde não há previsibilidade nenhuma de seus efeitos legais.

O direito sucessório brasileiro não possui, nem de forma embrionária, qualquer alternativa ou qualquer viabilidade para a discussão do instituto do poliamor, pois se pauta ainda em discussões que há muito tempo deveriam ser superadas, como a discussão dos direitos e obrigações entre os cônjuges e companheiros sobreviventes, questão esta, que por incrível que pareça, ainda é muito discutida entre a doutrina a jurisprudência brasileira.

As regras sucessórias brasileiras ainda estão pautadas na arcaica ideia da monogamia, vale transcrever as palavras de Ana Luiza Maia Nevares<sup>9</sup>

[...] importante, ainda mencionar as discussões sobre as famílias simultâneas na jurisprudência brasileira, havendo forte divergência quanto ao seu reconhecimento, em virtude do caráter monogâmico que informa a regulamentação da família no Direito Brasileiro. Nesta sede, busca-se enfrentar a questão da hierarquia axiológica entre as entidades familiares. Com efeito, uma vez reconhecidas outras formas de constituição da família, o casamento perde, definitivamente, o seu papel de único legitimador do núcleo familiar [...]

Enquanto o direito sucessório brasileiro privilegiar o princípio da monogamia como o princípio norteador para a proteção patrimonial familiar, a união poliafetiva carecerá de proteção jurídica aos seus praticantes, o que nos dias de hoje significaria excluir uma grande quantidade de pessoas que deveriam ter seus direitos respeitados.

Deve-se estender a proteção patrimonial não apenas para as relações monogâmicas, mas, também, para as relações poliafetivas, devendo-se cessar a antiga ideia de existir apenas a

<sup>8</sup> SANTIAGO, Flávio da Silva. *Poliamor e Direito das Famílias Reconhecimento e Consequências Jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 218.

<sup>9</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p.132.

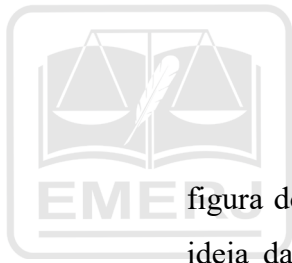


figura do concubinato em um relacionamento à três, à quatro ou mais, devendo prevalecer a ideia da autonomia da vontade entre as partes, o respeito ao princípio da afetividade e a existência da fidelidade extensível, não se limitando, unicamente, para duas pessoas, mas se estendendo ao núcleo familiar com um todo.

### 3. MECANISMOS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO DO POLIAMOR À SUCESSÃO PATRIMONIAL

O reconhecimento dos direitos das famílias poliafetivas à sucessão patrimonial perpassa por um extenso caminho, há a necessidade de primeiro reconhecer o instituto do poliamor como uma entidade familiar, para que assim possamos adentrar na extensão dos efeitos jurídicos dessa relação, principalmente no que toca a sucessão patrimonial. Entretanto, para isso, não haveria a necessidade de uma emenda à constituição para que se possa incluir mais uma modalidade de família, mas sim, a utilização da ferramenta da interpretação extensiva constitucional.

Paulo Lôbo<sup>10</sup> diz:

[...] os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzido à atipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade [...]

As formas de constituição de uma família são amplas e não restritas, a interpretação extensiva do conceito constitucional de família tratada no artigo 226 da nossa Constituição pátria mostra-se como uma das alternativas mais tateáveis para o reconhecimento do poliamor como entidade familiar, juntamente com o reconhecimento dos seus efeitos jurídicos posteriores. A doutrina e a jurisprudência brasileira, como dirá Flávio Tartuce, já sinalizam que o conceito de família é um fenômeno interpretativo e extensivo, entretanto, sem tocar especificamente no poliamor, que é um instituto que ainda sofre muito preconceito.

Flávio Tartuce<sup>11</sup> demonstra esse movimento interpretativo do conceito de família quando diz:

---

<sup>10</sup> LÔBO apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2018, p. 1338 e 1340.

[...] tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, especialmente na superior (STF e STJ), o entendimento pelo qual o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Assim sendo, são admitidas outras manifestações familiares (...) Como se pode notar, as novas categorias legais valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais construções sejam utilizadas em todos os âmbitos, em um sentido de complementariedade com as outras leis. Ambos os conceitos legais podem servir perfeitamente para conceituar a família contemporânea.

Ao adentrarmos no direito das sucessões, a questão patrimonial familiar sofre muito mais restrições, pois há ainda um zelo patrimonial familiar às entidades familiares pautadas nos conceitos monogâmicos e nenhuma proteção às entidades familiares poliamoristas. Uma grande parcela da jurisprudência brasileira ainda cultua o preceito da monogamia como princípio norteador das relações familiares, negligenciando a existência das demais entidades familiares pautadas exclusivamente no afeto.

Não se vislumbra nos tribunais superiores pátrios qualquer mudança de pensamento acerca do instituto das relações poliafetivas, tanto o STF quanto STJ ainda entendem que o princípio da monogamia é o que prevalece em nossa Constituição, entretanto, esquecem de levar em consideração tantos outros princípios basilares em uma relação familiar, como o princípio da afetividade e da autonomia da vontade.

Ao defenderem, unicamente, o preceito monogâmico, nossos tribunais superiores excluem indiretamente qualquer outra constituição familiar amorosa entre mais de duas pessoas, deixando os praticantes do poliamor sem segurança jurídica alguma, não reconhecendo seus direitos frente ao nosso ordenamento jurídico, privilegiando o princípio monogâmico em detrimento de outros princípios muito mais relevantes quando falamos acerca do direito de família, o que não poderia ocorrer, frente ao desenvolvimento e surgimento de diversas outras formas de constituição de família no cenário contemporâneo brasileiro, evidenciando, ainda, uma sobreposição arcaica dos valores familiares, o que, conseqüentemente, prejudica e muito o desenvolvimento de outras formas de constituição familiar e o seu reconhecimento no meio jurídico e a afirmação de seus direitos.

Carlos Alberto Ramos da Silva e Carolina Valença Ferraz<sup>12</sup> analisam a temática de forma clara:

[...] o entendimento do Supremo Tribunal Federal consiste em ser desfavorável para este tipo de formação familiar. A alegação é de que há uma afronta a Constituição Federal, onde o país tem como preceito principal a monogamia, só aceitando uma união estável ao casamento nos casos em que já existe a separação de fato (...) a relação do poliamor é considerada ilegítima [...]

<sup>12</sup>DA SILVA, Carlos Alberto Ramos; FERRAZ Carolina Valença. *Poliamor e suas conseqüências jurídicas no Direito das Famílias: analisando a Divisão do Bens – Triação*. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6421/3157>>. Acesso em: 15 abr. 2019.



No direito sucessório brasileiro, no que tange a partilha de bens, há definições já utilizadas pelos nossos tribunais estaduais acerca de uma possível solução para o surgimento das famílias poliamoristas e a sua relação direta com o direito das sucessões, embora o termo empregado para a referida solução seja a chamada triação, fato é que muito mais que uma nomenclatura, trata-se de um início promissor para a proteção patrimonial familiar das famílias poliamoristas.

Jones Figueirêdo Alves<sup>13</sup> assim conceitua:

[...] a meação constitui a metade do acervo patrimonial atribuída ao Cônjuge ou ao companheiro em partilha dos bens adquiridos, que se efetiva ao tempo da união desfeita. Mas quando se trate de duplicidade de células familiares existentes por relações paralelas, caso é o de a partição do patrimônio observar a ocorrência de entidades familiares simultâneas. Na hipótese, a “meação” transmuda-se em “triação”, ante o reconhecimento judicial das uniões dúplices, para os efeitos da partilha de bens [...]

Dentre os marcos jurisprudenciais acerca da utilização da nomenclatura triação podemos suscitar a do TJRS cujo o relator foi o Desembargador Rui Portanova, neste sentido o julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. ‘TRIAÇÃO’. SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujos em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de vínculos familiares. Negaram provimento ao primeiro apelo e deram parcial provimento ao segundo. (ApC n.º 70027512763, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Rui Portanova, julgado em 14/05/2009)<sup>14</sup>.

Carlos Alberto Ramos da Silva e Carolina Valença Ferraz<sup>15</sup>, acerca do julgado, assim concluem:

[...] há posicionamentos jurisprudenciais sobre a triação, onde o pioneiro foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguido pelo Tribunal do estado de Pernambuco, porém, não é um entendimento consolidado. Primeiro se faz necessário que exista um entendimento da legalidade do poliamor no direito de família, para assim ensejar o direito à partilha de bens mediante triação (...) o que se busca com essa evolução de pensamento, por meio dos posicionamentos desses magistrados, é

<sup>13</sup>ALVES, Jones Figueirêdo. *Triação de Bens*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822664/triacao-de-bens-artigo-de-jones-figueiredo-alves>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>14</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70027512763*. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarc\\_a=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70024804015&num\\_processo=70024804015&cod\\_Ementa=3098090&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarc_a=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70024804015&num_processo=70024804015&cod_Ementa=3098090&temIntTeor=true)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>15</sup>DA SILVA; FERRAZ, op. cit.



reconhecer juridicamente, no direito de família, essas uniões que existem nos dias de hoje, de forma clandestina, trazendo dignidade e segurança jurídica as partes que compõe a relação do poliamor [...]

Evidente que o instituo familiar do poliamor ainda sofre grandes preconceitos tanto no meio social quanto no meio jurídico, entretanto, o referido fenômeno social é um fato constatado e já podemos observar um pequeno caminhar da jurisprudência para o seu reconhecimento e proteção.

Ocorre que, para que os direitos dos praticantes do poliamor sejam reconhecidos e ao mesmo tempo exercidos, necessário é o reconhecimento do poliamor como meio apto a ensejar uma entidade familiar, o que seria possível através da interpretação extensiva do artigo 226 da nossa Constituição pátria. No que tange os direitos sucessórios, uma vez reconhecida o poliamor como entidade familiar, não haveria outro caminho se não uma mudança legislativa em nossas leis sucessórias, tendo em vista o próprio regime jurídico ao qual nosso país se filiou, o *civil law*.

A possibilidade da transmutação do conceito de meação para o de triação seria o começo da afirmação e reconhecimento dos direitos dos praticantes do poliamor em relação ao direito sucessório, e, mais além, não só a possibilidade da divisão dos bens entre o cônjuge e o companheiro, mas a possibilidade de divisão dos bens entre mais de 3 ou 4 pessoas, um vez que o vínculo a ser respeitado não deveria ser apenas o matrimonial, mas sim, o afetivo, sendo este possível de ser estendido para várias pessoas desde que todas estejam conscientes e de acordo com a atual relação plúrima.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar os impactos causados pelo o instituto do poliamor na legislação sucessória brasileira. A existência das relações poliafetivas vem ganhando cada vez mais adeptos em nosso país e seus efeitos já começam a ser evidenciados em nossa jurisprudência que ainda teima em não reconhecer, em sua totalidade, o instituto.

Restou configurado que a legislação sucessória brasileira atual ainda privilegia o princípio monogâmico como o princípio norteador da proteção patrimonial familiar, principalmente no que tange a partilha de bens entre cônjuges e companheiros, negligenciando outros princípios com mesma relevância jurídica quando o assunto é as relações familiares, como o princípio da afetividade e o princípio da autonomia privada.



Em que pese a maioria da doutrina civilista contemporânea defender o instituto do poliamor, certo é que esse movimento ainda sofre bastante preconceito na jurisprudência brasileira. As decisões judiciais, em sua maioria, não reconhecem o poliamor como um instituto apto a constituir família, logo, seus praticantes não tem reconhecidos seus direitos e obrigações.

Em outras palavras, os praticantes do poliamor, além de não terem seus direitos reconhecidos, não possuem nenhum respaldo legislativo, ficando em um verdadeiro vazio jurídico, principalmente diante do instituto das sucessões.

Não pairam dúvidas que o poliamor além de um instituto jurídico é um fato constatado, com diversos praticantes no Brasil. Uma mudança legislativa se mostra necessária para que seus praticantes possam ter seus direitos e obrigações reconhecidos, trazendo uma maior regulamentação, definição e segurança jurídica.

As mudanças legislativas para o reconhecimento do poliamor com a consequente mudança da legislação sucessória, representa bem mais que apenas garantir uma segurança jurídica a seus praticantes, representa uma quebra das amarras conservadoras, privilegiando valores muito mais importantes como o afeto, a autonomia da vontade e o amor, valores estes que representam a base de uma estrutura familiar.

O pioneirismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em realizar a chamada “triação” em alguns de seus julgados representa uma leve mudança de nossos juristas em relação ao reconhecimento do poliamor. Embora o cenário ainda não seja ideal para a legitimação do movimento, podemos afirmar que há uma pequena mudança de pensamento, onde se percebe que a monogamia não é o único valor que norteia e rege as relações familiares, mas sim o afeto, podendo coexistir uma sociedade em que haja relações plúrimas amorosas, em um contexto de afeto e amor e não sob a ótica do preconceito.

Ficou evidente, por essas razões, que mesmo que haja em nossa jurisprudência um leve caminhar para o reconhecimento do instituto do poliamor, a necessidade de uma modificação legislativa se mostra urgente, não só apenas para garantir os direitos e obrigações de seus praticantes frente ao direito das sucessões, mas para consolidar juridicamente o referido instituto.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figuerêdo. *Triação de Bens*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822664/triacao-de-bens-artigo-de-jones-figueiredo-alves>>. Acesso em: 15 abr. 2019.



BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *PP nº 0001459-08.2016.00.0000*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-juridica-do-poliamor,589962.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70027512763*. Relator Des. Rui Portanova 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\\_mask=70024804015&num\\_processo=70024804015&codEmenda=3098090&temIntTeor=true](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_mask=70024804015&num_processo=70024804015&codEmenda=3098090&temIntTeor=true)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Em caso de sucessão causa mortis do companheiro deverão ser aplicadas as mesmas regras da sucessão causa mortis do cônjuge*. Buscador Dizer o Direito. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/34186e9eb70e30487210b962e867b742>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

DA SILVA, Carlos Alberto Ramos; FERRAZ Carolina Valença. *Poliamor e suas consequências jurídicas no Direito das Famílias: analisando a Divisão do Bens – Triação*. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/facipehumanas/article/view/6421/3157>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

FISCHER, Ana Paula Fão. *A proteção jurídica do poliamor*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-juridica-do-poliamor,589962.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Direitos da (o) amante – na Teoria e na Prática (dos Tribunais)*. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Pablo\\_amante.pdf](http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Pablo_amante.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].

IBDFAM. *CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazerem+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>>. Acesso em: 24 set. 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

SANTIAGO, Flávio da Silva. *Poliamor e Direito das Famílias Reconhecimento e Consequências Jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.



TARTUCE, Flávio. *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2018.



## A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO E A REVISÃO DA JUSTA INDENIZAÇÃO FIXADA

Marcelo Calaza Alves de Vasconcellos

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** A discussão sobre a relativização da coisa julgada sempre atraiu os olhares dos leitores mais curiosos do processo civil. Quando o tema se mistura com outro de igual importância no Direito Administrativo como a desapropriação, se torna de inegável fascínio por juristas de diversas áreas. A essência do trabalho é abordar a colisão entre esses temas que tem se tornado cada vez mais comum na jurisprudência brasileira, verificando quando é e quando não é possível se admitir o afastamento de uma coisa julgada que já havia determinado a justa indenização em uma ação expropriatória.

**Palavras chave:** Direito Processual Civil. Coisa julgada. Relativização. Coisa julgada inconstitucional. Coisa julgada injusta. Desapropriação. Justa Indenização.

**Sumário:** Introdução. 1. Controvérsias doutrinária sobre a relativização da coisa julgada e suas diferentes espécies apontadas. 2. Relativização da coisa julgada em ações de desapropriação. 3. Análise das decisões apresentadas e como o instituto tem sido aplicado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca apresentar a controvérsia existente acerca da possibilidade da relativização da coisa julgada e, em especial, como a jurisprudência tem admitido e aplicado esse instituto nas ações de desapropriação.

A coisa julgada é tida como um dos pilares do ordenamento jurídico, sendo de vital importância a sua proteção de modo a conferir segurança jurídicas às relações existentes na sociedade que são amparadas pelo Direito.

Contudo, a doutrina nos últimos anos começou a realizar questionamentos acerca do caráter absoluto que é tratada a proteção da coisa julgada em nosso ordenamento, admitindo assim, em hipóteses excepcionais, que a coisa julgada fosse mitigada, relativizada, de modo a conferir eficácia à princípios e postulados constitucionalmente assegurados.

Uma dessas hipóteses excepcionais têm sido as ações de desapropriação, em que a jurisprudência tem admitido a modificação de uma decisão já transitada em julgado, determinando um valor pelo imóvel desapropriado a título de justa indenização mas que, posteriormente, demonstrou-se que tal decisão trazia na verdade uma enorme injustiça ao caso concreto, possibilitando assim uma nova demanda judicial para corrigi-la.



Desta forma, este trabalho tem como escopo a análise das principais situações em que a jurisprudência tem admitido a relativização da coisa julgada nas ações de desapropriação assim como aquelas em que não foram admitidas, de modo a questionar a orientação e conclusões que tem sido adotadas pelos tribunais acerca da matéria.

Objetiva-se, assim, discutir suas principais consequências ao postulado da segurança jurídica, concluindo se tal sistemática tem sido benéfica ou prejudicial ao ordenamento jurídico e à prestação da tutela jurisdicional.

Inicia-se a pesquisa em seu primeiro capítulo tentando estabelecer um breve conceito sobre a relativização da coisa julgada e estabelecer as principais diretrizes doutrinárias acerca da controvérsia sobre a sua possibilidade ou não. Ainda com o escopo de análise doutrinária, busca-se apresentar, brevemente, as diferentes formas que a doutrina admite a relativização da coisa julgada, demonstrando qual é a adotada nos julgamentos das ações de desapropriação em que se busca a revisão dos valores pagos como justa indenização pelo procedimento expropriatório.

No segundo capítulo, por sua vez, passa-se ao exame das decisões proferidas pelos Tribunais do país que tratam sobre a possibilidade ou não da relativização da coisa julgada em ações de desapropriação, analisando os diferentes casos concretos e fundamentos apontados pelos órgãos julgadores.

Por fim, no terceiro e último capítulo, segue a análise da jurisprudência apresentada e suas principais consequências ao postulado da segurança jurídica, concluindo acerca dos aspectos benéficos dessa sistemática de relativização da coisa julgada ao ordenamento jurídico e à prestação da tutela jurisdicional.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, como a legislação, doutrina e jurisprudência para sustentar a tese.

## 1. CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E SUAS DIFERENTES ESPÉCIES APONTADAS

Um dos principais temas que levanta maior quantidade de dúvidas e questionamentos quanto ao estudo da coisa julgada tem sido a sua possibilidade de relativização ou mitigação, ou seja, permitir que uma decisão já com o trânsito em julgado ocorrido possa ser alterada posteriormente.

Nas didáticas palavras de Alexandre Freitas Câmara<sup>1</sup>, “casos há em que é preciso desconsiderá-la, admitindo-se que se volte a discutir aquilo que fora decidido pela sentença transitada em julgado”.

Contudo, parte da doutrina ainda refuta a adoção dessa relativização em nosso ordenamento. Como bem distingue Alexandre Câmara<sup>2</sup>, parcela da doutrina ainda vê com preocupação essa possibilidade, uma vez que a coisa julgada é uma garantia constitucional atrelada à segurança jurídica.

Este trabalho não tem como objetivo estudar todas as espécies e hipóteses tratadas pela doutrina, mas de modo a alcançar sua finalidade é importante trazer um breve panorama acerca do assunto.

Além de hipóteses típicas de relativização da coisa julgada, como a ação rescisória, a doutrina divide as hipóteses atípicas naquelas referentes à coisa julgada inconstitucional e à coisa julgada injusta inconstitucional<sup>3</sup>. Importante salientar que Barbosa Moreira já criticava a noção de que a coisa julgada é que devia ser relativizada ou desconsiderada, uma vez que o que se encontrava contrária à Constituição ou aos valores de justiça não era ela, mas sim a própria sentença<sup>4</sup>.

A primeira espécie se refere à hipótese de afastar a coisa julgada das sentenças que tiveram como fundamento norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ela se distingue da coisa julgada injusta inconstitucional uma vez que esta tem como base uma sentença que produz extrema injustiça, violando inequivocamente valores constitucionais.

---

<sup>1</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 24 ed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 527.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 528.

<sup>3</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 897.

<sup>4</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Revista dialética de direito processual*, V. 22. Publicado posteriormente no livro *Temas de direito processual*. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2007.



A coisa julgada inconstitucional está positivada no Código de Processo Civil de 2015. Com o advento da Lei nº 11.232/2005, que alterou a redação do art. 741, § único do Código de Processo Civil então vigente, admitiu-se que nas execuções contra a Fazenda Pública fosse possível considerar título inexigível também aquele fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Nesse sentido, a nova lei processual em seus art. 525, § 12º e 535, § 5º dispôs de maneira semelhante, ampliando também para o cumprimento de sentença de títulos executivos judiciais a possibilidade de se alegar a inexigibilidade do título com base na inconstitucionalidade declarada de lei utilizada na sentença, desde que a decisão do STF tenha sido anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Não obstante vozes da doutrina moderna, como Leonardo Greco<sup>6</sup> ainda defenderem a inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados sob o argumento que a coisa julgada é uma indispensável garantia e que tal regramento violaria a segurança jurídica, a coisa julgada injusta inconstitucional consiste na espécie mais controversa.

Essa forma de relativização, que não possui tipificação legal, foi criada em sede doutrinária e jurisprudencial e possui o condão de desconsiderar a sentença de mérito que transitar em julgado quando esta causar grandes injustiças e violar preceitos e princípios constitucionalmente assegurados. Desta forma, não é possível conceber a relativização nas hipóteses em que se alega a mera injustiça da decisão, sob pena de esvaziamento da segurança jurídica e do próprio instituto da coisa julgada. Assim, para Alexandre Câmara<sup>7</sup>, “apenas seria possível a relativização da coisa julgada material quando houvesse fundamento constitucional para tanto”. Daniel Amorim Assumpção<sup>8</sup> ainda sustenta que se realize, no caso concreto, uma ponderação entre a proteção da segurança jurídica e a violação ocorrida ao direito fundamental garantido pela Constituição na hipótese.

Contudo, José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, é um crítico veemente ao instituto. Para o autor, é inconcebível a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário em decisões já

<sup>5</sup> BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>6</sup> Leonardo Greco, desde antes o advento da Lei nº 11.232/2005 e do Código de Processo Civil de 2015 já defendia a impossibilidade da decisão em controle abstrato de constitucionalidade modificar a coisa julgada: “Com essas premissas, parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional”. GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *Revista jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, V. 37, p. 111, 2003. Disponível em: < <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/12> > Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>7</sup> CÂMARA, op. cit. p. 529.

<sup>8</sup> NEVES, op. cit. p. 902.

transitadas em julgado fora das hipóteses legalmente previstas, pois, caso contrário, a violação à segurança jurídica seria gritante. A atividade do órgão judiciário, desta forma, nunca obteria o resultado pretendido se ficasse indefinidamente à mercê das discussões e impugnações das sentenças, por que fundamento fosse<sup>9</sup>. Artur Diego Amorim Vieira<sup>10</sup>, que corrobora com a posição de Barbosa Moreira, elucidamente traz o principal problema da relativização da coisa julgada:

O calcanhar de Aquiles desta corrente, ao nosso sentir, é a fundamentação da desconsideração da coisa julgada em conceitos jurídicos indeterminados, como a injustiça da decisão. Os opositores desta tendência relativacionista afirmam que, ao se admitir esta possibilidade, estaríamos a conferir ao Judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada – um cheque em branco –, enfraquecendo o vetor constitucional da segurança jurídica.

Apesar da respeitável opinião do professor Barbosa Moreira, a doutrina tem cada vez mais admitido a relativização da coisa julgada em razão de sentenças injustas. Nas palavras de Candido Rangel Dinamarco<sup>11</sup>:

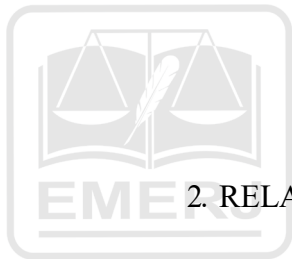
Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

A jurisprudência, nos últimos anos, se viu obrigada a enfrentar a controvérsia quando se deparou com diversos pedidos de relativização da coisa julgada em sentenças que contrariavam diversos valores jurídicos importantes para o ordenamento jurídico constitucional. Dentre elas, o direito à filiação nas ações de reconhecimento de paternidade julgadas improcedentes na época em que não existia o exame de DNA, sentenças que traduziam ofensa à moralidade administrativa e outras que afrontavam o valor justo da indenização nas ações de desapropriação, que serão objeto do presente trabalho nos capítulos seguintes.

<sup>9</sup> MOREIRA, op. cit. p. 248.

<sup>10</sup> VIEIRA, Artur Diego Amorim. O processo justo e a coisa julgada: breve análise quanto à inviabilidade de sua desconsideração. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. V. XI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. XI, 4-34, 2013. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/18061/13315> >. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em < <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf> >. Acesso em: 03 set. 2018.



## 2. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO

Um dos temas mais recorrentes na jurisprudência acerca da relativização da coisa julgada trata-se da possibilidade ou não de rever o valor fixado como justa indenização nas sentenças das ações de desapropriação, ainda quando já transitada em julgada a decisão que a fixou.

Importante primeiro expor a principal premissa deste tema. A relativização da coisa julgada somente pode ser admitida em hipóteses completamente excepcionais, de especialíssimas singularidades, sob pena de provocar consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à segurança jurídica e à preservação do equilíbrio social<sup>12</sup>.

Reconhecer a possibilidade em toda e qualquer hipótese da alteração posterior do valor fixado como justa indenização nas ações de desapropriação acarretaria na inundação de demandas judiciais de pessoas insatisfeitas com os valores que receberam, podendo a qualquer tempo questionar em juízo aquela sentença já transitado em julgado, buscando uma indenização maior, sempre com fundamento no conceito jurídico indeterminado da “justa indenização” estabelecido na Constituição. Inegável que esse cenário causa enorme abalo à segurança jurídica e à própria estrutura do Poder Judiciário.

Desta forma, impõe-se analisar algumas situações excepcionais já aceitas pela jurisprudência de nossos Tribunais em que se admite a revisão da justa indenização fixada. Em regra, os principais exemplos vistos na jurisprudência são situações em que a sentença determina o valor da indenização com base em fatos e provas que não condizem com a realidade fática, acarretando desta forma grande prejuízo, seja ao expropriado que recebe valor menor pela propriedade que possui, ou a própria Fazenda Pública, pagando indenização superior ao que deveria ser pago.

O STF, desde a década de 1980, já se posiciona no sentido de admitir que em sede de execução seja realizada nova perícia para determinar o preço atualizado do imóvel objeto da desapropriação, ainda que em discordância ao valor fixado na sentença já transitado em julgado. Manifestou nesse sentido o então Ministro Relator do STF Rafael Mayer ao afirmar que não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da

---

<sup>12</sup> HESKETH, Tito. *Coisa julgada só pode ser flexibilizado em casos excepcionais*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-25/tito-hesketh-coisa-julgada-flexibilizada-excepcionalmente> >. Acesso em: 09 fev. 2019.

justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante.<sup>13</sup> Neste precedente, inclusive, o principal fundamento da realização da nova avaliação foi a conduta procrastinatória do ente expropriante, não admitindo o Tribunal que aquele ente se beneficiasse em razão da negligência de sua atuação.

Em mesmo sentido, em acórdão proferido em 1988<sup>14</sup>, o Ministro Relator Neri da Silveira manteve a decisão do magistrado federal que, já na fase de execução, em 1981, compreendeu como declaratória e não condenatória a sentença que fixa o preço da desapropriação, admitindo a realização de uma nova perícia com o condão de atualizar o valor obtido ainda em 1957, tendo em vista o longo espaço de tempo perpetrado entre a primeira avaliação e a então data presente. Assim, já se vislumbrou a possibilidade de modificar a indenização protegida pela coisa julgada quando em razão do decurso do tempo aqueles valores não mais retratariam o conceito de justa indenização previsto na Constituição Federal. Será ainda realizada uma análise mais profunda das hipóteses apresentadas e seus fundamentos no próximo capítulo.

Novamente, imperioso destacar que foram as circunstâncias destes casos concretos que levaram o STF a admitir a realização de nova perícia na fase de execução, não se tornando regra nos procedimentos expropriatórios a nova perícia técnica, modificando o valor fixado na sentença. Nesse sentido, é tranquila a jurisprudência do STJ, já tendo afirmado o Ministro José Delgado<sup>15</sup> que a relativização da coisa julgada para permitir nova perícia na fase de execução só foi permitida pelo STF em função da excepcionalidade e da peculiaridade dos casos levados a seu exame.

Outra hipótese que a jurisprudência também tem se deparado consiste quando a perícia inicial tenha sido realizada baseada em dados falsos ou estaria eivada de outra nulidade de modo a comprometer a licitude do cálculo feito anteriormente.

Em recente precedente de março de 2017<sup>16</sup>, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu relativizar a coisa julgada para a realização de nova

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 93.412-SC*. Ministro Relator Rafael Mayer, julgado em 04 mai. 1982. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14689866/recurso-extraordinario-re-93412-sc/inteiro-teor-103083299>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 105.102-RN*, Ministro Relator Néri da Silveira, julgado em 09 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/jstf2.html>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 734.531*, Ministro Relator José Delgado, julgado em 17 ago. 2006. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500455594&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº. 0000190-76.2008.8.26.0294*, Desembargador Relator: Marcelo Semer, julgado em 06 mar. 2017. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0032LEE0000#?cdDocumento=36> >. Acesso em: 11 fev. 2019.



perícia técnica para a obtenção de novo valor que se coadune com o princípio constitucional da justa indenização. Nessa ação, a decisão relativizada estaria fundada em dados errôneos e tendenciosos, sendo posteriormente comprovados que a perícia feita à época não teria se atentado à realidade fática da situação, tendo a perícia original cometido equívocos que supervalorizaram o preço do imóvel expropriado.

Assim, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que o princípio da segurança jurídica não poderia se sobrepor à justa indenização na ação de desapropriação, que neste caso violaria a própria moralidade administrativa ao impor um custo ao erário extremamente desarrazoável e desproporcional em relação ao real valor de mercado do imóvel desapropriado, causando claro prejuízo às finanças públicas. Nesse sentido afirmou o Desembargador Relator Marcelo Semer<sup>17</sup>:

É o que se tem argumentado, hodiernamente, como a relativização da coisa julgada, em especial na qualidade de uma decisão lastreada em elementos de prova obtidos de forma ilícita ou premeditadamente enganosa. A princípio, pois, cotejando de um lado o a ilicitude de sua formação, a decisão consolidada sob terreno pantanoso não deveria mesmo ser considerada impenetrável. A ordem jurídica, em especial o respeito aos comandos constitucionais que formam o Estado Democrático de Direito, não se submete exclusivamente aos ditames da segurança.

Por último, interessante julgado proferido pelo STJ<sup>18</sup> ainda no ano de 2000 em que o Tribunal Superior se deparou com um pedido de relativização de coisa julgada sob fundamento de que a sentença expropriatória transitada em julgada teria condenado o ente público a pagar a justa indenização por um bem que, na verdade, descobriu-se posteriormente ser da propriedade do próprio ente.

O Estado de São Paulo, já na fase de execução e tendo pago treze das dezessete parcelas devidas pela sentença na ação de desapropriação indireta, referente à área do Parque Estadual de Jacupiranga, propôs Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico, alegando e, posteriormente, comprovando que a área considerada desapropriada seria, na verdade, de seu domínio, sendo assim impossível juridicamente a prevalência da sentença que determinava o pagamento da indenização por força da desapropriação indireta. Para fundamentar seu posicionamento, aduz o Ministro Relator José Delgado<sup>19</sup>:

---

<sup>17</sup> Ibid. p. 16.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 240.712-SP*, Ministro Relator José Delgado, julgado em 15 fev. 2000. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199901097320&to talRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>19</sup> Ibid. p. 8.

Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal.

De modo a apresentar um contraponto e demonstrar a premissa de excepcionalidade exposta no início deste capítulo, interessante aqui apresentar um precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>20</sup>, julgado no final de 2018, no qual foi refutada a tese da relativização da coisa julgada adotada pelo julgador do primeiro grau.

No caso em tela, o juízo a quo havia extinto cumprimento de sentença em ação de desapropriação indireta sob o fundamento da ausência de legitimidade do proprietário em receber a indenização do ente público expropriante, em razão da suposta comprovação de que as terras desapropriadas eram, na verdade, terras destinadas às populações tradicionais indígenas. Logo, o julgador de piso, adotando a tese da relativização da coisa julgada, percebeu grande teratologia ao ver a possibilidade daquele que não fosse proprietário receber a indenização pela desapropriação de terreno alheio, julgando assim extinta aquela execução.

Contudo, o Desembargador Relator, em seu voto, deu provimento ao recurso do particular expropriado, asseverando que a tese da relativização da coisa julgada deverá ser adotada com extremo cuidado e sempre de forma excepcional, apontando que a comprovação do domínio daquelas terras em questão já haviam sido decididas por precedente anterior, ficando comprovado que a área não ficava em território indígena. Desta forma, deixou claro o julgador em seu voto<sup>21</sup>:

A preservação da coisa julgada constitui garantia fundamental consagrada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, de modo que a sua relativização, mesmo para aqueles que defendem a aplicação do referido instituto em nosso ordenamento jurídico, só pode ser permitida em hipóteses absolutamente excepcionais, o que não é o caso dos autos.

Assim, resta claro que a temática tem sido bastante enfrentada pelos Tribunais do país em diversas e distintas hipóteses, sendo importante, agora, entender os principais fundamentos

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível nº 0000107-73.1986.4.01.3200*. Desembargador Relator Olindo Menezes, julgado em 30 out. 2018. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00001077319864013200&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso: em 14 fev. 2019.

<sup>21</sup> Ibid. p. 3.



apresentados que possibilitaram, no julgamento destes casos, afastar o princípio da segurança jurídica.

### 3. ANÁLISE DAS DECISÕES APRESENTADAS E COMO O INSTITUTO TEM SIDO APLICADO

Em todos os precedentes apresentados percebe-se sempre a oposição do princípio constitucional da segurança jurídica, consubstanciado na figura da imutabilidade das decisões judiciais previsto no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal<sup>22</sup>, com o princípio da justa indenização nas ações de desapropriação previsto no mesmo art. 5º, agora no inciso XXIV.

O fator de diferenciação, contudo, consiste na excepcionalidade do caso concreto que fundamenta exatamente a concretização da justa indenização. Ora trata-se de um valor anteriormente fixado que perdeu seu sentido econômico em razão do decurso do tempo, ora descobrindo que a área expropriada era do próprio ente expropriante, sempre havia um fator de excepcionalidade de modo a conduzir a modificação ou até exclusão do valor da indenização para garantir que aquela desapropriação traduzisse as noções de justiça pretendidas pelo legislador constituinte.

É exatamente esse o cerne, não só para definir o conceito de justa indenização nas ações de desapropriação, mas em quando for necessário mitigar o importante postulado da imutabilidade das decisões judiciais. É imprescindível a análise minuciosa das peculiaridades do caso concreto, isso porque o conteúdo do princípio da justa indenização nada mais é do que um conceito jurídico indeterminado trazido pelo texto constitucional. Seu conteúdo não é certo, estanque, devendo ser alvo de interpretação para lhe conferir sentido. A própria busca da mensuração do que é justo em termos de indenização expropriatória indica a indeterminação de seu conteúdo<sup>23</sup>.

Ainda que a doutrina<sup>24</sup> busque trazer conceitos para se definir o que consiste exatamente a indenização justa nas ações de desapropriação, sempre será necessário observar as

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 03 abr. 2019.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Guilherme Muller. *O princípio da justa indenização na desapropriação*. Disponível em: <<http://www.pradoadv.com.br/artigo/1/o-principio-da-justa-indenizacao-na-desapropriacao/>> Acesso em: 26 fev. 2019.

<sup>24</sup> Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto “devendo ser justa, a indenização há de cobrir os lucros cessantes, o valor histórico, o fundo de comércio, as despesas de sub-rogação de ônus, juros de mora, as custas despendidas, os salários de peritos e os honorários advocatícios”. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005, p. 384.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que “é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em



circunstâncias do caso concreto que deverão ser avaliadas de modo a determinada, em cada hipótese, diferentes interpretações do que seria uma indenização justa para aquela expropriação realizada pelo Poder Público.

O STF, quando começou a se deparar com estas teses em sede de ações de desapropriação, fundamentava a possibilidade da relativização da coisa julgada sempre a partir das peculiaridades do caso concreto. No RE nº 93.412/SC de relatoria do Ministro Rafael Mayer apresentado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal somente admitiu a realização de uma nova perícia tendo em vista a inércia e desídia do ente público expropriante quanto ao prosseguimento do procedimento da ação de desapropriação, restando paralisado por mais de 16 anos a referida ação por culpa exclusiva do ente expropriante. Por isto, entendeu o Tribunal que esta inequívoca culpa possibilitaria que o valor fosse revisitado, sendo realizada uma nova perícia de modo a determinar um valor que se coadunasse com um valor justo para a indenização do proprietário do imóvel.

Seguindo a mesma linha, já no final da década de 1980 no RE nº 105.012/RN, o STF manteve a decisão de Tribunal Regional Federal que admitiu a realização de nova perícia uma vez que entre a data do valor fixado inicialmente na sentença e o julgamento dos últimos recursos já havia passado um lapso de mais de vinte anos, muito em razão da protelação da União, ente público expropriante, ao interpor inúmeros recursos e atrasando assim o fim do procedimento.

Contudo, é possível sustentar também a realização de novas perícias para modificar o valor da justa indenização inicialmente obtida tendo em vista o postulado da supremacia do interesse público.

Segundo Maria Aparecida dos Anjos Carvalho<sup>25</sup>, procuradora do município de São Paulo, as decisões judiciais que não conferem uma resposta satisfatória para a ordem pública

---

seu patrimônio”. MELLO apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo. Atlas, 2014, p. 866.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que “para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios”. *Ibidem*.

José Carlos de Moraes Salles afirma também que “Ora, o conceito de indenização justa não pode sofrer qualquer limitação: deve ser amplo e “...é ideal que deve ser buscado com a máxima intensidade, pois a fixação de uma indenização justa é a única forma de atendimento ao preceito constitucional regulador da matéria”. SALLES apud PAIVA, Yara de Campos Escudero. *A justa indenização e a coisa julgada*. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina910.html> > Acesso em: 25 fev. 2019.

<sup>25</sup> CARVALHO, Maria Aparecida dos Santos. *Desapropriação e coisa julgada inconstitucional: relativização pró-fazenda por violação combinada dos princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade e proporcionalidade e da justa indenização*. Disponível em: <



causariam o mesmo descrédito e insegurança que se busca evitar quando se optar por tratá-las por absolutamente imutáveis em razão do dogma da coisa julgada. Assim, para a autora, uma decisão de uma ação de desapropriação que fixa um valor de indenização sob patamares irrazoáveis fere o patrimônio público, cujo prejuízo recai, ao fim e ao cabo, à própria coletividade. O princípio da supremacia do interesse público possibilitaria que fosse expurgada aquela sentença teratológica que fixou valores excessivamente onerosos ao Poder Público de forma equivocada ou desarrazoável.

Tal conclusão pode ser inclusive observada no caso do Recurso Especial nº 240.712-SP estudado anteriormente, no qual o Estado de São Paulo posteriormente sustentou que aquele procedimento expropriatório estaria, na verdade, concretizando uma desapropriação de um bem público que pertenceria à própria Fazenda de São Paulo. A condenação, que alcançava o valor de setenta e nove milhões de reais (R\$ 79.000.000,00), caso efetivamente executada, importaria em um prejuízo enorme ao erário sem qualquer retribuição prática em troca.

Apesar do STJ no caso somente ter sido instado a se manifestar sobre a manutenção dos efeitos da tutela antecipada que suspendeu o pagamento das parcelas da indenização por parte do Poder Público, em suas razões de decidir o Ministro Relator José Delgado fundamentou a necessidade da suspensão do pagamento a partir dos direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal. Não se fala aqui em minimizar o espectro de proteção da segurança jurídica apenas por medidas de economia popular<sup>26</sup>, mas sim, em razão da predominância de outros princípios igualmente importantes.

Assim, ainda que não tenha proferido uma decisão de mérito relativizando aquela coisa julgada, o STJ expressamente manifestou seu entendimento no sentido de que aquela poderia ser mitigada em detrimento do interesse público, em especial, quando a manutenção da coisa julgada violasse os princípios da eficiência e da moralidade que a Administração Pública deve se pautar e causasse ainda grave prejuízo à saúde financeira do Estado.

Em sentido similar, seguiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 0000190-76.2008.8.26.0294 apresentada anteriormente. Embora formalmente correta, a decisão a qual se buscava a relativização da coisa julgada se lastreou em bases equivocadas

---

[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/05\\_%20Desapropriacao%20e%20coisa%20julgada.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/05_%20Desapropriacao%20e%20coisa%20julgada.pdf) > Acesso em: 25 fev. 2019.

<sup>26</sup> Afirmou o Desembargador Relator Marcelo Semer “Por óbvio, ainda que a derrama do dinheiro público seja um mal em si mesmo, não se pode colocar a segurança jurídica em risco apenas por medidas de economia pública”. BRASIL. op. cit., nota 14, p. 20.

apresentadas pelo perito original. Assim, a existência desses dados inverídicos sobrevalorizou o preço da indenização estabelecida<sup>27</sup>, possibilitando o afastamento daquela coisa julgada.

Ao falar sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar novas perícias em ações de desapropriação já transitadas em julgado, a procuradora do Estado de São Paulo, Yara de Campos Escudero Paiva<sup>28</sup>, em um artigo publicado no endereço eletrônico da instituição, correlaciona a vedação do enriquecimento ilícito em razão da sobrevalorização da justa indenização com o próprio princípio da moralidade administrativa:

Esta hipótese é amparada pela vedação de enriquecimento sem causa, corolário do princípio constitucional da moralidade, pelo qual cada um deve receber tão-somente o montante que efetivamente perdeu com a desapropriação de seu imóvel, de modo que possa adquirir outro em iguais condições. Também pode fundamentar-se no princípio da razoabilidade, que deve reger todas as relações sociais e que traz reflexos na ordem jurídica, com a demonstração de que a indenização fixada na primeira perícia, é a olho nu absurda, fazendo-se necessária nova perícia para atender ao princípio constitucional da justa indenização. Ora, como o ente expropriante é pessoa jurídica de direito público, que zela pelo bem comum e tem como baluarte o princípio da moralidade de seus atos, não pode ser compelido a pagar indenização que não se ajuste aos moldes da razoabilidade e do princípio que veda o enriquecimento ilícito, sob pena de cair por terra todo o alicerce do ordenamento jurídico. A legislação não pode contemplar somente aquele que recebe a indenização, mas também aquele que a paga, ou seja, a sociedade formada pelos demais cidadãos contribuintes do erário.

Logo, no caso concreto mencionado, asseverou o Desembargador Relator que esses erros graves realizados na perícia não possibilitavam a obtenção de uma justa indenização e, conseqüentemente, violavam a moralidade administrativa em razão do gasto de dinheiro público em excesso.<sup>29</sup>

Desta forma, vislumbra-se que a proteção ao princípio da justa indenização decorre da interpretação de diversos postulados constitucionais que fazem com que aquele valor fixado seja considerado justo ou injusto, tornando assim aquele conceito jurídico indeterminado cada vez mais determinado.

---

<sup>27</sup> Aduziu o Desembargador Relator Marcelo Semer “Verifica-se, pois, não apenas que o laudo pericial congrega um, ou mais equívocos, mas que todos esses equívocos foram produzidos no sentido de valorizar em demasia o imóvel, dando-lhe atributos que não tinha e retirando as deficiências que lhe eram próprias, por motivações que escapam ao conhecimento deste processo”. *Ibid.*, p. 27.

<sup>28</sup> PAIVA, op. cit., p. 3

<sup>29</sup> Em seu voto, concluiu o Desembargador Relator Marcelo Semer “tendência da avaliação, assim, acrescida pela negligência, no lastrear-se em informações não totalmente comparáveis, fez com que o acúmulo destas variáveis produzissem dados que não tinham conexão com a realidade, provocando, em consequência, uma decisão judicial que indeniza pela impossibilidade de lotear áreas não loteáveis, que remunera extração de madeiras inexistentes, que compensa a ausência de exploração comercial em terrenos não exploráveis. Em resumo, que não resulta do postulado da justa indenização e, por se tratar de dinheiro público despendido em excesso, que tampouco prima pela moralidade administrativa”. BRASIL. op. cit., nota 14, p. 28.

Esta pesquisa buscou demonstrar, com um enfoque específico, dentro da enorme vastidão que se encontram as discussões sobre a relativização da coisa julgada, como a jurisprudência tem admitido que as ações de desapropriações já com trânsito em julgado possam ter suas sentenças mitigadas e revistas.

Estudando julgados de décadas atrás até os mais atuais, percebeu-se a possibilidade da relativização das decisões transitadas em julgado que determinavam uma justa indenização a ser paga pelo Poder Público quando, por razões relacionadas à peculiaridades do caso concreto, se demonstrou ser vital a necessidade de revisão e modificação daquela coisa julgada.

Em cada um dos precedentes analisados, há sempre um conflito entre princípios de extrema importância para o ordenamento jurídico constitucional brasileiro. De um lado, a proteção da coisa julgada e, conseqüentemente, da segurança jurídica, que visam coibir a modificação de sentenças já atingidas pelo dogma da imutabilidade de modo a tornar o sistema jurídico o mais seguro possível para seus jurisdicionados. De outro, surgem diversos princípios que, no caso concreto, demonstram possuir extrema relevância de modo a possibilitar a ponderação em face da segurança jurídica e da coisa julgada. Entre estes princípios vimos, por exemplo, a razoabilidade, a proporcionalidade, o interesse público e a proteção do patrimônio público.

Ainda que tenham sido expostos diversos exemplos, admitindo o instituto objeto do trabalho, é imprescindível ter em mente que a relativização da coisa julgada nestas hipóteses deverá ser tratada sempre de forma extremamente excepcional, de modo que somente assim se valorizará, de fato, o postulado da segurança jurídica.

O tema está longe de estar esgotado. Tendo em vista que as hipóteses de relativização da coisa julgada nessas ações de desapropriações tem sido construídas diretamente a partir dos casos concretos que alcançam os Tribunais Superiores, não se pode pressupor de outra forma que não a eclosão de diversos outros precedentes analisando a discussão, cada qual com um fundamento jurídico diferente para decidi-la.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 03 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 93.412-SC*. Ministro Relator Rafael Mayer, julgado em 04 mai. 1982. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14689866/recurso-extraordinario-re-93412-sc/inteiro-teor-103083299>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 105.102-RN*, Ministro Relator Néri da Silveira, julgado em 09 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/jstf2.html>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 734.531*, Ministro Relator José Delgado, julgado em 17 ago. 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500455594&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 14 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0000190-76.2008.8.26.0294*, Desembargador Relator: Marcelo Semer, julgado em 06 mar. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0032LEE0000#?cdDocumento=36>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 240.712-SP*, Ministro Relator José Delgado, julgado em 15 fev. 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199901097320&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível nº 0000107-73.1986.4.01.3200*. Desembargador Relator Olindo Menezes, julgado em 30 out. 2018. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00001077319864013200&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso: em 14 fev. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Maria Aparecida dos Santos. *Desapropriação e coisa julgada inconstitucional: relativização pró-fazenda por violação combinada dos princípios da supremacia do interesse público, da razoabilidade e proporcionalidade e da justa indenização*. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/05\\_%20Desapropriacao%20e%20coisa%20julgada.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/05_%20Desapropriacao%20e%20coisa%20julgada.pdf)> Acesso em: 25 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo. Atlas, 2014.



DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em < <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf> >. Acesso: em 03 set. 2018.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *Revista jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, V. 37, 2003. Disponível em: < <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/12> > Acesso em: 03 abr. 2019.

HESKETH, Tito. *Coisa julgada só pode ser flexibilizado em casos excepcionais*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-25/tito-hesketh-coisa-julgada-flexibilizada-excepcionalmente> >. Acesso em: 09 fev. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Revista dialética de direito processual*, V. 22. Publicado posteriormente no livro Temas de direito processual. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. São Paulo: Juspodium, 2017.

PAIVA, Yara de Campos Escudero. *A justa indenização e a coisa julgada*. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina910.html> > Acesso em: 25 fev. 2019.

PRADO, Luiz Guilherme Muller. *O princípio da justa indenização na desapropriação*. Disponível em: < <http://www.pradoadv.com.br/artigo/1/o-principio-da-justa-indenizacao-na-desapropriacao/> > Acesso em: 26 fev. 2019.

VIEIRA, Artur Diego Amorim. O processo justo e a coisa julgada: breve análise quanto à inviabilidade de sua desconsideração. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. V. XI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. XI, 4-34, 2013. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18061/13315>>. Acesso: em 03 set. 2018.

## A VIOLAÇÃO DE DADOS DE *SMARTPHONES* NA PRISÃO EM FLAGRANTE: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS

Maria Fernanda Costa Pinto Cabral de Oliveira  
e Souza

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV  
Direito Rio. Advogada.

**Resumo** – com o avanço tecnológico e a popularização dos meios de comunicação, os *smartphones* viraram uma realidade mundial. A cada ano que passa esses aparelhos armazenam mais informações sobre seus donos, tais como fotos, vídeos, conversas, áudios, e-mails e mais uma infinidade de dados. Explorar o celular de uma pessoa pode ser mais íntimo do que investigar a sua própria casa. Essa nova realidade fática impõe que o Direito repense alguns conceitos clássicos e certos procedimentos, pois, nesse caso, não se adaptar implica deixar de investigar ou deixar de punir. O objetivo do trabalho é discutir a licitude das provas obtidas por meio do acesso a dados dos *smartphones* dos presos em flagrante sem autorização judicial, analisando o conceito de interceptação telefônica trazido pela Lei nº 9.296/96.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Provas no processo penal. Lei de Interceptações Telefônicas.

**Sumário** – Introdução. 1. A vedação às provas ilícitas no Direito Processual Brasileiro e o acesso de dados de aparelho celular na prisão em flagrante. 2. A Lei nº 9.296/96 e a abrangência do conceito de interceptação telefônica. 3. A posição dos Tribunais Superiores acerca do acesso aos dados obtidos no aparelho celular do preso em flagrante sem prévia autorização judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de acesso aos dados armazenados no *smartphone* do agente no momento da prisão em flagrante, tais como ao conteúdo de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*, e a necessidade, ou não, de autorização judicial para que as eventuais provas extraídas sejam consideradas lícitas.

Para tanto, serão abordados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a discutir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tais como a proteção à vida privada, à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas.





É inegável que, nos tempos modernos, os *smartphones* são uma realidade para os brasileiros. Com a facilidade de comprá-los, a redução de seus custos, somada à popularização da *Internet*, é difícil encontrar alguém, hoje, que não tenha um para chamar de seu.

O fato é que esses aparelhos armazenam uma gama enorme de informações. Explorar o celular de uma pessoa pode ser mais íntimo do que investigar a sua própria casa, tendo em vista que ele contém fotos, vídeos, conversas, áudios, e-mails e mais uma infinidade de dados pessoais e profissionais de seus donos.

As principais questões que suscitam debate são: os dados provenientes de aplicativos de mensagem, como o *WhatsApp*, encaixam-se no objeto de proteção da Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação telefônica regulamentando o art. 5º, XII, da Carta Magna? Há necessidade de autorização judicial para acessá-los? Qual o limite de atuação das autoridades policiais no momento da prisão em flagrante, considerando que o próprio Código de Processo Penal determina que se apreenda todos os objetos que tenham relação com o fato criminoso?

O tema gera acaloradas discussões entre os órgãos de acusação e de defesa e merece atenção, uma vez que envolve a produção e a valoração de provas no processo penal, assunto de grande relevância prática, a serem analisadas à luz de direitos e garantias fundamentais, cuja importância no Estado Democrático de Direito é indiscutível.

O primeiro capítulo aborda aspectos da produção probatória no processo penal brasileiro, bem como o que torna uma prova lícita ou ilícita à luz das disposições constitucionais. O objetivo, aqui, é iniciar o debate se as provas obtidas por meio do acesso aos dados telefônicos do acusado, sem autorização judicial, encaixam-se no conceito de prova lícita ou não.

Em seguida, o segundo capítulo tratará sobre a Lei nº 9.296/96, a Lei das Interceptações Telefônicas, com a finalidade de questionar se a análise dos dados provenientes de aplicativos de mensagens sem autorização judicial fere o sigilo das comunicações telefônicas.

E, por fim, o terceiro capítulo versará sobre os entendimentos atuais das Cortes Superiores sobre o tema, com o objetivo de discutir as implicações práticas de se defender uma ou outra posição, qual seja, pela necessidade ou não de autorização judicial para que as mencionadas provas sejam consideradas lícitas.

A abordagem da pesquisa será, necessariamente, qualitativa, de modo que a pesquisadora pretende utilizar a referência bibliográfica para sustentar sua tese.

## 1. A VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E O ACESSO DE DADOS DE APARELHO CELULAR NA PRISÃO EM FLAGRANTE

Quando o assunto é a produção de provas no processo penal, trata-se de tema quase que sem fim, complexo e que envolve inúmeros conceitos e discussões do ponto de vista teórico e também prático.

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar o conceito fornecido pela melhor doutrina acerca da licitude e da ilicitude da prova, bem como introduzir a discussão se as provas obtidas por meio do acesso aos dados telefônicos do acusado, sem autorização judicial, enquadram-se no conceito de prova lícita ou não.

Segundo Eugênio Pacelli, “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica [...]”<sup>1</sup>. Trata-se de incumbência difícil, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

É importante esclarecer, contudo, que o processo penal visa à produção de uma verdade processual, ou seja, de uma certeza jurídica que é assumidamente imperfeita e falha em alguns casos. Em outras palavras, a verdade processual pode corresponder à verdade dos fatos ou não.

Para alcançar a construção dessa verdade processual, diversos meios de prova estão disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, ao qual se aplica o princípio da liberdade da prova.

Nas lições de Paulo Rangel<sup>2</sup>:

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível.

O aludido princípio, todavia, não é ilimitado. A liberdade da produção probatória não é absoluta, esbarrando em limites de ordem material e processual.

<sup>1</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 327.

<sup>2</sup>RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 468.



Uma das limitações impostas à liberdade probatória, talvez a mais importante de todas, encontra-se prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) <sup>3</sup>, que, em nome da tutela dos direitos e garantias individuais do acusado, proíbe expressamente a utilização de provas obtidas por meio ilícito.

Disposição semelhante foi inserida também no Código de Processo Penal<sup>4</sup> (CPP) por meio da Lei nº 11.690/08:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

A inadmissibilidade das provas ilícitas é uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Como bem salienta Paulo Rangel, “no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios” <sup>5</sup>.

Essa norma tem como finalidade precípua a tutela de direitos e garantias fundamentais caros ao sistema jurídico brasileiro, tais como o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo das comunicações, além de proteger a própria qualidade do material probatório produzido.

Não se pode deixar de frisar, também, que tal limitação é revestida de um caráter quase que pedagógico, uma vez que veda e desestimula a utilização de meios arbitrários para a obtenção de uma prova. Isso porque a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é o seu desentranhamento dos autos, ou seja, a sua retirada obrigatória.

Em suma, a prova é um direito subjetivo do acusado e, como tal, goza de extensa liberdade de produção. Porém, em observância aos direitos fundamentais previstos na

---

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>4</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>5</sup> RANGEL, op. cit., p. 473.

Carta Magna de 1988, somente se admite, no processo penal, as provas colhidas de forma lícita.

Dito isso, é oportuno destacar, ainda no art. 5º, da CRFB/88, o inciso XII<sup>6</sup>, que assim dispõe:

Art. 5º, XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A pergunta que se faz, portanto, é: o acesso às provas contidas em aparelho *smartphone*, tais como conversas em aplicativos de mensagem como o *WhatsApp* e o *Telegram*, fotos, histórico de chamadas, dentre outros, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, é lícito?

O tema é polêmico e levanta debates calorosos de ambos os lados.

Para Norberto Avena<sup>7</sup>, essas provas são lícitas, uma vez que não se trata de dados em procedimento de transmissão ou recepção, mas sim de dados já produzidos e armazenados. Portanto, não se encaixam na hipótese do art. 5º, XII, da CRFB/88<sup>8</sup>, dispensando a exigência da autorização judicial.

Defendendo, ainda, a licitude de tais provas, seria possível argumentar que a autoridade policial que recolhe e acessa os dados já armazenados nesses aparelhos apenas observa o mandamento do próprio CPP, que, no art. 6º<sup>9</sup>, determina que se apreendam os objetos que tiverem relação com o fato e que se colham as provas que servem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Em contrapartida, a tese sustentada pela defesa do acusado, geralmente, é no sentido da ilicitude de tais provas, uma vez que essa devassa à sua privacidade sem a respectiva autorização judicial viola frontalmente a Constituição Federal e seus direitos e garantias individuais.

Os próximos capítulos abordarão outros aspectos relevantes para a solução da controvérsia, bem como a posição dos Tribunais sobre o tema.

---

<sup>6</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>7</sup> AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 580.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.



## 2. A LEI Nº 9.296/96 E A ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A sociedade contemporânea tem vivido uma constante evolução da tecnologia e a forma de comunicar-se sofreu grande modificação. Hoje, além da comunicação telefônica, é possível trocar *e-mails*, gravar áudios, enviar mensagens de texto ou por meio de aplicativos gratuitos conectados à *Internet*.

A verdade é que o sistema jurídico precisa se modernizar e se adaptar a essa nova realidade, pois essas inovações constituem novas modalidades de prova no processo penal, diferentes das tradicionais, já previstas na legislação processual penal, como é o caso da prova testemunhal, da prova documental, etc.

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar a sistemática trazida pela Lei nº 9.296/96<sup>10</sup>, Lei de Interceptações Telefônicas, que regulamenta o art. 5º, XII, da CRFB/88<sup>11</sup>, mostrando como seria possível, do ponto de vista legal, o acesso a essas novas formas de comunicação e a esses dados armazenados.

Além disso, há, também, o objetivo de suscitar o seguinte debate: o acesso, e a posterior análise, dos dados contidos nos *smartphones* dos presos em flagrante, enquadram-se no conceito de interceptação telefônica? E, a depender da primeira resposta, surge ainda um segundo questionamento: esse acesso somente poderá ser feito por meio de autorização judicial?

Vale lembrar que o *smartphone*, além de possibilitar inúmeras novas formas de comunicação, também armazena importantes informações sobre a vida e as práticas dos indivíduos. Tal fato reflete no fenômeno criminal, o que torna esses aparelhos grandes aliados das autoridades policiais na investigação e elucidação de infrações penais. Ademais, a título de exemplo, o aplicativo *WhatsApp*, criado em 2009, é um dos mais populares do mundo e o Brasil é o segundo país com mais usuários do aplicativo no *ranking* mundial<sup>12</sup>. Esses dados não podem ser ignorados.

<sup>10</sup>BRASIL. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>12</sup>PEREIRA, Murilo César Antonini. Acesso aos dados armazenados no WhatsApp pela polícia durante investigação criminal: implicações nos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5535, 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68482>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Contudo, como chama atenção Luiz Flávio Gomes, citando Montesquieu, o exercício do poder e o seu excesso/desvio caminham lado a lado<sup>13</sup>. Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, como tal, ainda que seja indispensável facilitar o andamento das investigações criminais, é preciso observar certas “regras do jogo”. A liberdade, a vida privada e a intimidade dos cidadãos são valores muito caros nas democracias atuais.

Antes, contudo, de adentrar nas questões acima mencionadas, é preciso trabalhar conceitos importantes relacionados à interceptação telefônica e sua abrangência, por meio do estudo da aludida Lei nº 9.296/96<sup>14</sup>.

Primeiramente, é fundamental destacar que a interceptação telefônica *lato sensu* é gênero, do qual são espécies a escuta telefônica, a gravação telefônica e a interceptação telefônica *stricto sensu*.

A escuta telefônica envolve um terceiro que acessa a conversa telefônica entre duas pessoas, sendo que um desses interlocutores tem conhecimento que os diálogos estão sendo captados. Para a sua licitude, é indispensável a autorização judicial.

Já a gravação telefônica não conta com a figura de um terceiro, uma vez que a conversa é registrada por um de seus interlocutores. Essa situação não configura propriamente uma interceptação, razão pela qual a jurisprudência dos Tribunais Superiores entende ser dispensável a autorização judicial nesses casos.

Todavia, o presente artigo trabalhará apenas com a interceptação telefônica *stricto sensu*, a qual envolve a figura de um terceiro acessando a comunicação entre duas ou mais pessoas sem que elas tenham conhecimento dessa violação. Por óbvio, tal mecanismo exige autorização judicial, sob pena de caracterizar prova ilícita e fazer incidir o tipo penal previsto no art. 10 da referida lei de interceptações telefônicas<sup>15</sup>.

Por meio da leitura dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.296/96<sup>16</sup> é possível extrair os requisitos legais para a realização da interceptação telefônica. São eles: finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal, ordem judicial fundamentada, indícios de autoria ou participação, excepcionalidade da medida (que é residual) e, por fim, que o crime investigado seja punido com pena de reclusão.

---

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: comentários a Lei 9.296, de 24.07.1996. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

<sup>14</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>15</sup>Ibidem.

<sup>16</sup>Ibidem.



Faz-se relevante, ainda, distinguir a quebra de sigilo de dados telefônicos da interceptação telefônica.

Os dados telefônicos são aqueles registros sobre as chamadas realizadas, tais como datas, horários, duração, número do telefone chamado, dentre outros. A quebra do sigilo desses dados não se submete à reserva de jurisdição. Em outras palavras, é possível que a autoridade policial obtenha tais dados por conta própria, o que torna a investigação mais célere.

De outro lado, a interceptação telefônica consiste no acesso à chamada telefônica, o que permite captar o conteúdo da conversa. Essa, sim, somente poderá ocorrer com autorização judicial, conforme já mencionado acima, seguindo os requisitos previstos na lei.

Dito isso, adentra-se na análise do art. 1º da Lei de Interceptações Telefônicas para delimitar a sua abrangência e aplicação. Narra o dispositivo<sup>17</sup>:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O *caput* do art. 1º vem para sanar algumas controvérsias levantadas pelo art. 5º, XII, da CRFB/88<sup>18</sup>, uma vez que possui redação bem mais clara. É importante destacar que ele menciona a possibilidade de a interceptação recair sobre a comunicação telefônica, o que é diferente, e mais amplo, do que a conversa telefônica<sup>19</sup>.

Antigamente, as conversas telefônicas somente envolviam a transmissão e recepção de palavras ou sons. Eram as conhecidas ligações no telefone. Nos dias atuais, as conversas telefônicas vêm sendo cada vez mais substituídas pelas comunicações telefônicas enquanto gênero, conceito que abrange não só as ligações, mas também a troca de mensagens de texto, mensagens via *Internet*, troca de áudios, de imagens e vídeos, dentre outras.

No que tange ao parágrafo único do artigo transcrito, ele dispõe sobre a interceptação de comunicações em sistema de telemática.

Por telemática entende-se, literalmente, a junção da telefonia com a informática, isso é, telemática é a forma de comunicação, geralmente pelo *smartphone*, que precisa

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>19</sup>GOMES, op. cit., p. 46.



da conexão com a Internet para funcionar. É nesse ponto que se incluem, por exemplo, o *WhatsApp*, o *Telegram* e o *Messenger* do *Facebook*, dentre outros.

É relevante observar que esses aplicativos, principalmente o *WhatsApp*, por ser o mais popular da categoria, na verdade, possuem uma dupla natureza jurídica: abrangem não só a telemática, caracterizada pela troca de mensagens e outros meios em tempo real, como também uma plataforma de armazenamento de dados<sup>20</sup>, que ficam registrados no aparelho do usuário.

Em suma, para Luiz Flávio Gomes<sup>21</sup>, a correta interpretação do dispositivo acima determina que tudo aquilo que permite a comunicação a distância é interceptável.

Vale lembrar, ainda, que o aplicativo encontra-se protegido pela criptografia total, o que significa que nem o próprio *WhatsApp* consegue acessar as conversas e registros de seus usuários em caso de determinação judicial, por exemplo.

Portanto, determinar que a autoridade policial não possa acessar o *smartphone* do preso, no momento da prisão em flagrante, implica dificultar, e muito, a análise daqueles dados no futuro, quando se obtiver a autorização judicial.

O que ocorre, na realidade, é que os sistemas penal e processual penal brasileiros como um todo, incluindo o Código Penal (1940)<sup>22</sup>, o Código de Processo Penal (1941)<sup>23</sup> e a própria Lei de Interceptações Telefônicas (1996)<sup>24</sup>, foram pensados para uma realidade diversa da que se vive hoje. Interpretar esses diplomas legislativos de forma muito restritiva deixa os criminosos da era digital fora do alcance do Estado.

É preciso destacar que o acesso aos dados contidos no *smartphone* de uma forma geral, não só em aplicativos que armazenam conversas, é diferente da interceptação em tempo real de diálogos ou ligações, essas últimas exigindo, indiscutivelmente, a autorização judicial.

A problemática envolve a famosa reflexão jurídica que permeia diversos outros temas: a necessidade de ponderação entre direitos fundamentais que, como não são absolutos, podem ceder espaço a outros a depender da análise do caso concreto. Aqui, chocam-se, de um lado, o direito à liberdade, à intimidade e à vida privada, direitos estes individuais e, de outro, o direito da coletividade à segurança pública.

---

<sup>20</sup>PEREIRA, op. cit..

<sup>21</sup>GOMES, op. cit., p. 50.

<sup>22</sup>BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>24</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.



Tal ponderação, bem como a posição dos Tribunais Superiores sobre o tema, será abordada no próximo capítulo.

### 3. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO ACESSO DE DADOS OBTIDOS NO APARELHO CELULAR DO ACUSADO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Primeiramente, é importante frisar que o tema a ser abordado a partir de agora suscita grandes discussões no universo jurídico atual. A jurisprudência de diversos países, inclusive do Brasil, voltou a debatê-lo ao reconhecer o alto grau de violação da privacidade e da intimidade do agente que tem seu aparelho eletrônico acessado e analisado pelas autoridades policiais.

O cerne da discussão, conforme mencionado anteriormente, consiste em verificar se essa devassa exige prévia autorização judicial ou não.

Há posições para todos os lados, o que acaba por trazer uma insegurança jurídica acerca da licitude (ou ilicitude) das provas obtidas quando esse acesso ocorre sem a respectiva autorização judicial.

O presente capítulo tem por objetivo, portanto, resgatar os conceitos abordados nos outros dois tópicos anteriores deste estudo para apresentar o que vem entendendo os Tribunais Estaduais e, também, os Tribunais Superiores sobre a questão, sem deixar de mencionar, ainda, as implicações práticas de se adotar uma ou outra posição.

Conforme analisado no Capítulo 2, os dados contidos no aplicativo *WhatsApp*, mencionado aqui a título de exemplo, possuem dupla natureza jurídica, uma vez que lá se encontram dados estáticos, produzidos no passado e armazenados no aparelho, mas também dados dinâmicos, ou seja, produzidos em tempo real devido à comunicação telefônica.

Em tese, o acesso aos dados estáticos não se confunde com a interceptação telefônica. Nos termos do que se analisou no Capítulo 2, interceptar é captar, em tempo real, o conteúdo de uma comunicação sem que os interlocutores tenham ciência. Considerando que, em se tratando de dados telefônicos, eles já foram gerados e agora encontram-se tão somente armazenados, não se pode falar em interceptação nesses casos.

Ocorre que a Lei nº 12.965/14<sup>25</sup>, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, tutela a inviolabilidade não só do fluxo das comunicações, mas também dos dados armazenados, ressaltando a hipótese de ordem judicial que autoriza a quebra. Nesse sentido:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

- I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

Pois bem. Dito isso, passa-se agora à análise de como os Tribunais Superiores vem se posicionando diante da problemática.

O Supremo Tribunal Federal possui um julgado, do final de 2012, no qual entendeu ser desnecessária a autorização judicial para o acesso aos dados dos aparelhos celulares dos acusados. Abaixo transcreve-se a Ementa do HC 91.867<sup>26</sup>:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...] (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

A Suprema Corte fundamentou a decisão, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na diferenciação dos conceitos de interceptação telefônica e registro de dados telefônicos. Entendeu, à época, que comunicação telefônica e registro telefônico não se confundem e que a proteção constitucional do art. 5º, XII, da CRFB/88<sup>27</sup> somente abarcaria a primeira hipótese. Ademais, segundo o STF, o art. 6º, do Código de Processo Penal<sup>28</sup> autorizaria a autoridade policial a coletar todo o material probatório assim que tomasse ciência da prática da infração penal, o que incluiria apreender e analisar o celular do preso em flagrante.

<sup>25</sup>BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>26</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.867. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328> Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.



É preciso destacar, entretanto, que o aludido julgado, além de ser de 2012, analisa uma situação ocorrida no ano de 2004. Não se pode comparar a amplitude dos dados armazenados, atualmente, em *smartphones* com os dados que os aparelhos celulares armazenavam na época do pronunciamento da Corte. É inegável que a devassa dos dados, hoje, causaria uma violação maior e mais grave à intimidade e à vida privada do preso em flagrante, devido à quantidade de informações contidas nesses aparelhos.

No ano de 2016 foi a vez do Superior Tribunal de Justiça proferir decisão sobre o tema, quando do julgamento do RHC nº 51.531/RO<sup>29</sup>, de Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro.

No caso, o recorrente argumentou que o aparelho apreendido no momento da sua prisão em flagrante somente poderia ser acessado mediante autorização judicial, mas não só isso: seria também necessário que essa devassa fosse acompanhada pelo Ministério Público e por sua defesa, diante dos riscos de desvirtuamento, acréscimo ou exclusão do conteúdo a ser extraído.

Diante do alegado, o Relator afirmou que o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação a longa distância, permitindo muitas outras funções, como o envio de mensagens, o acesso à *Internet*, dentre outras. Sendo assim, entendeu que o acesso aos dados nele contidos, embora possível, exige prévia autorização judicial motivada, uma vez que representa violação a dados privados do agente. Ademais, a violação do teor do *WhatsApp* seria análoga à violação de outros dados, como os *e-mails*, os quais o STJ já teria entendido ser indispensável o pronunciamento judicial<sup>30</sup>.

O Relator foi acompanhado pelos Ministros Rogério Schietti Cruz e Maria Thereza de Assis Moura.

Vale ressaltar, aqui, um ponto interessante do voto proferido pela Ministra Maria Thereza, ao citar precedentes das Cortes Constitucionais de outros países, como os Estados Unidos, o Canadá e a Espanha.

A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, ao julgar um caso de roubo, no qual um dos envolvidos estava armado, entendeu, por maioria de 4 votos a 3, pela

---

<sup>29</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 51.531*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54739651&num\\_registro=201402323677&data=20160509&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54739651&num_registro=201402323677&data=20160509&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 06jun. 2019.

<sup>30</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 315.220/RS*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47231121&num\\_registro=201500197570&data=20151009&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47231121&num_registro=201500197570&data=20151009&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 27 fev. 2019.

legitimidade do acesso, pela polícia, aos dados armazenados em aparelho celular, sem a necessidade de prévia ordem judicial. Frise-se, porém, que o Tribunal mencionou ser essa devassa excepcional e permitida, naquele caso concreto, diante da presença de um elemento de urgência.

Em contrapartida, a Corte estabeleceu alguns requisitos para a legitimidade dessa medida, tais como: a licitude da prisão em flagrante; o acesso aos dados contidos em aparelho celular deve ser incidental à prisão, isso é, ocorrer imediatamente após o ato; e que as autoridades policiais responsáveis anotem detalhadamente o conteúdo dos dados examinados.

Ainda nessa linha, o Tribunal Constitucional espanhol julgou caso em que as autoridades policiais, sem prévia autorização judicial, acessaram a agenda telefônica de agentes presos em flagrante, em um caso envolvendo porte de drogas. Entendeu pela licitude das provas obtidas, ressaltando que se tratava de uma “ingerência leve” na intimidade e privacidade, considerando que apenas a agenda telefônica foi acessada. E destacou que a situação seria diferente se a devassa tivesse sido maior, envolvendo invasão mais substancial na privacidade dos envolvidos.

Os Tribunais Estaduais aqui no Brasil têm decidido pela licitude dessas provas obtidas em tais circunstâncias, ou seja, sem autorização judicial.

Vale destacar que o STF reconheceu a existência de repercussão geral desse tema no ARE 1.042.075<sup>31</sup>, que está aguardando julgamento. Nesse processo, o parecer da PGR entendeu pela licitude das provas obtidas por meio da análise de registros e informações contidos no aparelho celular dos acusados, ainda que sem a autorização judicial, pois a exigência de reserva de jurisdição aplica-se somente à quebra de sigilo das comunicações, e não de dados ou registro do aparelho.

A verdade é que, embora a matéria esteja na iminência de ser enfrentada pela Suprema Corte, ainda gerará muita divergência entre doutrina e jurisprudência.

Isso porque, caso se entenda que as autoridades policiais não podem acessar tais registros e dados telefônicos sem o respectivo aval judicial, os efeitos práticos dessa posição são o engessamento da atividade policial e o retardamento das investigações, bem como a sobrecarga do Poder Judiciário, que será constantemente instado a decidir sobre isso.

---

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1.042.075/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>. Acesso em: 06 jun. 2019.



Por fim, é importante mencionar que essa questão está abarcada no que foi chamado pela imprensa nacional de “Pacote Anticrimes”, projeto de lei proposto pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro. Caso aprovado, permitiria o monitoramento de “qualquer meio tecnológico disponível desde que assegurada a integridade da diligência e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas”<sup>32</sup>.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, um conflito entre princípios, normas e questões práticas do dia-a-dia jurídico. Tal conflito é agravado pela ausência, até o presente momento, de uma jurisprudência firme que possa solucioná-lo e trazer segurança jurídica para os cidadãos (em especial para aqueles que, eventualmente, serão presos em flagrante) e operadores do Direito.

Conforme analisado no primeiro capítulo, a Carta Constitucional veda, expressamente, a utilização de provas obtidas por meio ilícito no processo penal. Portanto, é de suma importância definir se as provas que foram obtidas até agora, e as que ainda serão colhidas, nos inquéritos policiais e ações penais que se desenvolvem em nosso sistema jurídico, por meio do acesso ao *smartphone* do acusado, sem autorização judicial, são lícitas ou não.

De um lado, Promotores de Justiça e Delegados de Polícia sustentam que o acesso ao conteúdo do aparelho celular do preso em flagrante não se enquadra no conceito de interceptação telefônica e, como tal, não faria incidir a proteção do art. 5º, inciso XII, da CRFB/88, tampouco da Lei nº 9.296/96. Isso porque, como foi explicado ao longo desta pesquisa, quando se acessa o *WhatsApp*, por exemplo, o que se encontra são dados armazenados, estáticos, ao passo que a interceptação pressupõe que a comunicação esteja ocorrendo em tempo real. Sendo assim, tais provas dispensariam autorização judicial, não havendo que se falar em ilicitude ou desentranhamento dos autos.

De outro, advogados e Defensores Públicos sustentam que o referido acesso representa, no mínimo, uma mitigação à privacidade e à intimidade dos cidadãos e,

---

<sup>32</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Projeto de lei. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjssp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em 06 jun. 2019.



como tais direitos são de extrema relevância constitucional, a autorização judicial faz-se indispensável.

No que tange ao aspecto prático da questão, não há dúvidas que a exigência da autorização judicial, por atrasar a análise das informações contidas no aparelho telefônico, pode atrapalhar as investigações, inclusive acarretando perda de dados que podem ser, por exemplo, apagados. Tal problema precisa ser considerado na análise da questão que se discute, uma vez que o avanço da tecnologia é uma realidade e o Direito, ao captar os anseios da sociedade, precisa se adaptar a ele.

A situação fica ainda mais complicada devido à ausência de uma jurisprudência formada em um determinado sentido. Como anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal até tem decisão sobre o tema, mas, por ser muito antiga, não trabalha a dimensão e a riqueza de detalhes que esses dados possuem nos dias atuais. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, pronunciou-se recentemente a respeito, mas o que se tem é um julgado apenas, o que não é suficiente para dissolver toda a controvérsia.

Em que pese se tratar de uma questão delicada, na qual o excesso de formalismo pode gerar impunidade, o entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a autorização judicial seria indispensável. Apesar de não se tratar do conceito clássico de interceptação telefônica, a hipótese de acesso aos dados já armazenados no aplicativo *WhatsApp*, mensagens, redes sociais, etc., está tutelada no Marco Civil da Internet, logo, para que essa autorização judicial pudesse ser dispensada seria necessária uma alteração legislativa.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 27 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/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm). Acesso em: 27 fev. 2019.





\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 14 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Projeto de lei. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mj-sp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1.042.075/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 315.220/RS*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47231121&num\\_registro=20150197570&data=20151009&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47231121&num_registro=20150197570&data=20151009&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 91.867*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 27 fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Murilo César Antonini. Acesso aos dados armazenados no WhatsApp pela polícia durante investigação criminal: implicações nos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, n. 5535, 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68482>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## ASPECTOS POLÍTICOS DO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mariana Arruda Alves

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

**Resumo** – A atual forma de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal suscita críticas acerca de seu aspecto político. Nos moldes do art. 101 da Constituição Federal, cabe ao Presidente da República indicar os candidatos e ao Senado Federal sua sabatina, a fim de apurar a presença dos requisitos da ilibada reputação e do notável saber jurídico. Em virtude da discricionariedade da indicação e subjetividade dos requisitos analisados, o processo indubitavelmente abre espaço para eventuais trocas de favores e nomeações políticas. O objetivo do trabalho é, portanto, analisar a forma atual de indicação, examinar casos concretos em que o aspecto político pode ter motivado a ocupação dos cargos e apreciar propostas de modificação do modelo atual.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Indicação dos Ministros. Propostas de modificações.

**Sumário** – Introdução. 1. Análise e críticas acerca do atual modelo de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 2. O subjetivismo do formato atual de indicação: discricionariedade ou troca de favores? 3. Apreciação de propostas de modificação do modelo atual: PEC nº 44/2012 e PEC nº 52/2015. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a discutir, de maneira crítica e problematizada, a forma atual de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e eventual incompatibilidade com os princípios democráticos que norteiam o Estado Democrático de Direito e suas instituições. Pretende-se demonstrar como a discricionariedade das indicações contribui para a perpetuação de grupos políticos no poder e a impunidade de seus atos, por meio de “trocas de favores”, e como a modificação dos critérios de indicação atenderia aos princípios supramencionados.

A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República, que seleciona candidato que contemple os requisitos de idade mínima, nacionalidade brasileira, notório saber jurídico e reputação ilibada. Ao Senado Federal cabe apenas o controle dos requisitos subjetivos da indicação, quais sejam, o de ilibada reputação e notável saber jurídico do indicado, o que denota o acentuado caráter político do processo de indicação.

Dessa forma, o debate neste trabalho gira em torno da subjetividade dos atuais critérios de escolha dos Ministros, de como ela acaba por gerar o afastamento dos princípios da



democracia nos quais deveria ser pautada a indicação dos membros da mais alta Corte do país e quais seriam as possíveis propostas de modificação do modelo presente.

Com isso em mente, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a atual forma de indicação dos Ministros e como seus aspectos discricionários e subjetivos dificultam a independência da corte e possibilitam indicações com objetivos políticos e trocas de favores.

O segundo capítulo discute a relação entre a discricionariedade e o subjetivismo da forma atual de indicação e a perpetuação de grupos políticos no poder, por meio da análise crítica de casos concretos. Busca-se demonstrar, ademais, de que maneira a influência política pode comprometer a independência e imparcialidade da Corte.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a viabilidade de possíveis alterações na forma de indicação trazidas por propostas de emendas constitucionais e como elas poderiam contribuir para a efetiva observância dos princípios democráticos, agregando maior participação democrática no processo de composição do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, será realizada pesquisa de caráter exploratório, baseada na leitura da bibliografia relevante sobre o tema, sob a forma de artigos, livros, material publicado na imprensa, legislação e, principalmente, jurisprudência brasileira, sendo o objeto abordado de maneira qualitativa e crítica.

## 1. ANÁLISE E CRÍTICAS ACERCA DO ATUAL MODELO DE INDICAÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tem por função precípua a defesa da Constituição, atividade de suma importância para assegurar o devido respeito aos princípios constitucionais relativos à independência e harmonia entre os Poderes, aos direitos individuais, políticos e sociais.

Consequentemente, a forma de composição da referida Corte Constitucional deve ser pautada nos princípios republicanos e democráticos, garantindo-se a efetiva representação dos anseios populares nas decisões prolatadas nas ações constitucionais julgadas no âmbito da corte.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 101<sup>1</sup>, que o STF será composto por onze ministros, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após a aprovação do Senado Federal, por maioria absoluta de votos. Para tanto, deverão ser escolhidos brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

saber jurídico e reputação ilibada.<sup>2</sup> O provimento é de natureza vitalício, ocorrendo a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, conforme regramento introduzido pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015.<sup>3</sup>

O ato de nomeação é definido pela doutrina como ato administrativo complexo, uma vez que dele participam dois órgãos, o Presidente da República e o Senado, e discricionário, pois cabe ao Presidente escolher livremente o candidato, desde que atendidas as exigências constitucionais.<sup>4</sup> Ademais, percebe-se que o legislador constituinte, ao estabelecer tais parâmetros, pretendeu garantir, ainda que indiretamente, a participação popular no processo de escolha, pois tanto o Presidente da República quanto o Senado Federal são legítimos representantes da nação, eis que eleitos pelo voto popular.

Em que pese aparentemente democrático, o modelo atual de indicação, acima especificado, suscita críticas por parte da sociedade e da doutrina, chegando alguns a afirmar tratar-se de um modelo arcaico e potencialmente gerador crises jurídico-políticas, em virtude de seu caráter eminentemente político.<sup>5</sup>

Via de regra, as críticas são pautadas nas alegações de demasiado personalismo na seleção dos candidatos, exclusiva do Presidente da República, e na falta de participação efetiva dos demais Poderes e da sociedade nesse processo.

A esse respeito, destaca-se a crítica feita por André Ramos Tavares<sup>6</sup>:

[...] O recrutamento ou cooptação de nomes para compor o mais alto tribunal de um país tem sido sempre objeto de grande discussão. Embora haja várias opções distintas e legítimas, do ponto de vista da preservação da capacidade técnica e imparcialidade dessas instituições, há formulas que nitidamente não atendem as salvaguardas mínimas. É o caso da formula brasileira [...] apesar de o modelo ter funcionado, em geral, de maneira adequada, há gravíssimas deficiências que deveriam ser evitadas como a possibilidade de mudança de grande parte da Corte em brevíssimo espaço de tempo, potencializando a mudança brusca da base jurídica (direito constitucional) do país. Também é um problema a escolha unipessoal, que beira o arbítrio, do Presidente da República, quanto aos nomes para compor o STF. [...]

Ainda que ao Senado Federal caiba o controle dos requisitos subjetivos da indicação, quais sejam, o de ilibada reputação e notável saber jurídico dos indicados, na prática o que se nota é que o Senado acaba apenas por homologar a vontade presidencial. Registre-se que, desde

---

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>BRASIL. *Emenda Constitucional nº 88*, de 7 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>4</sup>CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, V. 4, 1992, p. 363.

<sup>5</sup>FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 22, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. de 2014, p. 219.

<sup>6</sup>TAVARES, André Ramos. As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista. *Revista Jurídica Consulex*, nº 304, p. 6-9, [S.l.].set. 2009.

a Proclamação da República, em 1889, até o presente ano, apenas cinco indicações dos Presidentes foram rejeitadas pelo Senado.<sup>7</sup>

Ademais, aponta-se a exacerbada subjetividade dos requisitos de ilibada reputação e notável saber jurídico, que constituem conceitos indeterminados e mutáveis de acordo com a época histórica ou conveniência de quem os afere.

Destarte, o modelo atual acaba por conferir a um líder político o poder de praticamente determinar a composição da mais alta corte do país. Abre-se espaço, pois, para indicações influenciadas por afeições e coleguismos, não sendo raras as situações em que os indicados possuem laços de amizade com o Presidente da República ou com componentes de sua base parlamentar.

Episódios como esse colocam em xeque a autonomia e a independência em que deve ser pautado o Poder Judiciário.

Conforme elucidado Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>:

[...] A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis*, e não de homens. De leis, e não de *juízes*, fique bem entendido [...].

Dessa forma, o processo de indicação atual contribui para a danosa politização da corte, que acaba por sofrer pressões políticas e institucionais em virtude de eventuais indicações amparadas em interesses políticos.

## 2. O SUBJETIVISMO DO FORMATO ATUAL DE INDICAÇÃO: DISCRICIONARIEDADE OU TROCA DE FAVORES?

Conforme visto no capítulo anterior, o atual método de indicação dos ministros sofre críticas por permitir que um pretendente com boa articulação política no governo possua vantagem em relação a outro com maior conhecimento jurídico e aptidão.

Tal questão revela-se ainda mais pertinente considerando-se a importante função desempenhada pela Corte Constitucional, mormente no lugar de guardião da Constituição

---

<sup>7</sup>MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf)> Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>8</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 421.

Federal e em virtude do papel social e político que desempenha ao defendê-la e concretizá-la progressivamente.

Nesse contexto, analisa-se a indicação do Ministro José Antônio Dias Toffoli, em 2009, pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Diversas foram as críticas à sua nomeação sob o argumento de que a indicação de Toffoli teria sido estritamente política, uma vez que este fora assessor de liderança do Partido dos Trabalhadores e advogado do Presidente Lula nas disputas eleitorais que precederam a indicação.

Na sabatina realizada quando da indicação de Toffoli, o senador Álvaro Dias questionou o candidato sobre sua ligação com o partido do então Presidente, afirmando que muitas questões em exame no Supremo Tribunal Federal (STF) contaram com a sua participação como advogado. Ademais, o senador infirmou o notável saber jurídico do candidato, argumentando que este não possuía livros publicados, não cursou mestrado ou doutorado e foi reprovado em dois concursos para juiz.<sup>9</sup> Em que pese a objeção do senador, Toffoli foi aprovado para o cargo.

Em 26 de junho de 2018, Toffoli foi relator da Reclamação Constitucional nº 30.245/PR<sup>10</sup>, proposta por José Dirceu de Oliveira e Silva, que atacava decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinando o início do cumprimento da pena imposta após o julgamento do Embargo de Declaração pendente naquele tribunal. De acordo com o reclamante, a decisão do Tribunal Regional ia de encontro ao entendimento do STF, expresso no julgamento do Habeas Corpus nº 137.728, no sentido de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para dar início ao cumprimento de pena.

Ao julgar a Reclamação, Toffoli afirmou que o entendimento assentado na Corte era o de que a execução provisória da pena não comprometia o princípio da presunção de inocência, tendo julgado improcedente a ação em respeito ao princípio da colegialidade. Entretanto, concedeu ordem de Habeas Corpus de ofício, determinando a liberdade provisória do reclamante, condenado em segunda instância por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

O Ministro baseou a concessão no argumento de que até que o recurso que havia sido interposto pelo reclamado perante o Superior Tribunal de Justiça fosse julgado, este correria o

---

<sup>9</sup>BRASIL. Senado Federal. *Álvaro Dias questiona isenção de Toffoli para atuar no STF*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/09/30/alvaro-dias-questiona-isencao-de-toffoli-para-atuar-no-stf>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>10</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 30.245*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL30245.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

risco de cumprir reprimenda mais gravosa, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça poderia vir a reformular a condenação.

Ressalta-se que, antes de se tornar Ministro, Toffoli foi subchefe de assuntos jurídicos da Casa Civil por dois anos<sup>11</sup>, ficando subordinado diretamente a José Dirceu, que comandava o órgão à época, no período de governo do Partido dos Trabalhadores.

Em 19 de dezembro de 2018, divergindo da decisão acima mencionada, Toffoli julgou procedente a Suspensão de Liminar nº 1.188/DF<sup>12</sup>, interposta pelo Ministério Público Federal contra liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello determinando a soltura de condenados em segunda instância. Na ocasião, Toffoli alegou que os julgamentos proferidos pelo Tribunal Pleno deveriam ser respeitados até que o colegiado apreciasse a matéria de forma definitiva.

Nas palavras do Ministro<sup>13</sup>:

[...] com efeito, entendo, com a devida vênia, que o acolhimento da liminar na ADC nº 54 pelo eminente Relator, ainda que por fundamentos diversos, foi de encontro ao entendimento da decisão tomada pela maioria do Tribunal Pleno no julgamento das ADC's nºs 43 e 44, que versavam matéria idêntica. Destaco que velar pela intangibilidade dos julgados do Tribunal Pleno, ainda que pendentes de decisão definitiva, é um dos desdobramentos naturais da competência regimental da Presidência de cumprir e fazer cumprir o regimento (RSTF, art. 13, III). Logo, a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte deve ser prestigiada pela Presidência [...].

Em breve pesquisa à jurisprudência do STF, constata-se que o Ministro em diversas outras oportunidades, anteriores e posteriores ao caso de José Dirceu, ao julgar recursos que tratavam da mesma questão, manteve o posicionamento de que deveria ser respeitado o entendimento assentado no Tribunal em virtude do princípio da colegialidade. A título de exemplo podem ser citados o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 147.353/SP<sup>14</sup>, o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 155.360/MG<sup>15</sup>, o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 146.277/DF<sup>16</sup> e o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 140.018/SP<sup>17</sup>.

<sup>11</sup>Idem. *Conselho Nacional de Justiça*. Composição Atual. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas?id=87638>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>12</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *SL nº 1.188*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>13</sup>Idem.

<sup>14</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. nº HC nº 147.353/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138365>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>15</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. nº RHC nº 155.360/MG*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15079625>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>16</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. nº HC nº 146.277/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14106262>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>17</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. nº RHC nº 140.018/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13299632>> Acesso em: 23 out. 2018.



Observa-se que, em todos os julgamentos mencionados, Toffoli ressaltou expressamente seu entendimento pessoal no sentido de se aguardar o trânsito em julgado para dar início à execução de pena, apesar de aplicar a orientação do Plenário. O que teria, então, levado o ministro a afastar a aplicação do tão citado princípio da colegialidade ao conceder de ofício o Habeas Corpus no caso de José Dirceu?

Digno de análise, também, é o episódio envolvendo uma gravação realizada no âmbito da Operação Lava Jato, divulgada na imprensa em 17 de março de 2016<sup>18</sup>. A gravação, proveniente de interceptação telefônica deferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em sede de investigação ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, envolvia conversa entre esse e o ex-deputado Luiz Carlos Sigmaringa Seixas. Na referida conversa, o ex-presidente Lula reclamou da suposta ingratidão do então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot.

Janot foi indicado para ocupar o cargo de Procurador Geral da República pela ex-presidente Dilma Rousseff por duas vezes, em 2013<sup>19</sup> e 2015<sup>20</sup>. Por sua vez, a ligação entre os ex-presidentes Lula e Dilma é de conhecimento público, uma vez que Dilma foi Ministra da Casa Civil no governo Lula e indicada como sua sucessora nas eleições de 2010.

Em 2016, Janot pediu a abertura de inquérito no STF contra Lula e Dilma, dentre outros, para investigar a nomeação de Lula para a chefia da Casa Civil. Segundo Janot, nos autos do Inquérito 4.323/DF<sup>21</sup>, a nomeação de Lula por Dilma visava a “conferir-lhe imunidade formal estabelecida no art. 51, inciso I, e a prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal”.

Nesse contexto, Lula afirmou na gravação divulgada que Janot seria ingrato, o que demonstra que o ex-presidente esperava reconhecimento pela indicação e sugere que seu partido teria atuado para eleger Janot para o cargo de Procurador Geral da República.

Em que pese a decisão que autorizou a divulgação das conversas telefônicas interceptadas ter sido anulada posteriormente pelo STF, na Reclamação Constitucional nº 23.457/PR<sup>22</sup>, o conteúdo da conversa indica a intenção de obter troca de favores por parte do ex-presidente.

<sup>18</sup>G1. *Grampo de Lula: 7/3, 11h27*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/grampo-de-lula-73-11h27.html>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>19</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Rodrigo Janot é indicado para PRG*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/rodrigo-janot-e-indicado-para-pgr>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>20</sup>Idem. *Janot é indicado para recondução*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/janot-e-indicado-para-reconducao>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>21</sup>CONJUR. *AP 4243/DF*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/arquivamento-acao-dilma-lula-cardozo.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>22</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 23.457/PR*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc123457.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

Pode-se concluir, pois, que ambas as situações supramencionadas dão azo ao apontamento de que as indicações da maneira como são feitas abrem espaço para tentativas de influenciar as instituições, o que pode comprometer sua independência, imparcialidade e, muitas vezes, sua qualidade.

Na mesma esteira, no âmbito do Senado Federal, que é responsável por realizar a sabatina dos indicados pelo Presidente aos cargos de Ministro do STF e Procurador Geral da República, o subjetivismo dos requisitos avaliados também abre espaço para eventual troca de favores e interesses entre os senadores e os candidatos ao cargo.

Isso se liga ao fato de que, assim como o Presidente da República, os senadores possuem foro por prerrogativa de função no STF, de modo que eventuais julgamentos envolvendo os congressistas serão realizados justamente pelo futuro ministro aprovado.

Nos termos dos artigos 53, § 1º e 102, I, “b”, da CRFB/88<sup>23</sup>:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Assim, tanto no âmbito da indicação dos ministros quanto no de sua sabatina, vê-se que há brechas no atual modelo que podem levar ao desvio da finalidade da discricionariedade inerente ao processo. Dessa forma, a discricionariedade, que pretendia garantir que o candidato indicado correspondesse aos anseios do povo que elegeram os responsáveis por sua indicação, não raras vezes é utilizada para satisfação dos interesses exclusivos desses últimos.

Ressalta-se que, atualmente, a par da supervisão administrativa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, o meio de controle da atuação dos ministros do STF é o processo de impeachment, proposto perante o Senado Federal, nos termos dos artigos 52, II, da CRFB/88<sup>24</sup> e 2º, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950<sup>25</sup>.

De acordo com o artigo 39, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950<sup>26</sup>, são considerados crimes de responsabilidade para os ministros do STF alterar decisão ou voto já proferido em

---

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>Idem. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L1079.htm)> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>26</sup>Ibid.



sessão do Tribunal, proferir julgamento quando suspeito na causa, exercer atividade político-partidária, ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo e agir de modo incompatível com a honra, dignidade e o decoro de suas funções.

Os casos ora mencionados, além de levantarem suspeitas acerca da legitimidade dos motivos das indicações dos agentes públicos por parte dos ex e atual Presidente da República, podem vir a ser subsumidos às hipóteses de crime de responsabilidade consubstanciadas no proferimento de julgamento quando suspeito na causa e na ação de modo incompatível com a dignidade das funções de ministro do STF.

A esse respeito, cita-se o pedido de impeachment formulado contra o Ministro Dias Toffoli, baseado no fato do ministro não ter se declarado suspeito quando do julgamento do recurso interposto por José Dirceu, ocasião em que concedeu de ofício o Habeas Corpus acima mencionado<sup>27</sup>.

Assim, a discricionariedade que possui o Presidente da República no processo de indicação dos ministros do STF, além de não garantir uma instituição neutra, pode fazer com que esses ministros sejam verdadeiros “funcionários profissionais” do Presidente, sofrendo influências políticas por parte deste.

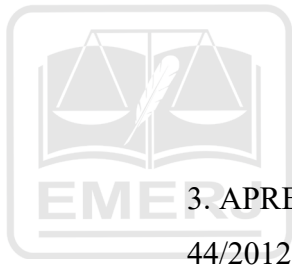
Nesse sentido, quando do julgamento de questões envolvendo a pessoa do Presidente, bem como de assuntos afetos ao seu interesse, tais ministros podem acabar por decidir de forma contaminada, retribuindo a indicação para ocupar cargo tão valioso. Desta forma, a indicação nos moldes em que é feita atualmente pode vir a ser uma “moeda de troca” entre o Presidente e o candidato indicado.

A questão mostra-se ainda mais relevante no contexto de escândalos de corrupção envolvendo o Poder Público em que se vive atualmente, uma vez que a indicação tal como é feita pode acabar por contribuir com a perpetuação de grupos políticos no poder e a impunidade dos atos por esses praticados.

Neste diapasão, é possível verificar que o modelo atual de indicação dos ministros do STF é pautado em aspecto predominantemente político e discricionário, abrindo brecha para que não se respeite a independência e a imparcialidade em que deve ser baseada a atuação da mais alta corte do país.

---

<sup>27</sup>BRASIL. Senado Federal. *Processo nº 00200.019321/2018-81*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7909222&ts=1549381761415&disposition=inline>> Acesso em: 23 out. 2018.



### 3. APRECIÇÃO DE PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DO MODELO ATUAL: PEC Nº 44/2012

Para que se evite a ocorrência de situações como as apresentadas e se afaste o aspecto político das indicações dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), é necessária a modificação da Constituição Federal, que deve ser feita por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC), conforme prevê o artigo 60 da CRFB/88<sup>28</sup>.

Com esse objetivo, diversas PEC foram apresentadas por diferentes parlamentares ao longo dos últimos anos. Dentre elas, destaca-se a PEC nº 44<sup>29</sup>, de autoria do Senador Cristovam Buarque e outros, proposta em 28 de agosto de 2012, que passa a ser analisada.

A PEC nº 44/2012, é a de tramitação mais avançada no Congresso Nacional atualmente e, em sua forma original, propunha a alteração do artigo 101 da CRFB/88<sup>30</sup>, para que passasse a constar que, ocorrendo a vacância de cargo no STF, seria encaminhada ao Presidente da República uma lista sêxtupla com dois candidatos indicados pelo Ministério Público Federal, dois candidatos indicados pelo Conselho Nacional de Justiça, um candidato indicado pela Câmara dos Deputados e um candidato indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

O Presidente escolheria três nomes da lista, formando uma lista tríplice, que seria encaminhada ao Senado Federal e submetida à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para a sabatina pública de cada indicado. Após, o nome escolhido seria submetido ao plenário do Senado, que o aprovaria por maioria qualificada ou rejeitaria, procedendo à votação dos outros nomes. Por fim, o presidente nomearia o novo ministro.

Dentre as justificativas apresentadas pelos proponentes, evidencia-se a excessiva personalização de que se reveste a escolha unipessoal do Presidente da República, o que possibilita distorções incompatíveis com as funções exercidas pela Corte Constitucional.

Ao longo de sua tramitação, a PEC nº 44/2012 teve apensadas a si onze outras PEC<sup>31</sup> que também propunham modificações na forma de indicação dos ministros do STF. Em 06 de julho de 2017 a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal analisou

<sup>28</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>29</sup>Idem. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 44 de 2012*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3957868&ts=1547879625163&disposition=inline>> Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>30</sup>Idem, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup> Idem. Senado Federal. *Diário do Senado Federal nº 32 de 2017*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20911&paginaDireta=00075#diario>> Acesso em: 08 jun. 2019.

conjuntamente as PEC e opinou pela aprovação da PEC n° 44/2012 na forma de substitutivo apresentado pela Relatora Senadora Ana Amélia, que prevê a seguinte redação para o artigo que trata da indicação<sup>32</sup>:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, que comprovem pelo menos quinze anos de atividade jurídica.

§ 1º A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplice elaborada, no prazo de até um mês a contar do surgimento da vaga, por um colegiado composto pelos seguintes membros:

I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II – o Presidente do Superior Tribunal de Justiça;

III – o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho;

IV – o Presidente do Superior Tribunal Militar;

V – o Procurador-Geral da República;

VI – o Defensor Público-Geral Federal;

VII – o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º É vedada a indicação de quem tenha, nos quatro anos anteriores, ocupado mandato eletivo federal ou cargo de Procurador Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado.

§ 3º O Presidente da República comunicará a escolha do nome ao Presidente do Senado Federal, até um mês após receber a lista tríplice.

§ 4º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dez anos, vedada a recondução.

§ 5º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.” (NR)

Analisando a nova redação proposta, tem-se que permanecem inalterados o requisito objetivo da idade e os requisitos subjetivos do notável saber jurídico e da reputação ilibada para a ocupação do cargo de ministro, que de fato devem ser características de ocupante de tribunal tão importante.

A proposta de elaboração de lista tríplice por ocupantes dos cargos mencionados revela-se correta, uma vez que permitiria uma escolha mais democrática e que levasse em consideração a vontade de diferentes órgãos. Ademais, a proposta não altera o artigo 52, inciso III, da CRFB/88<sup>33</sup>, que prevê a sabatina e aprovação dos candidatos pelos senadores, o que garante a participação do Poder Legislativo na escolha e, indiretamente, da vontade popular.

A previsão de mandato fixo pelo período de dez anos, vedada a recondução, também é positiva, pois permite a rotatividade de ideias no tribunal por meio de novos membros que contribuiriam com diferentes experiências profissionais e especialidades, e impede a perpetuação de posições políticas no seio do tribunal.

<sup>32</sup>Idem. Senado Federal. *Emenda Substitutiva*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5386551&ts=1547879645239&disposition=inline>> Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>33</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



Nas palavras da Relatora<sup>34</sup>:

[...] O estabelecimento de um mandato fixo também é medida que se impõe. Essa disposição, apresentada em várias das propostas aqui analisadas, é fator que contribuirá com o processo de renovação e atualização do STF. Deve-se considerar que a Emenda Constitucional nº 88, de 2015, que elevou a idade para aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos, privilegiou a maior permanência de pessoas que podem dar grande contribuição ao serviço público. Não nos parece razoável, porém, que um Ministro possa permanecer por mais de duas décadas na Suprema Corte. Em nossa visão, um mandato de dez anos se afigura adequado para a função [...].

A necessidade de comprovação de pelo menos quinze anos de atividade jurídica é coerente com a alta complexidade da função desempenhada pelos ministros do STF, que, muitas vezes, dão a palavra final em assuntos de relevância nacional. Outrossim, a comprovação da prática diminui a subjetividade do requisito do notável saber jurídico, de modo que quem atua há tantos anos em uma área possui ao menos a presunção de ter conhecimento técnico sobre ela.

A vedação de indicação de candidatos que tenham, nos quatro anos anteriores, ocupado mandato eletivo no Congresso Nacional ou cargos de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado igualmente se revela adequada, uma vez que atenua a possibilidade de indicações políticas e com objetivo de troca de favores, como no caso citado no capítulo anterior. Para a Relatora a medida “preserva a institucionalidade dos Poderes e também o próprio indicado, que poderá ser menos questionado sobre eventuais conflitos de interesse durante seu processo de indicação e mesmo durante o seu mandato no STF”<sup>35</sup>.

Por fim, o período de inelegibilidade de cinco anos para aqueles que deixam o STF é bastante salutar, mormente se considerada a enorme exposição midiática a que os membros do tribunal estão submetidos atualmente. Assim, os ministros acabam por atingir enorme popularidade, o que poderia alçá-los quase que imediatamente aos cargos eletivos escolhidos.

Ressalta-se que as propostas constantes da PEC, se aprovadas, só atingirão os próximos ministros que venham a ocupar cadeiras no STF.

Diante do exposto, conclui-se que as inovações abarcam elementos que contribuirão para a transparência do processo de indicação dos ministros, que será pautado pelos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade dos atos públicos, além de garantir maior participação democrática na escolha.

---

<sup>34</sup>Idem, op. cit., nota 32.

<sup>35</sup>Ibid.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a discricionariedade e o subjetivismo existentes na forma atual de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e como isso pode comprometer a qualidade técnica de seus membros e a independência dos Poderes.

Considerando-se o importante papel desempenhado pelo STF na qualidade de órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete a guarda da Constituição, a última palavra em matéria de interpretação constitucional e a garantia dos direitos fundamentais, tem-se que a sua composição deve assegurar a representatividade social e o respeito à imparcialidade e à moralidade. Entretanto, não é isso que se observa no processo de indicação atual.

Nos termos do artigo 101, da Constituição Federal, compete ao Presidente da República indicar candidato brasileiro com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Ao Senado Federal é reservada a aferição do atendimento aos requisitos do notável saber jurídico e da reputação ilibada, a ser realizada em sabatina que culminará na aprovação ou rejeição do candidato, por maioria absoluta de votos.

O que vem a ser uma reputação ilibada? Em que se materializa o notável saber jurídico? Decerto são requisitos extremamente subjetivos, mutáveis de acordo com o momento histórico e a conveniência de quem os analisa. Ademais, o excessivo personalismo na indicação dos candidatos, privativa do Presidente, acaba por conferir-lhe demasiado poder no processo.

A partir dessas premissas, analisou-se como a discricionariedade e a falta de objetividade do processo dificultam a composição de uma instituição neutra e independente, abrindo espaço para indicações políticas e eventuais trocas de favores entre os candidatos e os responsáveis por sua indicação e aprovação.

No segundo capítulo, examinou-se dois casos concretos envolvendo a questão, dentre eles o da indicação do Ministro José Antônio Dias Toffoli, que suscitou severas críticas por parte da sociedade e da comunidade jurídica sob o argumento de que se tratou de indicação estritamente política. Isso porque o Ministro fora assessor de liderança do Partido dos Trabalhadores e advogado do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva nas disputas eleitorais que precederam a indicação, por este feita.

Outrossim, o referido Ministro não se declarou suspeito quando do julgamento de recurso interposto no STF por seu antigo chefe na Casa Civil, à época em que integrava o governo do Partido dos Trabalhadores, decidindo favoravelmente a esse, diferentemente de



como entendeu em outros casos sobre o mesmo tema. Tal conduta inevitavelmente levanta questionamentos acerca da imparcialidade do membro.

Analisando-se o vínculo existente entre os Ministros, o Presidente da República e os Senadores o assunto torna-se ainda mais relevante, tendo em vista que, assim como o Presidente, os Senadores possuem foro por prerrogativa de função no STF, de modo que eventuais julgamentos envolvendo os congressistas serão realizados justamente pelo futuro Ministro por esses aprovados.

Dessa forma, concluiu-se pela imprescindibilidade de alteração da forma atual de indicação, garantindo-se maior transparência, objetividade e imparcialidade no processo. Nesse sentido, foram analisadas as diversas propostas de modificação veiculadas na PEC n° 44/2012, afigurando-se positivas, dentre outras, as alterações relativas à elaboração de lista de indicação por diferentes órgãos, a previsão de mandato fixo para o cargo e ao período de inelegibilidade de cinco anos para os Ministros ao final do mandato.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 421.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L1079.htm)> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Conselho Nacional de Justiça*. Composição Atual. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas?id=87638>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n° 88*, de 7 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Álvaro Dias questiona isenção de Toffoli para atuar no STF*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/09/30/alvaro-dias-questiona-isencao-de-toffoli-para-atuar-no-stf>> Acesso em: 23 out. 2018.



\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Diário do Senado Federal n° 32 de 2017*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20911&paginaDireta=00075#diario>> Acesso em: 08 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Emenda Substitutiva*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5386551&ts=1547879645239&disposition=inline>> Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Processo n° 00200.019321/2018-81*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7909222&ts=1549381761415&disposition=inline>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n° 44 de 2012*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3957868&ts=1547879625163&disposition=inline>> Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. n° HC n° 147.353/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138365>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. n° RHC n° 155.360/MG*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15079625>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. n° HC n° 146.277/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14106262>> Acesso em: 23 out. 2018.

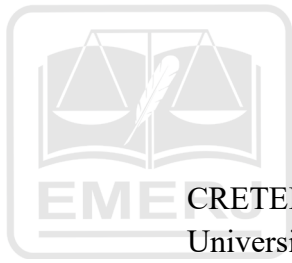
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Rg. n° RHC n° 140.018/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13299632>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RCL n° 30.245*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL30245.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RCL n° 23.457/PR*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc123457.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *SL n° 1.188*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.

CONJUR. *Inquérito 4.243/DF*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/arquivamento-acao-dilma-lula-cardozo.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.



CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, V. 4, 1992, p. 363.

FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 22, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. de 2014, p. 219.

G1. *Grampo de Lula: 7/3, 11h27*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lavajato/noticia/2016/03/grampo-de-lula-73-11h27.html>> Acesso em: 23 out. 2018.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf)> Acesso em: 08 jun. 2019.

TAVARES, André Ramos. As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista. *Revista Jurídica Consulex*, nº 304, p. 6-9, [S.l.].set. 2009.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Rodrigo Janot é indicado para PRG*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/rodrigo-janot-e-indicado-para-pgr>> Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Janot é indicado para recondução*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/janot-e-indicado-para-reconducao>> Acesso em: 23 out. 2018.

## TRIBUNAL DO JÚRI E A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA SOBRE OS JURADOS: ESTRATÉGIAS PARA GARANTIR A IMPARCIALIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Mariana Carvalho Carlos Doroteu

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

**Resumo** – Com o surgimento das redes sociais, grande parte da população está muito mais conectada e sendo bombardeada com informações a todo instante, principalmente no que diz respeito a notícias de atos criminosos, que possuem um forte apelo com o público. Porém, muitas vezes essas reportagens possuem um cunho sensacionalista para atrair mais leitores e ganhar lucro. Essa intensa exposição acaba gerando grande comoção pública e influenciando nas opiniões da população. Os crimes do Tribunal do Júri são julgados de acordo com a Lei nº 11.686/08 e dependem dos votos do Conselho de Sentença, composto por 7 (sete) jurados, que serão sorteados em cada sessão de julgamento. O que se discutirá neste trabalho é justamente a influência que a mídia e os canais sociais podem exercer nos jurados, atrapalhando a tomada de decisões próprias de cada um deles, os quais acabam se sentindo pressionados a votar de acordo com a opinião pública e não de acordo com as evidências e provas do processo em si, desrespeitando princípios e garantias fundamentais.

**Palavras-chave** – Direito Penal e Processual Penal. Tribunal do Júri. Influência da mídia. Dignidade da pessoa humana. Presunção de inocência.

**Sumário** – Introdução. 1. A prática do livre convencimento nas decisões do tribunal do júri e a influência externa da mídia. 2. Consequências que podem surgir de decisões advindas de eventuais influências externas, sem embasamento, no tribunal do júri. 3. Possíveis estratégias para evitar a influência midiática de forma maciça nas decisões dos jurados. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a existência da influência midiática no âmbito do livre convencimento motivado do Tribunal do Júri. Procura-se demonstrar até que ponto a mídia influencia nessas decisões, prejudicando a atividade jurisdicional e princípios constitucionais.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias, discussões e pesquisas a respeito do tema, de modo a conseguir verificar se tal influência realmente pode acontecer e quais seriam os meios para evitar.

A Constituição Federal estabelece o princípio do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, em determinados casos, os votos dos jurados, que

levam à decisão final do Tribunal do Júri, são realizados de forma discricionária, violando os princípios mencionados e ignorando evidências e provas da instrução do processo. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e não é muito discutida, favorecendo as seguintes reflexões: é possível sustentar que o método utilizado para decidir os processos do tribunal do júri é eficiente ou está sujeito a decisões conflitantes com o lastro probatório produzido ao decorrer da ação e sujeito a outras influências?

O tema é controvertido, não é tanto comentado na doutrina e merece atenção, uma vez que sempre é delicado, pois envolve a restrição da liberdade da pessoa, sem contar com o desrespeito a garantias básicas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o contexto e o procedimento em que ocorrem os votos dos jurados. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a análise da possibilidade efetiva de interferência da mídia, em diversas plataformas, como nas redes sociais, jornais, revistas e televisão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional no Direito Processual Penal e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito. Ademais, será examinado como a mídia pode influenciar os jurados de maneira pouco produtiva, ameaçando a tomada de decisões racionais, lógicas e que contemplem o que foi demonstrado na instrução probatória

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, quais consequências podem surgir de uma decisão sem embasamento, advinda de eventuais influências externas, em casos do Tribunal do Júri, sob a ótica da violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo pesquisa a implementação de estratégias para evitar a influência midiática de forma maciça nas decisões dos jurados ou a necessidade de eventual criação de uma norma que disponha sobre a prevenção de tais situações e métodos de evitá-la.

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. A PRÁTICA DO LIVRE CONVENCIMENTO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI E A INFLUÊNCIA EXTERNA DA MÍDIA

O Tribunal do Júri é conceituado como o tribunal judicial formado por um juiz de direito, que o preside e julga segundo a prova dos autos, e certo número de cidadãos (jurados), que julgam como juízes de fato. Representa também o direito do povo de participar nas decisões do poder judiciário, permitindo que possa examinar a conduta do acusado.

Dessa forma, o júri é um instituto em que jurados leigos, como são chamados os membros que formam o conselho de sentença, decidem se os acusados da prática dos crimes dolosos contra vida são inocentes ou não, tendo por dever o juiz togado, que preside a seção, proferir a sentença e aplicar a pena com base no que o conselho de sentença decidir.

No Brasil, o procedimento do Tribunal do Júri é atualmente normatizado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008<sup>1</sup>, que alterou os arts. 406 a 495 do Código de Processo Penal sobre o tema.

Segundo o art. 447, do CPP<sup>2</sup>, o Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. Para a votação dos Jurados, o art. 482, CPP, determina que o Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido, de modo que as decisões serão tomadas por maioria de votos.

É a única instituição que permite ao cidadão brasileiro tomar parte nos assuntos do Judiciário, sendo regido pelos princípios da plenitude de defesa, sigilo nas votações, soberania dos veredictos, além dos demais princípios constitucionais. Sua competência diz respeito ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Tais crimes estão previstos no início da Parte Especial do Código Penal<sup>3</sup>: homicídio simples, privilegiado ou qualificado (art. 121 §§ 1º e 2º); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e aborto (arts. 124, 125, 126 e 127).

Ocorre que, em certos casos, os votos dos jurados, que levarão à decisão final posteriormente, podem ser influenciados pelas notícias e posicionamentos da mídia,

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei 11.689, de 09 de junho de 2008*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.



desrespeitando as provas produzidas na instrução no processo e os princípios da dignidade da pessoa humana.

Como mencionado, o Tribunal do Júri tem como competência julgar os crimes dolosos contra a vida, os chamados crimes de imprensa, que geram grande repercussão. A atuação da mídia de forma desenfreada e sensacionalista vem causando problemas, pois o julgamento deve ocorrer de forma imparcial, devendo o jurado formar suas ideias com base nos fatos ocorridos e de acordo com seu livre convencimento (íntima convicção).

Contudo, em alguns casos essa imparcialidade fica comprometida diante de toda cobertura extravagante que a mídia faz, que muitas vezes distorce os fatos para chamar mais atenção e vender notícia, ferindo assim a garantia e o direito do acusado.

A definição de imprensa pode ser dada como sendo os meios de comunicação de massa em geral, ou seja, rádio, televisão, revista, jornal impresso, internet, no trabalho de jornalismo. Porém, nos tempos atuais, a palavra imprensa deixou de representar apenas materiais escritos e impressos, como era até as primeiras décadas do século XX, para ganhar um conceito mais amplo e abranger, também, os meios eletrônicos.

Já como Mídia, entendemos o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio e televisão, portais de internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento, publicidade.

Com o acesso à internet e o surgimento das redes sociais, as informações passaram a ser propagadas de forma muito mais extensa, rápida, dinâmica e atingindo um maior número de pessoas de forma instantânea. Deste modo, a sociedade é influenciada pelo que vê e ouve através da mídia, formando, assim, a chamada “opinião pública”, que pode ser descrita como “o juízo coletivo adotado e exteriorizado no mesmo direcionamento por um grupo de pessoas com expressiva representatividade popular sobre algo de interesse geral”.<sup>4</sup>

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5<sup>o</sup> sobre os direitos e garantias fundamentais, e dentre eles está a liberdade de expressão, descrito no inciso IX. A liberdade de imprensa no Brasil se refere ao direito de informação, ou seja, inclui direito de informar, comunicar ou declarar opinião, como, também, o direito de ser informado, sendo todos, consequência do direito da liberdade de manifestação do pensamento. E quando este é usado pela imprensa, é chamado de Liberdade de Imprensa.

É preciso compreender que a imprensa, e não só ela, tem o direito à liberdade de

<sup>4</sup> NERY, Arianne Câmara. *Considerações sobre o papel da mídia no processo penal*. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010. p. 23.

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 9 fev. 2019.



expressão, que indiscutivelmente, consiste num direito fundamental e de especial relevância para o regime democrático. A prática de um crime e sua apuração são assuntos inerentes ao interesse público, fazendo com que a sociedade tenha interesse nas informações repassadas.

Entretanto, ainda que o país sirva-se de uma imprensa livre, essa liberdade não é absoluta, uma vez que a própria Carta Magna, em seu artigo 220<sup>6</sup>, estabelece que a divulgação de informações pela mídia deve observar os direitos fundamentais do indivíduo, elencados em seu artigo 5º. E, nos dias de hoje, com a difusão da mídia sensacionalista e da busca por lucros das empresas de comunicação, observa-se com frequência a utilização da informação para outras finalidades que não a de comunicar e informar.

As grandes empresas de comunicação, muitas vezes usam notícias e informações para o seu próprio interesse, manipulando a ideia a ser passada, de modo que o público receptor crie a partir dessa ideia uma nova realidade embasada naquilo que viu, ouviu ou leu.

Sylvia Moretsohn afirma que a relação da mídia também com a “conjuntura política, por sua vez, leva frequentemente a uma deturpação deliberada das informações, chegando-se mesmo à pura e simples invenção de fatos.”<sup>7</sup>

Por isso, frequentemente a realidade da qual se tem conhecimento através dos meios de comunicação passa a ser uma realidade construída de acordo com os interesses de cada veículo, que publica a informação de certa maneira para atingir um objetivo próprio.

No entanto, é preciso ressaltar que a publicidade pelos meios de comunicação pode se refletir de forma positiva ou negativa, dependendo de cada caso. A forma positiva ocorre, pois a mídia constantemente ajuda a diminuir a criminalidade, ao noticiar casos que afligem a sociedade e que se não fosse pela divulgação e pressão midiática, não seriam tomadas providência para apurar os fatos ou proporcionar mais segurança.

Porém, a forma negativa é quase sempre prejudicial, pois acarreta na divulgação de informações excessivas, erradas, que acaba por distorcer os acontecimentos reais, e até mesmo noticiar fatos que não condizem com a verdade.

Essa veiculação de notícias distorcidas traz graves consequências ao processo, pois a sociedade deixa de ver a justiça como ela realmente é e deve ser, e passa a ver a justiça da maneira como a mídia retrata. Ademais, como os jurados decidem de acordo com o seu livre convencimento, não precisando justificar seus votos, acaba sendo muito “mais fácil” acompanhar a opinião pública sobre o assunto do que analisar a fundo os fatos e evidências

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> MORETZSOHN, Sylvia. *Imprensa e criminologia: O papel do jornalismo nas políticas de exclusão social*. Biblioteca On-Line de Ciências da Comunicação, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.



produzidos de forma racional e sem interferência externa, principalmente quando se trata de pessoas mais simples ou menos instruídas, que podem não ter uma capacidade crítica acentuada.

Hoje em dia, informação passou a ser um produto a ser comercializado, e obtém lucro quem mais chama atenção com o conteúdo e a propaganda de sua mercadoria, o que acaba deturpando o verdadeiro e importante papel de informar da mídia.

Dessa forma, é possível constatar que os veículos midiáticos são capazes de formar e transformar a consciência coletiva. Além disso, a mídia sensacionalista tem grande preferência por notícias do mundo criminal, principalmente os crimes contra a vida, como os homicídios, crimes cujos processos culminarão com o julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. E são nestes casos que a influência da mídia pode ser bastante desfavorável e contraproducente para o suspeito ou réu do crime, o qual muitas vezes tem seus direitos fundamentais e da personalidade violados.

## 2. CONSEQUÊNCIAS QUE PODEM SURTIR DE DECISÕES ADVINDAS DE EVENTUAIS INFLUÊNCIAS EXTERNAS, SEM EMBASAMENTO, NO TRIBUNAL DO JÚRI

Como dito anteriormente, a mídia e os meios de comunicação possuem um elevado poder de influência sobre as pessoas, contribuindo para uma massificação do pensamento e das opiniões. No sistema capitalista em que vivemos, as informações são uma ferramenta poderosa, que geram lucros e audiências maiores de acordo com o nível de choque, espanto e repúdio que causam nos leitores e receptores da mensagem.

Isso favorece a propagação de notícias, que muitas vezes não são totalmente verdadeiras (baseadas em meros indícios ou até mentiras), e faz com que a população tenha um verdadeiro pré-julgamento dos réus e pessoas envolvidas em processos criminais. Esse “julgamento antecipado” pode diminuir drasticamente ou até mesmo retirar as chances de defesa do acusado, com base nas provas e no devido processo legal.

O Tribunal do Júri deve respeitar os princípios penais e garantias constitucionais, entre eles: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88<sup>8</sup>), os princípios

---

<sup>8</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

do contraditório e da ampla defesa (5º, LV, CRFB/88<sup>9</sup>), e o princípio do *in dubio pro reo*.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. Envolve as condições que são necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres.

Já os princípios do contraditório e da ampla defesa, na definição de Alexandre de Moraes, podem ser entendidos da seguinte forma<sup>10</sup>:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Por fim, o princípio do *in dubio pro reo* pode ser conceituado com o art. 11, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>11</sup>, que diz que:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Contudo, tais princípios ficam severamente fragilizados nos procedimentos do Tribunal do Júri, pois os votos dos jurados, realizados por íntima convicção (imotivada), são determinantes para a decisão final. Como os jurados não precisam dizer as razões pelas quais decidiram de tal maneira (não são obrigados a decidir conforme as provas), abre-se espaço para a ocorrência de injustiças e erros, como absolver culpados e condenar inocentes.

Assim, o processo já se inicia praticamente “definido”. Um exemplo disso ocorre quando são divulgados imagens e nomes de acusados (ainda não condenados) em jornais, como verdadeiros criminosos, tendo apenas havido investigação ou inquérito (longe de uma sentença transitada em julgado).

Sabe-se que para exercer uma profissão é necessário ter técnica e conhecimento científico. O juiz, por exemplo, deve manter sua imparcialidade para julgar da forma mais correta possível, e, devido à sua instrução jurídico-científica, ele é capaz de discernir a diferença entre o que é apresentado nos jornais e o que acontece na realidade fática.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo : Atlas, 2012, p. 111 e 112.

<sup>11</sup> BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html)>. Acesso em: 9 fev. 2019.



Por outro lado, os jurados do Tribunal do Júri são formados por meio de sorteio e, na maioria das vezes, não têm preparo e nem conhecimentos jurídicos para fazer um juízo de análise sobre a condenação ou absolvição de um acusado.

Justamente por carecerem de conhecimento legal e processual, os jurados são muito mais suscetíveis a ceder a pressões e influências políticas, econômicas e, midiáticas, o que impede que exerçam uma análise adequada da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma valoração da prova minimamente plausível.

Cumpra mencionar também que, com o surgimento das redes sociais tornou-se muito mais fácil propagar as chamadas “*fake news*”. O termo “*fake news*” pode ser compreendido como toda informação que, sendo comprovadamente falsa, seja capaz de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação.

Embora as “*fake news*” tenham se popularizado inicialmente com o objetivo de prejudicar candidatos nos anos eleitorais, é possível encontrar notícias falsas sobre quaisquer assuntos, inclusive sobre atos criminosos e notícias com muita repercussão midiática. Em alguns casos, os autores criam manchetes absurdas com o claro intuito de atrair acessos aos sites e, assim, faturar com a publicidade digital.

Porém, além da finalidade comercial, elas podem ser usadas apenas para criar boatos e reforçar um pensamento, por meio de mentiras e da disseminação de ódio. Seus efeitos são desastrosos e prejudicam pessoas comuns, celebridades, políticos e empresas.

Como um exemplo disso, pode ser citado o caso de Adriana Machado Klein, moradora da cidade gaúcha de Cachoeirinha, que foi alvo de uma suspeita disseminada pelas redes sociais. Foi compartilhada uma mensagem no “*Whatsapp*”, afirmando que ela e seu namorado haviam assassinado Eduarda Herrera de Melo, de 9 anos, para realizar tráfico de órgãos. Junto com o texto, estavam fotos dela e seu namorado e o endereço de sua residência.<sup>12</sup>

Por conta disso, ela teve que sair de sua casa e ir morar com familiares, pois estava recebendo ameaças e sofrendo violências, quando na verdade a história compartilhada era totalmente descabida.<sup>13</sup>

Além disso, segundo reportagem da Forbes, uma pesquisa da Reuters fez um levantamento para analisar quais eram os países com a maior exposição a “*fake news*” e o

---

<sup>12</sup> BBC. *Como acusação falsa no WhatsApp abalou a vida de uma técnica de enfermagem gaúcha*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226327>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

<sup>13</sup> BBC. op. cit.

Brasil ficou em terceiro lugar na lista.<sup>14</sup> Isso, por si só, já demonstra o quanto a população brasileira é facilmente manipulável.

Dessa forma, um jurado de um processo do Tribunal do Júri pode muito bem ser influenciado de forma negativa ao se deparar tanto com reportagens sensacionalistas da mídia, quanto por notícias falsas sobre o caso espalhadas em redes sociais, pois muitas vezes são pessoas despreparadas.

Todos os princípios existentes para assegurar um julgamento imparcial acabam perdendo sua eficácia, pois o jurado pode já ter em sua mente uma ideia moldada de pré-condenação (principalmente em casos de maior repercussão).

A própria sistemática dos Tribunais do Júri facilita a ocorrência de resultados injustos e irresponsáveis, pois se o resultado dos votos dos jurados for quatro a três, já seria suficiente para condenar ou absolver o réu, ainda que por diferença tão pequena. Nesta situação, o princípio do *in dubio pro reo* não está sendo adequadamente aplicado, porque claramente existe uma dúvida quanto à autoria ou não do fato.

Isto posto, é possível afirmar que o método do Tribunal do Júri precisa ser melhorado em alguns aspectos para que não haja decisões conflitantes, injustas e tomadas com base em influências externas.

### 3. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS PARA EVITAR A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA DE FORMA MACIÇA NAS DECISÕES DOS JURADOS

Uma das maiores críticas ao Tribunal do Júri é exatamente o fato de que nele vige o princípio da decisão por íntima convicção, de modo que as escolhas dos jurados não se sujeitam à fundamentação. Muitos operadores do direito afirmam, inclusive, que os jurados decidem de forma “instintiva”, imbuídos de emoção, e ignorando a racionalidade.

A motivação das decisões é de vital importância para que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da inafastabilidade de acesso à justiça. A decisão imotivada prejudica a eventual necessidade de interposição de recurso pela parte prejudicada, que não conseguirá impugnar especificamente as razões da decisão.

---

<sup>14</sup> FORBES. *12 países com maior exposição a fake news*. Disponível em: <<https://forbes.uol.com.br/listas/2018/06/12-paises-com-maior-exposicao-a-fake-news/#foto3>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

Além disso, a necessidade de fundamentação é uma forma de impedir os abusos de direito, a arbitrariedade das decisões e o autoritarismo. Em outras palavras, é uma forma de garantir uma prestação jurisdicional mais justa e limitar os poderes do Estado.

Contudo, na decisão do conselho de sentença do Júri, incide a soberania dos vereditos, de modo que a impugnação da decisão fica muito prejudicada, por não haver qualquer parâmetro indicando o que levou os jurados a decidirem de tal forma, e quais provas foram consideradas por cada um, já que as respostas aos quesitos são desprovidas de motivação.

É inaceitável que se condene ou absolva uma pessoa com base apenas em respostas supérfluas de sim ou não. É o dizia o Francesco Carnelutti<sup>15</sup>:

[...] há, por exemplo, atos do juiz a respeito dos quais qualquer pessoa vê que a motivação seria supérflua (p.ex., a citação de uma testemunha para um determinado dia ou a disposição de que as oitivas se dêem numa certa ordem na audiência); mas há outros para os quais é igualmente óbvia a exigência de motivação; quando se trata de absolver ou condenar um imputado, não basta que o juiz diga sim ou não, mas que acrescente por que chegou à conclusão de sim ou não.

No capítulo anterior foi demonstrado como a sociedade brasileira é facilmente influenciável por notícias, mídia, jornais, internet, e até mesmo por “*fake news*”, de modo que condicionar a liberdade de uma pessoa às meras respostas de sim ou não pode ser algo catastrófico.

Com a cobertura exagerada de alguns crimes e o sensacionalismo praticado pela mídia, a população acaba usando o direito penal e a pena com escopos metajurídicos, como solução aos medos sociais. O sentimento de segurança é buscado sem limites, ainda que o preço sejam direitos e garantias fundamentais.

Veja-se o entendimento de Daniela Villani Bonaccorsi, em seu artigo intitulado “O medo, a resposta penal e as garantias”<sup>16</sup>:

Desse modo, diante da sociedade do medo, nos deparamos com o desvirtuamento da lei penal e do processo penal que passam a ser reflexo de uma sociedade de risco capaz de aplaudir o ataque aos direitos humanos e direitos fundamentais por parte de um Estado que passa a defender um processo voltado para o resultado sensacionalista. (...) Abrir mão da liberdade em nome de segurança jurídica, é abrir mão de direitos e garantias de um Estado Democrático de Direito, e, acaba-se em ambas.

Cumpre destacar também suas colocações finais sobre o tema<sup>17</sup>:

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2004. p. 115.

<sup>16</sup> BONACCORSI, Daniela. *O medo, a resposta penal e as garantias*. A mídia e as garantias penais. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, p. 72, 2018.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 83.

No mesmo sentido, com a ajuda da mídia sensacionalista, o Estado vende a propaganda do direito penal como solução para todos os males, em que o caráter preventivo não visa à proteção a bem jurídico, mas a uma verdadeira satisfação da sociedade. O "bom" se tornou quem pune, e o "mal" quem é punido. (...) Não se pode admitir a relativização de garantias penais em nome de uma aparente "segurança social", pois ela é a resposta ao medo difundido por parte da mídia sensacionalista. É inadmissível, a partir de uma interpretação constitucional do processo, os argumentos de "paz social", "prevenção de riscos", busca de um resultado acima de tudo. Não há medo que justifique uma limitação a direitos e garantias fundamentais.

Assim, diante de tais problemas, em primeiro lugar, uma medida que poderia melhorar as decisões do Tribunal do Júri seria constituir um profissional da área, sem qualquer vínculo ou interesse no processo, para conceder aos jurados algumas orientações básicas sobre valoração e análise de provas antes da realização dos quesitos. Tais orientações deverão ser passadas de forma imparcial, didática e com linguagem facilitada, levando em consideração que, muitas vezes, os jurados sorteados são pessoas sem conhecimentos jurídicos.

Em segundo lugar, de forma complementar, deveriam ser distribuídos formulários ou fichas para cada jurado, no momento em que tivessem que responder aos quesitos, para que pudessem colocar uma breve e simples explicação para cada resposta dada. Ou seja, os jurados receberiam um formulário para cada um dos quesitos, devendo ser preenchidos com as respostas (sim ou não) e uma pequena explicação ou comentário abaixo.

A justificativa, obviamente, não precisaria ser identificada, para respeitar o sigilo, e também não precisaria conter qualquer formalidade, ou vocabulário técnico, podendo ser feita do modo que o jurado preferir.

A adoção de tais providências já contribuiria para a formação de respostas mais conscientes pelos jurados e tornaria as decisões mais compreensíveis para serem impugnadas ou não. Isso garantiria também que os direitos fundamentais do réu estejam sendo minimamente respeitados.

No entanto, há um outro problema na sistemática do Tribunal do Júri que merece ser abordado. Ele ocorre quando a decisão dos jurados é tomada por quatro votos a três, ou até outro resultado que não a unanimidade para que o réu seja condenado.

Ora, uma diferença tão próxima de votos como quatro a três, indica claramente que há uma divergência ou dúvida no entendimento dos jurados, o que demonstraria uma violação do princípio do *in dubio pro reo*, que significa que na dúvida se decide favoravelmente ao réu (no sentido processual).





Em casos como esse, a decisão tomada é muito duvidosa e sua plausibilidade fica eivada de fragilidade, pois quarenta e três por cento dos jurados entenderam pela absolvição do réu, e mesmo assim ele foi condenado.

Para tentar resolver este problema, o mais indicado seria colocar mais um jurado para formação do Conselho de Sentença, alterando assim de sete para oito jurados. Com um número par, o problema seria amenizado, pois haveria uma maioria superior na decisão (em caso de empate ficaria configurada a dúvida, sendo o réu absolvido). Evidentemente, para a concretização dessas possíveis soluções, seria necessário que fosse criada uma lei regulamentando detalhadamente tais medidas.

Dessa forma, com a implementação de algumas providências, a possibilidade de influências externas induzindo a decisão dos jurados poderia ser mitigada.

A respeito disso, entende Nilo Batista<sup>18</sup>: “Não pode a mídia perder de vista a sua função de fonte de informação para então assumir a posição de outros órgãos, a fim de corrigir as deficiências do Estado e do Direito Penal.

Não há dúvidas de que a liberdade de imprensa e o acesso à informação foram conquistas constitucionais, porém, podem ter impactos negativos quando transformam casos penais em verdadeiros espetáculos midiáticos, prejudicando a imparcialidade das decisões.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de fragilidades no sistema do Tribunal do Júri e analisou como nele os jurados estão sujeitos à influências externas, especialmente no que concerne à mídia, notícias espalhadas pela internet, e até mesmo “fake news”. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a liberdade da imprensa e o direito à informação e os princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e garantias processuais.

É inegável que a liberdade de imprensa e o direito à informação são importantes conquistas e garantias constitucionais. No entanto, a globalização tecnológica e econômica, a internet, redes sociais e o excesso de conteúdo, tornaram as informações e notícias muito mais acessíveis e mais fáceis de serem difundidas, mesmo que muitas vezes não tenham

---

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 18,2002.

credibilidade ou propaguem mentiras.

Além disso, as empresas de comunicação, jornais, revistas etc, buscam o lucro e, para isso, acabam divulgando notícias sensacionalistas ou falsas, sem embasamento, com o único intuito de obter mais retorno econômico, chamar atenção das pessoas e vender mais.

Tais fatos acabaram trazendo uma série de reflexos políticos, sociológicos, e jurídicos, pois boa parte da população brasileira, por não possuir acesso a uma educação adequada para formação de senso crítico, é facilmente manipulável e influenciada com essas notícias, incluindo-se aqui os jurados do Tribunal do Júri, que são selecionados para formar o Conselho de Sentença por meio de sorteio.

Diante de tantos escândalos midiáticos surge um sentimento generalizado de medo e a população passa a ter um desejo pelo punitivismo a qualquer custo, ainda que isso signifique “passar por cima” de direitos e garantias processuais.

Ao longo do terceiro capítulo, foram apresentadas algumas possíveis soluções para se evitar a influência negativa da mídia nos votos dos jurados. Entre elas, foram mencionadas: a importância da motivação das decisões, que deveria ser aplicada também às respostas dos votos dos jurados no Tribunal do Júri, de forma simplificada e anônima, para que se garanta o sigilo, bem como a necessidade de conceder aos jurados orientações básicas sobre valoração e análise de provas, para que possam promover uma decisão mais consciente.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que, apesar de muitas vezes a mídia atuar de forma desleal, não é possível restringir o espaço para essas notícias, ainda que sejam fantasiosas ou criadas com um mero propósito lucrativo, pois se caracterizaria uma verdadeira censura. Contudo, foi importante destacar que não cabe à imprensa se consolidar como substituta do Estado, justificando o atropelamento de garantias constitucionais, subordinando todos os outros princípios ao direito à informação.

Assim, é preciso que sejam criados mecanismos para evitar ou minorar a influência da mídia em processos do Tribunal do Júri, pois acusações falsas e notícias sensacionalistas deixam uma mácula permanente na imagem do acusado, podendo gerar condenações de inocentes e violações de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12,



BBC. *Como acusação falsa no WhatsApp abalou a vida de uma técnica de enfermagem gaúcha*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226327>>. Acesso em: 09 fev. 2019

BONACCORSI, Daniela. *O medo, a resposta penal e as garantias. A mídia e as garantias penais*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 9 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html)>. Acesso em: 9 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas: Bookseller, 2004.

FORBES. *12 países com maior exposição a fake news*. Disponível em: <<https://forbes.uol.com.br/listas/2018/06/12-paises-com-maior-exposicao-a-fake-news/#foto3>>. Acesso em: 09 fev. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo : Atlas, 2012.

MORETZSOHN, Sylvia. *Imprensa e criminologia: O papel do jornalismo nas políticas de exclusão social*. Biblioteca On-Line de Ciências da Comunicação, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.pdf>>.

NERY, Arianne Câmara. *Considerações sobre o papel da mídia no processo penal*. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010.

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Marisa Rosalino Amante

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

**Resumo** – o ordenamento brasileiro resguarda o direito à intimidade, ao qual o direito à inviolabilidade domiciliar é correlato. De modo a preservar tal inviolabilidade, é vedada a entrada forçada a domicílio de outrem, salvo em exceções excepcionais, dentre as quais se encontra a existência de autorização judicial. O ordenamento processual penal determina que o instrumento por meio do qual a referida autorização judicial se materializa, o mandado de busca e apreensão, deve obrigatoriamente individualizar o alvo do mandado. Os mandados que não cumprem tal requisito são chamados genéricos. O presente trabalho busca analisar estes mandados sob o prisma do princípio da proporcionalidade, por meio da promoção de exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direito à intimidade. Inviolabilidade domiciliar. Mandado de busca e apreensão.

**Sumário** – Introdução. 1. A incompatibilidade entre o mandado de busca e apreensão genérico e o processo penal democrático: uma análise de adequação. 2. Mandado de busca e apreensão genérico e redução de danos nos procedimentos investigativos em áreas periféricas: uma análise de necessidade. 3. Seletividade penal e o mandado de busca e apreensão genérico: uma análise de proporcionalidade em sentido estrito. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A requisição, deferimento e cumprimento de mandados de busca e apreensão genéricos tornou-se nos últimos anos uma prática, se não frequente, ao menos recorrente em diversos estados brasileiros.

Trata-se, contudo, de um instituto controverso em sua própria natureza, posto que existe ao arrepio do ordenamento brasileiro, que garante a inviolabilidade domiciliar e, visando resguardá-la, exige a individualização do mandado de busca e apreensão. Não é por outra razão que ricos debates vêm sendo travados acerca da legalidade e mesmo da constitucionalidade do instituto do mandado de busca e apreensão em sua forma genérica.

Em sede de exame judicial, tornou-se comum a análise da matéria pelo viés da ponderação de princípios, e em particular sob o prisma da proporcionalidade. Tendo em vista a referida tendência, o presente trabalho busca analisar a questão pelo mesmo prisma, operando uma análise crítica do instituto do mandado de busca e apreensão genérico sob os



critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro capítulo visa promover a análise da adequação dos mandados de busca e apreensão genéricos. Para tal, em um primeiro momento se fará necessário questionar quais são os fins intrínsecos ao processo penal constitucional, de maneira geral, e aos mandados de busca e apreensão, em particular. Em seguida, será operada a análise da aptidão dos referidos mandados, em sua modalidade genérica, para o alcance dos fins almejados.

O segundo capítulo questionará o preenchimento do quesito necessidade por parte dos mandados de busca e apreensão genéricos, por meio da análise da existência ou inexistência de alternativas adequadas e menos danosas.

O terceiro capítulo, por sua vez, se dedicará à análise da proporcionalidade em sentido estrito no contexto do mandado de busca e apreensão genérico, oportunidade na qual se proporá o questionamento acerca de quais são os titulares dos direitos mitigados e tutelados quando da aplicação do referido instituto. O referido questionamento permitirá, por sua vez, a conformação da análise da proporcionalidade do instituto à luz do fenômeno da seletividade penal.

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 será qualitativa, de modo a mapear a bibliografia pertinente à temática em foco, incluindo legislação, doutrina e jurisprudência nacionais, e explorá-la como embasamento para a tese proposta.

## 1. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO E O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE DE ADEQUAÇÃO

A ponderação de princípios é mecanismo de descompatibilização de conflitos aparentes de princípios constitucionais. Assim sendo, o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade do mandado de busca e apreensão genérico deve ser precedido, antes de mais nada, pela individualização dos princípios proporcionais que se encerram, no presente contexto, em aparente colisão.

A Constituição da República Federativa do Brasil resguarda a inviolabilidade

domiciliar, nos seguintes termos<sup>1</sup>:

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:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

Cuida-se, portanto, de direito do cidadão ver sua residência resguardada de invasões e intromissões, sendo o direito à inviolabilidade oponível tanto em face do Estado, quanto em face de terceiros.

É certo, contudo, que nenhum direito é ilimitado, de modo que mesmo a inviolabilidade domiciliar comporta restrições. Estas restrições, por sua vez, são também delineadas pelo supracitado dispositivo, de modo que a penetração em domicílio alheio é facultada nas hipóteses de consentimento, flagrante delito, desastre, prestação de socorro, e determinação judicial. À esta última hipótese corresponde o instituto do mandado de busca e apreensão.

O referido instituto é sujeito a uma série de parâmetros e limitações, de modo que a ausência destes naturalmente acarretaria na proteção deficiente do direito à inviolabilidade domiciliar. Uma destas limitações é a exigência de individualização do mandado, consolidada no Código Processual Penal brasileiro, nos seguintes termos<sup>2</sup>:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I-indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá que sofrê-la ou os sinais que a identifiquem [...].

Em que pese a literalidade da lei, muito se argumenta que a obrigatoriedade da individualização dos mandados é um entrave à atividade policial e investigatória. Tal questionamento deu origem à criação jurisprudencial do mandado de busca e apreensão genérico, que dispensa a individualização do mandado, limitando-se a determinar perímetros-alvo, que podem incluir ruas, quarteirões ou mesmo bairros inteiros.

Instaurou-se, nestes termos, uma aparente colisão entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à segurança pública, que também possui alçada constitucional, nos

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/cciv\\_il\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/cciv_il_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018.

<sup>2</sup>Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018.

termos dos caputs dos artigos 5º e 6º. Pertinente, pois, o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade dos ditos mandados de busca e apreensão genéricos.

A respeito do âmbito de análise intrínseco ao exame de adequação, cita-se Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>3</sup>:

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é 'simplesmente inadequado' (*schlechthin ungeeignet*), 'objetivamente inadequado' (*objektiv ungeeignet*), 'manifestamente inadequado ou desnecessário' (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), 'fundamentalmente inadequado' (*grundsätzlich ungeeignet*), ou 'se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado' (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefoördert werden kann*).

Desta forma, é certo dizer que o exame da adequação de uma medida qualquer guarda uma ligação absoluta com os objetivos por ela pretendidos. Não há possibilidade de averiguar a aptidão de uma medida para assegurar os fins por ela pretendido sem, anteriormente, espancar quaisquer dúvidas acerca de quais seriam estes fins. Isto posto, torna-se absolutamente impreterível para a análise que ora se propõe, a delimitação correta dos objetivos almejados.

Uma análise prematura da referida delimitação poderia conduzir ao entendimento de que os fins almejados pelo mandado de busca e apreensão seriam aqueles constantes do parágrafo 1º do art. 240 do Código de Processo Penal Brasileiro.

O raciocínio segundo o qual os objetivos do mandado de busca e apreensão são os delineados no dispositivo supracitado conduziria a uma análise de adequação ligada, por excelência, à efetividade das operações de busca e apreensão genéricas, que poderiam ser auferidas pelo sucesso ou fracasso ao efetuar apreensões aptas a deflagrar persecuções penais. Trata-se, contudo, de um entendimento equivocado, posto que não há que se confundir objeto e objetivo.

Ao passo em que o dispositivo supracitado é dedicado a enumerar os objetos da busca e da apreensão, ou seja, os alvos sob os quais estas recairão, estes não guardam qualquer relação com os objetivos, ou fins do referido instituto, que dizem respeito à sua razão de ser como integrante de um harmonioso ordenamento jurídico, consolidado no seio de um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o instituto do mandado de busca e apreensão não existe de maneira isolada, destacado do ordenamento legal. É imperioso que não se confunda o objetivo mediato

---

<sup>3</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.



de uma ferramenta investigativa com o seu fim maior, que é a consecução da investigação e da persecução penal em conformidade com o ordenamento. Assim sendo, para delimitar de maneira adequada os fins almejados pelo mandado de busca e apreensão, faz-se necessário questionar quais são os fins do próprio processo penal democrático.

O referido questionamento é de uma complexidade que não pode ser desconsiderada, e remete à mais basilar dicotomia em sede de Direito Processual Penal, qual seja, aquela entre os modelos inquisitório e acusatório.

Sem desnecessárias delongas, pode-se afirmar que a diferença essencial entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório reside na existência ou inexistência de igualdade de armas e oportunidades entre as partes do processo<sup>4</sup>. Em outras palavras, no seio do sistema inquisitório, o jurisdicionado figura primordialmente como sujeito passivo, tal como objeto da atividade jurisdicional, ao passo em que no sistema acusatório este é privilegiado com tratamento igualitário e proteção oferecida por um sistema de garantias.

Em que pese haja alguma divergência doutrinária acerca de qual modelo haveria sido adotado pelo ordenamento brasileiro, é de se notar que o melhor entendimento é no sentido de que o sistema acusatório foi privilegiado pela ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988. Por todos, Eugênio Pacelli<sup>5</sup>, segundo o qual o sistema acusatório é “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988”. No mesmo sentido é Aury Lopes Jr.<sup>6</sup>, que assim leciona:

[...] o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.

Tem-se, portanto, que o Processo Penal, considerado pela ótica do modelo acusatório, não é instrumento de mera efetivação do poderio punitivo estatal, mas sim de contenção do mesmo. Este não existe para permitir que o Estado constitua o poder punitivo sob a vida dos cidadãos, sendo inegável que o referido poder fora exercitado por inúmeras civilizações humanas muito antes da criação do Estado de Direito, e, portanto, independentemente da existência de qualquer regramento processual.

Destarte, a razão de existir do ordenamento processual penal se deve justamente à conformação deste poder à ordem democrática e, em última instância, ao Estado de Direito.

<sup>4</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

<sup>5</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

<sup>6</sup>LOPES JR., Aury.; GOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].

Senão para a delimitação do poderio punitivo estatal e conformação do mesmo à ordem republicana, o Processo Penal não possui qualquer razão de existir.

Neste contexto, todos os institutos processuais do Processo Penal democrático constituem-se em apêndices do devido processo legal, ou seja, instrumentos de garantia de que a investigação e a persecução penal se darão dentro dos limites definidos pela legislação ordinária e, em última instância, pela Constituição Federal. Seguro dizer, portanto, que os institutos processuais tem como fim primordial a guarda do processo penal democrático, qual seja, aquele que se conforma aos limites legais e constitucionais.

Com relação especificamente ao instituto de mandado de busca e apreensão, pode-se considerar, portanto, que o seu fim é o de garantir que a incursão policial na esfera de intimidade dos cidadãos se conformará às exigências legais. Estas exigências legais incluem, e não se limitam, à individualização do alvo do mandado de busca e apreensão, que é expressa nos comandos legais do art. 243, I do Código Processual Penal<sup>7</sup>, e art. 5, XI da Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>.

Tem-se, portanto, que a afirmação de que os mandados de busca e apreensão, em sua modalidade genérica, se prestariam ao referido objetivo, qual seja, o de garantir que o poderio estatal seja conformado aos comandos legais, seria uma contradição em termos. Fulminada, portanto, qualquer dúvida acerca da inadequação do referido instituto.

Por derradeiro, não há que se falar que circunstâncias extraordinárias justificam meios extraordinários. Sendo certo que a razão de ser do Processo Penal e seus institutos é a conformação do poder punitivo aos limites legais, é justamente nos momentos em que o ente público se sente mais compelido utilização abusiva do poderio estatal que o caráter democrático do Processo Penal deve ser reforçado. Não cabe afastar as garantias legais e constitucionais em tempos de crise, se justamente para tempos de crise as mesmas foram forjadas.

## 2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO E REDUÇÃO DE DANOS NOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS: UMA ANÁLISE DE NECESSIDADE

Antes de dar início à delimitação do âmbito de análise do subprincípio da necessidade, importa esclarecer que, uma vez afastada a adequação de uma medida qualquer, esta não poderá ser considerada necessária perante o direito. Ocorre que apenas uma

---

<sup>7</sup>BRASIL, op.cit., nota 2.

<sup>8</sup>Idem, op.cit., nota 1.

determinada medida que tenha sido bem sucedida no juízo de adequação pode ser considerada apta ao exame de necessidade.

A este respeito, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>9</sup>:

Apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (...) a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Ressalte-se, portanto, que o exame de necessidade do instituto do mandado de busca e apreensão na forma genérica é aqui operado unicamente de modo a espancar qualquer dúvida acerca de sua desproporcionalidade.

Isto posto, importa agora analisar qual seria o âmbito de análise do subprincípio da necessidade. A este respeito, novamente Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>10</sup>:

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.

O exame de necessidade, portanto, depreende a procura e o reconhecimento de soluções menos custosas para os jurisdicionado, aptas a solucionar a mesma problemática previamente submetida a escrutínio, em sede de exame de adequação.

Quanto à análise de necessidade do instituto do mandado de busca e apreensão genérico, importa considerar a notável extensão dos danos causados. É de se reconhecer que, na hipótese sob análise, a supressão não se limita ao direito à inviolabilidade, materializado no direito à inviolabilidade domiciliar. Ocorre que a inviolabilidade domiciliar é meio para a consecução de diversos outros direitos. A referida inviolabilidade é meio de proteção não apenas da intimidade do indivíduo, mas também de sua segurança e de seu patrimônio. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, por meio da tutela do direito à inviolabilidade domiciliar “busca-se preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, e a sua personalidade”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup>MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

Uma vez operada a supressão da inviolabilidade domiciliar, qualquer seja a forma que esta supressão assuma, o jurisdicionado se encontra naturalmente mais fragilizado a diversas violações de direitos. Desta forma, não há que se subestimar a monta da onerosidade imposta ao jurisdicionado que se vê constrangido a se submeter a uma busca domiciliar, por nenhum outro motivo senão o de residir dentro dos limites do perímetro delimitado do mandado.

Nesse ínterim, e de modo a adequadamente apurar a extensão da supressão de direitos sob exame, importa trazer à baila o conceito de “*fishing expedition*”.

Assim ensina Philippe Benoni Melo e Silva<sup>12</sup>:

Trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional.

Seguro dizer, portanto, que a chamada *fishing expedition* constitui em um expediente investigativo que não se coaduna com as garantias do processo penal democrático, posto que ignorada a exigência legal de individualização do mandado. Trata-se de um atalho ao trabalho investigatório apropriadamente conduzido, uma alternativa que ao mesmo tempo figura como menos trabalhosa para as agências investigativas, e mais danosa para o jurisdicionado.

O mandado de busca e apreensão em modalidade genérica constitui em um perfeito exemplo de instrumento processual de *fishing expedition*, padecendo ambos, portanto, dos mesmos vícios. A este respeito, novamente Philippe Benoni Melo e Silva<sup>13</sup>:

Primeiramente, não se justifica que os órgãos de investigação, antes de tudo, postulem a busca e apreensão para, a partir daí, se investigar a empreitada criminosa (deve-se investigar antes e, se necessário, requisitar a busca e apreensão ao Poder Judiciário). Posteriormente, o deferimento pelo juiz deve ser certo e determinado, indicando *o mais precisamente possível* o objeto, o motivo e os fins da medida. No caso do mandado de busca e apreensão, tanto no requerimento, como no deferimento, se assim agirem os órgãos estatais, estarão (...) cometendo o malfadado *fishing expedition*, pois ingressarão em verdadeira aventura procedimental, na tentativa de pescar algum elemento de prova aleatoriamente, portanto violando os direitos e garantias alcançados pelos cidadãos no âmbito do processo.

É justamente pela aproximação entre os dois institutos sob exame que o argumento

<sup>12</sup>SILVA, Philippe Benoni Melo e. *Fishing Expedition*: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>>. Acesso em: 01 set. 2018.

<sup>13</sup>Ibid.

da necessidade não pode vir a salvaguarda nem de um, nem de outro. Para a constatação da necessidade de uma determinada medida é impreterível afastar a viabilidade de qualquer outra alternativa menos danosa. Na medida em que a *fishing expedition* se apresenta como atalho a uma investigação mais detalhista, é justamente esta investigação que constitui na alternativa menos danosa, ora ignorada pelas instâncias investigativas.

É basilar, no processo penal democrático, que os jurisdicionados não se sejam compelidos a abrir mão de seus direitos e garantias para a mera conveniência das instâncias investigativas, em contextos nos quais a investigação prévia seria suficiente para preservar a inviolabilidade domiciliar de muitos.

Em que pese tal raciocínio, é de se reconhecer como comum o argumento no sentido de que a mera investigação prévia bem conduzida não seria capaz de afastar a necessidade da busca e apreensão genérica, uma vez que algumas localidades periféricas não possuem endereço oficial. Tal afirmação parte da premissa que, se não há endereço, a individualização se tornaria inviável, e restaria configurada a necessidade da medida, ante a inexistência de alternativa menos danosa.

O referido argumento não merece, contudo, prosperar. Este parte de uma premissa equivocada, qual seja, a de que a existência de endereço oficial impossibilita a individualização. É de se considerar, antes de mais nada, que a lei processual não vincula a individualização a nenhum formato específico, como por exemplo o endereço oficial. Desta forma, é amplamente possível a exploração de toda sorte de alternativas que possam facilitar ou mesmo possibilitar a identificação do local, quando inexistente endereço oficial.

Algumas soluções precárias, mas certamente eficazes, podem incluir a individualização por meio de fotografia, ou mesmo por meio de endereços extraoficiais que sejam amplamente reconhecidos na região em que o domicílio é inserido. As instâncias jurisdicionais não se encontram, contudo, limitadas a soluções improvisadas, podendo lançar mão de recursos tecnológicos amplamente viáveis para a individualização do domicílio. Tais como o sistema de posicionamento global, mais conhecido pela sigla GPS.

É de se destacar, portanto, que o critério necessidade não deve jamais ser confundido com mera conveniência. Não deve se cogitar, portanto, em um Estado Democrático de Direito, onerar excessivamente jurisdicionados em privilégio do que figurar como mais conveniente para a administração.

Cumprido destacar, por derradeiro, que obstáculos à investigação ou à individualização dos locais de atividade criminosa sempre existirão. Não há que se concluir, no entanto, que estes conduzem automaticamente à necessidade de alternativas extremadas e que não possuem

arcabouço legal ou constitucional.

### 3. SELETIVIDADE PENAL E O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO: UMA ANÁLISE DE PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A respeito do exame de proporcionalidade em sentido estrito, assim leciona Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>14</sup>:

[...] um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (...) A proporcionalidade em sentido estrito assumiria assim, o papel de um controle de sintonia fina (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

É de se notar, portanto, que o exame da proporcionalidade em sentido estrito abarca um juízo de custo e benefício entre o impacto sofrido pelo atingido e o ganho social da medida. Depreende-se, portanto, que o atingido pela medida concentra em si o mais importante parâmetro para a auferição da proporcionalidade em sentido estrito. Pertinente, portanto, uma observação mais detida com relação a quem é o atingido pelos mandados de busca e apreensão genéricos.

Em outras palavras, em se tratando de colisão aparente entre o direito à inviolabilidade domiciliar e o direito à segurança, tal como tratado anteriormente, é pertinente questionar quais são os titulares dos direitos suprimidos, e quais são os titulares dos direitos resguardados por meio da emissão de mandados de busca e apreensão genéricos.

É notório o fato de que regiões urbanas periféricas sejam as mais visadas pelos referidos mandados. À guisa de exemplo, apenas no estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2010 e 2017, foram executados mandados de busca e apreensão coletivos nas comunidades de Cidade de Deus<sup>15</sup>, Jacarezinho, Mangueiras, Mandela, Bandeira 2<sup>16</sup>, e Complexos do Alemão, da Penha<sup>17</sup> e da Maré<sup>18</sup>, entre outras. Isto é, o atingido pelo mandado de busca e

<sup>14</sup>MENDES; BRANCO, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup>CONJUR. *Juíza do RJ autoriza busca e apreensão coletiva na Cidade de Deus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>16</sup>O GLOBO. *Justiça suspende mandado coletivo de busca e apreensão no Jacarezinho*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/justica-suspende-mandado-coletivo-de-busca-apreensao-no-jacarezinho-21747205>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>17</sup>VEJA. *Justiça suspende mandado de busca e apreensão no Alemão*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/justica-suspende-mandado-de-busca-e-apreensao-no-alemao/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>18</sup>EXTRA. *Justiça expede mandado coletivo e polícia pode fazer buscas em todas as casas do Parque União e*

apreensão genérico, em um número considerável de ocasiões, possui um perfil específico, delineado pela marginalidade social.

A este respeito, Aury Lopes Jr<sup>19</sup>:

Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas ‘favelas’ de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os “outros”, ou, ainda, a multidão de invisíveis.

A teoria da seletividade penal tampouco falha em oferecer explicações para o referido fenômeno. A este respeito, Nilo Batista<sup>20</sup>:

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. (...) As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção da criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário. (...) a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo.

No mais, a referida seletividade necessitaria de um critério específico para se materializar. A respeito destes critérios, leciona Nilo Batista<sup>21</sup>:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes[...]

A construção social dos referidos estereótipos, de acordo com o autor, estaria

---

da Nova Holanda. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivopolicia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html>>.

Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>19</sup>LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 731.

<sup>20</sup>BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 43.

<sup>21</sup>Ibid, p.47.



intrinsecamente relacionada a um processo de criminalização da pobreza, motivado pela agenda não oficial do sistema penal. A respeito desta última, ensina Juarez Cirino dos Santos<sup>22</sup>:

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação de riqueza material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho (...) o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e circulação de riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) - , assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre a outra.

As referidas teorias consistem na explicação oferecida pela criminologia crítica e pela teoria crítica do Direito Penal para a prevalência de cidadãos pobres nos contextos hiperpolicização, de uma maneira geral, e nos presídios, de maneira específica. Se aplicadas à análise dos mandados de busca e apreensão genéricos, as referidas teorias conduzem à conclusão de que localidades periféricas são mais alvejadas pelos referidos mandados em decorrência da seletividade inerente ao fenômeno de criminalização secundária, moldado pelos estereótipos associados à agenda não-oficial do sistema penal.

É possível afirmar, ainda, que da mesma forma que o ônus dos mandados de busca e apreensão genéricos é distribuído de maneira seletiva, o mesmo ocorre com os frutos positivos do referido instrumento. Decerto, o zelo pela segurança pública beneficia todo o corpo social. Contudo, apenas para as regiões periféricas essa segurança pública tomará forma de operações policiais ostensivas, que não raro produzem trocas de tiros em regiões de altíssima densidade populacional. Cuida-se, portanto, de seletividade esta que ocorre ao arrepio da ordem constitucional, sendo mister o seu enfrentamento pelas vias judiciais.

Cuida-se, portanto, do risco de constituir verdadeiros territórios de exceção, onde mecanismos autoritários que não encontram respaldo no ordenamento legal encontram lugar independentemente da suspensão da ordem constitucional em uma escala nacional. O território de exceção, conforme os ensinamentos de Giorgio Agamben<sup>23</sup>, constitui em um espaço territorial que encontra-se simultaneamente inserido na área de incidência de um determinado ordenamento jurídico, mas dentro do qual a ordem jurídica encontra-se temporalmente suspensa. O pretexto para a referida suspensão é o de que uma situação factícia extraordinária é apta a legitimar a adoção de medidas igualmente extraordinárias.

<sup>22</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

<sup>23</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, Coleção Estado de Sítio, 2004, p.49.

A este respeito, pertinentes os ensinamentos de Giorgio Agamben<sup>24</sup>:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia (virtual) no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.

Mister reafirmar, portanto, que a formação de territórios de exceção é terminantemente vedada pela ordem constitucional, sob o prisma dos princípios da igualdade, da legalidade e da dignidade da pessoa humana. Não há que se tratar com naturalidade, portanto, que determinadas regiões sejam seletivamente brindadas com mecanismos investigativos e de persecução penal que extrapolam os limites postos pelo ordenamento pátrio.

Desta feita, é essencial que a comunidade jurídica se preste a conduzir de maneira não seletiva a ponderação entre o impacto do mandado de busca e apreensão genérico para o ofendido e o benefício da medida para o corpo social. Em outras palavras, nenhuma medida judicial que seria considerada inaceitável em localidades nobres ou de classe média deve ser considerada aceitável em comunidades periféricas.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou colaborar para a abordagem crítica do instituto do mandado de busca e apreensão genérico. Para tal, buscou-se elucidar brevemente os fundamentos de inadequação, desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito do referido instituto jurídico.

Constatou-se, inicialmente, que a inadequação do mesmo resulta de sua intrínseca incompatibilidade com o fim primordial do processo penal democrático, que é o de contenção do poder punitivo às limitações legais e constitucionais. Verificou-se, portanto, a inaptidão do mandado de busca e apreensão na modalidade genérica para alcançar os fins do referido instituto.

De igual modo, a desnecessidade do mesmo resulta da vedação legal à modalidade de *fishing expedition*, e na existência de alternativa menos danosa ao jurisdicionado, que

---

<sup>24</sup> Ibid.

constitui em um trabalho investigativo minucioso e na utilização de formas alternativas de individualização de domicílios alvo de mandados, incluindo, mas não limitando-se, à exploração de possibilidades em novas tecnologias.

Por fim, a a desproporcionalidade em sentido estrito do referido instituto é evidenciada à luz da teoria da seletividade penal, sendo certo que, em uma interpretação não seletiva, os ganhos do corpo social não compensam os prejuízos dos atingidos pela referida medida.

É de se concluir, portanto, que mesmo o mais completo caos em matéria de segurança pública não deve se sobrepôr às garantias legais e constitucionais, pois somente a estrita observância às mesmas é capaz de legitimar o exercício regular do poder punitivo. Destarte, apenas o poder punitivo legitimado pela mais afinada ordem constitucional pode ser considerado capaz de alcançar a tão almejada paz social.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, Coleção Estado de Sítio, 2004.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; GOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. *Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>>. Acesso em: 01 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

A CONSTITUCIONALIDADE DO *HOMESCHOOLING*

Milena Venâncio da Cruz Volponi

Graduada em Direito pela Fundação  
Getúlio Vargas. Advogada.

**Resumo** - O *Homeschooling* é uma demanda presente na sociedade brasileira. Nesse contexto, discute a possibilidade da CF/88 reconhecer a constitucionalidade do ensino domiciliar na sociedade atual. Paralelamente, discute-se os principais reflexos do *Homeschooling* no desenvolvimento da criança e do adolescente. Analisa-se a posição do STF sobre a necessidade de regulamentação para aplicação do ensino domiciliar. Por fim, conclui-se sobre a possibilidade do ensino domiciliar.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito à educação. Possibilidade do ensino domiciliar.

**Sumário** - Introdução. 1. Os Principais aspectos constitucionais da possibilidade do *Homeschooling* 2. Análise do impacto do processo de socialização da criança que não participou do processo de escolarização 3. Crítica ao panorama atual do *Homeschooling*. Conclusão. Referências

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade do *homeschooling*, que versa sobre a possibilidade do Estado se abster do dever de prestar educação e, concomitantemente, a possibilidade da família prestar educação unilateral sem tutela do Estado. Procura-se demonstrar se há a possibilidade, no ordenamento jurídico hoje vigente, e os principais impactos sociais dessa medida.

Para tanto, abordam-se os principais dispositivos sobre o tema em questão, associado às posições doutrinárias de doutrina e de jurisprudência sobre o assunto, a fim de se discutir se é possível o *homeschooling* no ordenamento jurídico vigente.

A Constituição Federal estabelece que é dever do Estado, da família e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A educação é o tema central de uma sociedade desde os primórdios, já que sua ausência pode acarretar dano irreparável, uma vez que ela garante desenvolvimento social, econômico e cultural. Com o passar do tempo, o processo de formação individual apresentou diferentes transformações; no primeiro momento é dever do Estado e da família o fornecimento do processo educacional do indivíduo. No entanto, surge o desejo, por uma parte da população, em oferecer aos seus filhos o estudo básico em casa sem tutela do Estado. Nesse contexto, surge a necessidade de analisar a constitucionalidade desse processo.

O tema é controvertido, pois o texto constitucional, em seu art. 227, impõe dever concomitante do Estado e da família em prestar o direito à educação, não dispondo sobre a possibilidade de o Estado ou família se abster desse dever. Torna-se o tema controvertido na doutrina e na jurisprudência.

Para uma melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os principais dispositivos e posições doutrinárias sobre o tema a fim de se discutir a possibilidade da família oferecer a seus filhos a educação em casa, não frequentando a criança estabelecimentos particulares ou públicos de ensino. Pretende-se, ainda, analisar os impactos tanto positivos quanto negativos de uma criança que não participou do processo tradicional de educação. E, por fim, analisar qual direito fundamental que deve prevalecer.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a discussão sobre o tema do ponto de vista constitucional, analisando a possibilidade do Estado se abster no fornecimento da Educação, e consequentemente, a possibilidade da família prestar educação de forma unilateral.

Segue-se, no segundo capítulo, ponderando quais os impactos que podem acarretar uma criança que não participou do processo de educação tradicional; se há ou não uma violação ao direito social e fundamental.

No terceiro capítulo de pesquisa, busca-se analisar o panorama atual do *Homeschooling* no Brasil.

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. OS PRINCIPAIS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA POSSIBILIDADE DO *HOMESHCOOLING*

Segundo o art. 205 da CRFB<sup>1</sup>, é dever do Estado e da família promover e incentivar a educação visando o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para exercer ato de cidadania e capacidades para inserção no mercado de trabalho.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

O *homeschooling*<sup>2</sup> é uma prática por meio da qual os pais ou o responsável assumem a responsabilidade pela escolarização formal da criança, que deixa de integrar as instituições formais de ensino, tal como escolas privadas e instituições públicas, controladas pelo Estado.

A questão central sobre o *homeschooling* é que a própria CRFB não deixa clara a possibilidade da educação ser feita em casa, somente fazendo referência ao ensino oficial, abrindo margem para diversas interpretações sobre a questão.

A CRFB é elaborada sobre um eixo principal, que é a dignidade da pessoa humana, visando à proteção do indivíduo e colocando-o no centro do ordenamento jurídico. Nesse contexto, pode-se depreender que o Estado é limitado pela CRFB, e está a serviço do indivíduo, e, conseqüentemente, deve respeitar as decisões de cada indivíduo sobre suas escolhas particulares. Essa proteção constitucional é aplicada também a crianças e adolescentes.

No art. 226<sup>3</sup>, caput da CRFB, a família é vista como base da sociedade e tendo especial proteção do Estado para sua atuação. Partindo do princípio de que a própria constituição estipula que a família é a base para as demais instituições, essa tem que ter base para tomar suas decisões de caráter individual, cabendo ao Estado proteger e preservar tais decisões.

Deve ser destacado que a família é sujeita de proteção em vários dispositivos constitucionais, é de suma importância constitucional, e que suas decisões devem ser preservadas. No seu art. 203, I, da CRFB<sup>4</sup>, a família aparece como o objetivo de proteção da assistência social.

Além da previsão Constitucional, pode-se verificar que a tutela familiar é mais ampla. Segundo o art. 1.518 da CC<sup>5</sup>, é vedada a intervenção em assuntos familiares tanto a pessoas de direito público quanto a pessoas de direito privado.

Nesse contexto, o papel do Estado se torna mínimo, somente intervindo na estrutura familiar quando ela não estiver saudável, a ponto de causar lesões físicas e mentais a crianças e adolescentes. Mesmo diante desse quadro, deve o Estado atuar com proporcionalidade para intervenção, obedecendo a adequação, necessidade e proporcionalidade.

A atuação estatal deve ser subsidiária, devendo ter autorização familiar para atuação do Estado.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Associação Nacional Educação Domiciliar. *Conceituação do Homeschooling*. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito>> Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>3</sup> Idem. op. cit., nota 1

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 out. 2018.



Sob o ponto de vista da educação, em regra, o art. 206, II, da CRFB<sup>6</sup> menciona que o ensino será ministrado com liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Tal dispositivo denota uma liberdade ao oferecimento de educação concedida pelo legislador. Atrelado a essa liberdade, o constituinte, no art. 206, III, da CRFB<sup>7</sup>, estipula liberdade pedagógica e pluralidade de ideias.

Tais dispositivos constroem um caminho claro no sentido da possibilidade do ensino em casa, uma vez que associam a liberdade educacional, pluralidade de ideias e a proteção das decisões familiares.

Deve-se ser destacado, nesse contexto, que o limite da liberdade pedagógica e de ideias está associado ao cumprimento do dever da educação previsto no art. 205 da CRFB.<sup>8</sup>

O art. 205 da CRFB<sup>9</sup> estipula que a educação será incentivada pela sociedade em geral, mas não especifica que a escola será o meio para o desenvolvimento da educação, e não há na constituição a indispensabilidade da escola nesse processo. Abre-se, portanto, caminho para outros modelos constitucionais.

Associado aos ditames constitucionais, o ECA<sup>10</sup> estabelece, no art. 21, que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições entre o pai e a mãe, e, em caso de discordância, cabe à autoridade judiciária a resolução do conflito. Deve ser destacado que o próprio diploma normativo menciona que o poder familiar é um poder e dever dos pais, devendo ser instituído tutelando o interesse dos filhos de forma que seja possível o melhor interesse da criança ou do adolescente de acordo com art. 226, § 7, da CRFB.<sup>11</sup>

Em regra, a decisão dos pais presume-se em melhor interesse da criança e do adolescente, em nome do princípio da deferência parental. Esse princípio somente é afastado com decisão transitada em julgado.

O art. 1.630 do CC<sup>12</sup> esclarece que é dever do filho, menor de 18 anos, se submeter às decisões dos pais, extinguindo o dever até a idade de 18 anos ou em hipótese de emancipação.

Apesar de o art. 55 do ECA<sup>13</sup> dispor sobre a necessidade da obrigação dos pais em matricular os filhos na escola, esse artigo deve ser compatibilizado com os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que esses são considerados hierarquicamente

---

<sup>6</sup> Idem. op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccv03/leis/18069.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Idem. op. cit., nota 5.

<sup>13</sup> Ibidem.

superiores, devendo prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, na hipótese de que a educação domiciliar seja mais benéfica para a criança do que a educação escolar, a educação domiciliar deverá prevalecer. Afastando, portanto, a aplicabilidade do art. 55 do ECA<sup>14</sup>.

Sobre a análise das leis de introdução ao direito brasileiro, depreende-se que a educação não se exaure na escola, art. 1º, § 1º, da LINDB.<sup>15</sup> Nesse contexto, a lei deixa clara a existência de vários tipos de educação, tal como a formal, informal e não formal.

Essa perspectiva resta configurada, quando a lei menciona no art. 1º, §1º: “Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias”. Tal dispositivo, portanto, demonstra que há outros tipos de formação, pois enfatiza o predominantemente escolar.

No tocante aos tratados internacionais, os principais tratados universais sobre o tema são: Convenção Americana de Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos da Criança e Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No art. 12, a Convenção Americana<sup>16</sup> menciona que é livre a educação religiosa e moral, preponderando a escolha dos pais.

O art. 18 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito da Criança<sup>17</sup> menciona que cabe aos pais a escolha primordial da educação e o desenvolvimento da criança em geral.

O art. XXVI da DUDH<sup>18</sup> não limita a escolaridade ao ensino escolar, devendo prevalecer a escolha dos pais em relação ao Estado.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança tutela o melhor interesse da criança, e menciona que o melhor interesse são diretrizes que devem ser seguidas pelos pais.

Nesse contexto, deve mencionar que a CFRB concede aos tratados internacionais supremacia, devendo prevalecer suas disposições. Associado a uma ausência de vedação constitucional, presume-se que a conduta é permitida, uma vez que o princípio da legalidade estipula que tudo que não constitucionalmente proibido é permitido.

---

<sup>14</sup> Idem. op. cit, nota 10.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 08 out. 2018.

<sup>16</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basico\\_s/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basico_s/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 05 nov. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. *Convenção das Nações Unidas sobre Direito da Criança*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso: 07 out. 2018.

<sup>18</sup> ONU. *Declaração de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 out. 2018.

## 2. ANÁLISE DO IMPACTO DO PROCESSO DE SOCIALIZAÇÃO DA CRIANÇA QUE NÃO PARTICIPOU DO PROCESSO DE ESCOLARIZAÇÃO

O ponto sensível quando se trata do ensino domiciliar é a socialização da criança, pois, teoricamente, a criança no ensino domiciliar não sai de casa para estudar, e, conseqüentemente, não tem contato com outras crianças cotidianamente, o que inviabilizaria a interação e a troca de experiências sem intervenção dos pais.

No entanto, essa premissa não é verdadeira. Pois, parte do ponto que a escola exerce esse papel de socialização da criança e que essa socialização é feita de modo saudável em todas as escolas do país. E isso não é verdade.

Corroborando tal fato, surge e ganha grande relevância no ambiente escolar a expressão “*bullying*”, que é entendido como:

[...] uso de força física, ameaça ou coerção para abusar, intimidar ou dominar agressivamente outras pessoas de forma frequente e habitual. Um pré-requisito é a percepção, pelo intimidador ou por outros, de um desequilíbrio de poder (social e político) ou poder físico, que distingue o *bullying* de conflito. Os comportamentos usados para afirmar dominação podem incluir assédio verbal ou ameaça, abuso físico ou coerção, e tais atos podem ser direcionados repetidamente contra alvos específicos. As justificativas para tal comportamento às vezes incluem diferenças de classe social, raça, religião, gênero, orientação sexual, aparência, comportamento, linguagem corporal, personalidade, reputação, linhagem, força, tamanho ou habilidade.<sup>19</sup>

Esse processo de nomeação de uma prática de brincadeiras de mau gosto no ambiente escolar evidencia uma distorção no processo de socialização no ambiente escolar. Ou seja, nem sempre a socialização é feita de maneira harmônica para o desenvolvimento físico e psicológico da criança/adolescente.

Ademais, o processo de escolarização padroniza as crianças em classes sociais e de desempenho, tornando-se um ambiente em que as trocas são pobres, uma vez que se tem contato com crianças com a mesma realidade, tornando-se futuros consumidores típicos e sem possibilidade de pensar uma vida diferente.

Dependendo da formação pedagógica da escola, o ambiente escolar pode se tornar um local competitivo, em que o mau desempenho em determinado período ou matéria pode rotular a criança/adolescente, diminuindo a sua autoestima, gerando conseqüências enormes para seu

---

<sup>19</sup> JUVONEN, J. GRAHAM. Bullying in Schools: The Power of Bullies and the Plight of Victims. *Annual Review of Psychology*, v. 65. p.159–85, 2014. Disponível em: < <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-psych-010213-115030>> Acesso em: 20 mar. 2019.



futuro. A escola padroniza e não considera as especificidades e talentos de cada criança/adolescente.

O argumento de falta de socialização no *Homeschooling* é superficial, pois o processo de socialização da criança não se restringe à escola. É sabido que há várias outras formas de socialização da criança, nos clubes, na igreja, danças, lutas etc. Locais em que é possível que a criança crie um meio de interação com grupos que não seja somente o núcleo familiar.

As pesquisas empíricas feitas pelo *National Home Education Research Institute*<sup>20</sup>, nos Estados Unidos, mencionam que as crianças que recebem a educação *homeschooling* não têm apenas mais desenvolvimento que as crianças com ensino tradicional, mas possuem um nível de socialização mais elevado, pois está aberta a troca não somente com pessoas da mesma faixa etária mas também com diversas outras faixas etárias.

Nesse contexto, deve ser considerado o perfil dos pais que fazem a opção pelo *Homeschooling*<sup>21</sup>, em geral, são pessoas que estão dispostas a investir tempo e dinheiro no processo de formação intelectual do filho, e decidem assumir essa responsabilidade. São pais que têm uma preocupação com os valores com os quais os filhos vão ter contato e desejam supervisionar de perto.

Pode-se verificar, por se tratar de um processo trabalhoso, que o perfil dos pais que fazem essa opção é formado de pais comprometidos e que possuem condições para a manutenção do ensino integral dos filhos. Ou seja, não se trata de pais que fazem essa opção por displicência no processo de formação dos filhos.

Diversas associações internacionais que trabalham com a questão do *homeschooling* apontam a grande preocupação dos pais na criação de uma grade de atividades, com estudo e atividades extracurriculares, para que a criança/adolescente possa ter acesso a uma interação com o mundo fora do escopo familiar.

Medlin<sup>22</sup> tem uma série de pesquisas que expõe os argumentos dos pais favoráveis ao ensino domiciliar. Nessas pesquisas fica claro que os pais consideram que o ensino tradicional é autoritário e rígido, onde a padronização e a conformidade são desenvolvidas. Sendo o convívio entre as crianças e adolescentes muitas vezes marcado por hostilidade e deboche. Os pais que foram entrevistados, segundo o autor, mencionam que há uma grande preocupação com o ambiente escolar e a formação da autoestima, pois, no futuro, esse ambiente pode tornar

---

<sup>20</sup> ESTADOS UNIDOS. National Home Education Research Institute. *Research Facts on Homeschooling*. Disponível em: <https://www.nheri.org/>. Acesso em: 10 fev. 2019

<sup>21</sup> Idem. op. cit., nota 2.

<sup>22</sup> MEDLIN R. G. *Homeschollin and the question of socizatiion*, Peabody Journals of Education, p. 75, 2000.

as crianças inseguras e antissociais. O autor aponta que são esses os principais argumentos para que os pais optem pelo ensino domiciliar e não pelo ensino tradicional.

No trecho a seguir, Medlin<sup>23</sup> deixa clara a temática da socialização no *homeschooling*.

As crianças educadas em casa estão tomando parte de rotinas diárias de suas comunidades. Elas certamente não estão isoladas, na verdade, estão associadas com – e sentem-se próximos a – todo tipo de pessoa. Os pais delas podem tirar muito do crédito por isso. Pois, com o desenvolvimento social de longo prazo dos filhos em mente, eles ativamente os encorajam a tirar proveito das oportunidades sociais externas à família. As crianças educadas em casa estão adquirindo as regras de comportamento e os sistemas de crenças e atitudes de que necessitam. Elas têm boa autoestima e estão propensas a demonstrar menos problemas de comportamento do que outras crianças. Essas crianças podem ser mais maduras socialmente e também têm melhores habilidades de liderança do que outras crianças. Igualmente, parecem estar agindo efetivamente como membros da sociedade adulta (MEDLIN, 2000, p. 17 apud VIEIRA, 2012, p. 21).

Morton<sup>24</sup> vê a possibilidade do estudo em casa como o caminho para fugir da estrutura capitalista, que é vista como uma forma de opressão pelo Estado.

Segundo Kunzman e Gaiter<sup>25</sup>, em seus estudos realizados, os *homeschoolers*, comparados com as crianças do ensino tradicional, possuem uma série de habilidades desenvolvidas que os alunos das escolas tradicionais não possuem. Além de participarem de um número maior de atividades extracurriculares, o que possibilita maior interação.

Monk<sup>26</sup> apresenta uma nova visão do *Homeschooling*. Menciona que as crianças que têm o estudo em casa seriam mais bem socializadas, pois teriam relação com uma maior gama de pessoas e interações sociais mais ricas, uma vez que não só socializam com crianças da mesma faixa etária.

Nesse contexto, pode-se verificar que a questão da socialização não é um problema do ponto de vista do *homeschooling*, pois diversas pesquisas demonstram que o fator de socialização é mais alto nas crianças que possuem o ensino em casa do que nas do ensino tradicional.

---

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> MORTON, R. *Home Education: construction of choice*. Internation Eletronic Journal of Elementary Education, v. 3, p. 10-30, out. 2010.

<sup>25</sup> KUNZMAN, R. *Education, Schooling and Children's Rights*, v. 61 p. 75-89, February, 2012. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/cdd8/94d6ffb5ef1f69cf8bb2d853f362a95ff236.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>26</sup> MONK, D. *Regulating home education: negotiating standardas, anomalies and rights*, Child and Family Law Quarterly. v.21, p. 155-183, 2009.

### 3. CRÍTICA AO PANORAMA ATUAL DO *HOMESCHOOLING*

O *Homeschooling* nos reporta a uma lacuna constitucional. Pois, não há um direito claro e escrito na Constituição de 1988 sobre a possibilidade do *Homeschooling* no Brasil. Porém, há um caminho que evidencia a possibilidade do *Homeschooling* no ordenamento jurídico.

De um lado, se tem o direito à educação como pilar da sociedade e do ordenamento jurídico. E a garantia constitucional de um ensino livre no âmbito educacional que preza pela pluralidade de ideias. Por outro lado, se tem a obrigação concorrente entre Estado e Família para provimento educacional.

Em que pese a importância da educação para a Constituição de 1988, essa não deixa claras quais as regras quando se trata de educação. Nem tampouco quem tem a responsabilidade final no processo de formação educacional de crianças e adolescentes.

Nesse contexto, o operador do direito deve interpretar as disposições constitucionais para que seja possível a aplicação da educação de forma eficiente no território brasileiro.

O Ministro Luiz Barroso, no RE nº 888815/RS<sup>27</sup>, cita sete relevantes motivos que demonstram o porquê das famílias optarem pelo *Homeschooling*:

A primeira, o desejo de conduzir diretamente o desenvolvimento dos filhos; a segunda, o fornecimento de instrução moral, científica, filosófica e religiosa da forma que os pais considerem mais adequado; a terceira, a proteção da integridade física e mental dos educandos, retirando-os de ambientes escolares agressivos, incapacitantes ou limitadores - nem todas as escolas ficam no Lago Sul de Brasília, ou no Leblon ou no Jardins; quatro, o descontentamento com a real eficácia do sistema escolar ofertado pela rede pública ou privada; cinco, o desenvolvimento de um plano de ensino personalizado e adaptado às peculiaridades das crianças e adolescentes; seis, a crença na superioridade do método de ensino doméstico em relação aos modelos pedagógicos empregados pela rede regular de ensino; e sete, a dificuldade de acesso às instituições de ensino tradicionais em virtude de restrições financeiras ou geográficas.

Nesse contexto, deve-se esclarecer que a educação domiciliar não é proibida no Brasil. Pois, não se tem nenhuma norma jurídica que considere o ensino domiciliar como inválido, devendo ser considerado lícito, uma vez que o ordenamento não proíbe.

Como bem mencionado pelo Ministro em seu voto, trata-se de um dever dos pais em relação aos filhos. Pois, o ordenamento estipula a educação como obrigação dos pais e a atuação do estado subsidiária.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal: RE nº 888815/RS. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

Corroborando tal premissa, o art. 1631 do CC menciona que o poder familiar é atinente aos pais. E, portanto, devem os pais tomarem as decisões que acharem pertinentes aos seus filhos, inclusive a educação. Logo, a escolarização não é uma obrigação, mas uma faculdade, pois quem tem poder para decidir são os pais.

Ressalta-se que, seguindo essa linha de raciocínio, o Ministério da Educação estipulou a possibilidade de obtenção do certificado de conclusão do Ensino Médio se determinado candidato - com 18 anos completos - obtiver, no mínimo, 450 pontos em cada uma das quatro provas objetivas do ENEM e 500 na redação.<sup>28</sup>

Segundo a LINDB e o ECA, resta claro que a matrícula no ensino somente é obrigatória para os menores que não sejam ensinados em casa ou que a educação seja considerada ineficiente.

Deve ser destacado que o art. 246 do CP<sup>29</sup> menciona que o abandono intelectual se configura na hipótese de os pais deixarem, sem justa causa, de promover a instrução primária dos filhos em idade escolar. Ou seja, o dispositivo penal não colocou como requisito que a instrução seja feita pelo modelo de escolarização tradicional. Ademais, segundo o art. 136 do ECA<sup>30</sup>, cabe ao Conselho Tutelar o poder de fiscalização da educação recebida por crianças e adolescentes, podendo, inclusive, submeter aqueles educados em casa a avaliações de desempenho intelectual condizentes com sua idade. Ressalta-se que não pode, porém, determinar o modo como serão educados, em casa ou na escola, o que constituiria abuso de autoridade por intromissão indevida na esfera do poder familiar dos pais.

Apesar de todo o debate sobre o tema, o STF decidiu, no julgamento do RE n° 888.815/RS<sup>31</sup>, que o ensino domiciliar hoje não é possível no ordenamento jurídico, de acordo com a legislação existente. Pois, necessita de uma regulamentação sobre o tema para que seja possível o *Homeschooling*.

No entanto, deve-se recorrer aos ensinamentos do Professor José Afonso da Silva.<sup>32</sup> As normas, segundo o doutrinador, possuem três níveis de eficácias: plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que imediatamente são aplicáveis, ou seja, diretamente produzem efeito, independente de norma integrativa infraconstitucional. Logo, essas normas são autoaplicáveis, sem depender de regulamentação.

<sup>28</sup> BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Certificação do Ensino Médio*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/certificacao-ensino-medio>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2019.

<sup>30</sup> Idem. op. cit, nota 05.

<sup>31</sup> Idem. op. cit, nota 26.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 150-206.



As normas de eficácia contida são aquelas que produzem efeitos desde logo, independente de regulamentação, podem, ou por expressa disposição, ter sua eficácia restringida por outras normas constitucionais ou infraconstitucionais.

As normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de uma regulamentação e integração por meio de normas infraconstitucionais para a produção de efeitos.

O direito à educação é inegavelmente um direito fundamental, e, portanto, possui eficácia plena, devendo todos os efeitos serem produzidos automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 expressamente prevê o papel concorrente da família e do Estado para a educação, e que, por isso, não há vedação constitucional ao ensino familiar, desde que cumpridos requisitos de avaliação por órgãos públicos.

Ao condicionar o direito à educação nos modos *Homeschooling* à necessidade de regulamentação posterior, o STF limitou a eficácia de um direito fundamental garantido pela CF/88. Pois, a partir dessa decisão, uma das formas do direito à educação foi rechaçada pelo ordenamento jurídico temporariamente.

Nesse contexto, pode-se verificar como consequência dessa decisão que o *Homeschooling* não é inconstitucional, uma vez que não foi declarado inconstitucional pela corte, mas que faltam parâmetros para implementar o estudo em casa no Brasil.

Apesar da decisão do STF ser deficitária do ponto de vista técnico, é compreensivo que a Suprema Corte busque critérios de avaliação do *homeschooler*.

## CONCLUSÃO

A conclusão mais relevante a que se chega com a pesquisa do presente artigo é a de que o ensino tradicional necessita de reformulação, pois é possível verificar falhas graves no sistema de educação que repercutem no desenvolvimento da criança e do adolescente.

É importante destacar que essa reformulação nem sempre vai causar uma ruptura entre escola e família, mas uma adaptação, considerando o melhor para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Paralelamente ao processo de reformulação do ensino, é necessário que se construa um arcabouço jurídico que vise garantir o atendimento de uma parcela da população que demanda pelo *Homeschooling*, uma vez que este possui base constitucional que evidencia o direito da família em ensinar seus filhos em casa.

Se o argumento principal para negar o ensino domiciliar era a socialização que era possível dentro do sistema escolar, esse argumento foi refutado com o presente artigo, uma vez que demonstra uma série de pesquisas que apontam para uma integração da criança mais proveitosa quando a socialização é feita fora do ambiente escolar.

A partir da decisão do STF, foi possível verificar maior mobilização para a instituição do *Homeschooling*.

No dia 11 de abril de 2019, Jair Bolsonaro assinou um projeto de lei que visa regulamentar a prática do ensino domiciliar. Esse projeto de lei estabelece os requisitos mínimos que os pais devem cumprir para que seja possível a opção pelo ensino domiciliar, tal como cadastro na plataforma do Ministério da Educação e a possibilidade de avaliação anual.

Ressalta-se que esse projeto de lei, caso seja aprovado, supre as lacunas que ensejaram a não declaração da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, deve-se atentar pela demanda crescente da população sobre o desejo de regulamentação do ensino domiciliar. Pois, na prática, apesar de não estar regulamentado, o *Homeschooling* é exercido na sociedade, ou por meio de decisões isoladas de tribunais locais, ou por meio de práticas irregulares familiares. Surgindo o dever do Estado de verificar e de fiscalizar a formação dessa criança e desse adolescente.

Logo, é de suma importância que esse tema seja regulamentado, tanto pela garantia de direitos fundamentais estabelecidos pela CF/88 como pelas consequências que uma prática de *Homeschooling* irregular podem causar a uma criança ou adolescente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Associação Nacional Educação Domiciliar. *Conceituação do Homeschooling*. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-conceito>> Acesso em: 02 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/11406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/11406.htm)>. Acesso em: 12 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Convenção das Nações Unidas sobre Direito da Criança*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 07 out. 2018.



\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.394*, de 20/12/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9394.htm). Acesso em: 06 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: *RE nº 888815/RS*. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 02 mar. 2019.

CAMPOS, A. R. Família e escola: um olhar histórico sobre as origens dessa relação no contexto educacional brasileiro. *Revista Vertentes*, São João Del Rei, v. 19, n. 2, p. 1-17, 2012.

ESTADOS UNIDOS. National Home Education Research Institute. *Research Facts on Homeschooling*. Disponível em: <https://www.nheri.org/>. Acesso em: 10 fev. 2019

JUVONEN, J. GRAHAM. Bullying in Schools: The Power of Bullies and the Plight of Victims. *Annual Review of Psychology*, v. 65. p.159–85, 2014. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-psych-010213-115030> Acesso em: 20 mar. 2019.

KUNZMAN, R. *Education, Schooling and Children's Rights*, v. 61 p. 75-89, February, 2012. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/cdd8/94d6ffb5ef1f69cf8bb2d853f362a95ff236.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

LUZURIAGA, L. *História da educação e da pedagogia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984.

MEDLIN R. G: *Homeschollin and the question of socizatiion*, Peabody Journals of Education, p. 75. 2000.

MONK, D. *Regulating home education: negotiating standardas, anomalies and rights*, Child and Family Law Quarterly. v.21, p. 155-183, 2009.

MORTON, R. *Home education: construction of choice*. Internation Eletronic Journal of Elementary Education, v. 3, p. 10-30, out. 2010.

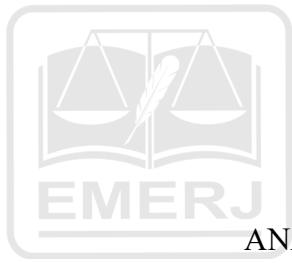
ONU. *Declaração de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 out. 2018.



SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005  
6, p. 150-206.

SÃO JOSÉ, F. *O Homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente*.  
Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VIEIRA, S. L. A. Educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. 2007. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, v. 88, n. 219. Disponível em:  
<<http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep/article/view/749>>. Acesso em: 04 abr. 2019.



## ANÁLISE DO DIREITO REAL DE LAJE E SUA EFICÁCIA NO CRESCIMENTO URBANO DESORDENADO DAS CIDADES BRASILEIRAS

Monique Barbosa de Lemos

Graduada pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O Direito Real de Laje foi consagrado na Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016, que dispôs, em suma, acerca da regularização fundiária e urbana. Tal medida alterou o artigo 1.225 do Código Civil e incluiu os artigos 1.510-A ao 1.510-E ao referido diploma legal. Em 2017, o legislador converteu a medida provisória na Lei nº 13.465/2017 e positivou mais um direito real, com o intuito de regularizar as construções desordenadas que surgem diante do anseio por moradia digna, conferindo segurança jurídica aos indivíduos titulares da laje. Diante do exposto, o objetivo do trabalho é discutir a natureza jurídica do direito real de laje, bem como a sua eficácia como instrumento garantidor do direito constitucional à moradia digna e, se a positivação de tal direito configura uma solução para amenizar o crescimento urbano desordenado das cidades brasileiras.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito Real de Laje. Lei nº 13.465/2017. Regularização Fundiária.

**Sumário** – Introdução. 1. Direito Real de Laje: o surgimento de um direito autônomo ou um desdobramento do direito de superfície? 2. A positivação do direito real de laje e sua eficácia como um instrumento garantidor do direito constitucional à moradia digna. 3. Positivação do direito real de laje: uma solução para amenizar o crescimento urbano desordenado das cidades brasileiras? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o Direito Real de Laje e o crescimento urbano desordenado das cidades brasileiras. Objetiva-se demonstrar que a positivação desse direito real traduz relevante avanço, no sentido de regularizar as construções desordenadas que surgem diante do anseio por moradia digna.

Contudo, embora o Direito Real de Laje tenha sido reconhecido e positivado, por meio da Lei nº 13.465/2017, é necessário discutir se esse direito configura um instrumento capaz de produzir efeitos que amenizem o crescimento desordenado urbano, que assegurem o acesso e o exercício do direito constitucional e fundamental à moradia, bem como se tal novidade legislativa se adequa ao contexto social brasileiro.

A temática apresentada representa uma questão social extremamente relevante, diante da delicada e atual problemática habitacional das cidades brasileiras, que estão abarrotadas de

construções irregulares em razão da ausência de mecanismos e políticas públicas que garantam o acesso à moradia digna.

Desse modo, para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o Direito Real de Laje e as normas que o regulamentam, bem como os motivos ensejadores da sua implementação, por meio de uma abordagem crítica e argumentativa acerca da sua eficácia e do problemático contexto habitacional brasileiro.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa apresentando a discussão quanto à natureza jurídica do Direito Real de Laje, bem como os principais argumentos acerca da divergência quanto à sua constituição como direito real sobre coisa própria ou direito real sobre coisa alheia.

Posteriormente, o segundo capítulo analisa se o Direito Real de Laje, por si só, é capaz de produzir efeitos que garantam o direito constitucional e fundamental à moradia digna, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, bem como discute a eficácia social desse direito nas cidades brasileiras.

Por derradeiro, o terceiro capítulo verifica se a positivação e regularização do Direito Real de Laje, é suficientemente capaz de solucionar a problemática do crescimento urbano desordenado das cidades brasileiras.

A pesquisa conterà um conjunto de proposições hipotéticas, que serão comprovadas ou rejeitadas, por intermédio do método hipotético-dedutivo, de forma argumentativa. Tal processo resultará nas conclusões acerca do objeto desse estudo.

Para tanto, o objeto desta pesquisa jurídica será abordado de forma qualitativa, empregando a bibliografia existente acerca da temática do estudo para, por meio de uma abordagem crítica e argumentativa, corroborar a tese apresentada e sustentada.

## 1. DIREITO REAL DE LAJE: O SURGIMENTO DE UM DIREITO AUTÔNOMO OU O DESDOBRAMENTO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Diante da realidade habitacional e urbanística das cidades brasileiras, nas quais é muito comum o aglomerado de construções verticais ou o denominado “puxadinho”, que se constitui por meio de acréscimos superiores ou inferiores realizados em construções já edificadas, surgiu a necessidade de regularização de tal fenômeno, com o objetivo de atribuir segurança jurídica e viabilizar a implementação do direito constitucional à moradia.

Nesse sentido, em dezembro de 2016 foi publicada a Medida Provisória nº 759, convertida na Lei nº 13.465/2017<sup>1</sup>, que dispõe acerca da regularização fundiária urbana e rural. A referida legislação instituiu o Direito Real de Laje, acrescentando o inciso XIII ao rol dos direitos reais previsto no artigo 1.225 do Código Civil.<sup>2</sup>

O Direito Real de Laje confere segurança jurídica à inúmeras famílias habitantes de um imóvel – laje, construído em superfície superior ou inferior à uma construção-base já existente, à medida em que estabelece a laje como uma unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, nos termos do artigo 1.510-A do atual Código Civil.<sup>3</sup>

Inicialmente, é relevante esclarecer que, como afirma Cristiano Chaves de Farias<sup>4</sup> “dúvida inexistente, pois, a respeito da natureza real do direito de laje, afastado, peremptoriamente, das situações obrigacionais e ostentando as características inerentes aos direitos reais.”

Assim, a Lei nº 13.465/2017, ao inserir o Direito Real de Laje no rol dos direitos reais previsto no artigo 1.225 do Código Civil, não suscita dúvida acerca da natureza real desse direito. Todavia, a divergência, ainda no âmbito da natureza jurídica, encontra-se em discutir se o Direito de Laje constitui direito real sobre coisa própria ou direito real sobre coisa alheia.

Tal discussão compreende extrema relevância prática, haja vista que seus efeitos reverberam na realidade social das cidades brasileiras e englobam o direito fundamental e constitucional à moradia digna.

Para os que se filiam ao entendimento, segundo o qual o Direito Real de Laje constitui um direito sobre coisa alheia, este seria um desdobramento do direito real de superfície, previsto no artigos 1.225, II e 1.369 do Código Civil<sup>5</sup>, sobre o qual leciona Flávio Tartuce:<sup>6</sup>

A superfície é o instituto real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno. Tal direito real de gozo ou fruição recai sobre bens imóveis, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369 do CC).

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 13.465/2017*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>2</sup> Idem. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia*. Bahia: JusPodivm, 2018, p. 55.

<sup>5</sup> Artigo 1.369, *caput*: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.” BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 1100.



Com base no posicionamento mencionado acima, o Direito Real de Laje é um desdobramento do direito real sobre coisa alheia, de uso ou fruição, em razão da possibilidade de sobrelevação, ou seja, de construção acima de uma edificação base já existente.

Sob esse prisma, o Direito de Laje seria limitado e acessório, em razão da subordinação ao direito de propriedade do proprietário da construção-base, sendo a laje um desdobramento do direito de superfície, somente.

Aliado à essa afirmação, está a exigência de autorização expressa do titular da construção-base, na hipótese em que o titular da laje queira ceder a superfície de sua construção para instituição de um sucessivo direito real de laje, o que reforçaria o seu caráter acessório e limitado.<sup>7</sup>

Nessa perspectiva, conclui Cristiano Chaves de Farias:<sup>8</sup>

Pelo fio do exposto, considerável parcela da doutrina brasileira vem reconhecendo na laje uma variação do direito de superfície, enquadrado como um direito real sobre coisa alheia, pertencente ao rol dos direitos reais de uso e fruição – de natureza limitada.

Contudo, entende-se que reconhecer o Direito de Laje como um direito sobre coisa alheia acarreta um afastamento do intuito legislativo e da realidade social e urbanística brasileira, diante da existência de interesses independentes dos titulares desse direito – lajeários.

Desse modo, verifica-se que o Direito de Laje constitui um direito real sobre coisa própria, autônomo e independente do direito de propriedade conferido ao proprietário da edificação base já existente.

O artigo 1.510-A, parágrafo 3º do Código Civil<sup>9</sup>, dispõe que a laje é uma unidade autônoma que terá matrícula própria, ou seja, a laje terá um registro no cartório de registro imobiliário, dissociado da matrícula do imóvel original. Imprescindível destacar que cada matrícula deve corresponder a um imóvel, conforme esclarece Cristiano Chaves de Farias:<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Artigo 1.510-A, § 6º : “O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes.” BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>8</sup> FARIAS, op. cit., p. 62.

<sup>9</sup> Artigo 1.510-A, § 3º: “Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.” BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>10</sup> FARIAS, op. cit., p. 64.



[...]Seguindo a exata compreensão do fôlio real, cada matrícula imobiliária há de corresponder a um imóvel e cada imóvel ocupa uma matrícula. Entender que a laje não se trataria de novo imóvel, caracterizador de um novo direito, seria reconhecer uma quebra no fôlio real, fazendo com que um único imóvel ocupasse duas diferentes e distintas matrículas – o que não é permitido pelo sistema legal.[...]

Ademais, o artigo supracitado ao estabelecer que o titular da laje poderá dela usar, gozar e dispor, permite o entendimento de que não há limitação ou subordinação desse direito ao titular do direito de propriedade da construção original. Outrossim, cabe ressaltar que o direito de superfície é temporário, constituído por tempo determinado, diferentemente do direito de laje.

Posto isso, percebe-se que ao instituir o Direito Real de Laje o legislador pretendeu conferir-lhe autonomia, independência e funcionalidade, de modo a compatibilizá-lo com a realidade habitacional brasileira e conceder segurança jurídica ao titular da laje. Assim, não há como concebê-lo como direito real sobre coisa alheia, sob pena de afrontar a própria legislação.

## 2. A POSITIVAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE E SUA EFICÁCIA COMO UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA DIGNA

A laje ou o denominado “puxadinho” retrata a efetivação informal do direito constitucional à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal.<sup>11</sup> A falta de estrutura e de políticas públicas, diante da explosão demográfica, fizeram surgir nas comunidades de baixa renda diversas construções verticalizadas e irregulares, acima de uma construção-base, em razão do anseio por moradia digna.

Diante dessa realidade habitacional das cidades brasileiras, a Lei nº 13.465/2017<sup>12</sup>, ao inserir o Direito de Laje no rol dos direitos reais previsto no artigo 1.225 do Código Civil<sup>13</sup>, positivou tal direito com o intuito de regularizar as construções informais e implementar o direito à moradia.

---

<sup>11</sup> Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>12</sup> Idem, op. cit., nota 1.

<sup>13</sup> Artigo 1.225, inciso XII: “São direitos reais: (...) XII – a laje.” Idem, op. cit., nota 2.

Ocorre que, a positivação do direito real de laje pode não ser suficiente para garantir a implementação do direito constitucional à moradia digna, e a sua eficácia social nas cidades brasileiras.

Nesse sentido, merece destaque o esclarecimento do Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Mello:<sup>14</sup>

O direito real de laje na forma como veio positivado pela lei 13.465/2017 (art. 1510-A e segs, CC) pode não atingir com a eficiência esperada os fins da demanda por regularização fundiária das habitações construídas sobre imóveis alheios nos assentamentos humanos informais, denominados popularmente como favela, palavra que está ligada aos homens que serviram ao exército brasileiro para dizimar os seguidores de Antonio Conselheiro na Guerra de Canudos e que recebem como prêmio a possibilidade de construir suas moradias no morro da Providência, no Rio de Janeiro.

O artigo 1.510-A<sup>15</sup> do Código Civil, estabelece que o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção para o titular da laje.

Outrossim, o parágrafo terceiro do referido artigo<sup>16</sup> dispõe que, os titulares da laje poderão usar, gozar e dispor de uma unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria.

Contudo, em que a pese a lei objective regularizar as construções desordenadas e irregulares existentes nas cidades brasileiras, principalmente nos grandes centros urbanos, não houve a observância ao contexto social no qual se insere a laje. Assim, surge o seguinte questionamento: o direito real de laje foi positivado para regularizar as construções verticalizadas nas comunidades de baixa renda, ou para regularizar a cidade formal?

Embora, muito se propague que o direito real de laje surgiu para efetivar o direito à moradia e a função social da propriedade para os indivíduos titulares da posse de “puxadinhos” nas comunidades de baixa renda, fato é que tal norma pode não ter aplicabilidade social.

Conquanto o artigo supracitado estabeleça a possibilidade da construção e regularização da laje, há a previsão de que a cessão da superfície superior ou inferior seja realizada pelo proprietário da construção-base.

---

<sup>14</sup> MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito à posse da laje*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/26/direito-posse-da-laje/>> Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>15</sup> Artigo 1.510 – A: “O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.” BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>16</sup> Idem, op. cit., nota 9.



Ocorre que, nas comunidades de baixa renda, onde os “puxadinhos” são mais presentes, é muito comum que o titular da construção-base não possua a regularização do seu imóvel, isto é, não tenha a propriedade consolidada no Cartório de Registro de Imóveis.

Desse modo, o referido dispositivo legal não é compatível com a realidade social das favelas dos grandes centros urbanos das cidades brasileiras. Nas palavras do Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Mello:<sup>17</sup>

Essa frustração pode se verificar porque o denominado direito de laje surge de modo informal, em tais comunidades, a partir de ocupações irregulares que não possuem assento registral imobiliário, afastando-se da premissa trazida pelo artigo 1.510-A, do Código Civil. O citado dispositivo legal prevê que o direito real de laje se assentará a partir da existência de propriedade formal da construção-base, fato que, repise-se, não ocorre na realidade das favelas.

No mesmo sentido, esclarece Sílvio Venosa:<sup>18</sup>

Nessa disposição excêntrica nosso legislador terceiro-mundista confessa-se como tal bem como se dá por vencido em resolver a problemática habitacional brasileira, para constiur uma modalidade de direito real que mais trará problemas que soluções. Raramente far-se-á registro imobiliário desse direito, mormente porque imóveis desse jaez situam-se em comunidades irregulares, com vasta pressão populacional e sérios problemas de segurança que longe estão da regularização registral.

Cumprе ressaltar que é inegável a relevância da positivação do direito real de laje, com o objetivo de garantir o acesso à moradia, direito social fundamental, que decorre da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>19</sup>

Contudo, é importante destacar que a lei positivada precisa observar o contexto social, sob pena de não alcançar a eficácia social pretendida. Ademais, o direito social à moradia deve ser assegurado, conforme as circunstâncias fáticas existentes.

---

<sup>17</sup> MELLO, op. cit., p.5.

<sup>18</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Real de Laje (criado pela Lei nº 13.465/2017)*. Artigo publicado no site GEN Jurídico em 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/11/08/direito-real-de-laje-lei-13-465-de-2017/>> Acesso em: 27 mar.2019.

<sup>19</sup>Artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” BRASIL, op. cit., nota 11.

Assim, esclarece Marcelo Novelino:<sup>20</sup> “Por estar consagrado em norma de natureza principiológica, o direito à moradia deve ser assegurado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.”

Dessa forma, é possível afirmar que a positivação do direito real de laje, dissociado de políticas públicas, e sem observar a realidade da problemática situação habitacional das cidades brasileiras, não é suficientemente eficaz para garantir o direito constitucional à moradia digna.

### 3. POSITIVAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE: UMA SOLUÇÃO PARA AMENIZAR O CRESCIMENTO URBANO DESORDENADO DAS CIDADES BRASILEIRAS?

A partir da segunda metade do século XX, as cidades brasileiras sofreram um intenso crescimento urbano informal, decorrente do anseio por acesso à moradia digna e ao exercício desse direito.

O processo de ocupação do solo de forma irregular, sem a observância de parâmetros urbanísticos, acarretou questões complexas diante de um fenômeno social que não possuía qualquer segurança e estabilidade jurídica.

A ocupação desordenada do solo caracterizou-se por meio das construções irregulares e improvisadas, sem infraestrutura, geralmente, em favelas ou morros, denominadas de “puxadinho” ou “laje”.

Cristiano Chaves de Farias, na segunda edição do livro “Direito de Laje: do puxadinho à moradia digna”, esclarece que:<sup>21</sup>

Segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 11 milhões de pessoas (6% da população do País) vivem em mais de 6 mil favelas, espalhadas pelas urbes brasileiras, muita vez com falta de serviços públicos e de urbanização. As maiores densidades são encontradas em Belém (PA), São Luís (MA), Recife (PE), São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ). As duas maiores cidades do Brasil, inclusive, possuem cerca de 20% espalhada em favelas.

A busca pelo exercício do direito à moradia foi, de certa forma, viabilizada pela ocupação desordenada das áreas urbanas que resultou em estruturas aglomeradas verticalmente, sem qualquer planejamento prévio.

---

<sup>20</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2016, p. 466.

<sup>21</sup> FARIAS, op. cit., p. 27.

Tais estruturas, retratam a realidade urbanística de inúmeras cidades brasileiras, sendo comumente encontradas nas comunidades de baixa renda. Todavia, cabe ressaltar que esse fenômeno social pode ser encontrado em qualquer esfera econômica, conforme explica o autor Cristiano Chaves de Farias:<sup>22</sup>

Como se nota, trata-se de um (corriqueiro) fenômeno social que gravitava em um limbo completo, e, mesmo não havendo qualquer ilicitude intrínseca em sua estrutura, gerando grave instabilidade para os que dele dependiam, sem que houvesse qualquer fundamento para tamanha desídia. Pior, sobre a laje firmou-se uma visão torta e desarcetada, vinculando-a a condições de carência de recursos ou de aglomerados não urbanizados, quando, na verdade, em qualquer esfera econômica é possível detectar o fato.

Dessa forma, a Medida Provisória nº 759/2016, convertida na Lei nº 13.465/2017, instituiu o direito real de laje com o objetivo de concretizar o direito social à moradia, bem como de regularizar o espaço territorial, a mobilidade, o meio ambiente e até mesmo a saúde pública.<sup>23</sup>

Assim, a positivação do direito real de laje surgiu com o objetivo de retirar o fenômeno social do “puxadinho”, do estado de insegurança e instabilidade dentro do qual estava inserido, em razão da ausência do registro próprio do direito do titular da laje.

Nesse sentido, afirma o Ministro Luís Felipe Salomão:<sup>24</sup>

Nesse passo, como instrumento de função social, notadamente em razão da realidade urbanística brasileira, previu o legislador, recentemente, o direito real de laje (CC, art. 1225, XIII, redação da Lei 13.465/2017). O foco da norma foi o de regulamentar realidade social muito comum nas cidades brasileiras, conferindo, de alguma forma, dignidade à situação de inúmeras famílias carentes que vivem alijadas de uma proteção específica, dando maior concretude ao direito constitucional à moradia (CF, art. 6º).

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 28.

<sup>23</sup> Exposição de motivos, item 7: “Demais disso, o crescimento muitas vezes desordenado dos grandes centros urbanos e a explosão demográfica brasileira em curto espaço de tempo vem causando diversos problemas estruturais que, por falta de regramento jurídico específico sobre determinados temas, ou mesmo por desconformidade entre as normas existentes e a realidade fática dos tempos hodiernos, não apenas impedem a concretização do direito social à moradia, como ainda produzem efeitos reflexos negativos em matéria de ordenamento territorial, mobilidade, meio ambiente e até mesmo saúde pública.” BRASIL. *Medida Provisória nº 759/2016*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)> Acesso em: 24 de abr. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.478.254*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74371727&num\\_registro=201401819930&data=20170904&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74371727&num_registro=201401819930&data=20170904&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 05 jun. 2019.

Todavia, a partir da positivação do direito real de laje, surge a seguinte e importante reflexão: a positivação pode ser uma solução para que o crescimento urbano desordenado das cidades brasileiras seja amenizado?

A regularização do referido direito é relevante para a paz social, consoante esclarecimento de Cristiano Chaves de Farias: <sup>25</sup>

A legalização do direito de laje contribuirá para a inserção dos bairros informais nos sistemas formais de proteção de direitos. Isso é relevante porque a regularização traz a paz social e colabora para a concretização do direito constitucional à moradia (CF, art. 6º), protegendo, em especial, a população de baixa renda que sofre com graves problemas de acesso à terra e à moradia e que clama pela promoção de uma regularização e de uma vida mais digna.

Embora se reconheça o avanço social e jurídico que a nova regulamentação traz para a realidade urbanística brasileira, entende-se que a positivação do direito real de laje, dissociada de políticas públicas efetivas e de melhorias no planejamento urbano, não solucionará a problemática e delicada questão habitacional diante do crescimento urbano desordenado.

O crescimento urbano desordenado envolve questões complexas, não se limitando a questões jurídicas e urbanísticas, mas, também, sociais, econômicas e ambientais.

Somente a implementação de políticas públicas direcionadas para o planejamento urbano e para a efetivação de direitos fundamentais, como moradia, saúde e meio ambiente equilibrado, será capaz de garantir eficácia à nova regulamentação, bem como sua aplicabilidade no contexto social das cidades brasileiras.

Acerca dessa temática, imprescindível destacar o entendimento do Professor Ricardo Pereira Lira: <sup>26</sup>

Como se vê, a existência de uma política pública, voltada para a solução da questão urbana, sobretudo para a difícil questão da regularização fundiária, é de fundamental importância para a observância dos princípios republicanos pertinentes ao reconhecimento da cidadania de toda a comunidade, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza, eliminação da marginalidade e das desigualdades sociais, à promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, e à construção de uma sociedade livre justa e solidária.

Portanto, é possível compreender a importância da positivação do direito real de laje, diante da formalização de um direito que já existia de modo fático, conferindo maior segurança e estabilidade aos titulares da laje.

---

<sup>25</sup> FARIAS, op. cit., p. 225.

<sup>26</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro. V. 01, nº 01, p. 261-276, 2006.





Contudo, o crescimento desordenado urbano envolve questões muito mais amplas, profundas e complexas, que a possibilidade de garantir a titularização formal de um direito. É imprescindível que o direito positivado esteja em consonância e harmonia com os clamores e anseios da sociedade, de modo a garantir a implementação dos direitos fundamentais, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

O intenso crescimento demográfico e o anseio pelo acesso ao direito constitucionalmente garantido à moradia, bem como a busca pelo seu exercício, acarretaram a ocupação desordenada do solo por meio de construções irregulares e informais nas cidades brasileiras.

Assim, tornou-se extremamente comum a visualização de construções verticalizadas, denominadas como laje ou “puxadinho”, constituídas por meio de acréscimos superiores ou inferiores à edificações já existentes. Tais construções fazem parte da realidade habitacional e urbanística brasileira.

Embora essa realidade seja a existente em nosso país por longos anos, os titulares das construções verticalizadas encontravam-se em um limbo jurídico, diante da ausência de positivação legal que regulamentasse os direitos e deveres dos lajeários.

Assim, com o intuito de conferir segurança jurídica e estabilidade, bem como de regularizar e ordenar a ocupação do solo, em dezembro de 2016 foi publicada a Medida Provisória nº 759, posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017, que dispõe acerca da regularização fundiária urbana e rural.

A referida Lei instituiu o Direito de Laje como um direito real, incluído no rol de direitos reais previsto nos incisos do artigo 1.225 do Código Civil, conferindo segurança jurídica, estabilidade e autonomia à diversas famílias brasileiras, uma vez que permite que a laje se estabeleça como uma unidade imobiliária autônoma constituída com matrícula própria, nos termos do artigo 1.510-A do Código Civil.

Quanto à natureza real desse direito, não há dúvida. Contudo, há divergência acerca da sua constituição como direito autônomo ou como um desdobramento do direito real sobre coisa alheia.

Para os que defendem ser o direito real de laje um direito sobre coisa alheia, seu exercício seria limitado e acessório, visto que estaria subordinado ao direito de propriedade do titular da construção original.

De modo diverso, para os que defendem que o direito real de laje constitui direito real sobre coisa própria, o legislador teria conferido autonomia, independência e funcionalidade ao exercício desse direito, de modo a compatibilizá-lo com a realidade habitacional brasileira.

Em que pese a positivação do direito real de laje tenha retirado os titulares da laje de um estado de instabilidade e insegurança jurídica, é possível que a lei não tenha eficácia e aplicabilidade social, uma vez que para alcançar os fins aos quais se destina, como a regularização fundiária, ocupação ordenada do solo e acesso à moradia digna, é imprescindível a implementação de políticas públicas.

Embora, se propague que o direito real de laje surgiu para efetivar o direito à moradia dos indivíduos titulares da posse de ‘puxadinhos’ nas comunidades de baixa renda dos grandes centros urbanos das cidades brasileiras, fato é que alguns dispositivos do novo instituto não são compatíveis com a realidade social das favelas, como por exemplo, o artigo 1.510-A do Código Civil.

O referido artigo estabelece que o proprietário da construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior da sua construção para o titular da laje. Contudo, a existência da propriedade formal da construção original é algo incomum na realidade das favelas.

Assim, verifica-se que o legislador, sem observar a realidade social, se preocupou em positivar um novo instituto que, dificilmente, solucionará a problemática habitacional brasileira, diante da inexistência de normas e políticas públicas que objetivem melhorias no planejamento urbano.

O crescimento urbano desordenado envolve questões e reflexões extremamente complexas e estruturais, que não serão resolvidas apenas com a positivação do direito real de laje.

Portanto, conclui-se que, conquanto a positivação do direito de laje configure um relevante avanço social e jurídico, a norma positivada sem a observância do contexto social e dissociada da implementação de políticas públicas não será suficientemente capaz de garantir o acesso à moradia digna, tampouco solucionar a problemática questão habitacional brasileira e amenizar a ocupação desordenada do solo.

## REFERÊNCIAS

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: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.465/2017*, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.257/2001*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 759/2016*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)> Acesso em: 24 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.478.254. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74371727&num\\_registro=201401819930&data=20170904&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74371727&num_registro=201401819930&data=20170904&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em 05 jun. 2019.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito à Posse da Laje*. Artigo publicado no site jurídico GEN Jurídico em 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/26/direito-posse-da-laje/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; DIAS, Wagner Inácio; DEBS, Martha El. *Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia*. Juspodivm, 2018.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro. v. 1, n. 1, p. 261 – 276, jan/dez. 2006. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/10493/8265>> Acesso em: 24 abr. 2019.

MATOSINHOS, Ana Paula; FARIA, Edimur Ferreira. A efetividade do direito real de laje como instrumento de política pública para acesso à moradia digna. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Maranhão. v. 3, n. 2, 2017, p. 56 -71, Julho/Dezembro 2017.

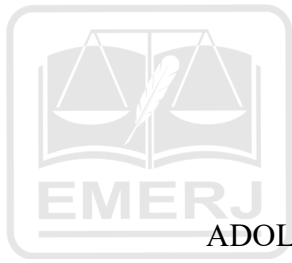
ROSA, Rafaella Vieira. Direito de laje: a novidade legislativa criada pela Lei nº 13.465/2017 e suas questões polêmicas. *Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ*. Rio de Janeiro. v.10, n.1, 2018 / 2019, p. 1.292 – 1.305, 1º semestre de 2018. Disponível em:<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2018/pdf/RafaellaVieiradaRosa.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/RafaellaVieiradaRosa.pdf)> Acesso em: 24 abr. 2019

SOARES, Raquel Antunes da Fonseca. O direito real de laje como instrumento de exercício da cidadania nas comunidades marginalizada. *Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ*. Rio de Janeiro. v.10, n.1, 2018 / 2019, p. 1.306 – 1.320, 1º semestre de 2018. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2018/pdf/RaquelAntunesdaFonsecaSoares.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/RaquelAntunesdaFonsecaSoares.pdf)> Acesso em: 24 abr. 2019.

STOLZE, Pablo. *Direito Real de Laje: Primeiras impressões*. Artigo publicado no site Jus.com.br em 01/ 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931/direito-real-de-laje-primeiras-impressoes>> Acesso em 24 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio. *Direito real de laje (criado pela Lei 13.465 de 2017)*. Artigo publicado no site GEN Jurídico em 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/11/08/direito-real-de-laje-lei-13-465-de-2017/>>. Acesso em 24 abr. 2019.



## O CONTEXTO DE VIOLÊNCIA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUA REINTEGRAÇÃO SOCIAL POR MEIO DO TRABALHO

Naira Serafim Campos Fróes

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unilasalle/RJ. Advogada.

**Resumo** – o adolescente em conflito com a lei é também objeto de apuração dentro do contexto social de violência no estado do Rio de Janeiro. A eficácia das medidas socioeducativas, a eficiência de aplicação importam necessidade de não reincidência no sistema infrator, o que impõe a necessidade de ressocialização daqueles que praticam atos infracionais análogo a crime. A essência do trabalho é abordar a necessidade de ressocialização do adolescente em conflito com a lei por meio do trabalho, diante das possíveis qualificações educacionais e profissionalizantes que, ao longo do cumprimento das medidas impostas pela autoridade jurisdicção, são oferecidas.

**Palavras-chave** – Direito da Criança e do Adolescente. Direito Socioeducativo. Adolescente em conflito com a lei. Ato infracional análogo a crime. Aplicação. Medida Socioeducativa. Eficácia. Ressocialização. Trabalho. Empreendedorismo.

**Sumário** – Introdução 1.As medidas socioeducativas: aplicação e eficiência. 2.Atuação do Estado como meio de integração do adolescente. 3.O exercício da empresa como um meio alternativo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico trata da temática do adolescente em conflito com a lei e sua ressocialização. Importante o assunto, uma vez que, diante do contexto de violência do Estado do Rio de Janeiro, os adolescentes não são reinseridos na sociedade e praticam reiteradamente os atos infracionais. A Lei Complementar nº 123/06 pode auxiliar e aflorar o empreendedorismo como meio de ressocialização e ganho financeiro para aqueles.

O adolescente em conflito com lei não é somente um problema de segurança pública, também social, frente à ausência de políticas públicas e eficiência da reintegração desses jovens na sociedade. Em torno desse contexto, algumas questões são levantadas que dizem respeito à eficiência das medidas socioeducativas como meio de não reincidência.

Além dessa, outras questões norteiam o assunto, se o adolescente é motivado a sair do poder paralelo e se o seu contexto social é uma alternativa frente às medidas socioeducativas de ressocialização, por meio do exercício de atividade de empresa dentro da própria comunidade.

A pesquisa tem por objetivo demonstrar que o empreendedorismo dentro da comunidade pode ser uma alternativa capaz de inserir novamente o adolescente na sociedade e lhe dar uma melhor qualidade de vida por meio da atividade empresarial.

O primeiro capítulo do trabalho demonstra a ineficiência das medidas socioeducativas, diante dos números noticiados da violência no estado do Rio de Janeiro e a reiteração de atos infracionais.

O segundo capítulo aponta as ações do estado dentro do sistema socioeducativo que são capazes de reintegrar o adolescente. Procura-se explicitar que o estado é capaz de orientar e motivar o jovem, por meio de formação profissional, e que a aplicação da medida socioeducativa é um meio corretor do ato praticado.

O terceiro capítulo analisa o exercício da empresa como um meio alternativo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Para tanto, necessária a verificação da Lei Complementar nº 123/06 que trata da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte como meio de ajudar no empreendedorismo e crescimento econômico próprio e do contexto social.

Para o desenvolvimento da pesquisa necessário um estudo bibliográfico, uma vez que serão analisados alguns artigos científicos, doutrina e a legislação. O trabalho por ser estritamente jurídico será necessariamente qualitativo. Para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisar por meio de hipóteses e a partir de testes e análises de fatos, para ao fim, aceitá-las como verdadeiras ou como argumentos falhos.

## 1. AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: APLICAÇÃO E EFICIÊNCIA

No Direito brasileiro, a Lei nº 8.069/1990<sup>1</sup> dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Trata das proteções, direitos e deveres da sociedade frente as crianças e adolescente, independente de possível relação de risco existente. O capítulo IV, seção I traz as disposições gerais sobre as medidas socioeducativas.

O art. 112<sup>2</sup> do Eca elenca as medidas cabíveis frente a prática por um adolescente de ato infracional análogo a crime ou contravenção penal, quais sejam, advertência, reparação do dano, prestação de serviços a comunidade, liberdade assistida, semiliberdade, internação, além das possíveis medidas de proteção do art. 101, I a VI, aplicáveis em certos casos.

---

<sup>1</sup> BRASIL *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 14 set. 2018.

<sup>2</sup> Ibid.



Ao longo das disposições, o diploma legal trata de cada de medida socioeducativa, e traz os seus requisitos e aplicabilidade, principalmente, daquelas medidas mais gravosas que para serem utilizadas precisam rigorosamente preencherem todas as determinações legais, uma vez que o regime de aplicação dessas medidas não pode apresentar maior rigor do que a penalidade ao adulto em mesmo situação de crime.

Ainda no que tange à aplicação das medidas socioeducativas, ficam a elas submetidas os adolescentes que são aqueles, na forma do art. 2, parágrafo único, do Estatuto<sup>3</sup> entre doze anos e dezoito anos de idade, em casos excepcionais às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Além do Estatuto, existe outra disposição legal a Lei nº 12.594/2012<sup>4</sup> que trata da execução dessas medidas socioeducativas supramencionadas e, dentre outras providências, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)

No art. 1º, §2º e seus incisos da Lei nº 12.594/12<sup>5</sup> afirma que o Estatuto citado mais o SINASE tem como objetivos a responsabilização do adolescente autor de ato infracional, a integração social deste adolescente por meio de políticas públicas eficazes, garantindo seus direitos individuais e sociais, e por fim, a desaprovação de sua conduta infracional.

Como se pode perceber, a lei elenca os requisitos e garantias constitucionais, bem como objetivos e fundamentos para a aplicação correta àqueles que praticaram atos infracionais análogos a crime ou contravenção penal, desde que observado o devido processo legal. Um dos objetivos tanto no Direito Penal como no Direito da Criança e do Adolescente é a aplicação de pena ou ato infracional como caráter retributivo e punitivo.

Oliveira<sup>6</sup>, corroborando com os objetivos da aplicação das medidas, aduz que:

relutando-se ou não em nomeá-las como medidas sócio-educativas, as reprimendas impostas aos menores infratores não se furta do caráter punitivo-sancional, embora alguns doutrinadores as queiram colocar livre do enfoque penalista. O que se apura é a mesma coisa, ou seja, ato definido como crime ou contravenção penal.

As medidas socioeducativas, na prática, precisam realizar o duplo papel, e serem eficientes nessa duplicidade, uma vez que somente a punição não faz com o que o adolescente

---

<sup>3</sup>Idem, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> Idem. *Lei nº 12.594, de 12 de janeiro de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)> Acesso em: 14 Set. 2018.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. *O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4584/o-menor-infrator-e-a-eficacia-das-medidas-socio-educativas/2>> Acesso em: 14 set. 2018.



não volte a praticar aquele ato. O sistema socioeducativo não pode ser uma relação de trabalho ou emprego em que tenha como característica a não eventualidade.

Figueiredo<sup>7</sup>, quando trata da medida de internação afirma que:

percebo a manutenção de uma lógica penal punitiva, um modo de educar pela punição que se perpetua, apesar de uma lei complementar protetiva como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que “parece ser” estranho para um sistema, que se propõe, socioeducativo. Estranheza essa que fica expressa quando os agentes de disciplina, com os quais conversei aquele dia no Fórum, afirmam que os meninos “vão parar em algum presídio. Que enlances se dão aí? Pois o termo “medida socioeducativa” pressupõe (a meu ver...) outra pedagogia.

A autora concluiu após a pesquisa realizada que medidas socioeducativas ao invés de educar, pune.

Aleixo<sup>8</sup> afirma que: “a existência concreta de um sistema penal juvenil é hoje incontestável havendo uma verdadeira reprodução das arcaicas estruturas penais master para o âmbito mirim”. A autora<sup>9</sup> ainda ressalta que há uma grande diferença entre o sistema adulto e juvenil, em que aduz:

O direito da criança e do adolescente consiste em um ramo autônomo e especial do direito que dispõe sobre as relações jurídicas entre as crianças e adolescentes com a família, a sociedade e o Estado. Fundamenta-se na proteção integral que se constitui em expressão designativa de um sistema no qual crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado. Enquanto o direito penal visa assegurar a proteção de bens jurídicos, o direito da criança e do adolescente busca assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos 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 protegê-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A proposta<sup>10</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente é de medidas socioeducativas, e o próprio nome já diz, trata-se de um sistema duplo. Somente um objetivo do SINASE cumprido, não garante a implementação daquilo que o ECA se propôs. O adolescente em conflito com a lei precisa perceber que sua conduta é reprovável, para que não volte a cometer o ato infracional, e durante aquele período de cumprimento da medida possa ser educado a não reincidir.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO, Valéria Caixeita. *Sistema socioeducativo: uma falácia?* Disponível em: <[https://app.uff.br/slab/uploads/2011\\_d\\_Valeria.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/2011_d_Valeria.pdf)> Acesso em: 15.set..2018.

<sup>8</sup> ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ambivalências e contradições no âmbito do controle do ato infracional: uma visão panorâmica.* Disponível em: <<http://ppfh.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Tese-Klelia-Canabrava-Aleixo1.pdf>> Acesso em: 15 set. 2018.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

A socioeducação<sup>11</sup> é também uma forma de educação, contudo social, e não denota uma formação profissional. Durante a sua frequência pode existir determinados cursos profissionalizantes que lembrem a escola, mas apenas como um meio de se tornar ativo e capacitado para, posteriormente, utilizar daquele aprendizado em sua comunidade.

O cumprimento de uma medida socioeducativa não depende somente do adolescente em conflito com a lei, mas do Estado, da família e toda a sociedade, conforme dispõe o art. 227 da Constituição da República, 1988<sup>12</sup>. Nesse sentido, a medida aplicada não pode ser somente uma forma de punição, sob pena de ser ineficiente.

## 2. ATUAÇÃO DO ESTADO COMO MEIO DE REINTEGRAÇÃO DO ADOLESCENTE

Com a vigência do SINASE<sup>13</sup>, alguns parâmetros foram estabelecidos sobre o cumprimento das medidas aplicadas aos adolescentes e que devem ser atendidos por todas as esferas dos Poderes. Entende-se por SINASE<sup>14</sup> um:

conjunto ordenado de princípios, regra e critérios que envolve a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Nota-se que, com esse sistema de proteção, é possível concluir que aos adolescentes em conflito com a lei são garantidos os direitos constitucionais e legais. Com o implemento daqueles princípios e diretrizes é garantido ações individualizadas e planejadas para o atendimento de cada adolescente, principalmente para que seja a ele garantido aquilo que é previsto no art. 227<sup>15</sup> da Carta Magna.

O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>16</sup> é uma norma com cunho constitucional que tira o fundamento do art supramencionado. Esse estatuto faz parte do microsistema de proteção integral e absoluta da criança e do adolescente em todas as esferas. A lei do SINASE trouxe um respaldo ao cumprimento das medidas socioeducativas e também faz parte desse microsistema,

<sup>11</sup> CELLA, C. F. ; TEDESCO, A. L. ; MELLO, M. L. . Reflexões teóricas acerca da efetividade das medidas socioeducativas. *Revista Jurídica FADEP*, V. 01, p. 01, 2017. Disponível em: <<http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/27/18>> Acesso em: 15 set. 2018.

<sup>12</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 1 set. 2018.

<sup>13</sup>Idem, op. cit., nota 4.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup>Idem, op. cit., nota 12.

<sup>16</sup>Idem, op. cit., nota 1.

uma vez que trata da execução das medidas aplicada aos menores infratores quando da prática de um ato infracional.

O art. 1º, §2º da legislação supracitada, apresenta os objetivos das medidas socioeducativas previstas no ECA. O adolescente é uma pessoa em formação, logo seu sistema penal é diferente do sistema adotado para o cumprimento de pena, uma vez que princípios diferenciados e protetivos são adotados. O adolescente sofre responsabilização, desaprovação e restrição de direitos pela conduta praticada, dentro dos limites da lei. A reparação é incentivada, bem como sua integração social, por meio do implemento e cumprimento do seu plano individual.

Por ser uma norma que visa a tutelar e delimitar o cumprimento das medidas socioeducativas aplicadas, a Lei nº 12.594/13 apresenta as atribuições de cada ente federativo no cumprimento das medidas à eles competente. O art. 4º<sup>17</sup> da lei mencionada elenca o rol de competências do Estado, como ente federativo, dentre elas, no inciso III a criação, desenvolvimento e manutenção de programas destinados à execução das medidas de semiliberdade e internação.

Ainda no que tange à essa lei, o art. 35<sup>18</sup> da Lei nº 12.594/13 disciplina os princípios a serem observados na execução das medidas. No elenco, além de outros, ressalta-se a mínima intervenção, somente necessária aos limites do cumprimento da medida e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. Nota-se que os demais incisos apresentam outros princípios que orientam o Estado na reintegração do adolescente na sua comunidade.

No estado do Rio de Janeiro, no tocante à execução de medidas, o decreto nº 18.493 promulgado em 26 de janeiro de 1993<sup>19</sup> criou o Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE) que é um órgão do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro responsável pela execução das medidas socioeducativas, preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aplicadas pelo Poder Judiciário aos menores em conflito com a lei.

O Departamento Geral tem como missão e visão <sup>20</sup>

promover socioeducação no Estado do Rio de Janeiro, favorecendo a formação de pessoas autônomas, cidadãos solidários e profissionais competentes, possibilitando a

---

<sup>17</sup>Idem, op. cit, nota 13.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup>BRASIL *Decreto nº 18.493*, de 26 de janeiro de 1993. Disponível em: <[http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto\\_18\\_493\\_26011993.htm](http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_18_493_26011993.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>20</sup> Idem. *Departamento de Geral de Ações Socioeducativas*. Disponível em: <<http://www.degase.rj.gov.br/atribuicoes.asp>> Acesso em: 19 jan. 2019.

construção de projetos de vida e a convivência familiar e comunitária. Instituição integrante do Sistema de Garantia de Direitos reconhecida nacionalmente como órgão de excelência, responsável pela execução da política de atendimento Socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei, em prol de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em consonância com a previsão legal protetiva, o órgão é o responsável pela execução de política de cumprimento de medida, e tem a responsabilidade de formar cidadãos e ressocializá-los em sua comunidade, para que eles não retornem para Instituição de Acolhimentos e Cumprimento daqueles que praticam ato infracional análogo a crime.

Rosângela<sup>21</sup> ao tratar do duplo caráter das medidas aduz que:

O duplo caráter das medidas – punição (reparo) e crianças de condições para a não reincidência – em princípio, teria por finalidade operar um reordenamento dos valores e padrões de conduta do sujeito transgressor. Possibilitar uma ressignificação dos seus padrões de socialização, de modo que os ”novos modelos” primem pela consideração da integridade da vida e da preservação do patrimônio. Nesse sentido, em última instância, denominar de socioeducativa uma medida que foi apurada em face a transgressão do ordenamento jurídica significa atribuir-lhe – princípio e condição – a possibilidade de operar, no sujeito, mudanças que necessariamente impliquem na consciência de que a integridade da vida deve ser mantida, assim como preservado o patrimônio.

Observa-se no sitio eletrônico do DEGASE<sup>22</sup>, órgão estadual responsável, que é disponibilizado aos adolescentes em cumprimento de medidas, diversos projetos que são capazes de orientar na ressocialização do adolescente, como estabelece os objetivos trazidos pelo microssistema legislativo de proteção à infância e juventude. Os projetos envolvem atividades de capacitação profissional de assistente de cabeleira e manicure, curso esses oferecidos dentro da unidade de cumprimento de medida de internação.

Além dos cursos oferecidos, é previsto também parcerias com autarquias e demais órgãos públicos, por meio de encaminhamentos de empregos e trabalhos nesses postos citados. Aponta ainda, o projeto laços em que é disponibilizada oficinas empreendedoras de geração de renda com curta duração aos familiares do adolescente infrator, sendo certo que essa oficina pode orientar uma oportunidade de empreendedorismo dentro da comunidade que vivem.

Nota-se que, com a existência e implemento desses projetos, é visível o cumprimento da competência do estado prevista no art. 4º da Lei do SINASE. É de notório conhecimento de todos, que uma vez cursado uma atividade pelo adolescente, nasce uma possibilidade de melhora de vida e de reconhecimento de sua dignidade, sendo certo apontar que alguns

---

<sup>21</sup> FRANCISCHINI, R., CAMPOS, H. R. *Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: limites e (im) possibilidades.* / Psico, v. 36, p 4. 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161602.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2019.

<sup>22</sup>BRASIL. op. cit., nota 20.

adolescentes entram para organizações criminosas como forma de alavancar sua estrutura financeira familiar.

Ressalta-se que há uma disponibilidade por parte do ente federativo estadual de medidas capazes de ressocializar os adolescentes que por ali passam, contudo, deve existir um exercício daquele ente de orientar, apoiar, auxiliar aqueles na construção de um outro estágio de vida. O Estado não pode apenas aplicar aquilo que a norma jurídica estabelece, ou seja, disponibilizar os cursos e estudos devidos, mas sim fazer viabilizar aquele adolescente, agora qualificado, um trabalho, um benefício ou demais cursos que possam evitar a sua reincidência no mundo do crime.

O estado do Rio de Janeiro, diante de um alto índice de violência, tem um papel importante na fiscalização desses projetos e nos seus resultados, uma vez que a educação e o trabalho são direitos fundamentais, e devem sempre ser tutelados pelo Estado, em atenção ao princípio da proteção integral e absoluta<sup>23</sup>. O sistema de ato infracional deve ser apenas uma passagem.

### 3. O EXERCÍCIO DA EMPRESA COMO UM MEIO ALTERNATIVO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Como mencionado, durante o cumprimento das medidas socioeducativas é possível ao adolescente desenvolver atividades que o beneficiam ao sair do cumprimento, bem como aprimorar o currículo. Dessa forma, as atividades aprendidas podem ser um meio de melhora de vida dentro do contexto social, sendo certo que a finalidade destes projetos é justamente alinhar a vida do adolescente e ajudar na sua socialização.

O exercício de uma empresa é previsto como um direito e dever individual e coletivo elencado no art. 5º, XXIX da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>24</sup>, dessa forma tem uma proteção e previsão constitucional. Ainda no mesmo diploma, a partir do art.170 é previsto disposições sobre a ordem econômica financeira, o que demonstra uma preocupação do poder constituinte em fomentar o desenvolvimento econômico do país.

O trabalho, dentre outros, é um direito social previsto no art. 6º da Constituição Brasileira<sup>25</sup>. No artigo legal, é elencado os direitos garantidos aos trabalhadores no exercício de

---

<sup>23</sup>Idem. op. cit., nota 16.

<sup>24</sup>Idem, op. cit., nota 12.

<sup>25</sup> Ibid.

suas funções. Além do trabalho, a educação também é um direito social. Ressalta-se que os adolescentes em conflito com lei, quando da prática de ato infracional e no cumprimento da medida aplicada, não se encontram matriculado, na maioria das vezes, em instituição regular de ensino

O exercício da empresa, por meio de incentivos por parte do estado, deve ser uma consequência daquela atividade ofertado nas Instituições de Cumprimento, ou seja, o adolescente deve estudar, e diante da proximidade com a maior idade, bem como a necessidade do próprio sustento, somar com o trabalho que pode ser realizado com a qualificação do ensino regular e dos projetos que lá cursou.

Atualmente a noção de trabalho está associada de forma institucional ao emprego. Nesse sentido, o trabalho e o emprego se transformaram em ferramentas capazes de trazer avanços sociais para o ser humano de uma forma geral, dando a esse salário, prestígio e vida social.

Godinho<sup>26</sup> quando trata de conceitos preliminares de trabalho aduz:

o trabalho empregatício (enquanto trabalho livre mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e freqüente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista. Essa generalidade socioeconômica do trabalho empregatício, é entretanto, como visto, um fenômeno sumamente recente: nos períodos anteriores do século XIX predominava o trabalho não-livre, sob a forma servil ou, anteriormente, escrava.

No caso do adolescente não é diferente, principalmente no meio social em que ele convive. Como é notório, as comunidades periféricas do Estado tem uma população em larga escala que enxerga o trabalho formal ou informal como um meio de desenvolvimento fora do seio social. Ainda neste contexto, dentro dessas comunidades muitos moradores utilizam da favela como um meio de subsistência, como por exemplo, pequenos salões de beleza, lanchonetes, barbearias, lojas de vestuários, dentre outros pequenas comércios.

Nessa mesma toada Jacobina<sup>27</sup>:

Nesse sentido, o trabalho do adolescente pode incrementar sua participação na comunidade, visto que possibilita aumentar a utilização de serviços disponíveis (educação, profissionalização, trabalho, saúde, etc.), contribuindo para a responsabilização das políticas setoriais no atendimento aos adolescentes, pois de acordo com o Unicef, as medias aplicadas em meio aberto, isto é, sem restrição da liberdade e com a participação da família e da comunidade, são mais eficientes na recuperação dos adolescentes do que o confinamento em instituições fechadas.

<sup>26</sup>DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p 132.

<sup>27</sup>JACOBINA, Olga Maria Pimentel e COSTA, Liana Fortunato. “*Para não ser bandido*”: adolescentes em conflito com a lei e trabalho. Cad. psicol. soc. trab. [online]. vol.10, n.22007. p. 95-110. Disponível em:<<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cpst/v10n2/v10n2a08.pdf>> Acesso: 17 jan. 2019.

Assim como acontece com os jovens e adultos que passam pelo sistema penitenciário, com o adolescente também há uma marginalização, principalmente na procura por educação e emprego, o que pode ser um fator que acarreta a reincidência daqueles. Para diminuir os índices de violência do estado é necessário oportunidade ao adolescente de exercer uma atividade laborativa lícita, sendo possível também a ele a possibilidade de empreender dentre de seu contexto social, o que pode acarretar oportunidades aos que ali habitam ou até mesmo estimular ideias e projetos para melhoria de sua comunidade.

Os artigos 170 e 179 da Carta Magna<sup>28</sup> apresentam tratamento diferenciado para o pequeno empreendimento, e incentiva a simplificação no que toca tributação, previdência e demais encargos administrativos. A Lei Complementar nº 123/06<sup>29</sup> instituiu, não de forma pioneira, o Regime Unificado de Arrecadação, denominado “simples nacional”. Esses institutos podem aflorar o empreendedorismo como meio de ressocialização e ganho econômico para o adolescente que infringiu uma norma legal e precisa ser reintegrado em seu contexto social.

Para poder optar pelo simples nacional é necessário que a empresa esteja dentre dos limites dos requisitos mencionados que estão definidos na legislação supra. Esses segmentos econômicos é uma forma que o governo encontrou de beneficiar certos profissionais autônomos a se tornarem pessoas jurídicas e cumprirem com os tributos e demais encargos dentro dos parâmetros legais.<sup>30</sup>

Para Jacobina, em pesquisa realizada com adolescente que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto:

O trabalho é importante para prover o adolescente de recurso financeiro (mesmo sendo pouco, permite a ele ter lazer e diversão), mas também de ter um papel fundamental na desconstrução de uma possível identidade marginal, na medida em que trabalhar significa não se envolver com crimes, não mais estar sem fazer nada.

Os benefícios trazidos pela Lei Complementar nº 123/06<sup>31</sup> podem facilitar o implemento do aprendizado obtido com os cursos oferecidos dentro do DEGASE, no caso do Estado do Rio de Janeiro. O adolescente infrator, durante o cumprimento da medida socioeducativa aplicada tem o direito de desenvolver atividades que visam beneficiar o seu

---

<sup>28</sup>BRASIL, op.cit., nota 12.

<sup>29</sup> Idem, *Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)> Acesso em: 16 jan. 2019.

<sup>30</sup>GOMES, Eduardo Rodrigues; GUIMARÃES, Fabricia. A política de simplificação e renúncia fiscal para as micro e pequenas empresas no Brasil e o pacto federativo: uma análise do Simples Nacional. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, v. 21, n. 2, 2012.p. 37-38. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/312/215>> Acesso em: 17 jan. 2019.

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit. nota 29.





futuro dentro de sua comunidade por meio dos requisitos da lei citada, bem como em oportunidade de emprego.

Portanto, diante do contexto social que envolve o adolescente infrator, sua relação com a sociedade, e necessidade de melhora de sua qualidade de vida, bem como de sua família, a relação trabalho, emprego, empreendedorismo pode ter um papel importante na construção da identidade social do indivíduo, sendo certo que, além de sua importância na ressocialização, pode ter uma função preventiva<sup>32</sup>, para impedir o envolvimento com a criminalidade.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa demonstrou que a problemática essencial do trabalho diz a reincidência do adolescente em conflito com a lei ao juízo da Infância e Juventude, no contexto social de violência que acomete o Estado do Rio de Janeiro, tendo como fundamentos legais dois papéis importantes da medida socioeducativa, qual seja, sancionar e ressocializar.

Para esse segundo papel mencionado, aponta o trabalho como meio capaz de orientar o adolescente no seu contexto pós aplicação da medida, seja por meio do empreendedorismo, seja por meio do emprego, como meio de não retorno desses adolescentes à Vara da Infância, diante de nova passagem, ou seja, prática de ato infracional análogo ao crime.

O adolescente que comete uma infração, não pode ser refém daqueles que já cometem crime em sua esfera de comunidade, uma vez que se assim permanecer, no futuro será ele o próprio autor da corrupção ao menor que ali se encontra, sendo certo apontar que, em alguns casos, quando da prática do ato infracional, há um adulto no cometimento de infração penal. A prática de delitos não pode ser uma função, uma profissão.

Como visto, no fim do segundo capítulo o próprio Estado, no exercício do seu papel de responsável pelo cumprimento de certas medidas socioeducativas, oferece cursos profissionalizantes e escolas que sejam capazes de ajudar o adolescente na sua ressocialização, principalmente, no âmbito de sua comunidade. Esses cursos, conforme mencionado, são ofertados dentro das instituições de cumprimento, e passam por diversas áreas que auxiliam na qualificação dos adolescentes, como barbeiro, por exemplo.

Ocorre que, deve ser papel do Estado, juntamente com o próprio Juízo da Infância e Juventude, responsável pela aplicação destas medidas, a fiscalização e orientação pós

---

<sup>32</sup>JACOBINA, op. cit. nota 27.

imposição de medida e durante o seu cumprimento, tendo em vista, o caráter sancionador e ressocializador que tem esse instituto análogo a pena, uma vez que, dada a oportunidade de trabalho como meio de ressocialização o adolescente não retorne as unidades e possa, realmente, mudar o rumo da vida.

Diante de todos os fundamentos discorridos ao longo da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, não somente é papel do estado, em sentido amplo, a fixação da medida socioeducativa, mas é também papel auxiliar nas suas consequências que digam respeito a melhoria do cumprimento, bem como de políticas de ressocialização, tendo em vista as reincidentes e retorno desses adolescentes aos juízos criminais.

Ainda no contexto de conclusão, pôde-se notar que o estado possui meios qualificadores capaz de dar ao jovem em contexto de medida socioeducativa uma qualificação profissional, contudo, falta meio de auxiliar aquele na entrada do mercado de trabalho, ou de benefícios para que esse possa exercer empresa, por exemplo, dentro da sua comunidade, fornecendo serviços que sejam importantes para todos que ali habitam.

Para o caso em questão, deve ser dada uma visão de controle maior do Poder Judiciário dentro de políticas públicas e benefícios que tocam a possibilidade do adolescente, que ainda exerce atividade escolar, ressocializar por meio do trabalho ou por meio de instrumentos que sejam capazes não só de orientar a sua formação como indivíduo, mas de todos aqueles que lhe circundam e também são punidos quando da prática de um ato infracional por um seu.

Esses adolescentes ainda como indivíduo em formação, porém, perto da maioridade civil, devem ter a mesma oportunidade dos outros jovens com a mesma faixa etária, mesmo que vivam em contexto de violência, pobreza e infrações penais. Não podem eles retornarem para sua realidade estimulada a continuar em atividades informais ou ilegais.

Sendo assim, restou evidente nesta pesquisa que a ressocialização do adolescente é um fator que não assiste somente a ele. O Estado, dentro de uma perspectiva de responsabilidade no que toca o cumprimento das medidas aplicadas, apresenta projetos capazes de capacitar o jovem para o mercado de trabalho, como vies ressocializador. Contudo, somente será o adolescente amplamente ressocializado e qualificado quando esse mesmo Estado facilitar aquele na inserção do trabalho formal.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ambivalências e contradições no âmbito do controle do ato infracional: uma visão panorâmica*. Disponível em: <<http://ppfh.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Tese-Klelia-Canabrava-Aleixo1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 14 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.594, de 12 de janeiro de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm)> Acesso em: 14 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)> Acesso em: 16 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 18.493, de 26 de janeiro de 1993*. Disponível em: <[http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto\\_18\\_493\\_26011993.htm](http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_18_493_26011993.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Departamento de Geral de Ações Socioeducativas*. Disponível em: <<http://www.degase.rj.gov.br/projetos.asp>> Acesso em: 19 jan. 2019.

CELLA, C. F. ; TEDESCO, A. L. ; MELLO, M. L. . Reflexões teóricas acerca da efetividade das medidas socioeducativas. *Revista Jurídica FADEP* , V. 01, p. 01, 2017. Disponível em: <<http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/27/18>> Acesso em: 15 set. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. o. São Paulo: LTr, 2005.

FIGUEIREDO, Valéria Caixieita. *Sistema socioeducativo: uma falácia?* Disponível em: <[https://app.uff.br/slab/uploads/2011\\_d\\_Valeria.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/2011_d_Valeria.pdf)> Acesso em: 15 set. 2018.

FRANCISCHINI, R., e CAMPOS, H. R. Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: limites e (im) possibilidades. *Psico*, v. 36, p 4. 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161602.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2019.

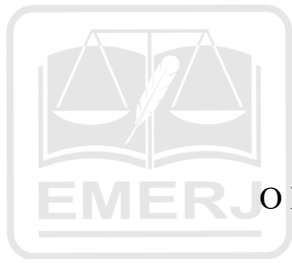
GOMES, Eduardo Rodrigues; GUIMARÃES, Fabrícia. A política de simplificação e renúncia fiscal para as micro e pequenas empresas no Brasil e o pacto federativo: uma análise do Simples Nacional. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, v. 21, n. 2, 2012. p. 37-38. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/312/215>> Acesso em: 17 jan. 2019.

JACOBINA, Olga Maria Pimentel e COSTA, Liana Fortunato. “*Para não ser bandido*”: adolescentes em conflito com a lei e trabalho. *Cad. psicol. soc. trab.* [online]. vol.10,



n.2 2007. p. 95-110. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cpst/v10n2/v10n2a08.pdf>>  
Acesso: 17 jan. 2019.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. *O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4584/o-menor-infrator-e-a-eficacia-das-medidas-socio-educativas/2>> Acesso em: 14 set. 2018.



## O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Natália Souza da Fonseca

Graduada pela Faculdade de Direito de Barra Mansa. Advogada.

**Resumo** – O ordenamento jurídico brasileiro garante direitos fundamentais. Todavia, há instrumentos que limitam esses direitos e garantias. Essas limitações devem ser interpretadas restritivamente, a fim de evitar redução demasiada dessas garantias. O mandado de busca e apreensão individual é previsto como uma dessas limitações ao direito à inviolabilidade de domicílio, possuindo previsão constitucional e infraconstitucional. Há outro instrumento que possui finalidade semelhante, mas não é regulamentado pela legislação brasileira tampouco é previsto constitucionalmente: o mandado de busca e apreensão coletivo. Esse instrumento é defendido por alguns operadores do Direito porque visaria combater a criminalidade, não obstante limitar a garantia à inviolabilidade de domicílio. O mandado de busca e apreensão coletivo é defendido com base no direito fundamental à segurança pública. Em razão desse contexto, é necessário analisar a sua (in) constitucionalidade.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Medidas probatórias. Inviolabilidade de domicílio. Segurança pública.

**Sumário** – Introdução. 1. Aplicabilidade do mandado de busca e apreensão coletivo. 2. Colisão entre o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. 3. O mandado de busca e apreensão é inconstitucional? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de utilização do mandado de busca e apreensão coletivo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se demonstrar que, em um Estado Democrático de Direito pautado, principalmente, pelo princípio da igualdade/ isonomia, equiparação ou paridade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), o Poder Judiciário não deve dar azo, em suas decisões, ao cancro da desigualdade.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais que refletem a previsão do princípio da igualdade perante a lei, o qual traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. Desse modo discute-se a aplicação igualitária de determinados institutos jurídicos, como o mandado de busca e apreensão, por toda a sociedade, independente da condição social e econômica de um grupo.

A análise acerca do mandado de busca e apreensão coletivo recai sobre o campo de direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. Por isso analisa-se a ponderação desses direitos constitucionais,

a fim de expor a possibilidade de interpretar ampliativamente as situações nas quais é cabível o mandado de busca e apreensão individual, previsto no Código de Processo Penal.

O tema é controvertido na jurisprudência e merece atenção. Alguns operadores do Direito defendem a constitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo, em razão da situação peculiar a qual é exposta pela crise na segurança pública.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a problemática do instituto (mandado de busca e apreensão coletivo), mormente porque não se encontra regulado por lei tampouco previsto na Constituição Federal. Sua excepcional aplicação encontra respaldo em uma interpretação ampliativa do mandado de busca e apreensão individual, diante de crises na segurança pública.

Busca-se discutir, de maneira crítica, a (in) constitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo, destacando a importância de verificar a possibilidade do uso desse mandado, à luz do direito à segurança pública. Isso a partir da ponderação entre esse direito e o direito à inviolabilidade de domicílio, ambos previstos na Constituição Federal de 1988.

Os capítulos abordarão temas distintos e de igual importância.

O primeiro capítulo busca discutir a viabilidade do mandado de busca e apreensão, considerando que ele será aplicado em setores específicos e determinados da sociedade, o que poderá causar um contexto de desigualdades. Não obstante ser possível ponderar direitos e princípios constitucionais, é necessário analisar as consequências e efeitos dessa ponderação, a fim de garantir a aplicação de um dos maiores pilares do ordenamento jurídico, a saber, o princípio da igualdade.

No segundo capítulo, será necessário aprofundar o estudo acerca da ponderação do direito constitucional à inviolabilidade de moradia e o direito à segurança pública. Ambos são de extrema importância e dependem, principalmente, de ações positivas por parte do Estado.

O terceiro capítulo aborda o ponto nodal da pesquisa. Após o estudo sobre as circunstâncias do instituto, busca-se demonstrar que as balizas constitucionais impedem a utilização do mandado de busca e apreensão coletivo.

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. APLICABILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO

O mandado de busca e apreensão individual, previsto no artigo 240, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, é um meio de prova cujo procedimento é revestido por algumas peculiaridades. Pacceli<sup>2</sup> o define como uma “medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de acervo probatório, de coisa, animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance espontâneo da Justiça”.

A medida é excepcional e deve ser determinada pela autoridade judiciária, mediante ordem escrita e fundamentada, conforme art. 5º, XI, da CRFB (reserva de jurisdição), podendo ser domiciliar ou pessoal, conforme prevê a lei.

Leciona Uadi Lammego<sup>3</sup> que pelo “princípio da reserva de jurisdição, somente os magistrados podem praticar atos inerentes à função judicante, pois há assuntos que devem ser submetidos à esfera única de apreciação dos juízes”. Por isso a previsão do artigo. 241, do CPP, a qual enuncia que quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado, na parte em que permite à autoridade policial realizar a busca domiciliar sem o mandado judicial, não foi recepcionada pela atual Constituição.

Além disso, deve ser realizada durante o dia (período de 6 às 18 horas), como indica a doutrina<sup>4</sup>.

O mandado de busca e apreensão domiciliar é excepcional porque implica na quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que concerne à inviolabilidade do próprio domicílio em sentido estrito quando no que se refere à inviolabilidade pessoal. Por isso, Nestor Távora<sup>5</sup> destaca que o mandado de busca e apreensão é cabível somente quando há

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>2</sup>PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 447.

<sup>3</sup>BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 584.

<sup>4</sup>TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 484.

<sup>5</sup>Ibid., p. 483.



fundadas razões, “podendo ser utilizado na fase de investigação criminal, na fase recursal (art. 616, do CPP) e, até mesmo, durante a execução da pena”.

A presente pesquisa se debruça sobre a análise da busca domiciliar, sendo esta realizada na residência de um indivíduo.

Nesse sentido é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal interpreta o termo “casa”, para fins de violação de domicílio, de forma abrangente.

Assim, “o termo casa compreende: qualquer compartilhamento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”<sup>6</sup>.

Antes de abordar a análise da aplicação prática do instituto, cabe destacar que Bulos<sup>7</sup> aponta que a garantia à inviolabilidade de domicílio, “tradicional do Direito inglês, e consagrado em todo o mundo, vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Império”.

A violação, excepcional dessa garantia se justifica porque a inviolabilidade de domicílio tem como objetivo proporcionar a segurança familiar, a paz e a privação do indivíduo, sujeito de direitos e deveres. Mas não pode ser transformada em reduto de impunidade, para acobertar a prática de crimes que em seu interior se realizam.

O Supremo Tribunal Federal classifica o rol das exceções à inviolabilidade de domicílio como *numerus clausus*, ou seja, um rol taxativo, previsto no já mencionado art. 5º, IX, da CRFB. As respectivas exceções são: se o morador consentir; estiver diante de flagrante delito; em caso de desastre; para prestar socorro; durante o dia, por determinação judicial<sup>8</sup>.

O direito à segurança pública, por seu turno, tem previsão constitucional no art. 144, da CRFB, o qual consiste na manutenção da ordem pública interna do Estado. Como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas<sup>9</sup>.

A finalidade da segurança pública, afirma Uadi<sup>10</sup>, “é manter a paz na adversidade, preservando o equilíbrio nas relações sociais. Por isso a Carta de 1988 considera um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, sendo exercida, pela polícia, para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

---

<sup>6</sup>Ibid., p. 486.

<sup>7</sup>BULOS, op. cit., p. 581.

<sup>8</sup>TÁVORA; ARAUJO. op. cit., p. 487.

<sup>9</sup>BULOS, op. cit., p. 541.

<sup>10</sup>Ibid., p. 1454.



Como visto, o mandado de busca é apreensão se justifica para acautelar provas que não são adquiridas espontaneamente pela Justiça, mediante a observância dos requisitos legais. Os requisitos estão previstos no art. 243, do CPP, sendo um deles a indicação, o mais precisamente possível a casa em que será realizada a diligência.

Diante desse requisito a doutrina é unânime em afastar o cabimento do mandado de busca e apreensão coletivo e genérico. Paulo Rangel<sup>11</sup> exemplifica afirmando que “um só mandado para ingressar em todas as casas de uma vila, por exemplo, sem especificar quais, pelo que configura uma prova ilícita”.

Noutro giro, o subprocurador-geral da República<sup>12</sup> opinou em seu parecer, no *Habeas Corpus* nº 154.118<sup>13</sup>, pela possibilidade do mandado de busca e apreensão coletivo, afirmando que, em regra, o ordenamento jurídico proíbe a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos. Porém, o subprocurador defendeu a ponderação da garantia à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança, acrescentando que direito de poucos cede diante da necessidade de todos.

O Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, no *Habeas Corpus* nº 91610, em outra oportunidade, anulou provas incluídas em um determinado inquérito policial, considerando que houve, no caso concreto, expedição e cumprimento de mandado de busca e apreensão genérico. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello criticou esse tipo de mandado, pois “gera problemas graves, que muitas vezes comprometem o regime de direito e garantias individuais”.

Desse modo, percebe-se que o tema é polêmico. O contexto ganha contornos ainda mais nebulosos quando a questão da aplicação setorial do mandado de busca e apreensão coletivo se mostra violadora do princípio da igualdade entre os cidadãos. Isso porque esse mandado visualiza como alvo os moradores de comunidades carentes, nas quais, inegavelmente, se concentra a criminalidade em razão de diversos fatores sociais e econômicos. Mas esse fato não justifica qualquer tratamento diferenciado sem fundamento constitucional para os moradores dessas comunidades.

---

<sup>11</sup>RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 475.

<sup>12</sup>MPSP. *Parecer nº 32.218/2018-MARÇO-JV/SF*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Seguranca\\_publica/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Seguranca_publica/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>13</sup>BRASIL. Superior Tribunal Federal. *HC nº 154.118/DF*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313922724&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>14</sup>BRASIL. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/Noticia.asp?idConteu=153833>> Acesso em: 10 abr. 2019.

Leciona Rangel<sup>15</sup> que “não pode haver mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, muito menos em uma favela que, também tem residências que devem ser respeitadas nos estritos limites da CRFB”. A Constituição foi elaborada para ser respeitada em todo o território nacional e não só no asfalto e nas áreas nobres das cidades.

Além disso, deve-se observar além do princípio da igualdade, legalidade o da presunção de inocência, esculpido no art. 5º, LVII, CRFB.

Se nem um réu não pode ser equiparado a um condenado, menos ainda o podem pessoas que nem são investigadas, pois ao expedir um mandado de busca e apreensão coletivo, a autoridade presume que pessoas são dignas de desconfiança simplesmente em razão do local onde residem.

## 2. COLISÃO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICILIO E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

O Título II da Constituição de 1988<sup>16</sup> trata, em cinco capítulos dos "Direitos e Garantias Fundamentais" assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. As diferentes categorias de direitos fundamentais foram assim agrupadas: direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua existência e organização (Capítulo V).

Os “direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas e deveres inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”, leciona Uadi Lammego<sup>17</sup>.

A análise do cabimento do mandado de busca e apreensão coletivo se ampara na verificação da colisão entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>18</sup>, a saber: direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública.

---

<sup>15</sup>RANGEL, op. cit., p. 475.

<sup>16</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 28 mar. 2019.

<sup>17</sup>BULOS, op. cit., p. 526.

<sup>18</sup>BRASIL. op. cit., nota 17.

Esse conflito ocorre quando é necessário ponderar dois direitos fundamentais presentes na situação concreta, considerando que “os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional”, conforme destacam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>19</sup>.

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>. Não obstante, Uadi Lammego<sup>21</sup> aponta a existência de direito ou garantia fundamental absoluto, como o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante como um caso de direito fundamental absoluto, que deve ser exercido de maneira irrestrita.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>22</sup> lecionam que, no caso de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, o intérprete deverá lançar mão do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>23</sup> lecionam, ainda, que na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deverá “realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá”.

Uadi Lammego<sup>24</sup> destaca que o direito à inviolabilidade domicílio esteve previstos nas seguintes Constituições brasileiras: Constituição de 1824 (art.179, n.7); Constituição de 1891 (art.72, §11); Constituição de 1934 (art.113, n. 16); Constituição de 1937 (art.122, n. 6); Constituição de 1946 (art.141, §15); Constituição de 1967 (art.150, §10); Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153), motivo pelo qual resta concluir pela extrema importância desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>19</sup>PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 103.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>21</sup>BULOS, op. cit., p. 534.

<sup>22</sup>PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 105.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>BULOS, op. cit., p. 581.

Quanto a esse direito fundamental, é necessário considerar a reserva de jurisdição, previsto na Constituição Federal<sup>25</sup>, no art. art. 52, X.

As buscas e apreensões somente podem ser obtidas mediante mandado judicial. Isso porque “a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar representa, dentro do novo contexto normativo, a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio”, destaca Uadi<sup>26</sup>.

O direito fundamental à segurança pública, por seu turno, tem como finalidade manter a paz na adversidade, preservando o equilíbrio nas relações sociais. “Por isso a Carta de 1988 considera-a um dever do Estado, direito e responsabilidade de rodos, sendo exercida, pela polícia, para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*)”, aponta Uadi<sup>27</sup>.

Diante desses dois direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição Federal de 1988, é possível verificar um impasse na análise da (in) constitucionalidade do instituto do mandado de busca e apreensão coletivo.

O Código de Processo Penal prevê os requisitos do mandado de busca e apreensão. Um desses requisitos é, justamente, a indicação, mais precisamente possível, da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem. Também é necessário mencionar o motivo e os fins da diligência.

O mandado de busca e apreensão coletivo, por sua vez, não possui previsão legal, tampouco constitucional.

Nesse contexto, cabe destacar a importância do princípio da legalidade, que está insculpido no inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, que prevê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio é a base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, “porquanto acentua a ideia de governo das leis, expressão da vontade geral, e não mais ‘governo dos homens’, em que tudo se decidia a sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante”, leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>28</sup>.

Relativamente ao Poder Público, o conteúdo do princípio da legalidade consagra a ideia de que o Estado se sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de que governar é atividade cuja

---

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>26</sup>BULOS, op. cit., p. 585.

<sup>27</sup>Ibid., p. 1454.

<sup>28</sup>PAULO, op. cit., p.120.

realização exige a edição de leis. Assim, há a confirmação de que o Poder Público não pode atuar, nem contrariamente às leis, nem na ausência de lei. O princípio da legalidade, especificamente no que concerne à Administração Pública, é reiterado no *caput* do art. 37 da Constituição<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Uadi Lammego<sup>30</sup> leciona que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem agir dentro da lei. “Qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal”.

Noutro giro, há outro princípio importante que auxilia na solução do conflito dos direitos fundamentais, a saber, o princípio da razoabilidade- proporcionalidade.

Luís Roberto Barroso<sup>31</sup> leciona que “o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça”. O autor, em síntese, acrescenta, ainda, que esse princípio é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Portanto, a colisão entre direitos fundamentais é inevitável. O ordenamento jurídico é um sistema complexo que prevê mecanismos para a solução desses conflitos, como a possibilidade de ponderação de princípios e garantias fundamentais. Por isso, o mandado de busca e apreensão coletivo, à luz, principalmente do princípio da legalidade e, considerando, ainda, a análise da ponderação entre os direitos fundamentais à segurança pública e à inviolabilidade de domicílio, merece atenção especial. Ambos os direitos fundamentais, em conflito, possuem importância ao ordenamento, mas é preciso trazer à baila a análise de todo o sistema jurídico brasileiro, a fim de evitar abusos e atos inconstitucionais emanados, principalmente, do Poder Judiciário.

---

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>30</sup>BULOS, op. cit., p. 565.

<sup>31</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

### 3. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO É INCONSTITUCIONAL?

A Constituição da República Federativa do Brasil, nos seus incisos X e XI, do art. 5º<sup>32</sup>, garante aos indivíduos o direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de domicílio. Esses direitos são garantias fundamentais cujas normas definidoras possuem aplicação imediata, conforme determina a inovadora previsão do parágrafo 1º do mesmo artigo<sup>33</sup>.

Cumprido destacar que quando se fala em direito fundamental, aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de inúmeros enfoques. Isso porque, segundo a professora Jane Reis, “o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento”<sup>34</sup>.

Os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico<sup>35</sup>.

O direito fundamental merecedor de destaque na presente abordagem é o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, que, para alguns autores é uma espécie de manifestação do direito à privacidade, igualmente previsto na Constituição Federal. Tecendo sobre o elucidado, Nelson Flavio Firmino<sup>36</sup> discorre:

distingue-se ainda o direito de privacidade do direito de intimidade. Considera-se que a vida social do indivíduo se divide em pública e privada. Por privacidade deve-se entender os níveis de relacionamento ocultados ao público em geral. Assim, na esfera da vida privada há um outro espaço que é o da intimidade. Dir-se-ia que o espaço privado compreende o direito à privacidade e o direito à intimidade. [...] A inviolabilidade do domicílio constitui manifestação do direito à privacidade.

Quanto ao caráter absoluto ou não dos direitos fundamentais, embora haja concordância quanto ao caráter relativo desses direitos, a noção do que sejam limites constitucionais é um dos aspectos mais problemáticos da teoria dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>33</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

<sup>34</sup>PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 113.

<sup>35</sup>MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

<sup>36</sup>FIRMINO, Nelson Flavio. *Curso de Direitos Fundamentais*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.42.

<sup>37</sup>PEREIRA, op. cit., p. 179.



Desse modo, a professora Jane Reis<sup>38</sup> expõe:

alguns sustentam a impossibilidade lógica de os direitos sofrerem autênticas limitações, de modo que, *i)* Toda atividade legislativa reguladora dos direitos só pode ser de delimitação, ou seja, de fixação de seus contornos, ou limites internos, tendo em vista que o conteúdo constitucional dos direitos não submetidos à reserva legal é irrestringível; *ii)* A atividade judiciária de interpretação não pode importar restrições ou afastamento dos direitos, devendo limitar-se a buscar o enquadramento da situação fática posta em juízo na definição constitucional do direito. Outros. De forma diversa indagam que delimitar o conteúdo do direito e restringi-lo são coisas diferentes, porquanto a primeira diz respeito aos lindes do direito e a segunda é orientada por uma necessidade externa ao direito.

Assim, a discussão cinge-se essencialmente a possibilidade lógica de restrição dos direitos fundamentais.

Os defensores da utilização do mandado de busca e apreensão coletivo aduzem que o direito à inviolabilidade de domicílio não é o único direito fundamental envolvido na questão. Há também o direito à segurança pública, previsto no art. 144, da Constituição Federal<sup>39</sup>, o qual se reveste das mesmas características daquele direito.

Diante dos argumentos acerca da existência concomitante de dois direitos fundamentais, a saber, direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança, há, portanto, uma colisão (abordada no capítulo anterior).

Cumprido recordar que, em uma acepção ampla, são consideradas colisões aquelas situações em que os direitos fundamentais se chocam com interesses e bens comunitários protegidos constitucionalmente. Na concepção estrita, por seu turno, o problema das colisões abrange apenas os conflitos que envolvam direitos fundamentais<sup>40</sup>.

Há, no ordenamento jurídico pátrio, exceções ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, destacadas por Nelson Flávio<sup>41</sup>:

as exceções constitucionais ao princípio da inviolabilidade de domicílio já estão descritas no texto da CF, quais sejam: a) durante o dia, por determinação judicial, além da ocorrência das hipóteses previstas para a penetração à noite; b) durante a noite, no caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro.

---

<sup>38</sup>Ibidem., p. 180.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>40</sup>MARMELSTEIN, op. cit., p. 272.

<sup>41</sup>FIRMINO, op. cit., p. 42.

Assim, o próprio ordenamento prevê exceções expressas ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, não cabendo alargar tais exceções, pelo que esse direito não deve ser afastado em razão do direito à segurança, à luz da ponderação de interesses.

O direito à privacidade, na vertente do direito à inviolabilidade de domicílio, é a projeção espacial da pessoa; o espaço isolado, ambiente interno, utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa pretenda normalmente excluir a presença de terceiros. Da noção de casa fazem parte as ideias de âmbito espacial, direito de exclusividade em relação a todos, direito à privacidade e a não intromissão<sup>42</sup>.

Além disso, não há lei que regula o mandado de busca e apreensão. Com razão. Isso porque a condição de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e, sobretudo, da lei, constitui um princípio assecuratório dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem como uma de suas funções a proteção do indivíduo contra o estado e, segundo Manoel Gonçalves, “contra o legislativo, essa proteção está na exigência de constitucionalidade de seus atos. Sim, porque Constituição, quando rígida, impõe limites tanto formais quanto materiais”<sup>43</sup>.

À luz da ponderação, operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, o direito à segurança pública deve ceder ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

É importante considerar, ainda, a ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de lei a regular o mandado de busca e apreensão coletivo, tendo esse mecanismo utilizado apenas em casos isolados, como, por exemplo, em 2017, na Comunidade do Jacarezinho/RJ<sup>44</sup>.

Merece destaque também a previsão do Código de Processo Penal<sup>45</sup>, o qual estabelece que o mandado de busca e apreensão domiciliar deve “indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem”.

Portanto, considerando, ainda, o apontamento de Marcellus Polastri, no sentido de que “na busca e apreensão, como o nome indica, primeiro procura-se ou se busca o que se almeja, para, depois da efetiva localização, efetuar sua apreensão”<sup>46</sup>, é inafastável a especificidade e

---

<sup>42</sup>FIRMINO, op. cit., p. 42

<sup>43</sup>FILHO, op. cit., p. 91/92.

<sup>44</sup>OGLOBO. *Justiça suspende mandado coletivo de busca e apreensão no Jacarezinho*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/justica-suspende-mandado-coletivo-de-busca-apreensao-no-jacarezinho-21747205>> Acesso em: 1 abr. 2019.

<sup>45</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>46</sup>POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, p. 236.



individualidade do mandado de busca e apreensão domiciliar, sendo vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro o mandado de busca e apreensão coletivo, por ausência de previsão legal e amparo constitucional.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública, ambos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (atual Constituição Federal).

O ponto inicial da pesquisa foi expor, primeiramente, a existência do mandado de busca e apreensão individual, instrumento que busca apreender provas, elementos ou indícios para auxiliar uma ação penal. Esse mandado de busca e apreensão, quando realizado no domicílio da pessoa, encontra limites. Esses limites são descritos expressamente no texto constitucional.

Um desses limites, considerado o principal requisito, o qual é destacado também pelo Código de Processo Penal brasileiro, é a individualização do domicílio, alvo do mandado de busca e apreensão. Por isso é um instrumento individual, razão pela qual a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não preveem modalidade genérica desse mandado.

Ocorre que, com o aumento da criminalidade em algumas localidades específicas, bem como a necessidade de buscas a ser feitas em locais geograficamente complexos, parte dos operadores do Direito defendem outra modalidade de instrumento cuja finalidade também é servir como busca para elementos de prova, principalmente.

A pesquisa buscou demonstrar o posicionamento da jurisprudência brasileira no que diz respeito ao mandado de busca e apreensão coletivo. Isto é, em razão da ausência de previsão constitucional e inexistência de regulação legal, a pesquisa analisou se esse instrumento recebe acolhida nos Tribunais brasileiros e na doutrina.

Na prática, como demonstrado, o uso do mandado de busca e apreensão coletivo ocorreu em situações específicas e isoladas. Quando utilizado, juristas criticaram duramente esse instrumento, principalmente em razão da vedação expressa do uso de mandado de busca e apreensão cujo alvo seja indeterminado e genérico. Isso porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a necessidade de especificar, mais preciso possível, o domicílio a ser

atingido pela ordem. Por outro lado, há defensores do mandado de busca e apreensão coletivo. A pesquisa demonstrou a fundamentação da tese defensiva.

O mandado de busca e apreensão coletivo, segundo seus defensores, visa garantir a segurança pública, direito fundamental que também está previsto expressamente na Constituição Federal.

Diante desse contexto, a presente pesquisa buscou trazer as ponderações entre os direitos fundamentais envolvidos: direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. Isso para analisar a (in) constitucionalidade desse instrumento.

Ambos direitos fundamentais são de suma importância. O direito à inviolabilidade de domicílio, que possui um aspecto amplo, considerando ao conceito alargado de “casa” utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, merece destaque. Isso principalmente na conjuntura atual da sociedade, na qual é possível presencial, frequentemente, abusos de autoridade perpetrados, principalmente, nas camadas menos favorecidas da sociedade.

O direito à segurança pública também é extremamente importante. É um direito social que visa garantir a todos a segurança na mais ampla eficiência possível. Esses direitos fundamentais quando postos em conflitos causa discussões e análises que devem ser enfrentadas pelo Poder Público, mormente pelo Poder Judiciário.

Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, isonômica, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão injustificada do direito à inviolabilidade de domicílio, direito este arraigado na história do ordenamento jurídico brasileiro cujo objetivo é, primordialmente, garantir a dignidade e a intimidade das pessoas.

Não obstante o apelo dos defensores do mandado de busca e apreensão coletivo, não se pode olvidar da flagrante ausência de previsão constitucional desse instituto. Merece destaque, ainda, que a legislação infraconstitucional, por seu turno, também expõe com clareza os requisitos para o mandado de busca e apreensão. Um desses requisitos é, justamente, a individualização do domicílio.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o mandado de busca e apreensão coletivo carece de amparo constitucional e que seu uso, à luz do atual ordenamento jurídico pátrio, fere gravemente a ordem constitucional, democraticamente instalada nesse país. Dessa forma, além de violar flagrantemente um dos principais direitos



fundamentais, à inviolabilidade de domicílio, o mandado de busca e apreensão não encontra respaldado no ordenamento constitucional brasileiro, pelo que deve ser afastado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 2 de abr. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 03 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=153833>> Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 154.118*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313922724&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIRMINO, Nelson Flavio. *Curso de Direitos Fundamentais*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.



RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.



## A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SEUS REBATIMENTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nathalia Loureiro de Argollo e Castro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes – Centro Graduanda em Serviço Social pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. <sup>1</sup>

**Resumo** – O presente artigo tem por objetivo esclarecer a discussão sobre a redução da maioridade penal no contexto brasileiro, sendo esta uma questão tão atual e polêmica. Sendo assim, evidencia-se de forma direta a sistemática da menoridade como causa de inimizabilidade, além de apresentar as formas de responsabilização da criança e do adolescente. Em seguida, são abordadas as diversas teorias favoráveis a redução da maioridade penal. Por fim, são destacados os principais argumentos que rechaçam a redução da maioridade penal, bem como a incompatibilidade da redução com a doutrina da proteção integral, sem deixar de, ao final, ser apresentado o posicionamento sobre o debate.

**Palavras-chave** – Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. Redução da Maioridade Penal. Direito Penal. Inimizabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Inimizabilidade e possibilidade de responsabilização da criança e do adolescente. 2. Razões jurídicas e sociais favoráveis a possibilidade de redução da maioridade penal. 3. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente e a sua incompatibilidade com a redução da maioridade penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a redução da maioridade penal sob a perspectiva da inimizabilidade e apresenta os argumentos jurídicos favoráveis à redução em contraposição a doutrina da proteção integral e os efeitos desta redução em relação a população negra. Por meio desta pesquisa procura-se demonstrar que a redução da maioridade penal além de ofender a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente também gera graves efeitos para a população negra no Brasil.

---

<sup>1</sup> Nesta nota faço o agradecimento ao meu orientador de Trabalho de Conclusão de Curso na Graduação em Serviço Social na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Unirio, professor Bruno Oliveira que para além de auxiliar e instruir academicamente tanto no referido trabalho de conclusão de curso como neste trabalho, bem como nos ensinamentos e compreensão de que o Direito deve andar de mãos dadas com o Serviço Social, isso porque os direitos que hoje existem foram frutos das lutas da população, dos trabalhadores sendo assim, o direito deve servir a população que no Brasil é sobretudo, preta, pobre e miserável.



Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a violência crescente no país justifica a redução da maioridade penal a ponto de não ser observado o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, oriundo da Declaração dos Direitos das Crianças, publicada pela ONU.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes, menores de dezoito anos, demonstrando também quais são as formas de responsabilização penal em casos de ato infracional, em conformidade com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da redução da maioridade penal, os seus argumentos jurídicos favoráveis e sua eficácia enquanto solução para reduzir a violência e a criminalidade no contexto brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa tem como objetivo apresentar a incompatibilidade e da repercussão da redução da maioridade penal em face ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, disposto no art. 227, da Constituição e demais argumentos jurídicos desfavoráveis a redução da maioridade penal.

O presente trabalho é desenvolvido por meio do método hipotético-dedutivo, 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 de modo argumentativo.

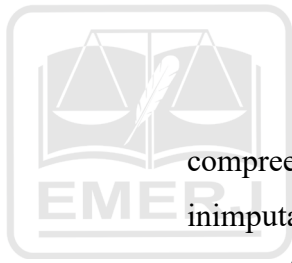
Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. INIMPUTABILIDADE E POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A imputabilidade penal, inserida na concepção finalista de Welzel<sup>2</sup> segundo a qual “ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’.”, é elemento da culpabilidade, traduzindo a regra segundo a qual ao agente pode ser atribuído o fato típico, ilícito e culpável, ou seja, a imputabilidade é a

---

<sup>2</sup> WEZEL apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 379.



compreensão da vontade realizada ou a ser realizada a exceção a essa regra é a chamada inimizabilidade.

As hipóteses de inimizabilidade previstas pelo Código penal são: inimizabilidade por doença mental segundo dispõe art. 26, do CP<sup>3</sup>: “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” e a inimizabilidade por imaturidade natural em conformidade com art. 27, do CP<sup>4</sup>, que estabelece que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Esses critérios de inimizabilidade foram adotados por questão de política criminal conforme as lições de Greco<sup>5</sup>:

A inimizabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico.

Ademais, não apenas o código penal adotou tal critério, o legislador constituinte, preocupado em garantir a proteção da criança e do adolescente consagrando a Doutrina da Proteção Integral elaborou o art. 228, da Carta Magna<sup>6</sup>, que dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Desse modo, o legislador constituinte considerou que toda pessoa menor de 18 anos como sendo inimputável, ou seja, não praticam crimes ou contravenção penal, mas sim um ato infracional, sujeitos às normas previstas na legislação especial que no caso específico da criança e do adolescente é o ECA.

O ato infracional é a conduta descrita em lei como crime ou contravenção penal, praticada por crianças e adolescentes. Afirma-se que, em relação ao ato infracional, há uma tipicidade delegada, tendo em vista que o ECA não traz especificamente as condutas consideradas como ato infracional. Vale-se da legislação penal, bem como das condutas

<sup>3</sup> BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 25 jul 2019.

<sup>4</sup> Idem

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 388.

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.



descritas nas leis especiais. A exemplo, a conduta do art. 121 do CP, que é considerada um ato infracional análogo ao crime de homicídio.

Ainda em relação a prática do ato infracional, o que determina a aplicação do ECA em detrimento do Código Penal é a idade no momento da ação ou omissão, sendo desimportante considerar a data no momento da consumação, ou seja, considera-se a idade do agente no momento em que praticou a conduta. Pouco importa sua idade quando se aperfeiçoou o resultado. Isso significa que o ECA adota a teoria da atividade para determinar o ato infracional.

Nesse sentido, o artigo 104, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>7</sup>: “Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato. ”

Assim sendo, um adolescente que pratica um ato infracional às vésperas do seu aniversário de 18 anos quando ele completar a maioridade, não estará livre da responsabilidade pelo ato infracional.

Excepcionalmente, o ECA se aplica a adultos, tanto na parte infracional quanto na parte protetiva. Na parte protetiva, pode ser aplicado a adultos sem limite de idade, enquanto que na parte infracional pode ser aplicado até os 21 anos em conformidade com o disposto na súmula 605, STJ<sup>8</sup>: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos. ”

Para tratar do ato infracional praticado por criança e sua responsabilização faz-se necessário pontuar que o nosso Ordenamento Jurídico, diferente de outros países, estabelece no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>9</sup> a distinção entre criança e adolescente “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

A criança, pessoa de 0 a 12 anos incompletos, possui tratamento especial em relação aos atos infracionais, segundo o ECA quando uma criança pratica um ato infracional análogo a algum crime ou a alguma contravenção penal receberá no máximo

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. . Superior Tribunal de Justiça, *Súmula 605*, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-aprova-s%C3%BAmula-sobre-maioridade-penal](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-aprova-s%C3%BAmula-sobre-maioridade-penal)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.



a aplicação de medidas protetivas, previstas no artigo 101, do ECA, sendo aplicadas pelo Conselho Tutelar, via de regra.

Sempre que uma criança for flagrada praticando um ato infracional deverá ser encaminhada ao Conselho Tutelar e não perante à autoridade policial. Isso não quer dizer que não possa ser registrado um boletim de ocorrência para registro do fato, pois ele serve para a defesa de direitos de terceiros.

O Adolescente que pratica ato infracional análogo a crime ou contravenção penal receberá uma medida socioeducativa e, também, poderão receber medida protetiva a prioridade é que se aplique o que for melhor ao adolescente, sendo possível que as medidas de proteção sejam cumuladas com as medidas socioeducativas, segundo artigos 113 e 99, do ECA.

A medida socioeducativa é a manifestação do estado em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva a inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Nas palavras do Juiz da Infância e Juventude João Batista Costa Saraiva<sup>10</sup>:

A proposito dessa medida privativa de liberdade – internação na linguagem da lei –, o que a distingue fundamentalmente da pena imposta ao maior de 18 anos é que, enquanto aquela é cumprida no sistema penitenciário – que todos sabem o que é, nada mais fazendo além de encarcerar – onde se misturam criminosos de toda espécie e grau de comprometimento –, aquela há que ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico, adequados à sua condição de pessoa em desenvolvimento. Daí não se cogitar de pena, mas sim, medida socioeducativa, que não pode se constituir em um simples recurso eufêmico da legislação.

As medidas socioeducativas estão dispostas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>11</sup>, sendo elas: “ I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional”. Ademais, tais medidas podem ser substituídas a qualquer tempo.

Atualmente, essa sistemática de responsabilização da criança e do adolescente que não só prestigia a Doutrina da Proteção Integral, que está disposta no artigo 227, da

---

<sup>10</sup> SARAIVA, João Batista da Costa. A Idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. In: VOLPI, Mario (Org.) *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade pena*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 211-212.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

Constituição, bem como é perfeitamente compatível com as garantias constitucionais da criança e do adolescente, não vem atendendo ao clamor social, uma vez que grande parte da população considera uma forma de impunidade a inimizabilidade da criança e do adolescente.

## 2. RAZÕES JURÍDICAS E SOCIAIS FAVORÁVEIS A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Atualmente no Brasil, discute-se a possibilidade da redução da maioridade penal para 16 anos. Inicialmente tal discussão se fundamenta no clamor popular, que acredita que a sistemática de responsabilização do ECA não é eficaz para punir os adolescentes que praticam atos infracionais.

Em primeira análise há que se mencionar a discussão acerca dessa possibilidade uma vez que existe divergência quanto a constitucionalidade da redução. De um lado, há a sustentação de que o artigo 228, da Constituição<sup>12</sup> “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” é cláusula pétreia e, por este motivo, não poderia haver a redução, pois violaria o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Carta Magna. Nesse sentido, René Ariel Dotti<sup>13</sup> afirma que a inimputabilidade dos menores de 18 anos prevista na Constituição:

Constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes a relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétreia.

De outro modo, alguns autores entendem que a alteração do art. 228, da Constituição Federal não implicaria em violação de cláusula pétreia. Dentre tais Rogério Greco<sup>14</sup> sustenta a possibilidade da seguinte forma:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do parágrafo 4º, da Carta Magna.

A única implicação prática da previsão de inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal é que, agora, somente por meio de um procedimento

---

<sup>12</sup> Idem, op. cit., nota 6.

<sup>13</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 412 – 413.

<sup>14</sup> GRECO, op.cit., p. 389



qualificado de emenda, a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária.

No tocante a essa discussão, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, aprovou em 2007 a tramitação da Emenda Constitucional número 20/99 que atualmente se encontra arquivada, entretanto atualmente tramita a PEC nº 115 de 2015<sup>15</sup>. Portanto, caso venha ser aprovada, a Constitucionalidade ou não da Emenda é uma questão que terá de ser debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em segunda análise, os favoráveis a redução da maioria penal a justificam sob o argumento de que os adolescentes menores de 18 anos, teriam discernimento suficiente para compreender seus atos. Nesse sentido, Greco<sup>16</sup> nos traz o seguinte ensinamento:

O argumento de que ao inimputável por imaturidade natural que pratica um ato infracional será aplicada a medida socioeducativa, nos termos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), não tem o condão de convencer a sociedade, que cada dia pugna pela redução da maioria penal para os 16 anos.

Ademais, convém mencionar que tal linha argumentativa é inclusive utilizada na PEC nº 90 de 2003<sup>17</sup>, já arquivada, proposta pelo então senador Magno Malta, em que sustenta que aos 13 anos o adolescente já possui capacidade plena para o discernimento e voluntariedade para a prática delituosa.

Outros argumentos relevantes favoráveis a redução da maioria penal são que os adolescentes além de serem os responsáveis por grande parte da violência no país também seriam recrutados pelos adultos para a prática delituosa.

Esses argumentos sobretudo partem da lógica de que a sistemática de responsabilização penal disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente não é eficaz, de modo que o adolescente pratica o crime, bem como o adulto que o alicia para a prática criminosa, tem certeza da impunidade em razão da inimputabilidade.

Outra tese que se mostra favorável à redução da maioria penal é calcada no direito ao voto. Para aqueles que defendem tal tese, o argumento se baseia no fato de que a Constituição ao estabelecer a idade de 16 anos para exercer o direito ao voto e 18 anos para imputabilidade penal criou uma incoerência jurídica, posto que confere a

---

<sup>15</sup> BRASIL, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição nº 115, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

<sup>16</sup> GRECO, op. cit., p. 388.

<sup>17</sup> BRASIL, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição nº 90, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/64290>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

maturidade, capacidade para votar e não confere capacidade para ser penalmente responsabilizado por suas condutas.

Nesse sentido, a lição de Miguel Reale<sup>18</sup>, citado por Myra Figueiró (2016) “aliás não se compreende que possa exercer o direito de voto, quem nos termos da lei vigente, não seria imputável de delito eleitoral”.

Há ainda aqueles que defendem que a redução da maioria penal seria uma tendência mundial. Tal, argumento se baseia, sobretudo no fato de que os adolescentes da atualidade têm acesso a informação e a plena capacidade de entender a sua conduta, corroborando com a linha de argumentação sobre o discernimento dos adolescentes. Entre os defensores desta linha argumentativa Nucci<sup>19</sup> com a seguinte sustentação:

Há uma tendência mundial na redução da maioria penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida.

Assim sendo, há diversas razões jurídicas e sociais relevantes pelas quais se defende a redução da maioria penal. Contudo, tais argumentos não são absolutos, sendo refutados por aqueles que são contrários a redução da maioria penal.

### 3. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), especialmente com a redação do seu artigo 227<sup>20</sup> que estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

---

<sup>18</sup> REALE, apud FIGUEIRÓ, Myra. *Argumentos sobre a redução da maioria penal*. Ambito Juridico. 2016. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,argUMENTOS-SOBRE-A-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL,56589.html>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.





Em razão da “absoluta prioridade” no tratamento da criança e do adolescente, tomando como base a chamada doutrina da proteção integral, oriunda da Declaração dos Direitos das Crianças, publicada em 20 de novembro de 1959 pela ONU, houve uma verdadeira ruptura com o sistema anteriormente vigente.

Essa ruptura se deu com o advento da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a sistemática menorista restou superada e as crianças e os adolescentes passaram a ser portadores de direitos de maneira ampla ao invés de apenas serem observadas quando o Estado considerava que se encontravam em situação irregular.

Nesta esteira de entendimento, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe pela primeira vez em seu corpo a imputabilidade penal no que diz respeito a crianças e adolescentes para que assim rompesse de vez com a lógica criminalizadora do sistema em relação as infrações cometidas por crianças e adolescentes.

Assim sendo, temos a disposição do artigo 228, da Constituição Federal de 1988<sup>21</sup>: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece a idade de 18 anos como marco para a imputabilidade penal, tendo reproduzido em seu artigo 104 o disposto no artigo 228, da Constituição. Para além disto, o ECA, no parágrafo único do artigo 104<sup>22</sup>, explica que “para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

Diante disso, o Estado não pode responsabilizar penalmente as crianças e adolescentes que tenham menos de 18 anos completos pela prática de seu ato infracional. Uma vez que o Estado tem o dever de proteger a criança e o adolescente, de acordo com o princípio da proteção integral, o ECA estabelece medidas punitivas para a prática de tal ato em seu chamado Sistema de Justiça, disposto no art. 112 do referido estatuto:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>23</sup> Ibidem.

Entretanto, como as propostas realizadas pelo Congresso Nacional de alteração na maioria penal não tinham como objetivo reduzir para menos que 12 anos, não há que se falar em possível violação a doutrina da proteção integral da criança.

Todavia, em relação aos adolescentes, a redução da maioria penal traria profundas mudanças em seu tratamento, sobretudo no que diz respeito aos adolescentes em conflito com a lei que ao cometerem ato infracional e estiverem com 16 anos de idade completos poderão ser penalmente responsabilizados.

Na análise da redução da maioria penal em contraposição a doutrina da proteção integral, disposta na Constituição Federal de 1988, observamos que a efetivação dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se deu pela criação de verdadeiros direitos e garantias individuais dentre eles a imputabilidade penal do menor de 18 anos.

Desse modo, ainda que tais direitos e garantias não estejam expressamente dispostos no artigo 5º da CRFB/88, não podem ser objeto de deliberação que tenha tendência a diminuir tais direitos e garantias, de acordo com o que dispõe o art. 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Flávia Piovesan<sup>24</sup> entende que caso haja proposta para redução da maioria penal, ademais de violar *clausula pétreas*, estaria também violando regras internacionais que protegem os direitos humanos. Sendo certo que o Estado brasileiro se comprometeu a cumprir os direitos dispostos em tratados internacionais acerca da proteção de direitos humanos incorporando-os aos direitos nacionais.

Corroborando com esta lição os ensinamentos de Fernandes na obra de Lima e Vieira<sup>25</sup>:

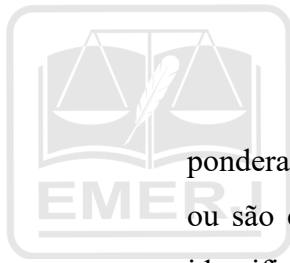
Torna-se nitidamente avesso à Constituição o não atendimento ou violação dos direitos enunciados. (...) Em poucas, mas expressivas palavras, a criança e o adolescente passaram a ter o direito à assistência e à proteção integral. Aliás, conforme a Constituição da República em vigor, a assistência social é um dever do Estado e direito de qualquer pessoa que dela necessitar. Em síntese, significa uma política pública, objeto de lei, no âmbito da seguridade social.

Ademais, em relação ao argumento favorável a redução da maioria penal em virtude do adolescente nos dias atuais ter amplo acesso a informação, há que ser

---

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioria penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira (Org.) *A razão da idade: mitos e verdades*. 1 ed. Brasília, 2001. p. 76-77.

<sup>25</sup> LIMA, Roberta Oliveira; VIEIRA, Ricardo Stanziola. *A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e a proteção socioambiental*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11205&revista\\_caderno=12#\\_ftn9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11205&revista_caderno=12#_ftn9)>. Acesso em: 21 set. 2018.



ponderado, pois nem toda informação a que o adolescente tem acesso são de qualidade ou são capazes de proporcionar ao adolescente o amadurecimento necessário para se identificar a gravidade de um ato infracional, pelo contrário, muitas delas são mais próprias para a deformação do adolescente, principalmente daqueles em situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, temos a posição do magistrado Marcos Bandeira<sup>26</sup>:

A questão não é só de informação, mas de formação; não é só de razão, mas de equilíbrio emocional; não apenas de compreensão, mas de entendimento. Indaga-se: será que o adolescente de 15 ou 16 anos age refletidamente? Será que pensa, antes de agir? Ou é, por excelência, inconseqüente, por força mesmo de sua incompletude, de sua imaturidade? Somente o tempo é capaz de edificar mecanismos que habilitem o homem a refletir, a ponderar, a mensurar suas ações.

Em relação ao apontamento levantado de que os adolescentes são recrutados pelos mais velhos para prática de ato infracional em virtude de eventual impunidade, tal argumento por si só não se sustenta, ao passo que a redução apenas traria consequências negativas, havendo o recrutamento de adolescentes cada vez mais jovens e mais crianças.

Para além disso, caso haja a redução da maioridade penal, outra consequência assustadora seria o aumento inevitável da população carcerária e os efeitos dessa passagem na vida do adolescente encarcerado e após o cárcere, assim explica Damásio<sup>27</sup>:

O Brasil, hoje, infelizmente, é um dos países que têm péssimo sistema penitenciário. De modo que, se baixarmos a maioridade para 16 anos, simplesmente vamos transferir aqueles que têm 16 anos, 17 anos, para as penitenciárias. E elas não têm nenhuma condição de dignidade de recebê-los. O sistema penitenciário tem que ser responsável, sério, eficiente. Não temos isso. O princípio da dignidade é um dos que norteiam a população brasileira e esse princípio é previsto na Constituição Federal. O condenado deve sofrer uma pena justa, certa e de acordo com a gravidade do crime. Em muitas cadeias públicas e penitenciárias há celas em que cabem dez pessoas e são colocadas 40, 50 pessoas. Temos acompanhado essa situação há muitos anos e não há nenhuma medida que na prática tenha, se não resolvido esse problema definitivamente, pelo menos tornado-o razoável. [...] Vamos mandar um garoto de 16 anos para pós-graduação em criminalidade.

Sobre isso, é necessária a reflexão de que o Estado Brasileiro vem falhando sistematicamente em relação ao sistema carcerário, não à toa o STF declarou como estado

<sup>26</sup> BANDEIRA, Marcos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Bahia: UESC, 2006, p. 198.

<sup>27</sup> JESUS, Damásio de. *Maioridade penal é cláusula pétrea da Constituição*, diz Damásio de Jesus. Última instância, Marc 2007. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteúdo/noticias/19620/36317.shtml.shtml>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

de coisas inconstitucional, senão vejamos o que diz a suprema corte no julgamento da ADPF nº 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio<sup>28</sup>:

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.

Ademais, em se tratando de adolescentes, convém destacar que no Estado do Rio de Janeiro tem mais de 1.800 adolescentes cumprindo medidas socioeducativas, dado esse apontado na palestra “Adolescentes em Conflito com a Lei: verdades e falácias do sistema socioeducativo”<sup>29</sup> realizada na EMERJ.

Com isso observa-se que não apenas o sistema carcerário brasileiro sofre com os problemas da superpopulação, esses dados revelam que os locais de cumprimento de medida de internação estão superlotados tornando evidente o desrespeito ao artigo 124, do Estatuto da criança e do adolescente<sup>30</sup>, que tratam das garantias dos adolescentes privados de liberdade:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público; II - peticionar diretamente a qualquer autoridade; III - avistar-se reservadamente com seu defensor; IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada; V - ser tratado com respeito e dignidade; VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável; VII - receber visitas, ao menos, semanalmente; VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos; IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal; X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade; XI - receber escolarização e profissionalização; XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer; XIII - ter acesso aos meios de comunicação social; XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje; XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade; XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC/DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>29</sup> FÉLIX, Vanessa Cavalieri. *Adolescentes em conflito com a lei: verdades e falácias do sistema socioeducativo*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NjVv2hOi8U&feature=youtu.be&list=PLN3KoXwOXUojichhhGI0c8aLWCBncMWF>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.



Diante deste cenário, e das garantias dos adolescentes privados de liberdade, a Juíza Lúcia Mothé Glioche<sup>31</sup>, em vídeo apresentado na supramencionada palestra esclarece, ainda, a realidade do sistema de medidas socioeducativas e as condições que vivem os adolescentes privados de liberdade. Nas palavras dela que agora é transcrita:

O serviço que hoje se oferece na socioeducação aqui na comarca da capital não muda a realidade do adolescente, ele vem pra cá com uma realidade em que ele não estuda, em que ele não tem oportunidade de fazer cursos, em que ele não tem vínculos familiares e a socioeducação raramente consegue mudar essa realidade, efetivamente poucos são os adolescentes que conseguem frequentar assiduamente a escola, conseguem participar de um curso, têm a chance num jovem aprendiz e se não tem vínculo familiar a unidade consegue reatar esses vínculos, a maioria vem para cá e fica no osso mesmo é um trabalho de gestão de segurança, aguardando que termine o prazo para ele sair, por isso que a socioeducação não socioeduca.

Ainda sobre os adolescentes privados de liberdade, a Juíza Vanessa Cavaliere na referida palestra, esclarece trazendo dados de que 95% dos adolescentes apreendidos são meninos sendo que 68% destes estão na faixa etária entre 16 a 18 anos o que nas suas palavras “hoje eu posso responder qual seria o impacto de eventual redução da maioridade para 16 anos 68% dos adolescentes que hoje são cuidados e são ressocializados no sistema socioeducativo passaria ao sistema carcerário, um sistema que também está em colapso”<sup>32</sup>

Assim, apesar dos inúmeros argumentos vistos no capítulo anterior, a redução da maioridade penal se mostra em amplo descompasso com a Doutrina da Proteção Integral, estatuída na Constituição, de modo tanto a redução como que a prisão deve ser a última opção para o Estado Brasileiro.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, acerca responsabilização penal do adolescente que comete ato infracional, uma vez que os atos infracionais são análogos aos crimes previstos no Código Penal e nas demais leis penais, entende-se que a sistemática vigente atende a Doutrina da Proteção Integral, disposta no artigo 227 da Constituição Federal, bem como aos princípios Constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>31</sup> GLIOCHE, Lucia Mothé. *Adolescentes em conflito com a lei: verdades e falácias do sistema socioeducativo*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NjVv2hOi8U&feature=youtu.be&list=PLN3KoXwOXUojichhhGI0c8aLWCBncMWF>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>32</sup> FÉLIX, op. cit., nota 29.

Em relação a possibilidade da redução da maioria penal no contexto brasileiro por meio de Emenda à Constituição apesar do Congresso Nacional por vezes ter declarado a sua possibilidade desconsiderando ser cláusula pétreia, entende-se pela impossibilidade em prestígio e respeito aos direitos fundamentais e aos princípios dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Concorda-se, ainda, que a violência tem aumentado exponencialmente no Brasil e que cada vez os criminosos se aproveitam da responsabilização do Estatuto da Criança e do Adolescente para captar adolescentes para as práticas delituosas, entretanto, não acredita-se que a redução da maioria penal seja a melhor solução para tal problema uma vez que a criminalidade precoce é sobretudo fruto da desigualdade existente no Brasil somada ao pouco investimento em políticas públicas de educação e a negligência na aplicação do ECA.

Ademais, uma eventual redução da maioria penal seria completamente incompatível com a Doutrina da Proteção Integral e que tal redução teria consequências ruins sobretudo para a população jovem e negra, ao passo que é de conhecimento amplo que os jovens negros são os que menos têm acesso à educação e são os que mais são processados e condenados pelo cometimento de atos infracionais.

Por fim, tem-se como nítida a incompatibilidade entre a doutrina da proteção integral e a redução da maioria penal, uma vez que tal redução acarretaria em uma verdadeira afronta às regras constitucionais que teologicamente preconizam a proteção da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Bahia: UESC, 2006, p. 198.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 25 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.



\_\_\_\_\_. Senado Federal, *proposta de emenda à constituição n° 115, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal, *proposta de emenda à constituição n° 90, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/64290>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *Súmula n° 605*, terceira seção, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-aprova-s%C3%BAmula-sobre-maioridade-penal](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-aprova-s%C3%BAmula-sobre-maioridade-penal)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FÉLIX, Vanessa Cavalieri. *Adolescentes em conflito com a lei: verdades e falácias do sistema socioeducativo*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NjVv2hOi8U&feature=youtu.be&list=PLN3KoXwOXUojichhhGI0cc8aLWCBncMWF>. Acesso em: 27 mai. 2019.

FIGUEIRÓ, Myra. Argumentos sobre a redução da maioria penal. *Ambito Juridico*. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,arguementos-sobre-a-reducao-da-maioridade-penal,56589.html>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

GLIOCHE, Lucia Mothé. *Adolescentes em conflito com a lei: verdades e falácias do sistema socioeducativo*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NjVv2hOi8U&feature=youtu.be&list=PLN3KoXwOXUojichhhGI0cc8aLWCBncMWF>. Acesso em: 27 mai. 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. *Maioridade penal é cláusula pétrea da Constituição*, diz Damásio de Jesus. Última instância, Marc 2007. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteúdo/noticias/19620/36317.shtml.shtml>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

LIMA, Roberta Oliveira; VIEIRA, Ricardo Stanziola. *A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e a proteção socioambiental*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11205&revista\\_caderno=12#\\_ftn9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11205&revista_caderno=12#_ftn9)>. Acesso em: 21 set. 2018. Apud. FERNANDES, Vera Maria Mothé. *O adolescente infrator e a liberdade assistida: um fenômeno sócio jurídico*. Rio de Janeiro: CBCISS, 1998, p.44.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

PIOVESAN, Flávia. A inconstitucionalidade da redução da maioria penal. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira (Org.) *A razão da idade: mitos e verdades*. 1a ed. Brasília, 2001. p. 76-77.





SARAIVA, João Batista da Costa. A Idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. In: VOLPI, Mario (Org.) *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade pena*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 211-212.



## O EMPREGO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA EFICÁCIA NA OBSERVÂNCIA NO SISTEMA DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PREVISTO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nicole Castro dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF.

**Resumo** – Em consonância com a nova ótica ideológica de técnicas alternativas de resolução de conflito, que já é identificada em algumas alterações legislativas nacionais, como o Código de Processo Civil de 2015, buscar-se-á explicitar os desafios e aspectos positivos que o emprego de tais práticas pode gerar ao adolescente que causou certo dano, bem como à vítima lesada, contribuindo, assim, com a restauração dos danos ao ofendido e a possibilidade de proporcionar ao infrator um futuro restaurativo e promissor, sem que permeie à sociedade a sensação de impunidade. A essência do trabalho objetiva demonstrar de que maneira é possível verificar o emprego de práticas da justiça restaurativa no vigente ordenamento jurídico brasileiro, especificamente frente à ocorrência de um ato infracional, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente

**Palavras-chave** – Estatuto da Criança e do Adolescente. Justiça Restaurativa. Medida Protetiva. Menor infrator.

**Sumário** – Introdução. 1. Considerações gerais acerca da justiça restaurativa. 2. A justiça restaurativa no âmbito da justiça criminal brasileira. 3. A aplicabilidade da justiça restaurativa no âmbito do estatuto da criança e do adolescente frente ao cometimento de um ato infracional. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho visa discutir, de forma crítica e problematizada, a temática da Justiça Restaurativa e a possibilidade de sua utilização no âmbito dos atos infracionais cometidos pelo menor infrator. Em princípio, poder-se-ia falar em existência de conflito na aplicação de tal medida, pois o legislador constituinte determinou que frente ao cometimento de um ato infracional a autoridade competente poderá aplicar aos adolescentes medidas que predominantemente não envolvem o contato com a vítima. Todavia, o objetivo do trabalho será demonstrar de que maneira efetiva a Justiça Restaurativa se apresenta como modelo mais efetivo à recuperação do cidadão e composição dos danos da vítima.

O Código de Processo Civil em seu art. 3º, §§ 2º e 3º explicitamente demonstra que um dos fins da máquina judiciária deve ser o impulsionamento à solução dos conflitos por meios alternativos. Contudo, sua aplicação tem se restringido às demandas cíveis, de modo

geral. Dessa forma, o debate neste trabalho se restringe à alocação de tais medidas alternativas em conjunto com os atos que o legislador dispôs no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda, é necessário verificar quais são os parâmetros que circundam a Justiça Restaurativa, bem como sua origem e início de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se conclua pela possibilidade ou incompatibilidade de princípios norteadores com as medidas corretivas apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, será possível também verificar quais seriam as implicações práticas, cuja Justiça Restaurativa está inserida.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando considerações gerais acerca da Justiça Restaurativa, sendo delineado o seu aspecto histórico e destacando os pontos negativos e positivos de seu sistema.

O segundo capítulo trata sobre a específica utilização da Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Criminal Brasileira, haja vista a inovação referente à utilização de métodos alternativos às penas dentro do regime criminal instituído pelo Código Penal e demais legislações que dispõem sobre os meios de aplicação da pena.

O terceiro capítulo abrange a questão restrita da Justiça Restaurativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o apontamento de medidas que já podem ser tomadas no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo se tratando de uma nova proposta. No que diz respeito às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é adotado para a produção deste artigo científico.

Frente ao exposto, o objeto será abordado de maneira qualitativa e crítica, haja vista que buscar-se-á o apoio em um vasto acervo literário, científico e experimental de casos pertinente ao tema que será analisado, bem como a utilização de jurisprudência, resoluções do Conselho Nacional de Justiça, que corroboram com a crítica suscitada.

## 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Iniciada a proposta de discorrer acerca da Justiça Restaurativa e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no tratamento com o menor infrator, é necessário verificar a origem de tal instituto e quais fatores históricos impulsionaram o surgimento desta prática. Dessa forma, o modo de reflexão acerca da aplicação de tal instituto de forma prática será construído de maneira mais fluida.

Segundo Castro<sup>1</sup>, a origem da Justiça Restaurativa é:

[...] relativamente recente, a Justiça Restaurativa surge em meados da década de 1970 como resultado de antigas tradições pautadas em diálogos pacificadores e construtores de consensos originários de culturas africanas e das primeiras nações do Canadá e da Nova Zelândia. A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “*Restitution in Criminal Justice*”. Assim, algum tempo depois, por ocasião de uma conferência sobre os processos penais nos países europeus, alguns participantes perceberam de fato o surgimento de um novo modelo de justiça – restaurativa – cujo nome foi criado para diferenciá-la dos modos convencionais: a retributiva, baseada na punição e a distributiva, focada na reeducação. O Movimento se reafirmou ainda mais quando em 1989, o governo da Nova Zelândia decidiu formalizar processos restaurativos como uma via para tratar infrações de adolescentes, reformulando todo o seu sistema de justiça da infância e juventude segundo princípios restaurativos, com impacto favorável já no primeiro ano de implantação [...].

Dessa forma, verifica-se que, não obstante observar-se-á mais adiante que a implantação da Justiça Restaurativa no Brasil teve início com sua aplicação em demandas cíveis, sua deflagração internacional baseou-se em uma demanda envolvendo ato infracional de adolescente. Assim, desde já se constata ser viável a possibilidade da aplicação desta prática com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Avançando nesta corrente histórica identifica-se que, a partir do momento em que a Nova Zelândia formalizou processos restaurativos para tratar infrações de adolescentes, a Justiça Restaurativa começou a ser conhecida e financiada.<sup>2</sup>

No que tange ao crescimento desta prática, Castro<sup>3</sup> afirma que “nos anos 90, houve uma explosão de muitos projetos ao redor do mundo, tanto na Justiça como em escolas e delegacias de polícia. Alguns trabalhavam crimes graves, outros só crimes leves [...]”. O ganho de espaço desta nova prática deveu-se ao fracasso do caráter retributivo de justiça, até então aplicado hodiernamente no ordenamento jurídico mundial, cuja aplicação visa tão somente que o agente seja punido pela falha cometida, sendo incapaz de responder adequadamente ao crime cometido, bem como aos específicos problemas, seja dos infratores ou das vítimas.

Importante ressaltar que além da aderência à essa prática por países do continente europeu, houve também nesse mesmo momento a aplicação por países do continente africano, principalmente na África do Sul, no pós-apartheid.

---

<sup>1</sup> CASTRO, Gabriela. *Surgimento da Justiça Restaurativa*. Disponível em: <<https://justicarestaurativa.weebly.com/origem.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

Conforme continua elucidando Castro<sup>4</sup>:

[...] o sucesso de muitas iniciativas restaurativas ao redor do mundo deu ensejo a uma resolução do Conselho Econômico e Social da ONU (24 jul. 2002), propondo “inserir a abordagem restaurativa a todas as práticas judiciárias”, tornando-as “disponíveis em todas as fases do processo legal”, mas utilizadas somente “com o consentimento livre e voluntário das partes”. Segundo a resolução, na fase preparatória os programas devem “promover pesquisa e avaliação”, visando “melhorar a extensão dos resultados, se as intervenções representam alternativa concreta e viável no contexto do processo, e se propiciam benefícios para todas as partes envolvidas, incluindo para o próprio sistema de justiça” [...].

A Resolução de que trata a explicação acima é Resolução 2002/12<sup>5</sup>, cujo objetivo é o de trazer os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, aprovada pela 37ª Sessão Plenária em 24 de julho de 2002<sup>6</sup>.

Por conseguinte, como conceito de Justiça Restaurativa, o Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup> dispõe que:

[...] é uma prática que está buscando um conceito. Em linhas gerais poderíamos dizer que se trata de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima. Surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã. As primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam relevância em várias partes do mundo. Aqui no Brasil ainda estamos em caráter experimental, mas já está em prática há dez anos. Na prática existem algumas metodologias voltadas para esse processo. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais [...].

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2016, dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Nesta resolução, o Conselho Nacional de Justiça<sup>8</sup> considera a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação, assegurando uma boa execução da política pública respectiva.

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> ONU. *Conselho Econômico e Social*. Disponível em: <[http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MP\\_RestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_RestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> CNJ. *Conselho Nacional de Justiça*. Justiça Restaurativa: O que é e como funciona. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>8</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 225*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 23 out. 2018.



Esclarece, ainda, o Conselho Nacional de Justiça<sup>9</sup> que não é o juiz que realiza a prática, e sim o mediador que faz o encontro entre vítima e ofensor (...). Apoiar o ofensor não significa apoiar o crime, e sim apoiá-lo no plano de reparação de danos.

Apesar de a Resolução anteriormente citada não restringir o âmbito de aplicação da prática da Justiça Restaurativa, esse instrumento de resolução de conflitos tem sido majoritariamente utilizado frente aos crimes mais leves. Isso porque, tendo em vista o início da aplicação de tal prática, ainda não há estrutura apropriada para os crimes mais graves.

Em consequência, vale ressaltar a diferença existente entre o método da conciliação e da prática de Justiça Restaurativa. O juiz Asiel Henrique de Sousa<sup>10</sup>, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), reconhecido como pioneiro na implantação da prática no país explica:

[...] a conciliação é mais voltada para resolver questões de interesse econômico. Os conciliadores se permitem conduzir um pouco o processo para resultados mais efetivos; a conciliação acontece com hora marcada na pauta do tribunal. Já na mediação realizada pela Justiça Restaurativa não é possível estabelecer quando vai acabar, pode demorar dias, meses, até se construir uma solução. Na medida em que você tem um conflito de maior gravidade, que traz uma direção maior de problemas afetados, é preciso dedicar mais tempo. A vítima tem espaço para sugerir o tipo de reparação. O crime gera uma assimetria de poderes: o infrator tem um poder maior sobre a vítima, e a mediação que fazemos busca reequilibrar esses poderes, mas não invertê-los. Os envolvidos podem ir com advogados, embora ao advogado seja reservado um papel muito mais de defesa da voluntariedade de participação e dos limites do acordo, para que este represente uma resposta proporcional àquela ofensa [...].

Ainda, importante salientar a possibilidade de coexistência entre a aplicação da prática da Justiça Restaurativa frente ao direito do ofendido de recorrer à justiça tradicional. É o que afirma o juiz Asiel Henrique de Sousa<sup>11</sup>:

[...] A intervenção restaurativa é suplementar: de par com o processo oferecemos um ambiente para resolver demais problemas relacionados com o conflito. Nada impede que você tenha uma iniciativa, como com adolescentes infratores, que exclua o processo. Primeiro buscamos uma persuasão, depois dissuasão e só depois mecanismos de interdição, que seria a internação. Persuasão significa abrir o ambiente para uma negociação direta entre as partes. Se isso não for alcançado, usamos mecanismos dissuasórios, que seriam um misto de acordo com possibilidades de uma resposta punitiva e, se isso tudo não funcionar, daí sim partimos para outros mecanismos [...].

Neste diapasão, é possível verificar que o foco do método da Justiça Restaurativa é na responsabilização ativa daqueles que contribuíram para a ocorrência do dano e no

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

fortalecimento da comunidade, destacando a necessidade de reparação e recomposição do tecido social rompido pelo conflito.

## 2. A ANÁLISE DA RECEPÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Viu-se que a prática de Justiça Restaurativa consiste em um método alternativo de resolução de conflitos que, com base nas diretrizes cooperativas do Novo Código de Processo Civil, concentra suas orientações em um diálogo baseado na conciliação. Agora, sob a ótica de Direito Penal, o presente artigo aduzirá os meios que possibilitam a inserção desta prática no âmbito criminal, notadamente no direito brasileiro.

Segundo Luz<sup>12</sup>:

Numa primeira aproximação, a Justiça Restaurativa pode ser explicitada como novo paradigma de resolução dos conflitos criminais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório, que busca outra resposta para o crime, distinta da comumente oferecida pelo sistema retributivista.

Dessa forma, verifica-se que o método restaurativo tende a alterar alguns pressupostos acerca do que seria punição no direito criminal brasileiro, propondo uma maneira diferente de reação ao cometimento do delito. Isso porque tal modelo não terá seu foco estritamente na retribuição do condenado pela prática do crime cometido, mas a centralidade estará na resolução de qualquer conflito baseado nos interesses prevalecentes da vítima, bem como nas possibilidades de reparação dos prejuízos causados, sejam eles financeiros, materiais ou de outra categoria.

Desde já, deve-se fazer a ressalva a respeito da barreira que a aplicação da prática da justiça restaurativa encontra no direito brasileiro, haja vista a necessidade de superar o entendimento que a teoria absoluta da pena traz, qual seja o de que a pena consistiria em pura retribuição pelo mal causado com base na ocorrência de um ilícito penalmente definido. Assim, baseado nessa teoria da pena, a justiça só se considera aplicável a partir do momento em que o malfeitor recebeu sua penitência frente ao que cometeu.

O que o sistema penal brasileiro precisaria enfrentar seria a quebra de tal paradigma, de modo que fosse oportunizada a inserção de práticas consubstanciadas não na extinção do

---

<sup>12</sup> LUZ, Ilana Martins. *O acordo restaurativo e o princípio da culpabilidade*. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-acordo-restaurativo-e-o-principio-da-culpabilidade>>. Acesso em: 29 abr. 2019.



sofrimento de uma vítima pelo sofrimento do delinquente, mas sim na composição de danos advindos da prática delitiva, que pudessem de forma consensual atribuir valor à atitude de ambas as partes envolvidas.

Explicitados os desafios brasileiros, compete expor a inserção, ainda que de maneira tímida, da aplicação da justiça restaurativa no âmbito criminal. Deve-se assinalar, de início, que não há na legislação brasileira dispositivos com práticas totalmente restaurativas. Existem, contudo, determinados diplomas legais que podem ser utilizados para sua implementação, ainda que parcial.

De acordo com Pedro Scuro Neto, um programa efetivo de justiça restaurativa requer que sejam estabelecidos:

[...] por via legislativa, padrões e diretrizes para a implementação dos programas restaurativos, bem como para a qualificação, treinamento, avaliação e credenciamento de mediadores, administração dos programas, níveis de competência e padrões éticos, salvaguardadas as garantias individuais.<sup>13</sup>

Um dos marcos inicial para a justiça restaurativa no Brasil foi o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, em abril de 2005, no qual foi formulada a Carta de Araçatuba, que enuncia os princípios do modelo restaurativo. Tal carta foi ratificada dois meses depois pela Carta de Brasília, assinada na Conferência Internacional “Acesso à Justiça por meios restaurativos de solução de conflitos”, organizada em Brasília pela Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Contudo, a implementação de experiências restaurativas no Brasil se deu por meio do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” (Ministério da Justiça/PNUS), que por ocasião do Fórum Social Mundial, indicou três cidades como sedes para projetos pilotos, a saber: São Caetano do SUL (SP), Brasília, (DF) e Porto Alegre (RS). O objetivo desse projeto era o de acompanhar e avaliar o impacto da aplicação dos princípios da justiça restaurativa na abordagem das relações entre infrator, vítima e comunidade, além de fundamentar as práticas junto ao Sistema de Justiça Juvenil.

Desde a década de 90, a justiça restaurativa é adotada no Brasil. No entanto, somente em 2005 ela chegou formalmente no país. Embora não exista uma lei que regulamente o

---

<sup>13</sup> SCURO NETO, Pedro. Modelo de Justiça para o Século XXI. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal do Rio de Janeiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/2365535/Modelo\\_de\\_justi%C3%A7a\\_para\\_o\\_s%C3%A9culo\\_XXI](https://www.academia.edu/2365535/Modelo_de_justi%C3%A7a_para_o_s%C3%A9culo_XXI)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

processo, a Resolução nº 225, do Conselho Nacional de Justiça trata sobre o procedimento. No Brasil, a justiça restaurativa vem sendo conduzida dentro dos tribunais.<sup>14</sup>

Assim, ratificando a tendência do sistema brasileiro em inserir tal prática, nota-se que a aprovação da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016 corrobora com esse pensamento. A resolução busca definir o que seria justiça restaurativa, bem como a importância da participação da vítima e da conferência de espaço durante o procedimento de apuração criminal. Ainda, o mesmo espaço deve também ser concedido à comunidade e ao autor do fato.

Por conseguinte, a Resolução nº 225/2016 indica a possibilidade de aplicação da prática da justiça restaurativa no contexto dos juizados especiais criminais, de acordo com os artigos 72, 77 e 89, da Lei nº 9.099/95<sup>15</sup>, que dispõe acerca da composição civil dos danos, do procedimento simplificado em crimes de menor potencial ofensivo, da transação e da suspensão do processo, respectivamente.

Ainda, nota-se que a supracitada resolução, em seus artigos 5º e 6º, incentiva a implantação de programas de justiça restaurativa nos Tribunais de Justiça de cada estado. Diretrizes como a formação e manutenção de equipe de facilitadores restaurativos, que atuarão com dedicação exclusiva ou parcial e voluntários que serão acompanhados por equipe técnica de apoio interprofissional fazem parte do modelo de justiça restaurativa a que o Conselho Nacional de Justiça visa aplicar.<sup>16</sup>

Com efeito, a partir do artigo 7º até o artigo 12, a resolução direciona o modo pelo qual a prática da justiça restaurativa deve ser aplicada no âmbito judicial. O que se verifica, na prática, é aplicação da justiça restaurativa pelos Tribunais de Justiça de forma isolada, como é o caso do estado de Recife, Maranhão, São Paulo e Brasília. Verificar-se-á que é possível encontrar a aplicação da justiça restaurativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, tópico do próximo capítulo deste trabalho.

Assim, é possível notar que, não obstante já exista no Brasil certa regulamentação acerca da inserção da prática da justiça restaurativa, existe, ainda, a necessidade de maior incentivo e demonstração prática desse meio alternativo de solução de conflito. Sob a ótica da necessidade de mudança de paradigma acerca da aplicação da pena, o sistema brasileiro deve

---

<sup>14</sup> SAJ ADV. Equipe. *Justiça Restaurativa: Um novo olhar no Direito Criminal e Penal*. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/justica-restaurativa/>>. Acesso em 10 jun. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. op. cit., nota 7.



voltar sua atenção aos métodos que priorizem o restabelecimento dos prejuízos ocasionados à vítima, cuja mensuração vai além de mera imposição de uma pena ao infrator.

### 3. A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO COMETIMENTO DE UM ATO INFRACIONAL

Após a necessária explanação acerca das características gerais da Justiça Restaurativa, bem como a exemplificação no que diz respeito à sua aplicação na esfera criminal brasileira, passa-se à exposição relativa aos meios possíveis e práticos da inserção deste instituto na apuração de um ato infracional. Dessa forma, será analisado de que maneira a aplicação da justiça restaurativa pode ser benéfica ao adolescente infrator e às vítimas atingidas.

Desde já, vale dizer que a proposta de aplicação deste instituto no âmbito do cometimento de um ato infracional se coaduna, principalmente, com o novo viés que o sistema jurídico brasileiro vem perseguindo, principalmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, qual seja o da primazia da resolução do mérito. Isso porque, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja aplicação de certas “punições” ao menor infrator, em muitos casos retribuir tal conduta com uma medida socioeducativa já positivada não tem trazido qualquer reparo à vítima.

Assim, as práticas restaurativas objetivam a reparação dos danos causados à vítima, precipuamente. Com efeito, restará demonstrado que tais práticas poderão também influenciar, pela via reflexa, na redução da taxa de reincidência na prática do ato infracional, embora a discussão sobre a justiça restaurativa no direito brasileiro seja novel.

Atualmente, no momento em que há a constatação sobre o cometimento de um ato infracional, o art. 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>17</sup> dispõe que poderão ser aplicadas as medidas de advertência, prestação de serviços à comunidade, obrigação de reparar o dano, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional ou qualquer outra medida igualmente prevista nos casos de ameaça ou lesão aos direitos reconhecidos à criança e ao adolescente. Ocorre que tais medidas, quando aplicadas de alguma forma que possa ensejar na composição de danos patrimoniais sofridos pela vítima,

---

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

negligencia no cuidado com aspectos tão importantes quanto esse, como as vertentes de caráter emocional e psíquico da vítima.<sup>18</sup>

A justiça restaurativa atua justamente neste viés, por meio de um diálogo que será construído para a obtenção da reparação necessária de ambas as partes, seja ofendida ou ofensora. Dessa forma, indo de encontro ao caráter puramente retributivo cuja percepção é nítida frente à atual maneira de aplicação de uma medida socioeducativa, a justiça restaurativa visará recompor danos não só da vítima, como também do adolescente, o que influenciará diretamente na redução do índice de reincidência.

No momento em que se procurou verificar as causas para que tenha havido um aumento tão brusco no número de jovens autores de atos violentos, constatou-se que a origem de muitos deles tem íntima relação com a deficiência no relacionamento dos jovens com instituições que, em princípio, deveriam servir como núcleos capazes de proporcionar seu desenvolvimento como pessoa, como as escolas e as famílias. E, como tais instituições são reconhecidamente vistas como representantes de normas sociais, éticas e morais, a deficiência neste relacionamento influencia diretamente na visão de mundo que o jovem constrói.

Nesse sentido, Zappe e Dias<sup>19</sup> aduzem que:

A família corresponde a um grupo social que possui uma organização complexa e interage com o contexto cultural mais amplo, sendo que a importância da família, no desenvolvimento de adolescentes que cometem atos infracionais, fica nítida quando consideramos o seu papel no desenvolvimento humano. O processo de socialização primária de crianças e adolescentes ocorre no contexto familiar, que estabelece formas e limites para as relações interpessoais e assim prepara o indivíduo para o convívio social mais amplo. O grupo familiar tem um papel fundamental na constituição dos indivíduos, atuando na construção da personalidade e influenciando no comportamento individual através das práticas educativas adotadas no âmbito familiar. Apesar das mudanças que a família vem apresentando ao longo dos anos, com o surgimento de novas composições familiares e alterações nos papéis de seus integrantes, a família ainda é uma instituição sólida e influente, mas flexível. É no ambiente familiar que os jovens continuam buscando referências para construir sua identidade, tendo os pais como modelos de identificação primária.

Assim, possível verificar a importância da instituição família no processo construtivo de um ser humano. Todavia, no momento em que se nota a deficiência neste relacionado

---

<sup>18</sup> AQUINO, Leonardo Gomes. *Criança e Adolescente: o ato infracional e as medidas socioeducativas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>19</sup> ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Violência e fragilidades nas relações familiares: refletindo sobre a situação de adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v17n3/06.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

essencial para a definição do caráter do adolescente, o Estado, com fulcro no art. 226, da Constituição Federal, deve atuar com viés protetivo desse menor.

Desta maneira, a aplicação de práticas restaurativas como forma de resolver conflitos originados por atos infracionais cometidos por adolescentes poderá se tornar um meio eficaz de garantir a esse jovem uma mudança no seu futuro como verdadeiro cidadão livre. De modo prático, a partir do momento em que a prática restaurativa propõe o estabelecimento do diálogo entre o infrator e a vítima, o primeiro tem a oportunidade de edificar uma identidade mais saudável, por meio do embate de valores de ambos, ou seja, a vítima tem sua capacidade de entender os motivos que levaram o jovem ao cometimento de tal ato infracional e, a partir daí, tentar processá-los de forma que esse dano emocional possa ser acalentado ao tomar ciência do contexto em que o adolescente cresceu inserido.<sup>20</sup>

Por outro lado, ao ser colocado em frente a quem causou o dano, o jovem, além de poder por iniciativa própria opinar sobre o melhor meio de recompor o dano – conforme medida socioeducativa já disposta no art. 122, II, do ECA – tem também a oportunidade de trabalhar o seu lado humanitário, como um ser que feriu outro ser. Tais reflexões advirão de um contato presencial abrangido com valores acerca da solidariedade humana, cooperação, respeito mútuo, responsabilidade e empatia.

Vale ressaltar que, conforme aduz a Promotora de Justiça Vanessa Harmuch<sup>21</sup>, além da aplicação durante o processo judicial, as técnicas restaurativas também podem ser usadas de forma preventiva, para promover a pacificação em um ambiente, solucionando dissensos e evitando a evolução do conflito. Por meio dos círculos restaurativos, as pessoas se aproximam e se conhecem, ocorrendo uma experiência de alteridade e empatia. Dessa forma, a técnica pode então ser usada para a solução de conflitos ainda não judicializados.

Assim sendo, inserir práticas restaurativas antes mesmo que o conflito se instaure possibilita àquele infrator a oportunidade de restabelecer seus critérios e escolhas acerca da vida, bem como oportuniza a esse a adoção de uma postura diferente a partir daquele momento, sem que existam as sequelas advindas da aplicação de uma medida socioeducativa de internação ou semiliberdade, por exemplo. Isso porque, é notório e de conhecido geral os ambientes a que os adolescentes infratores são expostos e colocados quando a medida imposta é a de passar determinado tempo internado em algum centro de socioeducação. Trata-se de

---

<sup>20</sup> ERLICH, Vanessa Harmuch Perez. *27 anos do ECA: Práticas restaurativas na área da infância e juventude* são discutidas em seminário. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/2017/07/7618,37/>>. Acesso em 10 mar. 2019.

<sup>21</sup> Ibid.

lugares inóspitos e que sofrem de problemas gravíssimos de superlotação, conforme ratificado em audiência pública pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro<sup>22</sup>.

Impende salientar que a execução desta prática não terá como objetivo afastar em sua totalidade o cometimento de atos infracionais por adolescentes. O caminho a ser percorrido com essa implementação é longo e demanda investimentos na seara de políticas públicas a longo prazo. O início dessa prática em todos os estados do Brasil significaria o começo de uma transformação no tratamento das partes no processo de apuração do ato infracional.

Dessa forma, verifica-se que a prática da justiça restaurativa é uma forma de resolução de conflitos contemporânea que visa o resguardo da dignidade da pessoa humana de ambas as partes envolvidas no acontecimento delitivo, seja a vítima ou o ofensor. O seu maior objetivo, especificamente no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre será a propositura de uma forma eficaz de também resguardar o princípio do melhor interesse do menor. E, não obstante, os estudos e debates sobre esse instituto sejam recentes, é possível notar que a proposta deste consiste em um dos modelos que mais poderiam se aproximar do proposto pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

## CONCLUSÃO

A pesquisa exposta objetivou verificar de que forma as práticas restaurativas podem se coadunar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que a solução do conflito pudesse envolver a colaboração de ambas as partes – ofendida e ofensora – para o alcance da alternativa mais plausível, por meio da análise da introdução destas práticas no ordenamento jurídico brasileiro de forma efetiva. Inicialmente, por se tratar de tema pouco explorado nacionalmente, abordou-se, sinteticamente, considerações gerais acerca da justiça restaurativa, trazendo à baila informações atinentes à origem e aos fatores históricos que ensejaram no surgimento das práticas restaurativas mundialmente. A tomada de conhecimento desses aspectos iniciais e gerais sobre a justiça restaurativa revelou-se crível, haja vista ter se verificado que o início das práticas restaurativas se deu justamente com a sua aplicação na ocorrência de atos infracionais internacionais, de forma que a ciência destas questões está diretamente ligada ao tema que foi analisado pelo presente artigo científico.

---

<sup>22</sup> BARREIRA, Gabriel. *Unidades para menores infratores do RJ têm superlotação de até 250%*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/unidades-para-menores-infratores-do-rj-tem-superlota-cao-de-ate-250.html>> Acesso em: 19 mar. 2019.

Buscou-se, ainda, realizar um paralelo para demonstra que, enquanto na justiça retributiva – por meio de um modelo tradicional de aplicação de pena – o Estado pega o conflito para si, a justiça restaurativa devolve o conflito para os principais envolvidos na situação. Assim, a vítima terá a oportunidade de falar diretamente com o ofensor acerca dos impactos do dano sofrido em sua vida e, concomitantemente, a possibilidade de ouvir do causador do dano sua versão acerca dos fatos, assim como o que o fez chegar até aquele ponto.

A partir destes fatos, passou-se a centralizar os apontamentos das práticas restaurativas no que tange à justiça criminal brasileira. Dessa forma, foi explicado que ideal de justiça restaurativa é que tais práticas vão de encontro à cultura brasileira da judicialização. Assim, não obstante o Brasil tenha evoluído no que diz respeito ao seu ordenamento jurídico, principalmente por meio da Constituição Federal, há ainda a necessidade de progredir culturalmente quando se pensa sobre pena e suas funções. Com efeito, demonstrou-se que práticas relacionadas à justiça restaurativa já vêm sendo aplicadas, apesar da forma tímida, pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no estado de São Paulo, por exemplo.

Já no terceiro capítulo o foco restringiu-se na aplicação da justiça restaurativa no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente no momento em que seja praticado um ato infracional. Assim, por meio da análise das medidas socioeducativas dispostas pelo art. 122, do ECA, foi atestado que a inserção de práticas restaurativas são plenamente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como está em consonância com a disposição constitucional do art. 227, cujo alcance principal é o resguardo principiológico da busca pelo melhor interessa da criança e do adolescente. Agregou-se, também, a informação de que a aplicação da prática restaurativa envolvendo adolescentes pode gerar diversos efeitos positivos correspondentes à formação de seu caráter e dignidade como cidadão brasileiro, pois tais práticas inserem ao menor o senso de responsabilização não por meio de punição somente, mas coadunada com uma experiência de alteridade e empatia.

Por óbvio, por meio dessas práticas, a vítima ofendida também não é deixada de lado, tendo em vista o fato de que se buscará atender a ambos os interesses, para que os danos sejam restaurados.

Sendo assim, restou claro para esta pesquisadora a possibilidade de implantação das práticas restaurativas na resolução de conflitos envolvendo atos infracionais cometidos por adolescentes, haja vista a tendência no ordenamento jurídico brasileiro de trazer tais técnicas de resolução de conflitos já expressamente positivados pelo Código de Processo Civil, por



exemplo, de modo que em união de esforços que devem ser despendidos por autoridades judiciárias e auxiliares, como psicólogos e assistentes sociais, é plenamente possível que a justiça restaurativa corresponda a um efetivo modo que mudança do futuro da sociedade, que são os adolescentes.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes. *Criança e Adolescente: o ato infracional e as medidas socioeducativas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BARREIRA, Gabriel. *Unidades para menores infratores do RJ têm superlotação de até 250%*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/unidades-para-menores-infratores-do-rj-tem-superlotacao-de-ate-250.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 225*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 125*, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília (DF): Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa deve ser usada em caso de violência doméstica*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85293-justica-restaurativa-deve-ser-usada-para-resolver-casos-de-violencia-domestica>>. Acesso em 17 jan. 2018.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. *Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa#anchor-titulo-index-8>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

JOÃO, Camila Ungar. *A Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110378/justica\\_restaurativa\\_implantacao\\_joao.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110378/justica_restaurativa_implantacao_joao.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

CARDOSO, Igor Guilhen. *Inovações Principiológicas no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235921,101048-Inovacoes+Principiológicas+no+Novo+Código+de+Processo+Civil>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

CASTRO, Gabriela. *Surgimento da Justiça Restaurativa*. Disponível em: <<https://justicarestaurativa.weebly.com/origem.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

ERLICH, Vanessa Harmuch Perez. *27 Anos do ECA – Práticas Restaurativas na Área da Infância e Juventude são Discutidas em Seminário*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/2017/07/7618,37/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

GONÇALVES, Antônio Baptista. *Justiça Restaurativa: Novas Soluções para Velhos Problemas*. Disponível em: < [http://www4.jfrj.jus.br/ser/index.php/revista\\_sjrj/article/view/File/15/15](http://www4.jfrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjrj/article/view/File/15/15)>. Acesso em: 25 set. 2018.

LUZ, Ilana Martins. *O acordo restaurativo e o princípio da culpabilidade*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-acordo-restaurativo-e-o-principio-da-culpabilidade>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SCURO NETO, Pedro. *Modelo de Justiça para o Século XXI. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal do Rio de Janeiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/2365535/Modelo\\_de\\_justi%C3%A7a\\_para\\_o\\_s%C3%A9culo\\_XI](https://www.academia.edu/2365535/Modelo_de_justi%C3%A7a_para_o_s%C3%A9culo_XI)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ONU. *Conselho Econômico e Social*. Disponível em: < [http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018.

ZANON, Giovana Camacho. *Justiça Restaurativa: um novo método para o Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56611/justica-restaurativa-um-novo-metodo-para-o-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ZAPPE, Jana Gonçalves; DIAS, Ana Cristina Garcia. *Violência e fragilidades nas relações familiares: refletindo sobre a situação de adolescentes em conflito com a lei*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v17n3/06.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP

Nina Bárbara Mendonça Teles

Graduada pela Faculdade de Direito Candido Mendes. Advogada.

**Resumo** – O acordo de não persecução penal trazido pela a resolução 181 do CMP, editada em 2017, trouxe um novo campo de atuação ao Ministério Público na persecução penal, possibilitando uma filtragem dos processos que serão ou não judicializados. Com isso, a justiça penal extraprocessual ganha força no brasil e os acordos diretos entre acusação e acusado ganham força no ordenamento jurídico. Entretanto, o acordo de não persecução penal, desde sua edição foi bem questionado tanto sob um aspecto de inconstitucionalidade formal como sob o aspecto de inconstitucionalidade material pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do direito. A essência do trabalho é abordar os pontos controvertidos do acordo, verificar qual sua relevância para o processo penal atual e apontar quais as justificativas para sua realização.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direito Penal Poderes do Ministério Público.

**Sumário** – Introdução. 1. A constitucionalidade material do acordo de não persecução penal. 2. A aparente inconstitucionalidade formal do acordo de não persecução penal. 3- Uma análise do Acordo de Não Persecução Penal na Resolução 181 do CNMP. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa realiza uma análise da compatibilidade do sistema processual penal brasileiro e a promulgação da resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e suas alterações posteriores pela resolução 183. Procura-se demonstrar que a aplicação do acordo de não persecução penal é constitucionalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo aspecto formal, seja pelo aspecto material.

Para tanto, aborda-se que o modelo atual de persecução penal se encontra ultrapassado e falho na sua função finalística de proteção de bens jurídicos e de atuação estatal de controle social. Há o enfoque central de que adotar novos modelos de persecução penal é medida atual fruto de uma renovação mundial ao modelo tradicional investigativo.

Os crimes mais comuns da atualidade se revestem e alto grau de periculosidade e especialidade, isso porque, as organizações criminosas estão cada vez mais modernas e paramentadas de tecnologia de ponta e de armamento sofisticado. Por isso, se faz necessário que o Estado sob o enfoque de uma política penal de repressão aos bens jurídicos mais relevantes, filtrar os crimes menos lesivos e impactantes em sociedade e procurar celebrar acordos extraprocessuais.



Nesse contexto, deixa-se claro que não haverá uma onda de perdão processual desenfreada pelo órgão persecutor criminal, o ministério público. Na verdade, será o caso de uma atuação dúplice criminal, tanto sob o aspecto de repressão extraprocessual como o modelo existente de repressão processual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um panorama geral da mudança de atuação persecutória criminal no Brasil e analisando a resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, no que tange a introdução de um modelo de acordo de não persecução penal, principalmente sob o aspecto da sua constitucionalidade material.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que não é possível justificar uma inconstitucionalidade formal da resolução 181, uma vez que ela segue fielmente os preceitos brasileiros de regulamentação interna dos poderes.

O terceiro capítulo apresenta uma análise geral do acordo de não persecução penal, trazendo as condições mínimas necessárias para sua celebração, bem como, os limites estabelecidos em lei.

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 acordo de não persecução penal. A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

## 1. A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A realidade do sistema penal brasileiro é de um processo extremamente moroso e excessivamente burocratizado o que dificulta a consecução da pena a quem deva efetivamente ser punido e absolvição aos verdadeiramente inocentes.

Aliado a um sistema processual que não supre as demandas nacionais, há o aumento científico e tecnológico das grandes organizações criminosas e a falta de orçamento público investido nas áreas de inteligência e segurança nacional.

Foi preciso buscar um outro parâmetro para visualizar o direito e o processo penal que conseguisse dar maior liberdade aos órgãos de persecução, possibilitando uma espécie de filtragem criminal efetiva, para que apenas ocupassem os tribunais os crimes que realmente precisariam de uma ampla instrução processual e uma maior e mais dura reprimenda do Estado.

Ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, a lógica de filtragem processual de forma efetiva, com as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei nº 9.099/95<sup>1</sup>, conhecida como a Lei dos Juizados. Nesse momento a legislação pátria deu legitimidade ao Ministério Público (órgão constitucionalmente legitimado para persecução penal) para ser o órgão constitucional do “*ius puniendi*” estatal de, em determinados casos específicos, uma vez preenchidos os requisitos, negociar penas diversas da prisão ao réu.

Segundo Pacelli, no modelo processual conciliatório, a justiça Penal deve orientar-se pela oralidade, informalidade e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

A doutrina, ao analisar a possibilidade de o Ministério Público transacionar diretamente com o acusado, ficando a cargo do juiz apenas a homologação em um controle de legalidade, define o nascimento, no Brasil, de uma justiça penal negociada, mesmo que de forma primitiva. A justiça penal negociada é movimento moderno de releitura do direito penal para concretização de sua finalidade precípua (manutenção e controle social) só que sob uma análise extraprocessual.

Segundo Pacelli<sup>2</sup>:

[...] 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. Note-se que quem está estabelecendo qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor é exatamente a lei. Cuida-se de opção situada no campo da política criminal, essa, sim discricionária, em princípio.

Nesse contexto, difundiu-se no Brasil a ideia de justiça penal negociada, que foi ganhando gradativamente mais e mais adeptos na doutrina. No contexto social, os adeptos cresceram paralelos aos escândalos midiáticos de corrupção que assolaram o país, como o caso da Ação Penal 470<sup>3</sup> - conhecida pelo nome de Mensalão- e posteriormente pelas operações Lava-Jato, já que o modelo clássico de persecução penal se encontrava falido perante a realidade social do país.

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>2</sup> PACCELI, Eugenio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 227.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

Foi então que, em 2013, com a Lei nº 12.850<sup>4</sup>, denominada como a Lei das Organizações Criminosas, regulamentou-se o chamado acordo de colaboração premiada, alargando ainda mais a autonomia do parquet na seletivização da matéria processual penal. O Ministério Público, pautado pelos princípios constitucionais da eficiência e proporcionalidade, poderia, então, negociar diretamente com o acusado quando fosse conveniente para o processo ou instrução. Mostra-se, de forma clara, a adoção do modelo conciliatório do direito penal moderno.

Nos acordos de colaboração premiada, o acusado ao assumir culpa sobre o crime imputado teria benefícios preestabelecidos em lei se cooperasse de forma efetiva com o processo ou as investigações (delatando comparsas ou ajudando a recuperar o proveito do crime). Grande marco processual que vem cada vez mais sendo utilizado no Brasil e que possibilitou um efetivo combate à corrupção. Desta forma, até aqueles que não são a favor da sua existência reconhecem a sua necessidade. Nesse sentido, sustenta Nucci:

(...) parece-nos que a delação premiada é mal-necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. (...). No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.<sup>5</sup>

É inevitável, porém, que não se parasse por aí, pois, como qualquer forma de mudança jurídica de grande impacto, a justiça penal negociada é modelo de gestão processual que se mostra efetivo nas complexidades da sociedade moderna e, por isso, possui a tendência de seu alargamento. Desta feita, em 2017, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) ao regulamentar a investigação penal pelo Ministério Público, cuja legitimidade constitucional foi reconhecida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727<sup>6</sup>, trouxe o acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal é um modelo, guardadas as devidas proporções, existente em vários países do ocidente que fortalecem o caráter negocial, a fim de buscar uma efetividade da atuação estatal no combate ao crime. Nesse sentido, o Ministério Público, dentro

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*: comentário à Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593.727/MG*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

do seu poder regulatório, editou a resolução 181<sup>7</sup> pelo CNMP, a qual foi atualizada posteriormente pela resolução 183<sup>8</sup>, também do CNMP.

Foi nesse cenário geral que nasce o acordo de não persecução penal como forma de adoção de um mecanismo nacional para combater a massificação processual, a morosidade da justiça penal brasileira, fornecendo mecanismos de efetividade ao órgão ministerial em sua atividade de combate ao crime.

Nesse sentido dispõe Antônio Henrique Graciano Suxberger<sup>9</sup>:

O chamado acordo de não persecução penal, tal como previsto na Resolução nº 181 do CNMP, deriva do lúdimo poder regulamentar de atribuição prevista constitucionalmente ao Ministério Público de titular privativo do exercício da ação pena pública. O exercício dessa atribuição realiza-se justamente na materialização da chamada *opinio delict*, que é o juízo do titular da ação penal sobre a possibilidade, que se convola num dever, de exercitar o direito de ação perante o judiciário naqueles casos em que ela, ação, se faça necessária.

Assim, com o acordo de não persecução penal nasce uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado, repousando na implementação de um modelo de acordo criminal através de um sistema legal de eleição de prioridades persecutórias.

O Ministério Público, conforme poder atribuído pela própria Constituição Federal de 1988, é o titular da ação penal no Brasil. Como titular, deve atuar nos perfeitos termos principiológicos que regem toda administração pública, quais sejam: adequação e necessidade.

Nesse viés, pode o Ministério Público deixar de propor a ação penal, flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal pública como forma de releitura do modelo tradicional e arcaico do direito penal pátrio.

É sabido que o Brasil, em 1990, participou da Assembleia Geral das Nações Unidas que, por meio da resolução nº 45/110<sup>10</sup>, chamada de Regras de Tóquio, corroborou com a necessidade de implementação de medidas alternativas ao processo tradicional punitivista.

<sup>7</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>8</sup> Id. *Resolução nº 183/2018*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>9</sup> SANCHES, Rogério Cunha. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 467.

<sup>10</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Série tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2019.





A resolução nº 45/110<sup>11</sup>, traz uma recomendação no item 5.1:

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Era preciso, a partir desse momento em que o Brasil se compromete a buscar medidas efetivas de prevenção ao encarceramento em massa e adoção de medidas de natureza não privativa de liberdade, criar no cenário interno novas saídas para o modelo clássico e engessado de combate ao crime.

A resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>12</sup>, se coaduna, em termos, com essa premissa de que a busca por justiça criminal não está ligada apenas ao processo penal tradicional, mas sim ao fortalecimento dos órgãos persecutórios e a capacidade de negociação entre as partes no processo penal.

Nesse ponto, a resolução, que também regulamenta a atividade investigatória do Ministério Público, se torna mecanismo que reverbera a natureza de agente político do parquet e a possibilidade, como representante do Estado na esfera penal, de invocar as prerrogativas próprias de aplicação de uma discricionariedade regrada na escolha de quais processos devem ser efetivamente judicializados, ou não.

Essa normatização, fruto de política criminal, a qual confere aos agentes públicos um processo de racionalização criminal e busca por medidas efetivas, não foi amplamente comemorado desde sua promulgação em 2017.

Doutrinadores alegam existir uma inconstitucionalidade material por violação ao artigo 5º, inciso LIV<sup>13</sup> da CRFB/88, o qual estipula que ninguém deverá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Ademais, como via consequencial, também violaria o artigo 24 do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, que prevê o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Estipula o Código Penal que, presentes os indícios de autoria e materialidade do fato,

<sup>11</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Série tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>12</sup> Id, op. cit. nota 7.

<sup>13</sup> Id. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>14</sup> Id. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia. Nesse sentido, recorre-se a inteligência de André Nicolitt:

A aplicação de tais princípios não importa em obrigar o Ministério Público a sustentar a condenação ou adotar uma postura meramente acusatória. Significa exigir que, uma vez provocada a jurisdição, haja manifestação judicial sobre o conflito. Após a instrução criminal o Ministério Público, convencido da inocência ou da falta de provas, deverá manifestar-se pela absolvição e isso não implica em desistência da ação penal.<sup>15</sup>

Entretanto, a celebração de acordos entre o órgão acusador e o acusado, na forma proposta pela Resolução 181 do CNMP<sup>16</sup>, não se mostra como uma afronta material ao princípio constitucional do devido processo legal. Não se pode defender que há uma relação de exclusão entre a negociação de medidas alternativas e o princípio da obrigatoriedade. Nesse sentido, Binder<sup>17</sup>:

Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que “exclui” a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como ‘oposto’ - e a ‘oportunidade regrada’ como síntese- é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, como consequência do princípio do devido processo legal, não pode ser lido como um mecanismo de engessamento do sistema que prejudique a efetividade do sistema de persecução penal brasileiro.

Não podendo o órgão ministerial, sem comprovada justa causa, deixar de exercer sua função constitucional, evitando-se, assim, a eleição pontual de casos e atuação enviesada para crimes de maior repercussão social numa filtragem sem parâmetros ordenados de fundamentação.

Esse dever de atuação do ministério público não deve ser lido como um comando de busca processual. Pode ser materializado numa atuação extrajudicial através de acordos de colaboração premiada, transações penais e, mais recentemente, acordos de não persecução penal.

---

<sup>15</sup> NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit. nota 7.

<sup>17</sup> BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.160.



Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, em seu modelo tradicional e ultrapassado, já está presente do nosso sistema desde a década de 90 com a Lei dos Juizados Criminais a adoção das medidas despenalizadoras, que possibilitavam o membro do Ministério Público transacionar com a acusado sob a chancela do juiz.

Logo, haja a vista a existência de diversos institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de colaboração premiada, não há como justificar a tese de inconstitucionalidade material do acordo de não persecução penal.

Nesse sentido a inteligência de Renee do ó Souza e Rogério Sanches<sup>18</sup>:

E antes que se acuse a proposta de ativismo ministerial, cumpre destacar que uma das principais funções de uma política criminal institucional é justamente servir de instrumento de combate aos voluntarismos individuais que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica.

Portanto, em termos de conflito material, sob a ótica moderna de leitura do direito penal através de uma filtragem constitucionalmente adequada a luz dos princípios da oportunidade, adequação e proporcionalidade

## 2. A APARENTE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Outra grande discussão acerca do acordo de não persecução penal se encontra na defesa de ser um mecanismo inconstitucional do ponto de vista formal. O ordenamento jurídico brasileiro adota um escalonamento normativo que proporciona maior segurança jurídica de um lado e engessamento do sistema de outro.

No ponto mais alto do ordenamento jurídico encontra-se a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Logo abaixo, e extraíndo seu fundamento de validade diretamente das normas constitucionais estão os atos normativos primários. Por fim, temos os atos normativos secundários.

O ponto de partida da análise da constitucionalidade da resolução nº 181 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) repousa em saber qual a natureza jurídica dela. As resoluções do CNMP procuram fundamento na constituição, em especial, no art. 130-A, §2<sup>o</sup><sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> SANCHES, op. cit., p. 129.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit. nota 7.

[...]I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Por isso, foi reconhecido que a edição de resoluções, com base no poder regulamentar do CNMP, que tem fundamento na constituição, tem natureza de ato normativo primário, sendo este fato reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>.

E mais, especificamente entende-se que a resolução, nesse caso, tem natureza de norma regulamentar, pois busca fundamento direto na aplicação dos princípios constitucionais da Eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI).

Superado essa análise de constitucionalidade pelo caráter regulamentar da resolução, passa-se a análise da crítica feita quanto a reserva de lei para tratar de matéria processual, conforme dispõe a Constituição Federal no Artigo 22, I<sup>21</sup>: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Entretanto, há um equívoco na premissa em análise. Não se trata de matéria processual que a lei reserva competência legislativa exclusiva a união. A norma processual, para ser configurada, deve atender a três requisitos básicos: 1- o exercício de uma pretensão punitiva; 2- manifestação de uma parte legítima; e 3- a presença de uma autoridade judicial, respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Não estando presentes tais requisitos fica difícil sustentar ser norma processual, isso porque trata-se de norma extrajudicial que estipula o não exercício de jurisdição penal.

O Supremo Tribunal Federal em 2006 por meio da relatoria da Ministra Ellen Gracie, entendeu que não se tratam de normas de direito processual, as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual.

Passada a análise de não se tratar de norma processual, é necessário analisar se trata de matéria penal, pois nesse caso, também haveria conflito com o disposto no artigo 22, I da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/MG*, Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

<sup>21</sup> Id., op. cit. nota 13.



Há também um equívoco em interpretar o acordo de não persecução como material penal, uma vez que não há imposição de pena pelo seu descumprimento, perdendo, assim, seu caráter cogente, diferentemente do que acontece com o modelo anglo-saxão de *plea bargaining*.

O acordo de não persecução penal não tem caráter imperativo, não existe cumprimento forçado do acordo e não há execução imediata de pena, pelo contrário, nesse caso, deverá o membro do ministério público oferecer denúncia e começar a instrução processual penal desde o início.

Há outra característica que tira a natureza puramente penal do acordo, que é a liberalidade de sua existência, tanto da parte proponente como da parte aceitante. Propõe o membro do Ministério Público, se achar cabível e adequado, bem como, aceita a proposta o processado, se assim lhe convir.

A ideia, do ponto de vista formal, é de que a resolução tem caráter regulamentar de uma atuação extrajudicial do membro do ministério público, dentro de suas funções constitucionais reconhecidas, respeitando o movimento atual de política criminal, qual seja, o da justiça penal negociada.

Por isso, não há violação ao artigo 22, I da Constituição Federal, uma vez que se trata de norma regulatória procedimental que evita justamente a instauração do processo penal, quando sua existência sobre um ponto de vista concreto se torna desnecessário e ineficiente

### 3. UMA ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO 181 DO CNMP

Superada a análise dos argumentos que implicavam na existência ou não de inconstitucionalidade material e formal quanto ao disposto na resolução 181 do CNMP e o acordo de não persecução penal, passa-se a análise do seu conteúdo.

Preliminarmente, deve-se destacar que como a resolução, que cuidou do procedimento investigatório pelo Ministério Público, estipula que só poderá ser oferecido e celebrado o acordo no bojo de uma investigação penal, ou seja, momento anterior a propositura da ação penal.

Entretanto, como o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público é recente<sup>22</sup>, a grande maioria dos crimes hoje é investigado por meio da polícia judiciária no procedimento tradicional, o inquérito policial.

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit. nota 6.

Por tal razão, parece sensato que a interpretação a ser dada ao dispositivo da resolução, que regulamenta o acordo de não persecução, seja a sua aplicação tanto ao procedimento investigatório comum como aos procedimentos investigatórios realizados pelo *parquet*.

De modo concreto, ao chegar no gabinete do promotor um procedimento investigatório amadurecido, do ponto de vista probatório e fático, e que tenha por objeto a apuração de um delito em que seja possível a celebração do acordo, poderá o promotor de justiça entrar em contato com o acusado e propor diretamente o acordo.

O papel do juiz, nesse momento, será de homologar o acordo na forma do §5º, do art.18 da Resolução 181 do CNMP: “Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para a sua implementação.”

Traduz-se, assim, um requisito de eficácia do acordo. Nesse momento o juiz fará a análise de adequação e proporcionalidade que devem pautar todo e qualquer acordo.

Outro dado importante trazido pela resolução é a possibilidade de propositura do acordo nas audiências de custódia, uma vez que nesse momento há presença física obrigatória de todos os membros que devem presenciar o acordo: acusado, ministério público e juiz.

Uma vez celebrado o acordo, o ônus de demonstração de cumprimento é do investigado e, caso não logre êxito, poderá o membro do Ministério público, tão logo, oferecer a denúncia.

Por ter natureza de acordo extrajudicial, a parte que cabe ao *parquet* é de promoção pelo arquivamento do procedimento investigatório, uma vez que, com a celebração do acordo de não persecução penal, não há mais interesse processual que consubstancie a denúncia. Isso porque o objetivo buscado pelo processo penal já teve sua pretensão alcançada de forma amigável e transacional.

Importante, assim, analisar as situações possíveis para a celebração do acordo de não persecução penal. A resolução determina sua aplicação no caso de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima não superior a quatro anos, mediante uma confissão formal de culpa da pratica do delito bem como o detalhamento do ocorrido.

Nesse sentido leciona Emerson Garcia<sup>23</sup>:

Na disciplina da Resolução CNMP nº 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive

<sup>23</sup> GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexos*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

em relação ao quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação da liberdade.

Por outro lado, não será possível sua aplicação quando cabível a transação penal, uma vez se que o acordo possui natureza subsidiária ao instituto despenalizador. Não será possível, também, a aplicação do acordo em casos que possa acarretar prescrição da pretensão punitiva estatal.

A alteração dada a resolução 181 pela resolução 183 do CNMP trouxe a limitação (que não havia no primeiro momento quando da publicação da resolução inicial) de que o acordo não se aplicaria a delitos mais graves (independentemente da quantidade de pena aplicável ao crime), como é o caso dos crimes hediondos.

O processo de formalização do acordo se dará nos autos do próprio procedimento investigatório e trará de forma clara as condições de execução e cumprimento para ambas as partes, tanto o acusado como o ministério público.

No sentido de modernizar os procedimentos processuais e extraprocessuais, será necessária a gravação, por meio audiovisual, da confissão do acusado, bem como os detalhes da empreitada criminosa.

Elemento probatório esse, que em caso de descumprimento pelo acusado, poderá e deverá ser usado como prova no bojo da denúncia pelo mesmo crime. Em consequência pelo descumprimento do acordo, será oferecida a denúncia ou instaurado procedimento investigatório criminal (PIC).

Surge uma questão quando da análise do acordo de não persecução penal: Seria ele um direito subjetivo do investigado ou seria uma faculdade do promotor? Parece que, numa análise legalista do ato normativo, pode-se afirmar não se tratar nem de um nem de outro.

Isso porque o acordo de não persecução penal é uma solução amigável bilateral, que gera compromisso entre as partes. Guarda-se semelhança com o instituto da transação penal da Lei nº 9.909/95. Reconhecer direito subjetivo do investigado ou dever jurídico do membro do Ministério Público seria, em última análise, tirar a discricionariedade regrada visionada pela resolução ao parquet a luz dos princípios da adequação e proporcionalidade que justificam a razão de ser da própria resolução.



Ao analisar a questão do concurso de crimes e a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, deve-se aplicar a inteligência da súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup>:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.

Nesse diapasão, quando o somatório das penas em concurso material ou o acréscimo decorrente do concurso formal ou da continuidade delitiva elevar o patamar da pena mínima para acima de 4 anos, não será possível a celebração do acordo.

Analisando os efeitos penais que o acordo de não persecução penal poderia trazer ao acusado, fica claro que, por não ter natureza penal, não tem condão de produzir os efeitos dela decorrentes, como reincidência e antecedentes negativos.

Também, torna-se importante salientar que a resolução não traz limitação numérica ao acordo de não persecução penal em relação ao mesmo investigado. Logo, é possível defender que cabe o cumprimento de mais de um acordo pelo mesmo acusado, desde que preenchido os requisitos.

Por último, importante destacar que a resolução não especificou a natureza do crime de violência que estariam excluídos de sua incidência. Por isso, parece racional a interpretação de que não se aplica tanto aos crimes de violência concreta como aos crimes de violência abstrata.

Por todos os ângulos que se analisa concretamente a resolução 181 do CNMP, não há flagrante inconstitucionalidade que justifique a não aplicação do acordo no âmbito nacional, devendo ser incentivado pelos ministérios públicos estaduais bem como os órgãos de controle da atividade persecutória em âmbito nacional.

## CONCLUSÃO

Importante consignar que o acordo de não persecução penal, por se tratar de instrumento novo no ordenamento jurídico penal brasileiro, pode acarretar, de certa forma, insegurança aos operadores do direito que, por costume e comodismo, defendem um sistema penal clássico.

---

<sup>24</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 243*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

O acordo, representa efetiva mudança no cenário nacional de expansão do modelo de justiça penal negociada e políticas criminais preventivas. Modelos modernos que são adotados atualmente em diversos países pelo mundo, por exemplo, os Estados Unidos.

É verdade que, de um ponto de vista positivista do direito, a tradição seria que o acordo fosse regulado por lei em seu sentido formal. Porém, o direito não deve e nem pode se submeter a espera do processo legislativo nacional. É bem verdade que o processo legislativo hoje encontra-se atrelado a um juízo de conveniência e oportunidade pautado pela mídia e o clamor social.

Cumprе destacar, no entanto, a existência do Projeto de Lei nº 513/2013 tramitando na Câmara dos Deputados - conhecido como pacote de segurança - que traz no seu bojo a alteração do Código de Processo Penal e inclusão do art. 394-B. O referido artigo traz a possibilidade de realização do acordo quando ao final do processo se verificar que a pena cabível seria de qualquer forma a pena restritiva de direitos, não cabendo de nenhuma forma a pena restritiva de liberdade nesses casos.

Entretanto, enquanto não aprovado e promulgado o projeto de lei, deve-se dar efetividade à Resolução 181 do CNMP, como forma de imediato alívio do sistema penal, desafogando o judiciário para a correta instrução criminal dos crimes mais graves.

Até a presente data não foram julgadas, pelo Supremo Tribunal Federal as ações diretas que tramitam contra a resolução, são elas, a ADI nº 5.793, da Ordem dos Advogados do Brasil, e a ADI nº 5.790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal assente a constitucionalidade do acordo, ocasionando assim, um grande e imediato alívio ao sistema penal, ficando para julgando do Poder Judiciário os casos mais graves e mais relevantes penalmente.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Erica Montenegro Alves. *Justiça Penal negociada sob a ótica do sistema garantista*. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_Leitura&artigo\\_id=20457](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_Leitura&artigo_id=20457)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio - Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183/2018*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_14.12.2017/art\\_130-A\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/art_130-A_.asp)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 243*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF fixa requisitos para atuação do Ministério público em investigações penais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Constitucionalidade nº 12*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

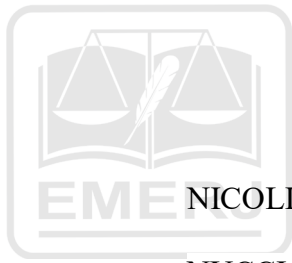
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593.727/MG*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexos*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentário à lei 12.850, de 02 e agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACCELI, Eugenio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES NETO, Ocirene. *A justiça negociada no combate ao crime organizado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58180/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SANCHES, Rogério Cunha. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodvm, 2018.

## A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Patrícia Faria de Lima

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

**Resumo** – A partir das novas possibilidades trazidas pelo avanço da ciência, surgiu a prática de reprodução artificial heteróloga. Contudo, tal possibilidade acarretou conflitos de interesses entre o direito ao anonimato do doador de gametas e o direito à identidade genética dos filhos gerados através da referida técnica. O presente trabalho busca demonstrar em quais hipóteses haverá a prevalência de um desses direitos em detrimento do outro, levando-se em consideração a técnica de ponderação de interesses, os princípios constitucionais envolvidos e a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Civil. Reprodução Assistida Heteróloga. Direito ao Anonimato do Doador. Direito à Identidade Genética. Ponderação de Interesses. Relativização.

**Sumário** – Introdução. 1. Inseminação artificial heteróloga: questões controvertidas. 2. Ponderação de interesses aplicada à inseminação artificial heteróloga. 3. Proposta de relativização. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No presente trabalho se pretende realizar um estudo comparativo entre o direito ao anonimato do doador e à identidade genética referente à técnica de reprodução assistida heteróloga, a qual há utilização de gametas de terceira pessoa anônima na inseminação artificial, demonstrando as hipóteses de relativização ao anonimato do doador.

Os avanços tecnológicos trouxeram a possibilidade de manipulação genética, fazendo com que a ciência desenvolvesse em laboratório técnicas que permitem a manipulação de genes no ser humano, como ocorre na inseminação artificial heteróloga. Essa inovação afeta não só a sociedade científica, mas também a coletividade como um todo, já que transcende o interesse particular.

Diante da rapidez das mudanças no campo científico, torna-se necessário estabelecer limites à ciência e suas inovações, ponderando as consequências para a sociedade de uma forma geral. Observa-se que a manipulação genética trouxe uma inovação na forma de interpretação constitucional, logo, uma nova ponderação de interesses passou a ser realizada.



Dessa maneira, torna-se relevante a discussão acerca do tema que abrange a inseminação artificial heteróloga, alternativa essa que gerou reflexos na seara jurídica, como o conflito entre os direitos supracitados.

No primeiro capítulo serão consideradas as questões postas pela parcela da doutrina que defende a preponderância do direito ao anonimato do doador e, em contrapartida, os argumentos acatados na prevalência do direito à identidade genética. Explorando-se os mencionados direitos, serão examinadas as suas teses defensivas e repercussões nas relações interpessoais, apreciando-se as divergências relacionadas ao tema.

No segundo capítulo se busca evidenciar a existência dos direitos fundamentais envolvidos na inseminação artificial heteróloga e a colisão entre eles, aplicando a técnica da ponderação de interesses, observando a dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais aplicados ao assunto.

Por fim, no último capítulo, após a exposição das alegações e controvérsias elencadas, serão trazidos os argumentos de defesa da relativização do direito ao anonimato do doador na técnica de reprodução assistida heteróloga, como nas hipóteses de necessidade de conhecimento da origem genética na solução de doenças hereditárias e na possibilidade de incesto.

No que diz respeito à metodologia, a pesquisa é qualitativa, descritiva e bibliográfica, utilizando-se da bibliografia pertinente à temática em foco na sustentação da tese, analisando as obras doutrinárias, jurisprudências e textos legais como fontes para os conflitos postos em enfoque.

## 1. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Diante do cenário de desenvolvimento tecnológico na medicina, surge a necessidade de intervenção do direito na área da biotecnologia e biomédica, para que as descobertas científicas possam se desenvolver sem violar direitos. A inseminação artificial heteróloga, que está inserida nesse contexto, é um tipo de reprodução assistida a qual utiliza o sêmen de um terceiro doador<sup>1</sup>.

Essa espécie de reprodução humana assistida está regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina através de algumas Resoluções sobre o assunto. A Resolução nº

---

<sup>1</sup> RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. *As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa/2>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

1.358/1992<sup>2</sup>, que estabeleceu regras e princípios, foi a primeira a ser editada, observando os parâmetros éticos e destacando que somente o casal estéril poderia submeter à referida técnica (casal heterossexual unido pelo matrimônio ou através da união estável). Mais tarde, a Resolução nº 1.957/2010<sup>3</sup> possibilitou o uso do método por qualquer pessoa capaz, independente do sexo ou estado civil.

Com a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina<sup>4</sup>, a reprodução assistida foi expressamente permitida nas relações homoafetivas e para as pessoas solteiras. Posteriormente, a Resolução nº 2.121/2015<sup>5</sup> flexibilizou a limitação de idade imposta pela anterior, admitindo a utilização da técnica para pacientes acima de 50 anos, desde que cientes dos riscos da gestação e com autorização médica.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63/2017<sup>6</sup> e através do artigo 17, inciso II, houve a retirada da exigência de identificação do doador de material genético no caso de inseminação artificial heteróloga, indo ao encontro do disposto nas mencionadas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, garantindo um mínimo de regulamentação sobre a matéria.

O direito ao anonimato do doador está fundamentado no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>7</sup>, que aborda o direito à intimidade e à privacidade, e também na previsão da legislação infraconstitucional presente no artigo 21 do Código Civil<sup>8</sup>. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior<sup>9</sup> esclarece que o mencionado direito fundamental consiste na opção que cada indivíduo possui de obstar a intromissão de estranhos em sua vida particular, assim como em relação ao acesso e divulgação das informações privadas.

Na defesa do direito ao anonimato do doador, sustenta-se que essa garantia constitucional deve prevalecer nos casos de inseminação heteróloga com o objetivo de proteção

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina*, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>3</sup> Id. *Resolução nº 1.957 do Conselho Federal de Medicina*, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>4</sup> Id. *Resolução nº 2.013 do Conselho Federal de Medicina*, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>5</sup> Id. *Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina*, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>6</sup> Id. *Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

<sup>7</sup> Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>8</sup> Id. *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: 09 ago. 2018.

<sup>9</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 720.



do doador, que não visa ter vínculo patrimonial ou afetivo com o filho biológico, e preservação da autonomia inerente ao ser humano.

Como mais um argumento trazido pelos defensores ao anonimato do doador, destacam-se a garantia da integridade da família que realizou o processo de reprodução assistida e o desinteresse do doador de material genético<sup>10</sup>.

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina<sup>11</sup> permite a quebra relativa ao sigilo do doador de gametas em determinadas situações e por motivação médica. Portanto, somente diante de situações extremas, é possível o rompimento do sigilo do doador, na medida em que seus dados são pertencentes a ele exclusivamente, não podendo ser objeto de investigações para a descoberta de sua identidade civil sob alegação da vontade do filho concebido mediante esse tipo de reprodução assistida<sup>12</sup>.

Por outro lado, existe o direito à identidade genética, positivado no artigo 48 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>13</sup>, o qual concede ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica. Nesse contexto, surge o questionamento se tal direito pode ser aplicado também aos casos de reprodução assistida heteróloga.

Os defensores da prevalência do direito à identidade genética o observam como reflexo do direito à informação da ascendência biológica e como decorrência da inviolabilidade da integridade moral, indispensável à preservação da saúde e da vida<sup>14</sup>.

Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, garante-se também ao indivíduo o direito ao conhecimento de sua origem biológica e genética, sendo parte integrante dos direitos da personalidade<sup>15</sup>. No tocante a esse princípio, cumpre esclarecer que o mesmo pode ser utilizado também como fundamento pelos defensores do direito ao anonimato do doador.

Observa-se, das considerações acima, que o direito à identidade biológica abordada por parte da doutrina possui relação com a identidade civil do doador, ou seja, o indivíduo fruto da técnica de reprodução assistida heteróloga teria o direito ao conhecimento não somente do seu histórico genético, mas também no que se refere ao nome do doador.

---

<sup>10</sup> WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt)>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>12</sup> BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. *Origem genética e direito ao sigilo do doador de material genético: fronteiras*. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/d5b23a450022>>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>14</sup> BIANCHI, op. cit.

<sup>15</sup> RESENDE, op. cit.

Existem circunstâncias no cenário da adoção e da inseminação artificial heteróloga que devem ser ressaltadas. Em um primeiro contexto, em relação à adoção, estão presentes os pais biológicos que, por via natural, conceberam o indivíduo; os pais socioafetivos; e as pessoas adotadas, que passam a buscar o conhecimento de suas origens biológicas. Já na segunda hipótese, que abrange a inseminação artificial heteróloga, estão presentes os pais biológicos, doadores de material germinativo; os pais socioafetivos, que utilizaram as técnicas de reprodução assistida; e a pessoa nascida, que pode reclamar pelo direito à identidade genética<sup>16</sup>. Assim sendo, nessa última situação, destacam-se as condições de vulnerabilidade dos doadores, dos pais socioafetivos e dos filhos gerados, questões essas abordadas no presente trabalho.

No que diz respeito à paternidade, a legislação pátria, no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil<sup>17</sup>, presume como concebido, na constância do casamento, os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Nesse sentido, Maria do Carmo Demasi Wanssa<sup>18</sup> destaca que o casal receptor do gameta de terceiro é considerado responsável legal pela criança, logo, o doador não tem direito sobre o filho.

Partindo do ponto de vista ético, a manutenção do anonimato do doador traz o aspecto da minimização da intervenção do terceiro indivíduo na relação conjugal e, inclusive, da disponibilidade de doadores, na medida em que a preservação de sua identidade colabora com a viabilização da técnica de reprodução assistida aqui tratada. Em relação ao direito dos filhos ao conhecimento de sua ascendência biológica, ressalta-se a proteção à identidade pessoal, sob alegação da importância de ter ciência das origens<sup>19</sup>.

Cumprindo, ainda, lembrar da preservação da autonomia da vontade do receptor e do doador do gameta, no que se refere aos seus atos de receber e doar. Há, de um lado, a escolha individual dos receptores e, de outro, o desprendimento dos doadores que oferecem seus gametas<sup>20</sup>.

Perante o exposto, não há que se negar a existência do conflito entre o direito ao anonimato do doador e à identidade genética na inseminação artificial heteróloga, o que não impede a busca por soluções através da ponderação de direitos. Contudo, observa-se que essa questão não é facilmente resolvida, tendo em vista a complexidade das circunstâncias e seus desdobramentos éticos, que não podem ser ignorados.

---

<sup>16</sup> ARANHA, Anderson Vieira e outros. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000300015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015)>. Acesso em: 02 set. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>18</sup> WANSSA, op. cit.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

## 2. PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA À INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Tanto no âmbito do direito civil como do direito constitucional, o nascimento da criança concebida artificialmente suscita questões de diversas ordens, afetando os princípios referentes à filiação e aos direitos do doador. Nesse contexto, surge a necessidade de ponderação de interesses na técnica de reprodução assistida heteróloga.

O direito ao anonimato do doador, como já mencionado, aborda a intimidade e a privacidade, direitos estes fundamentais estabelecidos no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>21</sup>. Na defesa pela prevalência desse direito, muitas vezes, é trazido à tona o argumento de que o conhecimento da origem genética apresenta uma situação de risco para a criança, na medida em que, apesar de conhecer sua origem, instala-se relações de fato ou de direito com o doador<sup>22</sup>.

De acordo com Edison Tetsuzo Namba<sup>23</sup>, o artigo 48 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>24</sup> não se aplica à inseminação artificial heteróloga, tendo em vista que a origem biológica do referido artigo versa sobre a tradição da maternidade e paternidade em razão do sangue. O autor destaca, ainda, a necessidade de disciplinar em lei a reprodução assistida heteróloga, a fim de se evitar a aplicação de outros dispositivos por extensão de maneira equivocada.

Para Beatriz Homem de Mello Bianchi<sup>25</sup>, as informações do doador guardadas em uma determinada clínica são pertencentes a ele exclusivamente, não podendo ser objeto de investigações fundamentadas somente na vontade do filho concebido mediante a técnica de reprodução assistida em saber a identidade civil do doador. Além disso, afirma que o doador de material genético, tendo em vista a gratuidade do ato, não possui vontade de manter a sua hereditariedade.

No que se refere ao direito à identidade genética na reprodução assistida heteróloga, o direito à informação da ascendência biológica é exaltado, com a sustentação da sua importância como integrante do direito da personalidade.

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>22</sup> MACHADO, Maria Helena Machado. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119-121.

<sup>23</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 905, v.100, p. 67-87, mar. 2011.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>25</sup> BIANCHI, op. cit.

Observa-se que o ser humano gerado através da técnica aqui tratada, não tendo escolhido a sua forma de nascimento, fica limitado a se informar a respeito de sua origem genética, o que acabaria negando-lhe o direito à identidade. Logo, o filho gerado através da reprodução assistida heteróloga deveria ter a possibilidade de conhecer a identidade do doador, reservando-lhe um direito inerente à sua personalidade<sup>26</sup>.

Tanto os defensores do direito ao anonimato do doador como os que defendem o direito à identidade genética, utilizam como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>27</sup>.

Para a análise dos interesses envolvidos na inseminação artificial heteróloga, torna-se relevante, inicialmente, definir alguns aspectos. No tocante às normas constitucionais, conforme destaca Luís Roberto Barroso<sup>28</sup>, estas podem ser classificadas como um gênero, em que há duas espécies: regras e princípios, que podem ser diferenciados por critérios de conteúdo (os princípios observam valores ou fins públicos, enquanto as regras estabelecem comandos objetivos), estrutura normativa (os princípios são normas predominantemente finalísticas e as regras traçam uma descrição) e modo de aplicação (enquanto os princípios são aplicados conforme a sua dimensão em um caso específico com maior valoração feita pelo intérprete, das regras deduz-se um comando objetivo).

Dessa maneira, os princípios possuem um conteúdo aberto que permite uma maior atuação integrativa do intérprete, com o objetivo de melhor solucionar o caso concreto e realizar os ideais de justiça, estendendo-os para situações que não foram originariamente previstas, contudo, sem perder a sua atribuição de normatividade.

Todas as normas constitucionais são normas jurídicas que possuem eficácia e estabelecem um comando imperativo, de acordo com a doutrina da efetividade. Logo, não somente as regras são dotadas de eficácia jurídica, mas os princípios também. A eficácia direta traz a ideia de que o princípio serve de fundamento na tutela de determinado bem jurídico; a eficácia interpretativa orienta o intérprete na escolha da melhor interpretação das regras; e, finalmente, a eficácia negativa induz à paralização de norma ou ato jurídico que confronta determinado princípio constitucional<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> MACHADO, op. cit., p. 119-120.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203-211.

<sup>29</sup> Ibid., p. 316-320.

Nesse contexto, surge a colisão de normas constitucionais envolvendo os interesses contrapostos na técnica de inseminação artificial heteróloga, que pode ser classificada em alguns dos seguintes tipos: colisão entre princípios constitucionais e entre direitos fundamentais. A colisão entre direitos fundamentais pode ser considerada uma particularização dos conflitos entre princípios constitucionais, já que ambos possuem equiparação na estrutura normativa e na forma de aplicação. Nestes casos, necessário se faz o uso da ponderação, a fim de se encontrar o resultado constitucionalmente mais adequando ao caso concreto<sup>30</sup>.

Os direitos fundamentais não são absolutos, logo, o seu exercício está sujeito a limites e são aplicados em casos considerados difíceis, mediante a técnica de decisão jurídica chamada de ponderação. Nela, inicialmente, observam-se as normas relevantes na solução do caso, para posteriormente examinar as circunstâncias concretas e sua interação com todos os elementos normativos; finalmente, analisam-se os diversos grupos de normas e a repercussão dos fatos de forma conjunta, apurando os pesos aos interesses conflitantes, com o objetivo de decidir o que deve preponderar no caso<sup>31</sup>.

Desta forma, torna-se necessário analisar a ponderação de interesses na hipótese de colisão de direitos fundamentais que emanam da aplicação das técnicas de reprodução assistida heteróloga, que envolvem o direito fundamental à intimidade do doador de gametas e o direito fundamental ao conhecimento da origem do ser humano gerado a partir de determinado material genético.

O princípio da proteção integral da família, que se aplica nas questões aqui levantadas, deve servir de esteio à nova forma de procriação através da inseminação artificial heteróloga, já que nela interfere diretamente, além de causar efeitos que podem comprometer as relações jurídico-familiares. Esse princípio tem por finalidade assegurar os direitos dos membros da família, principalmente daqueles em situação de desenvolvimento, estando presente uma maior vulnerabilidade e risco, como a criança e o adolescente<sup>32</sup>.

Assim, destaca-se que o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de gametas são vertentes de dois direitos fundamentais, relacionados ao direito à personalidade e ao direito à intimidade, os quais, no caso de reprodução humana assistida heteróloga, entram em colisão de interesses.

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 328-332.

<sup>31</sup> Ibid., p. 333-338.

<sup>32</sup> ALENCAR, Ana Maria Gonçalves Bastos de. *Os filhos da ciência: reprodução humana heteróloga*. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/os.filhos.da.ciencia.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Diante da existência de duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, contrariando-se, a solução ocorre através da aplicação dos critérios clássicos apontados por Norberto Bobbio<sup>33</sup>: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. Contudo, quando se tratam de princípios fundamentais, o mesmo não ocorre, uma vez que, de forma geral, não existe hierarquia entre princípios constitucionais, logo, para a solução da referida colisão entre princípios fundamentais, necessário utilizar a técnica da ponderação de interesses, em que, devido a certas circunstâncias, um princípio fundamental prevalecerá sobre o outro e terá precedência em determinado caso, porém, sempre buscando a concordância de ambos, de maneira harmônica e equilibrada.

Nesse âmbito, cabe destacar o critério de distinção entre regras e princípios, conforme esclarece Humberto Ávila<sup>34</sup>. Na colisão entre regras, baseando-se no conceito de ponderação, o conflito será afastado através de uma exceção ou uma delas será declarada inválida; já no conflito entre princípios, utiliza-se uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles, sobrepondo um princípio sobre o outro diante de determinada situação, mas mantendo a validade de ambos. Assim sendo, a aplicação mediante a ponderação diferencia os princípios das regras.

Na medida em que os direitos fundamentais aqui tratados se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mencionada forma de solução quando o conflito em questão envolve princípios, sendo considerados direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade garantidos constitucionalmente, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos em caso de conflito, uma vez que inexistem qualquer espécie de hierarquia entre eles.

No tocante ao direito ao anonimato do doador em colisão com o direito à identidade genética quando utilizada a técnica de reprodução assistida heteróloga, deverá se sacrificar um direito fundamental que, em determinado caso, se afigure menos capaz de assegurar um direito de personalidade, prestigiando-se aquele que melhor atenda à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* (Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Unb, 1996, p. 130.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2016, p. 150.

### 3. PROPOSTA DE RELATIVIZAÇÃO

Conforme já mencionado, a técnica de inseminação artificial heteróloga consiste no recolhimento do sêmen de uma terceira pessoa<sup>35</sup>, gerando maiores indagações jurídicas aqui tratadas: o direito à identidade genética do ser humano gerado pela técnica versus o anonimato do doador de gameta<sup>36</sup>.

Cumprido esclarecer que os direitos fundamentais designam direitos básicos do ser humano como indivíduo pertencente a uma sociedade, que devem necessariamente ser respeitados e garantidos pelo Estado, assegurando os mecanismos de proteção que o indivíduo pode utilizar para fazer valer esses direitos perante o Estado<sup>37</sup>.

Nesse contexto, vislumbra-se a importância de se chegar a um ponto de equilíbrio entre os mencionados direitos contrapostos. Assim sendo, necessário se faz utilizar a técnica de ponderação de interesses como critério para a solução do presente conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito fundamental à identidade genética do ser humano concebido artificialmente e, de outro, o direito fundamental à intimidade do doador de material genético.

Para auxiliar na ponderação, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>38</sup>, além de observar os parâmetros do caso concreto, a fim de definir o direito que deve sobrepor-se ao outro. No âmbito do referido princípio, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>39</sup> destaca o seguinte:

[...] a dignidade da pessoa humana trata-se de uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 18.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 694-709.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *A Teoria Geracional dos Direitos do Homem*. Disponível em: <[http://www.theoria.com.br/edicao0310/a\\_teorias\\_geracional\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em: 17 de jan. 2019.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.



Além disso, importante se faz a aplicação do princípio da razoabilidade, considerado um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais, permitindo que uma norma seja interpretada de forma a melhor realizar o seu fim constitucional<sup>40</sup>.

Também há de se destacar o princípio da proporcionalidade, no qual possui vinculação com a ideia de certo controle dos atos do poder público, com o objetivo de coibir excessos de intervenção nos direitos dos cidadãos, conferindo legitimidade às decisões judiciais. Em sentido amplo, o citado princípio opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação (a medida deve ser apropriada, a fim de promover os fins pretendidos), da necessidade (a medida escolhida deve ser a menos restritiva possível) e da proporcionalidade em sentido estrito (em que se processa a verificação da proporcionalidade da medida). Já a razoabilidade não proclama tal procedimento trifásico<sup>41</sup>.

Como já ressaltado, em razão de os direitos fundamentais visarem à proteção da dignidade da pessoa humana, devem ser objetos de ponderação no caso concreto, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Logo, tomando-se por base os direitos fundamentais aparentemente colidentes aqui tratados, deve prevalecer o direito à intimidade do doador de material genético em face ao conhecimento da origem genética por parte do ser humano fruto da técnica de reprodução assistida.

O sigilo do procedimento de inseminação artificial heteróloga e do anonimato do doador têm como finalidade essencial a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente. Assim, o direito à identidade genética não deve prevalecer em relação ao direito à intimidade do doador.

Contudo, diante das necessidades justificáveis para que ocorra a quebra do sigilo e em face de risco à dignidade da pessoa humana, a preponderância do referido sigilo da identidade do doador deve ser repensada.

Nesse contexto, tendo em vista a técnica de ponderação de interesses, em determinados casos, torna-se relevante a quebra do anonimato do doador com o objetivo de verificar doenças hereditárias, que sejam indispensáveis à saúde de quem surgiu através da técnica de inseminação artificial heteróloga, problemas estes que envolvam critérios médicos de emergência, evitando, assim, enfermidades hereditárias. Além disso, há de se observar a questão do conhecimento deste vínculo biológico perante os requisitos dos impedimentos

---

<sup>40</sup> BARROSO, op. cit., p. 304-305.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237-238.

matrimoniais. Portanto, o direito à identidade genética deve prevalecer nesses casos excepcionais, com o objetivo de cura ou prevenção de doenças graves transmitidas pela herança genética, além de evitar determinada união incestuosa<sup>42</sup>.

Desta forma, é possível ocorrer a relativização do anonimato do doador, quando motivado pela preservação da saúde das pessoas geradas pela inseminação artificial heteróloga frente às doenças genéticas e a fim de se evitar o incesto, vedando as implicações no âmbito do direito sucessório.

## CONCLUSÃO

A partir das novas possibilidades trazidas pelo avanço da ciência, especialmente no que se refere à reprodução humana assistida, tornou-se possível conceber um ser humano de forma artificial através do desenvolvimento de técnicas de concepção utilizadas em laboratório. Nessa perspectiva, conforme mencionado ao longo do artigo, tem-se a reprodução assistida heteróloga, sendo esta uma realidade vivenciada pela sociedade brasileira e também em outros países.

Tendo em vista essa célere expansão tecnológica dos métodos de reprodução humana assistida e diante da ausência de legislação específica reguladora do assunto no país, surgem inúmeras implicações jurídicas, como a colisão entre os princípios referente à filiação e aos direitos do doador.

No presente artigo, mostrou-se a grande importância da constatação da existência de dois direitos fundamentais e o estudo através da análise da colisão dos mesmos mediante a aplicação da técnica de ponderação de interesses, haja vista a inexistência de normas específicas sobre o assunto.

Assim sendo, ao se ponderar dois direitos fundamentais, um deles há de se sobrepor ao outro visando melhor atender ao princípio da dignidade da pessoa humana e, ao analisar determinado caso concreto, um deles deve ser resguardado.

Os princípios constitucionais foram citados para lembrar que toda a evolução científica referente à inseminação artificial heteróloga deve caminhar em compasso com o respeito à dignidade da pessoa humana. Essa técnica apresenta duas vertentes: por um lado, a possibilidade de haver o conhecimento da identidade genética por parte do ser humano

---

<sup>42</sup> RESENDE, op. cit.

concebido e, por outro lado, o direito à intimidade do doador de material genético. Trata-se de dois direitos fundamentais constitucionalmente resguardados.

Essa questão levantada não é facilmente resolvida, sendo importante a busca por soluções através da ponderação de interesses ressaltada no presente trabalho. Aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, tem-se que o direito ao anonimato do doador de gametas é a melhor opção para os casos de reprodução humana heteróloga. Logo, o direito à identidade genética não deve prevalecer em relação ao direito à intimidade do doador.

Contudo, o presente artigo conclui pela existência de hipóteses excepcionais que justificam a quebra do sigilo ao anonimato do doador, observando a dignidade da pessoa humana. Assim, será possibilitada a busca da origem genética mediante situações imperativas, como a necessidade de se preservar a saúde da pessoa em face de doenças congênitas e a averiguação de existência de impedimentos matrimoniais. Vislumbra-se não ser justificável, por exemplo, o acesso à origem genética para a satisfação de mera curiosidade ou para a busca das implicações no âmbito do direito sucessório.

Dessa maneira, alcança-se uma harmonia que permite a convivência do direito ao conhecimento da identidade genética com o direito ao anonimato do doador de material genético, preservando-se a vontade de ambas as partes.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Maria Gonçalves Bastos de. *Os filhos da ciência: reprodução humana heteróloga*. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/os.filhos.da.ciencia.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ARANHA, Anderson Vieira e outros. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000300015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015)>. Acesso em: 02 set. 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. *Origem genética e direito ao sigilo do doador de material genético: fronteiras*. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/d5b23a450022>>. Acesso em: 02 set. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* (Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Unb, 1996.

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: 09 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em: 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 30 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina*, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm). Acesso em: 30 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.957 do Conselho Federal de Medicina*, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm). Acesso em: 30 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 2.013 do Conselho Federal de Medicina*, de 09 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf). Acesso em: 30 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina*, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo, Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Maria Helena Machado. *Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2008.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 905, v.100, p. 67-87, mar. 2011.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *A Teoria Geracional dos Direitos do Homem*. Disponível em:



<[http://www.theoria.com.br/edicao0310/a\\_teorias\\_generacional\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_generacional_dos_direitos_do_homem.pdf)>.  
Acesso em: 17 de jan. 2019.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. *As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa/2>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraiva, 2017.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt)>. Acesso em: 02 set. 2018.



**A REPETIBILIDADE DOS VALORES ATINENTES A BENEFÍCIOS  
PREVIDENCIÁRIOS PERCEBIDOS DE BOA-FÉ EM SEDE DE DECISÃO JUDICIAL  
ANTECIPATÓRIA POSTERIORMENTE REVOGADA: CONTROVÉRSIA ENTRE AS  
JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE  
SUA APLICAÇÃO**

Patrícia Siqueira Madureira de Freitas

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade Cândido Mendes.

**Resumo** – os benefícios previdenciários consubstanciam a natural substituição do salário do trabalhador, seja de modo sazonal ou definitivo. Após o insucesso da respectiva postulação perante a autarquia previdenciária, o potencial segurado da Previdência Social, em regra, ingressa com demanda judicial, que, em não raras ocasiões, veicula pedido de tutela provisória de urgência. Concedida essa, e posteriormente revogada, inicia-se uma intrigante e fundada controvérsia: devem as quantias percebidas ser devolvidas pela parte autora? Para o deslinde dessa questão, elementos de ordem hermenêutica, principiológica e constitucional se afiguram fundamentais, sobretudo ante a natureza do bem da vida pleiteado e às expectativas que os cidadãos podem depositar no Poder Judiciário. Nesse escólio será defendida a posição no sentido da irrepetibilidade dos aludidos valores, com supedâneo, sobretudo, em bases constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Direito Previdenciário. Benefício Previdenciário. Natureza alimentar. Tutela provisória. Decisão Antecipatória. Boa-fé. Repetibilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Os benefícios previdenciários pecuniários: sua natureza e seus pressupostos. 2. A especificidade e os efeitos da decisão judicial antecipatória concessiva de benefício previdenciário. 3. A controvérsia jurisprudencial entre o STF e o STJ acerca da repetibilidade dos valores percebidos de boa-fé decorrente de tutela antecipatória posteriormente revogada, e a análise da constitucionalidade de sua aplicação. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho em apreço ostenta por tema a repetibilidade de importes referentes a benefícios previdenciários auferidos de boa-fé com supedâneo em decisão judicial antecipatória posteriormente revogada, seja em sede de sentença ou de recurso. O desiderato deste estudo reside na análise da especificidade e da natureza das citadas decisões judiciais no bojo de lides previdenciárias, da controvérsia estabelecida entre as jurisprudências do STF e do STJ, bem como em avaliar, sob o prisma jurídico-constitucional, a legitimidade da devolução dos referidos valores.

As demandas previdenciárias, sobretudo as concernentes a benefícios do regime geral de previdência social, veiculam pretensões, em geral, de diminutas quantias, máxime a se considerar a limitação constitucional a que se submetem. Por envolverem prestações

pecuniárias diferidas e ostentarem natureza alimentar, não raro são proferidas, nessas lides, decisões antecipatórias concessivas dos respectivos benefícios.

Não obstante, por se tratar de processos de certo modo complexos, uma vez que requerem exames apurados de elementos probatórios – inclusive perícias judiciais -, por vezes tais decisões, proferidas sob juízo sumário de cognição, são revogadas no corpo da sentença ou de eventual acórdão, seja em virtude da improcedência do pedido, seja em decorrência da verificação jurisdicional da incongruência entre o termo inicial da fruição do benefício a que faz jus o autor e o determinado em sede antecipatória.

Sob esse enfoque, exsurge uma relevante indagação: devem os valores em epígrafe ser devolvidos à autarquia previdenciária ao fim da demanda? A resposta, significativamente controvertida entre as jurisprudências do STF e do STJ, não prescinde da análise da natureza dos benefícios previdenciários, das decisões antecipatórias em lides desse jaez, dos princípios constitucionais e legais envolvidos, bem assim das matizes e efeitos práticos produzidos, a alcançarem a parte autora e a Fazenda Pública.

No primeiro capítulo, procura-se delinear a natureza e os pressupostos normativos dos benefícios previdenciários pecuniários, analisando-se, sobretudo, a qualidade dos seus postulantes, a origem constitucional e a essência alimentar que possuem, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, almeja-se examinar a especificidade e os efeitos da decisão judicial antecipatória concessiva de benefício previdenciário. Nessa perspectiva, busca-se especificar o caráter sumário do juízo de cognição dessa decisão e a implicação dessa no transcurso da lide.

A pedra de toque deste estudo reside no terceiro e derradeiro capítulo, oportunidade em que será dissecada a controvérsia jurisprudencial entre o STF e o STJ acerca da repetibilidade dos valores percebidos de boa-fé decorrente de tutela antecipatória posteriormente revogada, e analisada a constitucionalidade de sua aplicação, de modo a descompatibilizar tais controvérsias à luz das normas constitucionais, legais e principiológicas regentes do tema.

Nesse panorama, a temática em voga abre horizonte para eficiente raciocínio hipotético-dedutivo, sobretudo diante de sua profunda densidade processual e de rotineira aplicabilidade, ante sua considerável afetação à esfera jurídica de pessoas físicas que litigam em demandas previdenciárias.



Sob esse viés, este trabalho terá por metodologia o raciocínio hipotético-dedutivo, e por abordagem o modo qualitativo bibliográfico, com suporte na legislação, doutrina e jurisprudência.

## 1. A NATUREZA E OS PRESSUPOSTOS DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: UMA EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Consoante a doutrina de Fábio Zambite<sup>1</sup>, a seguridade social pode ser conceituada como "a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes". Para o referido doutrinador, o objetivo da seguridade social consiste em assegurar um padrão mínimo de vida digna às respectivas pessoas.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB)<sup>2</sup>, ao tratar da ordem social, estabelece, em seu art. 194, ser a seguridade social integrada pela saúde, previdência e assistência social. Adiante, o art. 201 do texto constitucional define o caráter contributivo e obrigatório da previdência social e elenca os objetos de sua cobertura, dentre os quais a doença, a invalidez, a morte, a idade avançada, a proteção à maternidade e a pensão por morte.

Sob esse enfoque, observa-se que, dentre as três esferas integrantes da seguridade social, a previdência é a única de natureza contributiva e obrigatória, justamente por constituir uma espécie de seguro para a cobertura de determinados eventos importantes ocorrentes na vida do segurado.

No concernente à constituição e administração dos ativos, o arcabouço normativo brasileiro prevê a existência de dois sistemas previdenciários: o de natureza pública, instituído pelo Estado e por ele administrado; e o privado, sempre de caráter facultativo e complementar, estabelecido e administrado por instituições privadas, como se deduz da redação do art. 202 da CRFB.

Noutro prisma, no âmbito do sistema público, existem dois principais regimes previdenciários normatizados no Brasil: o regime próprio de previdência social, disciplinado principalmente pelo art. 40 da CRFB, a que estão sujeitos os servidores públicos em geral, e o

---

<sup>1</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 5.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

regime geral de previdência social, cujas diretrizes básicas se assentam no art. 201 da Carta Magna.

No plano relacionado ao sistema contributivo do regime geral, sua regência está balizada pela Lei nº 8.212/1991<sup>3</sup>, ao passo que, no âmbito da disciplina dos benefícios previdenciários desse regime, sua normatização está regulada precipuamente pela Lei nº 8.213/1991<sup>4</sup>. Esse último diploma define as diversas qualidades de segurados da Previdência Social e estipula os pressupostos e as regras para a concessão e a fruição dos benefícios. Outrossim, o Decreto nº 3.048/1999<sup>5</sup> regulamenta as duas referidas leis em âmbito federal.

Segundo leciona Ivan Kertzman<sup>6</sup>, as prestações previdenciárias comportam como espécies os benefícios e os serviços. Os primeiros são prestações oferecidas em dinheiro aos segurados ou aos seus dependentes, enquanto os serviços consubstanciam prestações não pecuniárias, que buscam, na maioria das ocasiões, auxiliar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - na concessão dos benefícios previdenciários ou intermediar a relação entre o segurado e a Previdência Social.

O citado diploma regulador de benefícios elenca, em seu art. 18, dez espécies de benefícios previdenciários (aposentadorias por tempo de contribuição, por idade, por invalidez e especial, auxílio-doença, salário-família, pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-maternidade e auxílio-acidente) e apenas dois serviços (serviço social e reabilitação profissional). Observando-se o objeto e a finalidade deste trabalho, serão considerados em seu desenvolvimento apenas os benefícios, por se revestirem de natureza pecuniária.

A par da classificação em epígrafe, evidencia-se a natureza alimentar de todos os benefícios da Previdência Social. Decerto, ambos esses benefícios possuem a função de substituir ou complementar os rendimentos mensais auferidos pelos respectivos segurados em remuneração a seus trabalhos e, dessarte, garantir-lhes a sobrevivência. Não por outra razão, a contribuição devida mensalmente pelo segurado é nominada "salário de contribuição", nos moldes do art. 20, da Lei nº 8.212/1991, e o benefício efetivamente auferido denominado de salário de benefício pelo art. 29, da Lei nº 8.213/1991.

Da natureza alimentar de tais benefícios, defluem consectários lógicos garantidores de sua integridade e fruição, como a impenhorabilidade, a irrepetibilidade e a irredutibilidade.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto nº 3.048*, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>6</sup> KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 347.

Com efeito, a essência alimentar dos benefícios previdenciários encontra seu principal supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio e fundamento reitor de toda a ordem jurídica, como se denota do art. 1º, III, da Constituição.

Sob essa perspectiva, a Constituição, em seu art. 194, parágrafo único, inciso IV, elenca como objetivo da seguridade social a irredutibilidade do valor dos benefícios. No mesmo passo, o Decreto nº 3.048/1999, em seu art. 153, estabelece que o benefício concedido a segurado ou dependente não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para seu recebimento, ressalvado o disposto no art. 154.

Em outro panorama, no tangente aos pressupostos necessários à concessão e fruição dos benefícios previdenciários, a legislação de regência disciplina requisitos gerais e específicos. Dentre os primeiros figuram a qualidade de segurado da previdência social - regulada pelo art. 11 da Lei nº 8.213/1991<sup>7</sup> -, e a carência - normatizada nos artigos 24 a 27-A, do mesmo diploma. Por seu turno, os requisitos específicos atinam a determinados benefícios, como a verificação da incapacidade para o trabalho, nas hipóteses de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

A qualidade de segurado consiste no primeiro pressuposto a ser observado, sem o que não se verificará o vínculo da pessoa à Previdência Social. Constitui verdadeira legitimidade para a postulação de benefícios. A Lei nº 8.213/1991 estabelece dois tipos iniciais de segurados: o obrigatório e o facultativo. O primeiro tipo, de filiação obrigatória, como o nome intui, abrange cinco espécies de segurados: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, avulso e especial.

A carência, conforme leciona Ivan Kertzman<sup>8</sup>, significa o número de contribuições necessárias à efetivação do direito ao benefício postulado, o que pode ser apreendido da redação do art. 24 da Lei nº 8.213/1991. Nesse viés, cada benefício previdenciário requer um determinado quantitativo mínimo de contribuições já vertidas à Previdência Social quando do seu requerimento. Saliente-se, contudo, que quatro benefícios dispensam a carência: pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente.

Nessa ordem de ideias, conhecidos os pressupostos dos benefícios previdenciários e sua natureza alimentar, é possível depurar sua origem securitária, a diminuta importância

---

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>8</sup> Ibid., p. 351.



pecuniária da maior parte dos benefícios efetivamente pagos (malgrado de grande efeito para os cofres públicos), a elevada quantidade de pessoas que deles necessitam e a sua curial importância para a sobrevivência e dignidade dos segurados. Indubitável, pois, que o direito à percepção dos benefícios em apreço, desde que satisfeitos os respectivos requisitos, configura verdadeira extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo em sua vertente qualitativa.

## 2. A ESPECIFICIDADE E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL ANTECIPATÓRIA CONCESSIVA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

De acordo com a sistemática estabelecida pelo novo Código de Processo Civil – CPC - (Lei nº 13.105)<sup>9</sup>, a tutela provisória subdivide-se em tutela de urgência e tutela da evidência (art. 294). Antes de analisar as naturezas de ambas e concluir pela que costuma existir nas demandas previdenciárias, importa ter presente curial traço identificador da tutela provisória apontado por Daniel Assumpção<sup>10</sup>, no sentido de que tal espécie decisória é proferida mediante um juízo de cognição sumária, de probabilidade, haja vista a inexistência de certeza acerca do direito alegado pela parte autora, mas de sua mera aparência.

Como intuem as nomenclaturas em epígrafe, a tutela de urgência funda-se, além da probabilidade do direito pleiteado, no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), ao passo que a tutela da evidência lastreia-se tão somente no aspecto da plausibilidade do direito alegado, como na hipótese de suficiência probatória da documentação apresentada conjugada com a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos, conforme se infere do texto do art. 311, II, do citado diploma legal.

Outra distinção atinente à natureza dessas decisões consiste no aspecto temporal e na sua relação com a demanda principal. A tutela de urgência pode ser concedida antes mesmo do ajuizamento da demanda principal (cautelaramente) ou em caráter antecedente, caracteres não ostentados pela tutela da evidência, a qual apenas pode ser concedida no bojo da demanda principal, justamente por prescindir do *periculum in mora*.

Devido à natureza provisória de ambas essas decisões, elas conservam a sua eficácia na pendência do processo e observam as normas atinentes ao cumprimento provisório de

<sup>9</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 536.

sentença, mas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, o que denota o seu caráter *rebus sic stantibus*<sup>11</sup>.

Tal provisoriedade, como refere Daniel Assumpção<sup>12</sup>, difere-se de mera temporariedade, haja vista que esta pode, desde o início da prolação da decisão, ter sua eficácia dimensionada cronologicamente, ao passo que a primeira, a par de conservar sua eficácia enquanto não revogada, pode mantê-la em definitivo, se confirmada em decisão ulterior de cognição exauriente.

Observadas essas fisionomias principais dos institutos em apreço, é possível inferir que a maior parte das decisões provisórias prolatadas em demandas previdenciárias consiste em tutelas de urgência. Decerto, além de dificilmente tais demandas se amoldarem ao rol descrito no art. 311 do CPC<sup>13</sup>, elas comportam o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, por envolverem pedido de natureza alimentar.

Outrossim, em regra, ao ajuizar ação previdenciária, que, como visto, veicula pedido de aposentadoria, auxílio-doença, auxílio-reclusão e afins, a parte autora já obteve insucesso em seu pedido administrativo formulado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS -, o que reflete sua maior preocupação com o aspecto temporal, se aliado ao fato de que, em muitas ocasiões, os postulantes, ao encerrar ou interromper sua jornada laborativa, deixam de possuir fonte de renda.

Nessa esteira, as demandas previdenciárias costumam ser deduzidas com elementos probatórios suficientes, a demonstrarem a probabilidade do direito invocado, mormente os extratos emitidos pela própria autarquia previdenciária, dentre os quais o CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais -, previsto expressamente no art. 19, do Decreto nº 3.048/1999<sup>14</sup> como meio de prova de filiação à previdência social, tempo de contribuição e salário de contribuição.

Carteiras de trabalho, contracheques, laudos médicos e receituários também preenchem o acervo probatório inicial de diversas demandas dessa natureza, de modo a lastrear eventual decisão provisória a ser proferida pelo magistrado competente.

De maior complexidade demonstrativa, porém, afigura-se o segundo requisito necessário à concessão da tutela provisória, qual seja, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, e por diversas razões. Inicialmente, convém notar que os atos administrativos

---

<sup>11</sup> Expressão latina que designa a plasticidade (ou alterabilidade) de uma decisão processual, uma vez que a modificação dos aspectos fáticos determina a alteração ou a exclusão da eficácia da decisão anterior.

<sup>12</sup> NEVES, op. cit., p. 538.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>14</sup> Idem, op. cit., nota 5.

revestem-se do atributo da presunção de legitimidade. Segundo Carvalho Filho<sup>15</sup>, tal atributo revela que o ato administrativo, por emanar de agente público competente, integrante da estrutura do Estado, nasceu em conformidade com a lei.

E existem postulações, como as veiculadoras de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, cujas decisões administrativas, além de emanarem do corpo técnico-jurídico do INSS, perpassam por perícia médica, de modo a resultar em verdadeiros atos administrativos complexos. Por essa razão, nessas demandas específicas, são anexadas à petição inicial atestados e laudos de médicos, públicos ou particulares, que acompanham o paciente ao longo do tempo, com o intuito de infirmar a conclusão alcançada pelo perito da autarquia.

Some-se a essas circunstâncias a inovação normativa proporcionada pela Lei nº 13.655/2018<sup>16</sup>, que acrescentou substanciais regras ao Decreto-Lei nº 4.657/1942<sup>17</sup> – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A nova lei, editada com o fim de incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto do consequencialismo jurídico, segundo o qual o magistrado, ao proferir decisões, não deve se ater somente aos aspectos técnico-jurídicos ou processuais que a envolvem, mas também seus efeitos de ordem prática na relação jurídica vertida entre as partes e mesmo na esfera da sociedade como um todo.

Sob essa vertente, acordo com o novo art. 21, da LINDB, a decisão judicial que decretar a invalidação de ato administrativo deve indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Todas essas circunstâncias, que envolvem, a um só tempo, questões de direito material e processual, tornam complexa a análise do *periculum in mora* por parte do julgador, que, mesmo diante de um juízo de cognição sumária, deve perquirir com segurança a existência de elementos idôneos a evidenciar a presença desse pressuposto, a fim de evitar ulterior reversibilidade decisória em juízo de cognição exauriente.

Em prosseguimento, como a decisão provisória, para irradiar seus efeitos práticos, deve se valer de todos os mecanismos processuais dispensados ao cumprimento provisório de sentença, deve ser identificada a natureza da prestação que lhe constitui o objeto, a qual, não raras vezes, consubstancia obrigação de pagar benefício previdenciário.

---

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

<sup>16</sup> 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#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>17</sup> Idem. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Nessa órbita, constatada a presença dos pressupostos autorizadores da tutela provisória, em regra, é determinada a implementação (ou a continuidade) do benefício previdenciário, com a obrigatoriedade do depósito mensal, na conta corrente informada pelo autor, da respectiva quantia, calculada de acordo com as especificidades do benefício e, eventualmente (nos casos em que a legislação o exigir), o tempo de contribuição do segurado.

### 3. A REPETIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PERCEBIDOS DE BOA-FÉ EM SEDE DE DECISÃO JUDICIAL ANTECIPATÓRIA POSTERIORMENTE REVOGADA: CONTROVÉRSIA ENTRE AS JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE SUA APLICAÇÃO

Como analisado anteriormente, o objeto determinado em sede de tutela provisória pode ser alterado ou mesmo revogado, seja incidentalmente ao processo, seja em sede de sentença ou de recurso. Bem por esse motivo é que o parágrafo 3º do art. 300 do CPC<sup>18</sup> preleciona a impossibilidade da concessão da tutela de urgência na hipótese de existência de perigo de irreversibilidade dos seus efeitos, ou seja, risco de impossibilidade de retorno ao estado anterior.

Em sequência, o art. 302 do mesmo diploma prevê a possibilidade de indenização, a ser paga pela parte inicialmente beneficiada pela tutela provisória, à parte contrária, em determinadas hipóteses, dentre as quais a revogação dessa em sede de sentença e a cessação de sua eficácia de acordo com previsões legais.

No mesmo sentido, o art. 115, II, da Lei nº 8.213/1991<sup>19</sup>, prevê a possibilidade de desconto, no pagamento de benefício previdenciário, de valores indevidamente recebidos, seja em decorrência de decisão administrativa ou judicial. Nesse ponto, importa notar que a Medida Provisória nº 871/2019<sup>20</sup> alterou a redação da referida norma, cujo texto passou a estabelecer expressamente a repetição em apreço pela revogação de decisão judicial.

Com espede nos dispositivos em epígrafe, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (Recurso Especial nº 1.401.560)<sup>21</sup>, firmou o entendimento de

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>19</sup> Idem, op. cit., nota 4.

<sup>20</sup> Idem. *Medida Provisória n. 871*, de 18 de janeiro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm#art25](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm#art25)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>21</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.401.560*. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200985301&dt\\_publicacao=13/10/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200985301&dt_publicacao=13/10/2015)>. Acesso em: 17 mar. 2019.



que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.

Como fundamentos complementares, a referida Corte Superior elencou o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e a orientação técnica manejada pelo causídico da parte autora, a qual teria o condão de afastar a insegurança jurídica oriunda da reforma de uma decisão judicial.

Nada obstante, se o entendimento acima apresenta-se tecnicamente harmonioso aos citados dispositivos legais, ele não se sustenta sob o prisma constitucional, e mesmo legal, se considerada a teoria do diálogo das fontes<sup>22</sup> e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, a reversibilidade da decisão, por si só, não se reveste de força suficiente a determinar a repetição dos valores percebidos a título de benefício previdenciário, haja vista a existência de situações excepcionais que requerem a aplicação da técnica de ponderação de valores, por meio da qual princípios, consagradores de valores, ostentam prevalência sobre determinadas regras.

Em demandas ajuizadas em face dos entes federativos com o objeto de tutela de urgência de saúde, como internações, fármacos e procedimentos cirúrgicos emergenciais, o perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão (tendo em conta a carência de recursos de grande parte de seus autores, que, se sucumbentes ao final, não terão como ressarcir as respectivas despesas médicas e hospitalares) não impossibilita a sua prolação, pois o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecem sobre o princípio da reserva do possível e sobre a citada regra processual.

A possibilidade de indenização à parte contrária, se vencida a parte inicialmente beneficiada com a tutela provisória, também não determina obrigatoriamente a devolução dos valores percebidos. Deveras, a indenização, como fruto da responsabilidade civil (na espécie em tela, responsabilidade processual), não prescinde da constatação da prática de ato ilícito e da culpa por parte do beneficiado, uma vez que a norma em comento não explicitou tratar-se de responsabilidade objetiva.

Outrossim, a boa-fé alcança matiz fundamental para conferir a nitidez necessária ao deslinde da presente controvérsia. Consoante um salutar princípio hermenêutico do Direito, a boa-fé se presume; a má-fé deve ser provada. Nesse contexto, o potencial segurado que

---

<sup>22</sup> Teoria pós-moderna idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada no Brasil, pela primeira vez, por Claudia Lima Marques, com a finalidade de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Sua razão se baseia na pluralidade de fontes legislativas existentes no direito contemporâneo.



formula pedido de benefício previdenciário perante o INSS e, em razão do insucesso, contrata um advogado ou passa a se valer da assistência da Defensoria Pública da União para deduzir esse mesmo pedido judicialmente, não deve ter presumida a sua má-fé.

A par disso, deve-se ter presente a complexidade técnica do Direito Previdenciário, disciplina em constante mutação normativa e que requer a operação de cálculos e fórmulas matemáticas para a verificação dos requisitos necessários à concessão dos respectivos benefícios. De igual modo, ao advogado militante nesse flanco, não são desconhecidas as complexidades intrínsecas, razão por que não se pode presumir sua má-fé.

Não foi sem razão que a Primeira Seção do STJ, em 9.8.2017, afetou ao rito dos recursos repetitivos a questão concernente à possibilidade de devolução de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Previdência Social<sup>23</sup>. Malgrado a controvérsia afetada não comporte decisão judicial, é certo que envolve diretamente a boa-fé do postulante e a conduta da própria Administração.

Como argumento não menos importante, a natureza alimentar das quantias percebidas a título de benefício previdenciário, uma vez que substituem, na maior parte das ocasiões, os salários e remunerações dos segurados. Esse argumento, de *per si*, afasta a alegação de enriquecimento sem causa, porquanto quem persegue verba alimentar, mormente as previdenciárias, que possuem precisas limitações legais, não busca enriquecer-se ilicitamente, mas perceber valores destinados à sua sobrevivência e para o que, na maior parte do casos, contribuiu por anos a fio.

Com efeito, a jurisprudência do STJ<sup>24</sup> pacificou o entendimento de que as verbas recebidas em função de alimentos, em qualquer circunstância, são irrepetíveis. Embora se trate de entendimento sufragado no âmbito de demandas de natureza cível, não se mostra razoável afastar tal conclusão das demais searas em que são percebidas verbas da mesma natureza, que confluem para sobrevivência do ser humano e para a realização de sua dignidade.

Com supedâneo na boa-fé da parte autora e na natureza alimentar dos benefícios previdenciários, o STF tem aplicado o entendimento consoante o qual as quantias correspondentes, percebidas em virtude de decisão judicial provisória posteriormente

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.381.734*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1381734&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>24</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.440.777*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304218432&dt\\_publicacao=04/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304218432&dt_publicacao=04/09/2014)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

revogada, são irrepitíveis, como se pode depreender do teor do Agravo em Recurso Extraordinário de nº 734.242<sup>25</sup>.

Essa posição da Suprema Corte, a par de apresentar conjugação com os aludidos princípios jurídicos de primeira envergadura, confere maior segurança jurídica à parte autora e ao próprio magistrado. Não se pode descuidar do efeito a ser suportado pelo julgador na hipótese da pacificação da aplicação do entendimento contrário, atualmente preconizado pelo STJ.

Decerto, mesmo ciente de que não seria responsabilizado por perdas e danos – o que somente se possibilitaria nas hipóteses de omissão, dolo ou fraude, de acordo com o art. 143 do CPC<sup>26</sup>- é indubitável que o juiz pensaria e refletiria com muito mais intensidade a deferir tutela provisória para implementação de benefício previdenciário, estando inclinado, em muitas ocasiões ao indeferimento, caso soubesse que, na hipótese de aquela decisão ser reformada, a parte teria que devolver todo o montante ao INSS.

Clara está, nessa perspectiva, a possibilidade de a obrigatoriedade da sobredita repetição irradiar efeito intimidativo sobre os magistrados competentes, comprometendo o princípio do livre convencimento motivado das decisões judiciais e a própria legitimidade dessas. A segurança jurídica, nesse sentir, estaria frontalmente vulnerada.

Some-se a esse quadro o fato de que, na linha do atual entendimento do STJ – acima aclarado - a execução, por parte da autarquia previdenciária, dos valores inicialmente recebidos pela parte autora, deve se operar nos próprios autos em que deferida a tutela provisória. Ou seja, a parte demandante, inicialmente satisfeita por ter a seu favor decisão proferida por um juiz concursado, togado e competente, e passar a receber benefício utilizado para as suas primeiras necessidades, tem a ulterior surpresa de ter contra si deduzida uma execução nos próprios autos, com todos os dissabores correspondentes, como constrição de ativos financeiros e expedição de mandado de penhora.

Lado outro, é de relevo mencionar, em sede doutrinária, a posição intermediária defendida por Leonardo Carneiro da Cunha<sup>27</sup>, para quem nem todo benefício previdenciário recebido em virtude de tutela provisória deve ser amparado sob o manto da irrepitibilidade; antes, devem-se analisar as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, sobretudo a boa-fé e a segurança jurídica atrelada à legitimidade da expectativa da parte postulante.

---

<sup>25</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 734242*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28734242%2EENUME%2E+OU+734242%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hfn4tjg>> acesso em: 25 set. 2018.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>27</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Gen, 2016, p. 327.

Equilibrada a posição do autor, conquanto se deva ter em conta que, na maioria absoluta dos casos, tais elementos particulares, somados à natureza alimentar do benefício, conduzirão à irrepetibilidade da quantia antes percebida.

Por derradeiro, urge notar que a mesma Corte Superior pacificou o entendimento de que, na hipótese de reforma de sentença confirmada por acórdão de tribunal e posteriormente reformada em sede de Recurso Especial, não se impõe a devolução dos benefícios previdenciários inicialmente concedidos, ante a criação de legítima expectativa na parte autora<sup>28</sup>. Tal posição, todavia, conflita com a sobredita posição da mesma Corte. Deveras, a expectativa da parte autora em primeiro grau é tão legítima quanto a angariada em última instância. Afinal, todos os juízes são membros do Poder Judiciário.

Consectariamente, pode-se depreender a inconstitucionalidade do entendimento segundo o qual os benefícios previdenciários concedidos em sede de tutela provisória estão sujeitos à devolução, por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CRFB<sup>29</sup> -, à segurança jurídica, corolário do princípio do devido processo legal –art. 5º, LIV, da CRFB, e à liberdade decisória do magistrado, consectário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou a controvérsia reinante acerca da obrigatoriedade da devolução dos valores recebidos de boa-fé a título de benefício previdenciário, em sede de tutela provisória, posteriormente revogada, seja incidentalmente, à ocasião da prolação da sentença, ou em grau recursal.

De um flanco, o Superior Tribunal de Justiça direciona o seu entendimento no sentido da obrigatoriedade da repetição. Seus fundamentos centram-se na reversibilidade das decisões provisórias (elemento cuja ausência impossibilitaria sua própria concessão), na impossibilidade de enriquecimento sem causa e na neutralização da boa-fé da parte autora, tendo em conta que a sua capacidade postulatória (por constituir advogado ou se valer da Defensoria Pública) supriria eventual afronta à boa-fé objetiva e à segurança jurídica.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal, conquanto não tenha pacificado o tema, posiciona-se em sentido diverso, lastrado na natureza alimentar dos benefícios

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.381.734*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201143931&dt\\_publicacao=19/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201143931&dt_publicacao=19/03/2014)>. Acesso em 18 mar. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

previdenciários, na boa-fé do postulante e na segurança jurídica que deve prevalecer nas demandas judiciais.

No bojo das reflexões aqui desenvolvidas, foi possível constatar o efeito intimidativo, sobre os magistrados, irradiado pela posição favorável à obrigatoriedade da devolução em apreço. Cientes dessa possibilidade, da natureza alimentar dos benefícios (por vezes pleiteados por pessoas de poucos ou nenhuns recursos), e de uma futura execução de tais quantias nos próprios autos, em desfavor da parte inicialmente beneficiada, os magistrados naturalmente tendem a criar resistência à concessão da tutela provisória nessas demandas.

Em outro giro, importa notar a desarmonia encontrada no seio da jurisprudência do próprio STJ, cujos Ministros entendem que, em se tratando de tutela provisória concessiva de benefício previdenciário confirmada em sede de sentença e em grau de recurso, a sua desconstituição em Recurso Especial não enseja a obrigatoriedade da devolução dos importes correspondentes, e isso com espreque na segurança jurídica.

Sob essas perspectivas, a conclusão alcançada neste estudo substantificou o entendimento mais condizente com as normas constitucionais, no sentido da irrepetibilidade dos valores decorrentes da prestação em epígrafe.

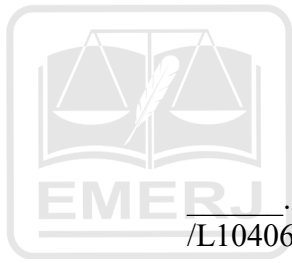
Decerto, a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, que, em essência, mesmo temporariamente, substituem os salários dos trabalhadores, a boa-fé dos postulantes e a segurança jurídica que deve se esperar do Poder Judiciário ostentam plena prevalência sobre normas processuais de caráter geral. Todos esses princípios e caracteres confluem, enfim, para a realização da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de um Estado que se quer crer Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *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#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 17 mar. 2019.



\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8742*, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto n° 3.048*, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória n° 871*, de 18 de janeiro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm#art25](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm#art25)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.401.560*. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200985301&dt\\_publicacao=13/10/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200985301&dt_publicacao=13/10/2015)>. Acesso em: 25 set. 2018.

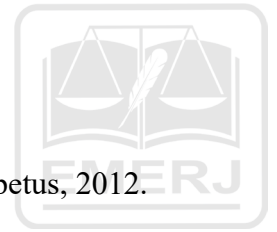
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.381.734*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1381734&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.440.777*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304218432&dt\\_publicacao=04/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304218432&dt_publicacao=04/09/2014)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 734242*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28734242%2ENUME%2E+OU+734242%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hfn4tjg>>. Acesso em: 25 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: GEN, 2016.



IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.





## DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO PRIMEIRO TRIMESTRE SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Paula Cristina da Silva Rocha

Graduada Pela Universidade da Amazônia. Advogada.

**Resumo** – o Direito costuma evoluir com a sociedade, punindo novas condutas tipificadas como crime e descriminalizando outras consideradas ultrapassadas. Com a evolução social, surgem os debates sobre condutas até então tidas como criminosas. Cada vez mais países desenvolvidos voltam-se para a questão do aborto como meio de garantir saúde e direitos fundamentais da mulher. Este trabalho busca abordar esse tema, analisar seu enquadramento como problema de saúde, sua criminalização como ofensa à dignidade da pessoa humana da mulher e verificar se a descriminalização seria uma solução.

**Palavras-chave**- Direito Penal. Direitos Fundamentais. Aborto.

**Sumário** – Introdução. 1. A interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês e o debate sobre seu reconhecimento como questão de saúde. 2. A descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da mulher. 3. A descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês: solução para o problema?. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gravidez. Procura-se demonstrar que o aborto voluntário até o primeiro trimestre de gravidez nos dias atuais merece ser visto como uma questão de saúde pública e que sua criminalização fere princípios fundamentais da mulher e não contribui para a diminuição da conduta.

Para tanto, utilizam-se posições doutrinárias e decisões judiciais, além de trabalhos científicos a respeito do tema, de maneira a debater se o aborto deve ser analisado com enfoque no crime ou na saúde e dignidade da pessoa humana da mulher.

O Código Penal data de 1940 e desde sua publicação não houve alteração em relação a conduta do aborto voluntário. Todos os anos mulheres de todas as classes sociais e credos realizam abortos em clínicas clandestinas no Brasil. A diferença entre elas é o tratamento dispensado em tais clínicas, vez que quanto maior o poder aquisitivo, menor o risco de complicações.

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal, sendo este incluído no rol de direitos fundamentais e nesse sentido, milhares de mulheres são internadas e chegam a óbito

por complicações causadas por abortos clandestinos, tal situação gera não só consequências físicas e morais nessas mulheres, mas também a seus familiares. Em relação ao tema, cabe a reflexão: sendo o Brasil um Estado laico e o aborto voluntário um problema de saúde, ainda é cabível a sua criminalização?

A questão é cercada de polêmica e controvérsia, não só no meio social como no meio jurídico e deve ser tratado com a atenção que merece, haja vista a gravidade do problema.

Para compreender melhor o assunto, busca-se apresentar dados do Ministério da Saúde e OMS, além do conceito de saúde e uma abordagem sobre direitos sexuais e reprodutivos. Para além disso, pretende-se destacar as recentes decisões sobre o tema, destacando a intervenção do Judiciário nas questões envolvendo a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação como meio mais adequado para lidar com a questão.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta a ideia do aborto voluntário como questão de saúde, trazendo dados estatísticos aproximados e fazendo uma ligação com o conceito de saúde.

Segue-se a linha de raciocínio, no segundo capítulo, analisando a descriminalização do aborto voluntário até o primeiro trimestre de gravidez como meio de garantir direitos fundamentais da mulher, trazendo, ainda, pontos fundamentais em decisão judicial recente.

O terceiro capítulo questiona se a descriminalização seria a solução para o problema de saúde pública causado pelo aborto voluntário clandestino. Tomando por base os dados e fundamentos trazidos nos dois capítulos anteriores, busca-se responder se esta seria a melhor solução.

O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, visto que a autora usará de análise de dados e informações para chegar a uma conclusão própria.

Quanto à abordagem do objeto, esta é qualitativa, haja vista que a autora anseia utilizar um conjunto de obras literárias, além de legislação, artigos científicos e periódicos, tudo relacionados ao tema do trabalho, para sustentar a tese defendida.

## 1. A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ ATÉ O TERCEIRO MÊS E O DEBATE SOBRE SEU RECONHECIMENTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE

A interrupção da gravidez de forma voluntária é tipificada no ordenamento jurídico pátrio nos artigos 124 a 128 do Código Penal<sup>1</sup>, no título que trata sobre os crimes contra a pessoa, capítulo dos crimes contra a vida, sendo este o crime de aborto, existindo as hipóteses de interrupção pela gestante e por terceiros, com penas de detenção quando o aborto é praticado pela própria gestante e reclusão, quando praticado por terceiros, existindo ainda forma qualificada da ação, caso haja lesão ou morte da gestante. Há também excludentes de ilicitude nos casos de aborto para salvar a vida da gestante e nos casos de estupro.

André Beltrão Gadelha de Sá<sup>2</sup>, no artigo *Evolução histórica do aborto*, afirma que o crime foi tipificado pela primeira vez no Código Criminal do Império, onde não se previa a conduta pela própria gestante e sim por terceiro, com ou sem o seu consentimento e estava incluída nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Seguindo a linha do tempo, o código penal de 1890, incluiu a conduta praticada pela própria gestante como crime e diferenciou os casos em que ocorrem ou não a expulsão do feto, sendo agravada a pena nos casos de morte da gestante.

A mais recente lei versando sobre o aborto é o atual Código Penal, sobretudo, vale salientar que ele data do ano de 1940 e foi elaborado em meados dos anos 30, ou seja, uma lei com mais de 70 anos, elaborada nos moldes de uma sociedade há muito ultrapassada<sup>3</sup>. Desde sua criação, o Código Penal não sofreu alterações legislativas significativas, deixando, assim, de acompanhar a evolução não só do pensamento social, mas também do direito como um todo.

A interrupção da gravidez de forma voluntária é permitida em diversos países do mundo<sup>4</sup>, na sua maioria países desenvolvidos, sendo o tema um dos mais polêmicos no cenário atual. Gerando uma forte onda de debates entre grupos apoiadores e contrários.

<sup>1</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848 de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2019.

<sup>2</sup>SÁ, André Beltrão Gadelha de. *Evolução histórica do aborto*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56669&seo=1>>. Acesso em: 17 mar. 2019

<sup>3</sup>ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. MARIZ, Renata. *Brasil possui leis obsoletas, esdrúxulas, mas em vigor*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/brasil-possui-leis-obsoletas-esdruxulas-mas-em>> Acesso em: 01 mai. 2019.

<sup>4</sup>JORNAL DE NOTÍCIAS. *Saiba como o aborto é tratado em vários pontos do mundo*. Disponível em: <<https://www.jn.pt/mundo/interior/saiba-como-o-aborto-e-tratado-em-varios-pontos-do-mundo-9378736.html>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

Alguns dados trazidos por André Beltrão Gadelha de Sá<sup>5</sup> sobre a questão afirmam que nos países latinos, apenas Cuba, México, Guiana e Porto Rico permitem o aborto sem restrições, sendo criminalizado em todos os outros, e continua ao afirmar que:

segundo pesquisa divulgada em 2008 pela Organização Mundial de Saúde, seis milhões de mulheres praticam aborto induzido todos os anos na região. A estimativa é de um aborto de risco para cada três nascidos vivos. Deste total, cerca de 1,4 milhão são brasileiras e uma em cada 1.000 gestantes morre em decorrência do aborto, isto em face da grande maioria dos procedimentos serem ilegais, portanto feitos na clandestinidade, frequentemente em condições perigosas e insalubres. Como resultado, a região enfrenta um problema sério de saúde pública que ameaça às vidas das mulheres, põe em perigo sua saúde reprodutiva e impõe uma tensão severa aos já sobrecarregados sistemas jurídicos e de saúde.

Seguindo a evolução histórica da criminalização do aborto, é possível verificar que somam quase dois séculos de proibição, e, segundo dados do Ministério da Saúde<sup>6</sup>, 1 milhão de abortos são realizados por ano no Brasil, destes, 250 mil mulheres são hospitalizadas, causando um grave problema de saúde pública.

Para além da saúde, imagine 1 milhão de mulheres sendo presas todos os anos no Brasil. Isso acarretaria em uma crise carcerária sem precedentes, vez que não há no Brasil estabelecimentos adequados suficientes para receber essas mulheres.

Com base nesses dados, é possível afirmar a ideia de que o aborto voluntário não deve ser ponderado sob a ótica do direito penal, e sim no plano da saúde.

Henrique Hoffmann Monteiro Castro<sup>7</sup> define saúde como

um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. "Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano", sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

O direito à saúde é assegurado pela Constituição da República<sup>8</sup> no Art. 6º, figurando no rol dos direitos fundamentais e também é assegurado no Art. 196, ao dizer que "a saúde é

<sup>5</sup>SÁ, op. cit., p. 5.

<sup>6</sup>CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. *Uma mulher morre a cada 2 dias por causa do aborto inseguro diz Ministério da Saúde*. Disponível em: <[http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude\\_64714.html](http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>7</sup>CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *O direito constitucional da saúde e o dever do estado de fornecer medicamentos e tratamentos*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>8</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2019.

direito de todos e dever do Estado”. Vale ressaltar que o direito a saúde compreende a manutenção e o restabelecimento da saúde, a medida em que o Estado deve realizar políticas de prevenção a doença, bem como seu tratamento.<sup>9</sup>

De acordo com dados da OMS<sup>10</sup>, 13% das mortes na gestação são causadas por complicações em abortos clandestinos. Percebe-se então, que a proibição não impede que sejam realizados e geram uma consequência grave: a prática de forma clandestina. Em virtude das condições precárias, muitas mulheres chegam a óbito. Entre aquelas que não falecem, 1 em cada 5 que sofrem complicações com aborto inseguro, contraem infecção que levam a infertilidade<sup>11</sup>.

Segundo dados do IBGE<sup>12</sup> existem hoje no país 54,8 milhões de pessoas em situação de pobreza, o que corresponde a 26,5% da população. A sociedade brasileira vive em um país desigual, onde o acesso à saúde pública torna-se não só uma necessidade, mas um privilégio. Não obstante, é fato comum e notório as filas em hospitais e demora nos atendimentos. Com tantos obstáculos para o acesso à saúde, criminalizar o aborto, nesse cenário, torna a prática ainda mais perigosa.

No plano ideal, a mulher deve ser atendida com políticas públicas de educação sexual, planejamento familiar, atendimento psicológico, acesso a educação e ao mercado de trabalho. O Estado não só entrega tais políticas de forma ineficiente, como cria obstáculos para aquelas que necessitam de uma prestação estatal. Reis Friede<sup>13</sup> argumenta que:

as mulheres, como sujeitos de direito, com necessidades que vão além da gravidez e parto, exigem ações que lhes proporcionem melhoria das condições de saúde em todos os ciclos de vida. O planejamento familiar é importante iniciativa em favor de todo cidadão, importante instrumento em favor das mulheres que passam as desventuras de uma gravidez indesejada. Assegurado pela constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo sétimo e também pela Lei nº 9.263, de 1996, que ratifica em seu artigo 4º, o planejamento familiar orienta-se por ‘ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

<sup>9</sup>RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba, n. 1, p. 62.

<sup>10</sup>MARTA, Taís Nader; GARCIA, Edinês Maria Sormani. Dignidade da pessoa humana e o aborto – uma realidade a ser pensada. *Revista de Direito*. v. XII, nº. 16. p 102.

<sup>11</sup>MARTA, op. cit., p. 103.

<sup>12</sup>SILVEIRA, Daniel. *Em 1 ano, aumenta em quase 2 milhões número de brasileiros em situação de pobreza, diz IBGE*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/05/em-1-ano-aumenta-em-quase-2-milhoes-numero-de-brasileiros-em-situacao-de-pobreza-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>13</sup>FRIEDE, Reis. *Aborto: uma questão jurídica e de saúde pública*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65271/aborto-uma-questao-juridica-e-de-saude-publica>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Em verdade, por anos, a mulher deixou de ter um papel de indivíduo com direitos na sociedade, vide o código civil<sup>14</sup>, que permitia ao marido certos poderes sobre a esposa, revogados apenas em 2002. Os direitos reprodutivos foram e ainda são tratados como tabu e um exemplo disso é o caso de aborto nos casos de fetos anencéfalos, apenas aceito no ordenamento jurídico em 2012, com o julgamento do assunto pelo Supremo.

Até então, a mulher era submetida a uma gravidez cujo resultado seria o óbito do nascituro, levando a complicações de saúde física e mental da grávida. A inconstitucionalidade da tipificação do aborto em casos de fetos anencéfalos se deu após o julgamento da ADPF n. 54<sup>15</sup>, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em 2004, em que questionavam a aplicação do disposto nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal nos casos em que o feto era diagnosticado com anencefalia.

Na ocasião, o Ministro relator, Gilmar Mendes, decidiu que “a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade.”

A partir de então, muitos outros movimentos surgiram e a questão do aborto como problema de saúde pública passou a ser considerada no judiciário como meio de garantia de um direito fundamental, também levantou discussões acerca da aplicabilidade do direito à saúde nos casos em questão. A sociedade jurídica volta-se ao tema de modo a encará-lo e debatê-lo com a ajuda de entidades e especialistas no assunto.

## 2. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O PRIMEIRO TRIMESTRE DE GESTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

É sabido que o aborto é uma decisão da mulher, que, por condições sociais ou psicológicas não entende ser possível a manutenção da gravidez e a manutenção de um filho. Em 2013 o Brasil contava com 44 mil crianças e adolescentes em abrigos<sup>16</sup>. Dentre os diversos fatores que levam crianças a abrigos, o abandono é um dos principais.

---

<sup>14</sup>BRASIL. *Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2019.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>> Acesso em: 17 mar. 2019

<sup>16</sup>BRASIL. Senado Federal. *Realidade brasileira sobre adoção: A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>> Acesso em: 18 mar. 2019.

Ao obrigar uma mulher a gerar um filho indesejado, as consequências recaem não apenas sobre ela, mas também sobre a criança, vez que ambos sofrerão com a decisão.

O planejamento familiar é assegurado pela Constituição, garantindo que o casal decida acerca dos filhos, sendo dever do Estado dar meios para sua efetivação. Nas palavras de Pedro Lenza<sup>17</sup>:

Nos termos do art. 226, § 7.º, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. A teor do art. 2.º da Lei n. 9.263/96 (*que regula o § 7.º do art. 226 da CF/88*), entende-se por planejamento familiar “...o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Para efetivação de tal planejamento, nos casos da decisão de não ter filhos, existem métodos para tal, como preservativo e anticoncepcional<sup>18</sup>. Todavia, tais métodos não garantem 100% de eficácia, sendo, portanto, possível que um casal que planejou não ter filhos acabe por ter uma gravidez indesejada.

Seguindo essa linha, como o Estado garante o direito ao planejamento familiar, pautado na dignidade da pessoa humana e, na contramão disso, em relação à manutenção de uma gravidez indesejada, tira da mulher a autonomia de decidir quando a criminaliza por interromper uma gravidez indesejada?

Os principais grupos<sup>19</sup> contra a descriminalização do aborto são de cunho religioso. Vale ressaltar que o Brasil é um Estado laico, porém ainda dominado pela sombra do catolicismo e protestantismo, que não muito raro, subjagam mulheres, as colocando em condição de inferioridade e tratando seu corpo como posse.

Cumprе esclarecer que o aborto apenas é criminalizado quando se trata da mulher, haja vista que o “aborto” feito pelo pai que abandona o filho, de nenhuma forma é criminalizado. O Brasil possui hoje 5,5 milhões de crianças sem pai no registro de nascimento<sup>20</sup>, é um número um tanto quanto alarmante, o que evidencia o desejo de controle sobre o corpo feminino e suas decisões.

<sup>17</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1473.

<sup>18</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. *Conheça mais sobre os métodos contraceptivos distribuídos gratuitamente no SUS*. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/35441-conheca-mais-sobre-os-metodos-contraceptivos-distribuidos-gratuitamente-no-sus-parte-ii>> Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>19</sup>PASSARINHO, Nathalia. *Descriminalização do aborto: quem são os grupos que tentarão influenciar decisão do STF*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45052975>>. Acesso em 01 mai. 2019.

<sup>20</sup>BASSETE, Fernanda. *Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>> Acesso em: 18 mar. 2019.



Thiago Pereira<sup>21</sup>, em seu livro intitulado *O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente a ampliação das hipóteses do aborto legal*, colaciona a fala de Julian Emerick, pensador que expõe a proibição do aborto com ligações não com o direito à vida, e sim com questões demográficas, moralistas e religiosas:

A condição feminina no Brasil colônia estava associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia, ao passo que a preocupação da Igreja Católica era com a questão moral no insipiente Estado colonial, construindo uma associação da mulher à imagem da “santa-mãe”. (...) Nesse período histórico todo projeto de construção da “santa-mãe” estava imerso dentro do que se pode denominar maternidade ideal, uma vez que o plano de colonização em vias de expansão necessitava, urgentemente, povoar o território do Brasil Colônia.

Percebe-se então, uma flagrante ofensa aos direitos fundamentais da mulher, visto que não se tratava apenas de um controle sobre o corpo, mas também sobre sua sexualidade, fato este que permaneceu incólume por um grande período de tempo. A mulher era, e por vezes ainda é, tratada como mero ser reprodutivo, não se levando em consideração suas emoções, desejos e anseios, como se o útero fosse propriedade alheia e lhe fosse repassada apenas a tarefa de carregá-lo.

Somente após as revoluções sociais as mulheres passaram a ter tratamento de igualdade, pelo menos em tese, adquirindo direitos como o de votar e ser votada, igualdade de gênero, proteção a maternidade.

No contexto das Constituições brasileiras, a do Brasil império<sup>22</sup> não mencionava a mulher como integrante da sociedade, já na Constituição do Brasil República<sup>23</sup>, a mulher era citada quando se tratavam de direitos patrimoniais.

Fernanda Marinela<sup>24</sup> ensina que apenas no início do Sec. XIX as mulheres começaram a ganhar espaço na sociedade, após manifestações exigindo espaço nas áreas de educação e trabalho. O voto feminino se torna direito nacional em 1932 e em 1934 homem e mulher são

---

<sup>21</sup>PEREIRA, Thiago Soares. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente a ampliação das hipóteses do aborto legal*. Disponível em: <<https://profmatheus.com/wpcontent/uploads/2017/05/dignidade-aborto.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>22</sup>BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>23</sup>BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)> Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>24</sup>MARINELA, Fernanda. *A evolução dos direitos das mulheres*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

colocados como indivíduos com iguais direitos e apenas em 1988, com a Constituição cidadã, as mulheres são equiparadas aos homens em direitos e obrigações.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é elencada como fundamento da República, disposto no Artigo 1º da Constituição de 1988<sup>25</sup>, devendo todos os demais princípios e as normas, observarem a adequação a tal fundamento. A atual constituição da república é garantista, em que são assegurados uma gama de direitos. Em um estado democrático de direito, os direitos fundamentais são de suma importância para a manutenção da ordem e a segurança do indivíduo. Tratam-se de verdadeiros pilares de uma sociedade justa e equilibrada.

Na luta feminina por igualdade de direitos, grandes são os nomes que passaram pela história e numerosos foram os atos em defesa de tais direitos.

O direito da mulher ao próprio corpo está intrinsecamente ligado ao direito de personalidade, assegurado pela CRFB/88<sup>26</sup>, bem como por outros ordenamentos, como o código civil<sup>27</sup> e tratados internacionais. Em que pese nenhum direito fundamental ser absoluto, a ponderação deve ser pautada na proporcionalidade, garantindo-se sempre a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Gisele Machado Aalecrim<sup>28</sup>, em seu artigo *Autonomia da mulher sobre seu corpo e a intervenção estatal* confirma esse pensamento ao argumentar que:

neste contexto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado.

A intervenção estatal no corpo da mulher de forma arbitrária e sem considerar a ponderação dos princípios envolvidos, reflete uma sociedade patriarcal e ainda conservadora, fazendo com que mulheres do mundo todo lutassem para terem seus direitos garantidos de forma ampla.

No Brasil, uma das principais decisões acerca da decisão da mulher sobre o próprio corpo consta na ADPF n.º54, já mencionada neste artigo, onde foi garantido o aborto de fetos

---

<sup>25</sup>BRASIL. op. cit., nota 23.

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit, nota 9.

<sup>27</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

<sup>28</sup>ALECRIM, Gisele Machado. *A autonomia da mulher sobre seu corpo e a intervenção estatal*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

anencefálicos, poupando assim a dor de levar uma gravidez e ao final ter a certeza da morte do filho.

Diante deste cenário de discussões, foi ajuizada a ADPF n.º 442<sup>29</sup>, pelo Psol, em que defende a não recepção pela CRFB/88 dos artigos 124 e 126 do Código Penal e indica diversos princípios fundamentais violados, como dignidade da pessoa humana, cidadania, não discriminação, inviolabilidade da vida.

Em março de 2018, a relatora Ministra Rosa Weber<sup>30</sup> convocou a sociedade para participação de audiência pública para tratar sobre o tema, vez que se trata de tema de grande discussão e polêmica no cenário nacional.

Em resposta ao pedido de audiência pública, o STF recebeu mais de 180<sup>31</sup> pedidos de habilitação o que corrobora com a polêmica envolvida no assunto.

Verifica-se, portanto, uma participação maior da sociedade nos debates, em que pese alguns se aterem ao discurso “pró vida”, sem levar em consideração os desmembramentos e complicações gerados por uma gravidez indesejada, grande parte assimila a ideia de que o direito ao próprio corpo não deve ser decidido por terceiros, senão por quem é detentor do corpo, no caso, a mulher.

Ainda sobre o tema, o STF decidiu o *Habeas Corpus* n.º 124.306-RJ<sup>32</sup>, onde, segundo a denúncia, indivíduos foram presos por manterem uma clínica de aborto, além de também ser presa a grávida que teria realizado o procedimento. Na ação em questão, foi negado *Habeas Corpus* em sede de segunda instância, pelo que foi ajuizado junto ao STF novo *habeas corpus* pleiteando a liberdade dos acusados. Na oportunidade, o STF não só julgou o pedido de liberdade, como decidiu acerca da recepção dos artigos que versam sobre o aborto no Código Penal. Após o julgamento, foi decidido pela liberdade dos acusados e pela não recepção dos artigos, fixando a tese de que a mulher poderá abortar até o terceiro mês de gestação, não devendo incorrer em crime. Defendeu o Ministro Barroso<sup>33</sup> que se tratava de assegurar todo um arcabouço de direitos fundamentais, entre eles o da igualdade, proporcionalidade, o direito de reprodução e o de autonomia corporal:

<sup>29</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF N.º 442*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

<sup>30</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *STF realiza audiência pública sobre descriminalização do aborto nos dias 3 e 6 de agosto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit, nota 13.

<sup>32</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>33</sup>Idem. op.cit, nota 15.

A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

Sendo a personalidade e o direito ao próprio corpo integrantes do princípio matriz da dignidade da pessoa humana, e este o princípio norteador das relações, a garantia da sua aplicação deve ser feita por meio de políticas públicas de prevenção e não como meio de punir, conforme argumenta Silvia Pimentel, em seu artigo “Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto<sup>34</sup>”:

Admitindo-se a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva.

Fica claro então a violação de princípios fundamentais intimamente ligados à garantia de uma vida digna ao proibir a interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês, evidenciando uma patente necessidade de mudança legislativa e de pensamento da sociedade a fim de preservar o direito da mulher ao próprio corpo, bem como assegurar que a dignidade da pessoa humana seja amplamente garantida.

### 3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ ATÉ O TERCEIRO MÊS: SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA?

Ao longo deste trabalho, foi discutido acerca da criminalização da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação como problema de saúde pública e ofensa a dignidade da pessoa humana, pelo que questionamos: qual seria, então, a solução para tais problemas apontados?

Dentre os movimentos engajados no assunto, destaca-se os números dos países em que o aborto é legalizado e verifica-se que não houve aumento da prática. Em verdade há uma

---

<sup>34</sup>PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. *Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto*. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

diminuição do número de mulheres hospitalizadas, haja vista o procedimento ser realizado em ambiente estéril e seguro.

Levando-se em consideração os dados coletados pela OMS<sup>35</sup>, é possível identificar 30 milhões de abortos por ano, sendo 20 milhões nos 70% de países cujo aborto é legalizado e 20 milhões nos demais onde ainda é criminalizado.

Diante dessa informação, é possível chegar a conclusão de que nos países onde o aborto é criminalizado, o procedimento é proporcionalmente maior que nos países onde o procedimento não é considerado crime.

Outro ponto a ser analisado é o fato de mulheres de diversas religiões realizarem o procedimento, ficando claro que a religião não interfere na decisão. De acordo com Pesquisa<sup>36</sup> realizada pela Agência Ibope Inteligência, e veiculada pela Universidade de Brasília (UnB), 65% das mulheres que abortam seriam católicas e 25% seriam protestantes.

Um grande passo foi tomado pelo judiciário brasileiro ao decidir sobre a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, no *Habeas Corpus* 124. Para o Ministro, os artigos 124 a 126 do Código Penal devem ser interpretados conforme a Constituição, excluindo de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre, sendo a criminalização incompatíveis com os direitos sexuais e reprodutivos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica da gestante e a igualdade.

O ministro Barroso separou a decisão em tópicos, abrangendo princípios fundamentais, questões éticas e sociais.

Em que pese concordar com a decisão do STF, ainda se tem dúvida se a descriminalização do aborto pela via judiciária ofenderia o princípio da separação de poderes<sup>37</sup>, vez que alguns estudiosos entendem que a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação deva ser de iniciativa do legislativo.

De fato, uma mudança no código penal traria segurança jurídica para a questão, bem como marcaria o início de uma verdadeira revolução no parlamento, porém, diante do atual cenário político brasileiro, acredita-se ser pouco provável uma mudança desse tipo, haja vista as constantes discussões ideológicas entre parlamentares.

---

<sup>35</sup>MARTA, op. cit., nota 4.

<sup>36</sup>SARDINHA, Camila. *Descriminalização do aborto: o Estado laico*. Disponível em: <<https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/168146943/descriminalizacao-do-aborto-o-estado-laico>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>37</sup>HASSELMANN, Gustavo. *O STF e a descriminalização do aborto – ADPF n.º 442*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI285467,310470+STF+e+a+descriminalizacao+do+aborto+ADPF+442>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Na legislação atual, já há exceções à criminalização do aborto: quando não há outra forma de salvar a vida da mulher, quando a gravidez for em decorrência de estupro e em casos de má formação do feto, esta última excepcionalizada em decisão judicial (ADPF n.º 54).

A problemática do aborto não se resume unicamente aos métodos do procedimento, se são clandestinos, se praticados por profissionais habilitados, etc.

O grande cerne da questão é justamente ser reconhecido como problema de saúde pública num país onde a saúde é negligenciada por governantes e administradores. Em que pese a discussão, a constituição brasileira já garante o acesso a saúde, quando afirma que cabe ao Estado a promoção de ações preventivas como meio de garantir a saúde de seus cidadãos.

Cabe aqui a reflexão acerca do modelo punitivo do Estado, quando não há orientação educacional para que mulheres e homens sejam orientados a usar métodos contraceptivos, bem como mulheres sejam desencorajadas a buscar procedimentos clandestinos. Nas palavras de Maria Helena Diniz<sup>38</sup>:

A humanidade quer manter uma vida digna à custa da organização legal da morte em massa de nascituros, escudando-se no direito absoluto da mulher sobre seu próprio corpo, no crescimento demográfico, na fome, na marginalização, na discriminação de classes sociais, nos perigos de clandestinidade, na falta de informação contraceptiva, na precariedade de recursos financeiros para educar um filho, na rejeição do filho, dentre outros.

Apenas descriminalizar não solucionaria o problema, é necessária uma série de políticas públicas para garantir a eficiência da prestação estatal.

Fica evidenciado, ao fim desse estudo, que as classes baixas são as mais afetadas pela problemática do aborto. O poder público, que detém a obrigação de tratar todos de forma igual, falha ao negar à mulher as ferramentas necessárias para planejar sua vida familiar de modo a evitar gravidez indesejada, falha, ainda, ao negar um procedimento seguro no caso dessa gravidez indesejada vir a ocorrer.

Pode-se falar em um poder punitivo seletivo, vez que aquelas pertencentes. Às classes altas serão duplamente favorecidas: uma por terem condições de realizarem o procedimento em ambientes adequados, outra por terem a mínima chance de complicações. Seguindo essa linha de raciocínio, Zaffaroni<sup>39</sup> nos ensina que:

---

<sup>38</sup>DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>39</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55.



as classes mais desfavorecidas são mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais. [...]

Reafirmando o que foi dito anteriormente, é de conhecimento público, que as punições são aplicadas aos menos favorecidos econômica e financeiramente, o que atinge quase sempre os pobres, negros e cidadãos que não foram agraciados com oportunidades de acesso a um bom grau de instrução. “o sistema penal opera, pois, em forma de filtro para acabar selecionando tais pessoas”.

Cabe aqui ressaltar que nenhum membro da sociedade é favorável ao aborto de forma ampla e literal, visto que se trata de procedimento que causa danos e traumas físicos e psicológicos na mulher. Ninguém deseja que a mulher passe por isso sem que haja uma real necessidade, o que deve ser levado em consideração, contudo, é a liberdade de decisão do indivíduo. Esse pensamento é compartilhado pelo médico Drauzio Varella<sup>40</sup>:

A questão do aborto está mal posta. Não é verdade que alguns sejam a favor e outros contrários a ele. Todos são contra esse tipo de solução, principalmente os milhões de mulheres que se submetem a ela anualmente por não enxergarem alternativa. É lógico que o ideal seria instruí-las para jamais engravidarem sem desejá-lo, mas a natureza humana é mais complexa: até médicas ginecologistas ficam grávidas sem querer.

Ainda compartilhando a ideia do médico, princípios morais, filosóficos ou religiosos não justificam sofrimento e morte de indivíduos detentores de direitos, principalmente quando essas mulheres são parte de uma camada mais pobre da população.

## CONCLUSÃO

A pesquisa utilizou como problemática principal a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação e considerou o aborto voluntário como questão de saúde e sua criminalização como ofensa a direitos fundamentais das mulheres.

Constatou, ainda, que existem controvérsias morais e jurídicas sobre o tema, sobretudo no que se refere a grupos religiosos.

No decorrer da pesquisa, que levou em consideração apenas o aspecto da mulher, foi possível verificar que desde os primórdios da civilização moderna houve controle sobre seu corpo e que no início o aborto era condenado levando em consideração a questão demográfica.

---

<sup>40</sup>VARELLA, Drauzio. *A questão do Aborto*. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/a-questao-do-aborto/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.





Também, foi possível analisar dados e perceber que a conduta é realizada no Brasil apesar da proibição e que nos países onde o aborto é legalizado não houve aumento significativo de sua incidência. No mais, percebeu-se que a classe baixa é a mais afetada pela proibição, uma vez que o alto custo do procedimento leva mulheres a utilizarem clínicas mal assessoradas e com profissionais não capacitados, elevando o nível de complicações e morte.

Já na seara dos direitos fundamentais, em relação à mulher, observou-se uma série de ofensas, como direitos sexuais e reprodutivos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica da gestante e a igualdade entre gêneros, visto que homem não engravida.

No mais, verificou-se que existe o fenômeno do “aborto” praticado por homens ao abandonar os filhos antes mesmo do nascimento, conduta essa que não sofre tanta repressão pela sociedade.

Constatou-se, também, que, apesar de ser um tema delicado, o Judiciário tem se posicionado e decidido de forma favorável sobre o tema, entendendo que a criminalização fere direitos fundamentais.

Tomando como base as questões levantadas ao longo da pesquisa, ficou claro que a proposta da autora consiste na tese de que a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação garante a efetividade dos princípios fundamentais inseridos na dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BASSETTE, Fernanda. *Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro*. <<https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>> Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 29 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2848 de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2848 de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3071 de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 01 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Realidade brasileira sobre adoção: A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>> Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Conheça mais sobre os métodos contraceptivos distribuídos gratuitamente no SUS*. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/35441-conheca-mais-sobre-os-metodos-contraceptivos-distribuidos-gratuitamente-no-sus-parte-ii>> Acesso em: 29 abr. 2019.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *O direito constitucional da saúde e o dever do estado de fornecer medicamentos e tratamentos*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. *Uma mulher morre a cada 2 dias por causa do aborto inseguro diz Ministério da Saúde*. Disponível em: <[http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude\\_64714.html](http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aumente.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRIEDE, Reis. *Aborto: uma questão jurídica e de saúde pública*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65271/aborto-uma-questao-juridica-e-de-saude-publica>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

JORNAL DE NOTÍCIAS. *Saiba como o aborto é tratado em vários pontos do mundo*. Disponível em: <<https://www.jn.pt/mundo/interior/saiba-como-o-aborto-e-tratado-em-varios-pontos-do-mundo-9378736.html>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

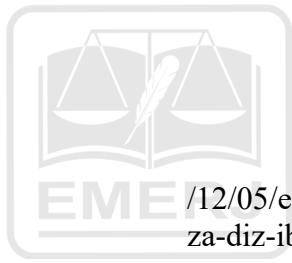
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTA, Taís Nader; GARCIA, Edinês Maria Sormani. Dignidade da pessoa humana e o aborto – uma realidade a ser pensada. *Revista de Direito*. v. XII, nº. 16, Ano 2009.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba, n. 1.

SÁ, André Beltrão Gadelha de. *Evolução histórica do aborto*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56669&seo=1>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SILVEIRA, Daniel. *Em 1 ano, aumenta em quase 2 milhões número de brasileiros em situação de pobreza, diz IBGE*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018>>



/12/05/em-1-ano-aumenta-em-quase-2-milhoes-numero-de-brasileiros-em-situacao-de-pobreza-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## O APARENTE CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Paula Vargas Rocha

Graduada pelo Centro Universitário Anhanguera.  
Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho visa a trazer luz para o princípio da moralidade administrativa, por vezes tão esquecido pela Administração e por quem com ela se relaciona. Defende-se a autonomia do referido princípio. Sustenta-se a possibilidade da sua aplicação mesmo para os casos que não há regra legal anterior prevendo a situação ou fato sob jurisdição. Defende-se também a possibilidade de apreciação pelo judiciário, na qualidade de guardião da Constituição, nos casos em que o Princípio da Moralidade estiver sendo descumprido.

**Palavras Chaves** – Moralidade Administrativa. Princípio da Moralidade. Princípio da Legalidade. Administração Pública. Poder Judiciário.

**Sumário** – Introdução. 1- Moralidade: uma discussão sobre a possibilidade de objetivação do Princípio. 2- Uma abordagem sobre a Legalidade e a Moralidade como princípios independentes e complementares. 3- Discussão sobre a possibilidade da apreciação judicial e um estudo jurisprudencial sobre o tema. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o presente artigo científico objetiva-se discutir a influência que os Princípios Constitucionais da Moralidade e Legalidade exercem sobre a Administração Pública. Quer-se demonstrar o alcance desses princípios na prática administrativa e a sua repercussão nas decisões que versem sobre atos administrativos. Ademais, estuda-se um aparente conflito que pode existir entre eles em alguns casos, demonstrando como os Tribunais têm feito esta ponderação e a preponderância da moralidade.

O Pós Positivismo trouxe o reconhecimento da força normativa dos princípios, de modo que as normas passam a ser subdivididas entre princípios e regras. As regras são dotadas de maior especificidade e concretude, possuindo, inclusive, a função de delinear a finalidade dos princípios. Contudo, os princípios têm maior flexibilidade e possibilidade de se enquadrar nas mais diversas situações fáticas, se revelando imprescindíveis para uma prestação jurisdicional justa, uma vez que têm a capacidade de tutelar casos que as regras não foram capazes de prever.

No Direito Administrativo vige o princípio da legalidade estrita, ou seja, a Administração só pode fazer o que estiver previsto em lei. Do mesmo modo, também é



princípio inerente a Administração a Moralidade, mais especificamente a Moralidade Administrativa.

Há certos atos jurídicos que apesar de serem formalmente válidos sob a ótica da legalidade estrita, são destituídos do indispensável elemento moral. Daí a necessidade da ponderação destes princípios quando ambos, aparentemente, puderem incidir sob o mesmo caso concreto de forma antagônica.

Levando-se em conta o exposto, inicia-se o trabalho no seu primeiro capítulo discorrendo sobre a Moralidade, mais especificamente a moralidade administrativa, a qual é aplicada em sentido estrito. O capítulo visa debater o conceito de moralidade administrativa discutindo como este princípio tão amplo pode ser aplicado na prática e como os Tribunais podem dar uma aplicação objetiva a ele.

No segundo capítulo coloca-se em conflito os princípios da moralidade e legalidade, debatendo a aparente colisão entre eles e se discutindo se pode um ato aparentemente legal ser imoral sob a ótica da moralidade administrativa e como resolver esta controvérsia.

Por fim, encerra-se o trabalho tratando da influência do Judiciário no âmbito da administração pública. O terceiro capítulo visa abordar a temática do ativismo judicial e até que ponto através da aplicação dos princípios, em especial o da moralidade, com seu conceito amplo, pode o Judiciário ditar regras à Administração.

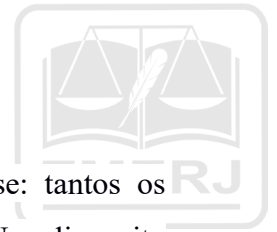
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elegeu um conjunto de proposições hipotéticas (premissas) as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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. MORALIDADE: UMA DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE OBJETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO

Dentre os princípios da administração pública, o da moralidade talvez seja o mais discutido, intrigante e desafiador. Em contrapartida é o mais violado e menos compreendido.

É recorrente nas rodas sociais o assunto “moralidade”. Fala-se que determinada conduta é imoral, que um governante feriu a moralidade. Mas o que é moralidade?



Primeiro há de se entender que os princípios são normas. Explica-se: tantos os princípios quanto às regras são espécies do gênero norma jurídica. Marcelo Novelino cita Vezio Crisafulli<sup>1</sup>, que disse:

se os princípios fossem simples diretivas teóricas, seria necessário admitir, por questão de coerência que, nas soluções de casos judiciais com base em um princípio, “a norma é posta pelo juiz, e não, ao contrário, somente aplicada por ele no caso específico.”

Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>2</sup> diz que violar os princípios éticos aos quais o princípio da moralidade impõe observância “implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição<sup>3</sup>”

O princípio da moralidade é norma constitucional com fundamento no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Deste modo, os atos praticados pela Administração Pública não poderão se esquivar de observar e aplicar o Princípio da Moralidade.

Reconhecendo ser a moralidade um Princípio Constitucional e sabendo ser o princípio uma norma, observa-se que todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública deverá respeitar este princípio. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup> declara que:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

Percebe-se que o conceito de moralidade administrativa está intimamente ligado com o conceito de bom administrador, de boa e má administração. Assim, a dificuldade de conceituar este princípio decorre também da dificuldade de se conceituar corrupção.

<sup>1</sup>CRISAFULLI apud NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2017. p. 117.

<sup>2</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 19 out. 2018.

<sup>4</sup>MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.90.



A moralidade administrativa difere da moral comum, pois aquela não se subordina a esta, vigente em sociedade. A moral comum é eminentemente subjetiva, enquanto a moral administrativa deve se pautar em critérios objetivos, não se influenciando por percepções ou preceitos individuais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, mera ofensa à noção de moral socialmente estabelecida não será suficiente para atingir o princípio jurídico da moralidade - “este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”

Em todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário se percebe um anseio por objetivar a moralidade, seja usando da elaboração e criação de leis ou através das decisões judiciais, para se dizer o que é e o que não é moral. Nessa diapasão foram criadas algumas normas que extraem seu fundamento de validade do princípio da moralidade.

Observa-se um conjunto de leis que formam um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”.

A Lei nº 12.846/2013 extrai seu fundamento de validade no princípio da moralidade administrativa, expresso no art. 37 da Constituição Federal. Assim, observa-se que essa Lei junto com a Lei nº 8.429/92 (Lei de combate à improbidade administrativa), Lei nº 8.666/92 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), Lei nº 12.259/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) e LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) entra no “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”.<sup>6</sup>

Contudo, em que pese se reconheça a importância da criação de leis que visa garantir a moralidade pública, a boa administração, a probidade do administrador, bem como leis que criam mecanismos de controle da moralidade, o legislador é incapaz de prever todas as hipóteses em que o princípio poderá ser aplicado. Daí a necessidade do controle jurisdicional, quando, por vezes, situações não previstas no ordenamento jurídico surgem, não podendo o judiciário se furtar a elas.

---

<sup>5</sup>MELLO, op. cit, p. 120

<sup>6</sup>OLIVEIRA, Katiane da Silva. *Os aspectos relevantes da Lei nº 12.846/2013 a chamada "lei anti corrupção" e sua imediata aplicação*: um instrumento para efetivar a moralidade administrativa. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-aspectos-relevantes-da-lei-no-128462013-a-chamada-lei-anti-corrupcao-e-sua-imediata-aplicacao-um-instrument,51843.html>>. Acesso em: 19 out. 2018.



## 2. UMA ABORDAGEM SOBRE LEGALIDADE E MORALIDADE COMO PRINCÍPIOS INDEPENDENTES E COMPLEMENTARES

Após ter estudado a moralidade, para entender como esses princípios se ligam, ou melhor, se influenciam, é necessário estudar a legalidade, fazendo sua conceituação.

Matheus Carvalho<sup>7</sup> cita em seu livro Celso Antônio Bandeira de Mello para quem "o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado é basilar para o Regime jurídico-administrativo".

O princípio da legalidade é consagrado no Direito Brasileiro desde a Constituição Imperial, de 1824<sup>8</sup>, cujo art. 179, I, já determinava que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”. Na atual Constituição<sup>9</sup>, consta do art. 5º, II, em cujos termos “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse artigo dá aos indivíduos uma liberdade de escolher o que quer ou não fazer, desde que observada a lei. Ou seja, em regra, tudo que não está proibido por lei está permitido. Contudo, no que se refere à Administração Pública, este princípio tem outra conotação: a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Para os particulares vige a autonomia privada, não sendo necessária qualquer previsão legal para sua atuação. Assim, tudo que não está proibido está juridicamente permitido. Difere da Administração Pública, para qual impera a legalidade estrita.

Neste sentido, Flávia Bahia Martins<sup>10</sup> dispõe que:

Para o particular, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (aqui em sentido amplo ou material, referindo-se a qualquer espécie normativa), diante de sua autonomia da vontade. Já quanto ao administrador, deverá ser adotado o princípio da legalidade em sentido estrito, pois só é possível fazer o que a lei autoriza ou determina.

A submissão da Administração se dá não só em relação à lei ordinária, como ato do Poder Legislativo, mas também às leis complementares, às leis delegadas, à Constituição, às medidas provisórias, aos tratados e convenções internacionais, atos administrativos

<sup>7</sup> MELLO apud CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2017, p. 66.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em 26 fev. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup> BAHIA, Flávia. *Coleção Descomplicando - Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Armador, 2017, p. 117.

normativos, dentre outros. É o chamado “bloco de legalidade” e que, na realidade, está contido na exigência de que a Administração se submeta à lei e ao Direito.

O princípio da legalidade, no entanto, não basta para sustentar a ação administrativa, que deve se pautar nos preceitos da moralidade. Ressalta-se que a moralidade é princípio autônomo e com previsão legal, de modo que a Administração vincula-se indissociavelmente a ela.

Desta forma, como assevera Marçal Justen Filho<sup>11</sup>, a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta que ofenda à ética e à moral. A legalidade deve estar em conjunto com a moralidade, de modo que uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

Questiona-se se os princípios da legalidade e o da moralidade administrativa se confundem, o que não prospera. É salutar reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro, através da sua Constituição Política, conferiu à moralidade administrativa uma relevância jurídica, visando protegê-la, tutelá-la e defendê-la.

Citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>12</sup>, licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).

Vale lembrar que tal princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Não raros os conluíus entre licitantes, em matéria de licitação a caracterizar ofensa a referido princípio.

Quando se trata de moralidade administrativa, a ordem jurídica não sanciona um exercício ilegal de um poder dever do administrador, já que seria o caso de sanção por infração a legalidade, mas distintamente, sanciona a falta da justa medida no seu exercício legal, capaz de comprometer a satisfação dos interesses públicos específicos.

Alguns autores antigos entendiam que a moralidade administrativa relacionava-se apenas com condutas internas da administração, de modo que seu controle também só poderia ser feito pela Administração, excluindo a apreciação do Judiciário. Entendia-se que o Judiciário só poderia fazer o controle de legalidade.

Divergindo deste entendimento Di Pietro<sup>13</sup> sustenta que a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998. p. 58.

<sup>12</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. [e-book]. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular (art. 5o, LXXIII, da Constituição) e implicitamente pelos já referidos artigos 15, V, 37, § 4o, e 85, V, este último considerando a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Para visualizar de forma mais concreta e se comprovar autonomia da moralidade basta visualizar a sua previsão legal, podendo sua inobservância levar a punição como no artigo 37, caput, CRFB<sup>14</sup>, que trata os princípios da legalidade e o da moralidade de forma autônoma, e que prevê no § 4o punição para os atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ainda no contexto da improbidade administrativa o artigo 15, inciso V, CRFB<sup>15</sup>, inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4o”.

A moralidade administrativa também pode ser causa para ajuizamento de ação popular já que o artigo 5º da Constituição, inciso LXXIII, trouxe novos casos de cabimento, dentre eles os que impliquem ofensa à moralidade administrativa.

A probidade e a moralidade administrativa para o exercício do mandato também são objetivos que a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7-6-94, através da alteração do § 9º do artigo 14 da Constituição colocou como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades.

Vale citar ainda a Lei nº 9.784/99<sup>16</sup> que no seu artigo 2º prevê o princípio da moralidade como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, exige “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Do estudado ao longo do capítulo extrai-se que a moralidade e legalidade são princípios autônomos que podem ser complementares, mas nada impede que se puna a

---

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup>Ibid.

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.



violação apenas do ato imoral. O princípio da moralidade é base para dispositivos legais que exigem probidade do administrador, podendo levar a perda ou suspensão do cargo. E ainda pode ser fundamento de decisões judiciais quando o princípio for ferido pelo administrador ou administrado.

Em síntese, como já sustentado por Di Pietro<sup>17</sup>, sempre que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente ofenda o senso comum de honestidade, moral, bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, ainda que esteja de acordo com a lei estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

### 3. DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DA APRECIÇÃO JUDICIAL E UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Todo o estudo feito até aqui aponta para um dever em relação ao administrador público, o dever da boa administração. Se o agente da administração pública não atender ao interesse público específico estará violando o dever da boa administração.

Nessa circunstância caberá ao Judiciário analisar, além da legalidade do ato, se esse dever da boa administração foi ou não cumprido pelo agente diante de caso específico que lhe seja submetido.

Como já visto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>18</sup> aponta para possibilidade de controle jurisdicional da moralidade afirmando que a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Cabe destacar o dever de observância do princípio da moralidade não só pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Os frequentes conluíus em matéria de licitação entre licitantes ferem crassamente este princípio, além de causar, inquestionavelmente, prejuízos ao patrimônio público.

Sabendo ser possível a análise pelo Judiciário das matérias que ferem a moralidade administrativa, passaremos a análise de alguns julgados sobre o tema.

---

<sup>17</sup>PIETRO, op. cit.

<sup>18</sup>Ibid.

Em matéria de nepotismo a moralidade administrativa aparece como questão central, tendo como um dos acórdãos paradigmáticos sobre o tema o RE nº 579.951-4/RN<sup>19</sup>, em que se discutia a possibilidade da vedação do nepotismo no âmbito do Poder Executivo, expondo o entendimento posteriormente adotado de maneira ampla pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. É importante destacar que a época, 2008, não havia norma sobre o tema, de modo que a decisão se baseou apenas nos princípios do art. 37 da Constituição Federal.

O acórdão recorrido sustentava que a nomeação de parentes de agentes políticos para o exercício de cargos de confiança ou em comissão não viola qualquer dispositivo constitucional. Sustentava que a Carta Magna, em se tratando de cargos públicos de livre nomeação, não estabelecia “qualquer limitação relacionada ao grau de parentesco porventura existente entre a pessoa nomeada e algum agente público”.

Em resumo, sustentava que apenas lei específica poderia estabelecer restrições à investidura de parentes nos cargos de confiança do Município apelado, o que foi rechaçado pelo ministro relator Ricardo Lewandowski, que defendeu a aplicação dos Princípios Constitucionais, em especial o da moralidade, uma vez que são dotados de carga normativa e, portanto, aptos a produzir efeitos jurídicos.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário. [...]

Como se vê, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são auto-aplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulnerarem os valores fundantes do texto constitucional. [...]

Assim, o argumento, data venia falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do ethos que permeia a “Constituição-cidadã”[...] <sup>20</sup>

Também em ação que trata de licitação se encontram decisões que prestigiam o Princípio da Moralidade Administrativa, como no Rcl nº 24581 AgR/PE<sup>21</sup> que trata da possibilidade da Administração fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 579.951-4/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>20</sup>Ibid.

<sup>21</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 24581 AgR/PE. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310871240&ext=.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2019.

prestadoras de serviço em relação às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Sustenta o relator, o Ministro Luiz Fux, que o art. 71 da Lei nº 8.666/93<sup>22</sup>, declarado constitucional pelo STF, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, dentre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa<sup>23</sup>:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. CONSTITUCIONALIDADE. ADC 16. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OFENSA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovido do agravo interno. Súmula 287 do STF. Precedentes: Rcl nº 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/8/08, ARE 665.255-AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 22/5/2013, e AI 763.915-AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 7/5/2013. 2. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. 3. A aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 4. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 15/03/2013. 5. Agravo interno desprovido.

Mais recentemente ganhou repercussão o caso Cristiane Brasil, o qual consiste no ajuizamento da Ação Popular n. 001786-77.2018.4.02.5102 com o objetivo de impedir a nomeação e a posse da deputada federal no cargo de Ministra de Estado do Trabalho. A referida ação foi fundamentada na pretensa lesão à moralidade administrativa associada ao inc. I do art. 4º da Lei n. 4.717/1965<sup>24</sup> (Lei da Ação Popular).

Os autores da Ação Popular questionavam se a deputada estaria moralmente apta a assumir o cargo após ser noticiado pela imprensa que a parlamentar foi condenada pela Justiça do Trabalho a pagar mais de R\$ 60 mil a um ex-motorista, em decorrência de irregularidades trabalhistas.

<sup>22</sup>BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 07 ago. 2019.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>24</sup>BRASIL. Lei Nº 4.717, De 29 De Junho De 1965. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)> Acesso em: 16 abr. 2019.

A Reclamação 29.508 Distrito Federal<sup>25</sup>, que tem como relatora a Ministra Carmem Lucia, decidiu pela competência do STF para julgar o caso por tratar-se de lesão a normas constitucionais. Em seu parecer a Procuradoria-Geral da República opinou pela competência do STF para julgar a reclamação constitucional com fundamento na violação ao artigo 37 da Constituição.<sup>26</sup>

O fundamento exclusivo da decisão liminar foi o princípio da moralidade. Tratando-se de questão constitucional direta, que não depende do prévio exame de legislação infraconstitucional, a matéria é passível de ser objeto de eventual recurso extraordinário, no momento oportuno. Configurada a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento do pedido de suspensão de liminar da União, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.038/90 e do art. 4º-§4º-I da Lei nº 8.437/1992.

Enquanto a autoridade reclamada apresentou o inteiro teor da decisão: AgR no ARE 728.143/SP<sup>27</sup>, Relator Min. Ricardo Lewandowski, a qual sustenta não ser possível apreciar a moralidade administrativa sem considerar a existência de uma legislação infraconstitucional.

No entanto, prevaleceu o entendimento de que o Princípio da Moralidade por si só é apto a atrair a competência do STF. O que reforça a tese defendida no presente artigo, que o referido princípio pode ser apreciado autonomamente, independente de norma infraconstitucional regulando o tema objeto da lesão. É o que se extrai da decisão da Ministra Relatora:

Eventual referência de matéria infraconstitucional na causa posta na ação popular não afeta, portanto, a atuação deste Supremo Tribunal na presente reclamação, pela inequívoca natureza constitucional do fundamento utilizado na decisão liminar tida como lesiva ao Poder Público e exposta, com clareza, no requerimento de suspensão de seus efeitos.

Do estudo dos casos expostos acima se extrai que não pode o Poder Público se utilizar de normas infraconstitucionais para se eximir de agir com responsabilidade e moralidade, devendo arcar, em caso de culpa, com todos os ônus decorrentes de suas ações e/ou omissões. A Corte considerou, ainda, que deve a Administração se pautar nos princípios expressos no art. 37 da Constituição, inclusive durante o cumprimento dos seus contratos.

---

<sup>25</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 29508 / DF*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoCristianeBrasilRCL.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>26</sup>BRASIL. op. cit., nota 3.

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 728143 A GR / SP*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4067421>> Acesso em: 16 abr. 2019.





Com os novos tempos e as mudanças trazidas com ele é inquestionável a importância da introdução de novos valores, diferentes e mais exigentes, na ordem jurídica, que funcionem como luzes para toda atividade do Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional; a fim de que se acompanhe o progresso social em seus diversos setores e crescente complexidade.

Trabalhar com princípios, como se pode extrair da análise jurisprudencial, é possibilitar que o Direito se adéqüe a novos tempos e novas conjunturas sociais. Cada vez mais é necessária uma visão prospectiva nítida dos rumos a serem tomados. As indicações feitas pelas normas jurídicas, em especial no que se refere aos princípios, possibilita que as indicações não precisam ser fixas, imutáveis, podendo se adequar as mudanças sociais e as demandas que os novos tempos trazem.

Em um Estado marcado pela corrupção, onde alguns administradores e administrados desejam obter vantagens à custa do dinheiro público, a revisão pelo Poder Judiciário dos atos administrativos consiste na “última ratio” para se equilibrar a arbitrariedade e a juridicidade. Somente a consistência e a força da decisão judicial com poder para desconstituir o ato administrativo atentatório à moralidade administrativa podem socorrer o interesse público quando a Administração se recusa a exercer o seu autocontrole.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo defender a moralidade como princípio autônomo, apto a produzir efeitos jurídicos, independente de norma que preveja de forma expressa algum ato ímprobo, ou melhor, imoral.

De início se trouxe a conceituação da moralidade como princípio constitucional e, portanto, regra. Deste modo, sustenta-se que todo e qualquer ato praticado pela administração pública deverá se submeter a ela.

O artigo também ressaltou a necessidade de se diferenciar a Moral Administrativa da moral comum, enquanto está se baseia em critérios subjetivos, aquela deve se basear em critérios objetivos não devendo se influenciar por questões de preção social ou política, mas salvaguardar o que de fato é o melhor direito.

Levantou-se também a discussão acerca da confusão entre os princípios da legalidade e da moralidade, onde se sustenta que a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. O Poder Constituinte criou os dois princípios de forma independente, se sua intenção fosse que a moralidade estivesse presa a legalidade não os teria criado de forma autônoma.

Destacou-se, ainda, que os atos de imoralidade podem ser praticados não somente pelo administrador, mas também por aqueles que com a Administração se relacionam. Ademais tais atos não se restringem ao julgamento administrativo, mas também estão sujeitos a apreciação judicial.

Defende-se que, em um país tão degradado pela corrupção, o reconhecimento da Moralidade como norteador das condutas administrativas e o controle judicial dos Princípios Constitucionais são importantes instrumentos de reestruturação de uma mentalidade corrompida. Trabalhar com princípios traz essa oportunidade de adequação a novos tempos. Tempos estes sonhados pelo povo, que quer menos desigualdade, mais oportunidade.

O Poder Judiciário é o guardião da Constituição, incluídos nela os Princípios Constitucionais. Assegurar que as normas estão sendo observadas é sua função e dever, portanto, deve ser provocado sempre que algum desses valores sejam ofendidos.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. *Coleção Descomplicando - Direito Constitucional*. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L4717.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 07 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 728143 A GR / SP*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4067421>>. Acesso em: 16 abr. 2019.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 24581 AgR/PE*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310871240&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 29508 /DF*. Relator: Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoCristianeBrasilRCL.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 579.951-4/RN*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. *Os aspectos relevantes da Lei nº 12.846/2013 a chamada "lei anti corrupção" e sua imediata aplicação: um instrumento para efetivar a moralidade administrativa*, disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-aspectos-relevantes-da-lei-no-128462013-a-chamada-lei-anti-corrupcao-e-sua-imediate-aplicacao-um-instrument,51843.html>>. Acesso em: 19 out. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. [e-book]. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

## LIMITAÇÕES À INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PATENTÁRIA

Paulo Roberto Céspedes Rodrigues

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV-EAESP. Administrador Sênior na Petrobras e Advogado. Pós-graduado em Petróleo e Gás pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – COPPE/UFRJ. MBA pela Universidad Carlos III de Madrid.

**Resumo** – o exercício da livre iniciativa pelos particulares pode sofrer restrições pelo Estado, de modo a proteger o interesse público e a garantir o cumprimento da função social da propriedade. Dentre os mecanismos de intervenção estatal na propriedade privada, está prevista a Licença Compulsória de patentes para coibir o abuso de poder econômico de quem possui a exclusividade de produção e de comercialização de um produto específico, por exemplo. Entretanto, embora exista previsão legal, o mecanismo da Licença Compulsória ainda é pouco utilizado no Brasil. O Objetivo do trabalho é discutir as razões para a baixa aplicação da Licença Compulsória no país, revisando a participação do Brasil desde a assinatura do TRIPS, bem como analisar se a recente alteração no TRIPS, em vigor a partir de janeiro de 2017, pode proporcionar maior efetividade às Licenças Compulsórias.

**Palavras-chave** – Direito Empresarial. Licença Compulsória. Patentes. Propriedade industrial. Função social. Interesse público. TRIPS.

**Sumário** – Introdução. 1. Legitimidade da intervenção na propriedade patentária. 2. Barreiras e desafios à efetivação das licenças compulsórias no Brasil. 3. Impactos das modificações do TRIPS sobre os países em desenvolvimento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a aplicação do instituto da Licença Compulsória no Brasil, mais especificamente sobre os limites à restrição da propriedade patentária, com objetivo de investigar as razões para a baixa efetividade desse instituto, que, em tese, autorizaria o Poder Público a limitar o exercício da propriedade patentária em prol do interesse público e do cumprimento da função social da propriedade. Essa limitação pode ser crucial, por exemplo, para a área de saúde em países menos desenvolvidos e em desenvolvimento para garantir o direito à saúde e o bem-estar social.

O artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabelece que a ordem econômica deve observar os ditames da justiça social de modo a garantir a todos condições dignas de existência. Por essa razão, a livre iniciativa, um dos pilares da ordem econômica, deve ser exercida dentro dos limites impostos pelos princípios da soberania

nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Embora o direito à propriedade privada, previsto no artigo 5º, XXII, da CRFB/88, represente um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, o seu exercício está condicionado ao cumprimento de sua função social. Entretanto, ao mesmo tempo em que a sociedade deve respeitar os direitos inerentes ao domínio do proprietário de um bem, quais sejam, o de usar, gozar, dispor e o de reivindicar a coisa, conforme o artigo 1.228 do Código Civil (CC), o proprietário deve se utilizar da propriedade de forma não abusiva aos interesses e ao bem-estar da coletividade.

Os diferentes tipos de propriedade apresentam funções sociais distintas. A propriedade imobiliária urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor, nos termos do artigo 182, §2º, da CRFB/88. Por exemplo, o imóvel residencial urbano deve cumprir com sua função social de moradia ou habitação, mas se isso não ocorrer, o Poder Público pode impor medidas sancionatórias progressivas ao seu proprietário, que podem culminar na desapropriação-sanção, prevista no artigo 182, §4º, III, da CRFB/88.

Por outro lado, o proprietário de um direito de patente pode excluir terceiros de utilizar mercadologicamente o seu invento de modo a impedir outras pessoas de fabricar, comercializar e divulgar o produto ou processo patenteado, desde que não adote condutas economicamente abusivas. A Constituição brasileira, por sua vez, estabelece que a propriedade patentária e outros direitos industriais não são propriedades absolutas. Estas existem para permitir o desenvolvimento tecnológico do país e em atenção à sua função social.

Sempre que houver conflito entre interesses públicos e privados, deve o Poder Público intervir para privilegiar o alcance do bem-estar comum, autorizado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A licença compulsória, autorizada pelo artigo 68, da Lei nº 9.279/96, é uma espécie de intervenção na propriedade, admitida, em tese, quando violada a função social da propriedade patentária ou quando houver questão de relevante interesse público. Entretanto, até hoje, o Governo brasileiro somente concedeu licença compulsória para o medicamento Efavirenz em 2007, antirretroviral de combate ao HIV/AIDS.

Dessa forma, a investigação proposta tem caráter relevante, uma vez que a compreensão das razões para a baixa efetividade da licença compulsória nos casos de

descumprimento da função social de patentes e da incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pode auxiliar no desenvolvimento de novos mecanismos políticos e jurídicos, e no aprimoramento dos já existentes, de modo a ampliar a proteção da sociedade brasileira contra abusos econômicos e a garantir a proteção de direitos sociais previstos no artigo 6º da CRFB/88, como o direito à saúde.

No primeiro capítulo são analisados os elementos que conferem legitimidade ao ato de desapropriação da propriedade patentária, por meio das Licenças Compulsórias, de modo a verificar se a quebra de patentes é um importante mecanismo para a proteção da ordem econômica e social contra abusos.

O segundo capítulo apresenta questionamentos sobre as possíveis razões pelas quais as Licenças Compulsórias são pouco concedidas e, conseqüentemente, pouco eficazes para combater abusos econômicos, mesmo diante de casos em que há evidente abuso por parte do detentor da patente.

Por fim, o terceiro capítulo traz reflexões acerca das mudanças introduzidas no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), em vigor a partir de 2017, e a possibilidade delas conferirem maior efetividade ao instituto da Licença Compulsória.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, pelo qual serão construídas e testadas possíveis respostas para o objeto da pesquisa. Para isso, será adotada a abordagem qualitativa, com análise da legislação nacional e internacional e da ampla doutrina existente sobre o tema, de modo a avaliar o impacto do acordo TRIPS sobre a economia do Brasil e de outros países em desenvolvimento; a verificar a eficácia do mecanismo da Licença Compulsória, antes e após a modificação introduzida no artigo 31bis do TRIPS; e a propor soluções para aumentar a efetividade do mecanismo da Licença Compulsória.

## 1. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PATENTÁRIA

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, da CRFB/88, que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político<sup>1</sup>. Ser um Estado Democrático de Direito significa que se adotam regras de participação popular nas decisões políticas, seja de forma direta por meio de plebiscito e de referendo ou de forma indireta por meio da eleição de

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.



representantes, e que o Poder Público deve respeitar direitos e garantias fundamentais<sup>2</sup>.

Para efetivar os objetivos fundamentais do Estado, que consistem na superação de desigualdades sociais e regionais e na instauração de um regime democrático que realize justiça social, previstos no artigo 3º da CRFB/88<sup>3</sup>, o Poder Público pode intervir de modo a regular as relações sociais e a promover o bem-comum. Isso significa que direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados em benefício da coletividade.

Nesse sentido, embora a propriedade privada seja um dos direitos fundamentais que devem ser respeitados pelo Estado, o seu exercício pode ser limitado. José Afonso da Silva<sup>4</sup> afirma que o direito de propriedade sofre tanto limitações de Direito Privado, como o dever de respeito ao direito de vizinhança, quanto limitações de Direito Público, como o dever de observar normas administrativas e urbanísticas.

O Poder Público deve intervir na propriedade privada sempre que houver desrespeito ao uso que a sociedade espera dela, conformada pelo princípio da função social da propriedade, ou quando houver interesse relevante, amparado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Carvalho Filho<sup>5</sup> classifica a intervenção do Estado na propriedade quanto à sua natureza e aos seus efeitos. A intervenção é restritiva quando limita o exercício da propriedade por seu titular, que deverá atuar conforme diretrizes emanadas pelo Poder Público, mas em contrapartida o titular conservará o título jurídico da propriedade e poderá exercer alguns dos poderes inerentes ao domínio. Estão incluídos nessa modalidade a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento. Por outro lado, a intervenção será supressiva quando o Estado coercitivamente transferir a propriedade para si, esvaziando do particular todos os poderes inerentes ao domínio. Este é o caso da desapropriação.

De modo semelhante, Fernando de Andrade Oliveira<sup>6</sup> divide essas limitações ao direito de propriedade em três espécies, cada uma restringindo um de seus atributos. A primeira espécie consiste na restrição, que limita o caráter absoluto da propriedade. A segunda espécie seria a servidão, que interfere no caráter exclusivo da propriedade. Por fim, a desapropriação restringe o caráter perpétuo da propriedade.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 51.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 279.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 818.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Fernando Andrade. *Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.138.



Dentre as formas de intervenção do Estado da propriedade, a desapropriação é a mais drástica. Enquanto a restrição e a servidão limitam o uso e o gozo da propriedade, a desapropriação limita o exercício de todos os poderes inerentes ao domínio. Carvalho Filho<sup>7</sup> define a desapropriação como sendo “o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”.

O artigo 5º, XXIV, da CRFB/88<sup>8</sup> determina que o cidadão desapropriado tem direito a receber indenização justa, prévia e em dinheiro, salvo exceções previstas na própria Constituição, bem como o procedimento para desapropriação deve estar previsto em lei. Obedecendo a esse comando, foram editados o Decreto-lei nº 3.365/41<sup>9</sup>, que regula a desapropriação por necessidade ou utilidade pública; a Lei nº 4.132/62<sup>10</sup>, que disciplina a desapropriação por interesse público; a Lei nº 8.629/93<sup>11</sup> e a Lei Complementar nº 76/93<sup>12</sup>, que regulam a desapropriação rural; a Lei nº 8.257/91<sup>13</sup>, que disciplina a desapropriação confiscatória prevista no artigo 243 da CRFB/88<sup>14</sup>; e o artigo 8º da Lei nº 10.257/01<sup>15</sup>, que trata da desapropriação urbanística sancionatória<sup>16</sup>.

Logo, a desapropriação, em geral, será legítima sempre que for fundamentada na necessidade ou utilidade pública ou no interesse social, for precedida da adequada indenização, salvo exceções constitucionais, e for observado o procedimento legal pertinente.

No caso da propriedade imaterial, que pode ser um direito autoral, conforme previsão do artigo 5º, XXVII e XXVIII, da CRFB/88<sup>17</sup>, ou uma marca ou uma patente, nos termos do artigo 5º, XXIX, da CRFB/88<sup>18</sup>, a desapropriação também será legítima se apresentar esses requisitos.

Entretanto, a intervenção na propriedade patentária apresenta uma forma típica, que é

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 852.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>9</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 8.629*, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 76*, de 6 de julho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8257.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 854-856.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>18</sup> Ibid.

a Licença Compulsória, prevista nos artigos 68, 70 e 71, da Lei nº 9.279/96<sup>19</sup>. Essa limitação não deve ser confundida com a desapropriação, uma vez que somente restringe o pleno exercício da propriedade pelo seu titular, sem, no entanto, transferir a propriedade para o Estado.

A Licença Compulsória poderá ser concedida, após decisão administrativa ou judicial, sempre que o titular da patente se utilizar dela de modo abusivo; praticar abuso de poder econômico; não explorá-la por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, salvo se houver inviabilidade econômica; não utilizar integralmente o processo patenteado, exceto se houver inviabilidade econômica; e não comercializar o produto de maneira que satisfaça às necessidades do mercado.

Outra hipótese de concessão ocorrerá quando houver uma patente dependente, em que se evidencie que a sua exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior. Nessa hipótese deve ficar demonstrado, cumulativamente, que o objeto da patente dependente constitui substancial progresso técnico em relação à patente anterior e que o titular não realizou acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

À semelhança da desapropriação, também é autorizada a concessão de Licença Compulsória nos casos de necessidade pública, seja por emergência nacional ou por interesse público. Para tanto, deve haver um ato do Poder Executivo Federal de declaração da Licença Compulsória e deve estar comprovado que o titular da patente ou seu licenciado não atende à necessidade pública. Nesse caso, a Licença Compulsória poderá ser concedida de ofício, mas ela deverá ser temporária e não exclusiva.

Além disso, Ricardo Luiz Sichel<sup>20</sup> observa que os direitos de patente devem ser exercidos de acordo com o princípio da função social da propriedade e de modo a promover o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, por expressa previsão do artigo 5º, XXIX, da CRFB/88<sup>21</sup>. A propriedade patentária também não pode inviabilizar a livre concorrência, que é um dos fundamentos da ordem econômica, conforme o artigo 170 da CRFB/88<sup>22</sup>.

Portanto, a intervenção na propriedade patentária pode ocorrer de modo supressivo, por meio da desapropriação, ou de modo restritivo, por meio da concessão de Licença Compulsória. Ambos os modos de intervenção na propriedade patentária são legítimos em caso

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>20</sup> SICHEL, Ricardo Luiz. Licença Compulsória de Patentes. *Revista Virtual da AGU*, ano IX, n. 94, nov. 2009, p. 2.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>22</sup> Ibid.

de necessidade pública, seja por utilidade pública ou por interesse público, o que inclui os casos de abuso de poder econômico por seu titular.

## 2. BARREIRAS E DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DAS LICENÇAS COMPULSÓRIAS NO BRASIL

Mudanças fundamentais na criação de conhecimento e no panorama econômico estão colocando o sistema de proteção de propriedade intelectual em um plano fundamental na competição entre países, instituições e empresas tecnologicamente mais dinâmicas. No entanto, é preciso destacar que os direitos de propriedade intelectual são territoriais, e, portanto, os litígios judiciais existentes são disputados em países específicos. Entretanto, as legislações dos países seguem previamente os acordos e tratados internacionais assinados, caracterizando, assim, um sistema internacional de propriedade intelectual.

A Convenção da União de Paris (CUP) de 1883 foi o primeiro acordo internacional para proteção da propriedade intelectual, e se concentrava apenas na defesa da propriedade industrial<sup>23</sup>. O objetivo da CUP era garantir igualdade de tratamento entre a propriedade industrial nacional e estrangeira nos países signatários, embora cada país-membro conservasse liberdade legislativa sobre a matéria. A CUP tem três grandes marcos prevaletentes: independência dos privilégios, pelo qual qualquer privilégio só tem os direitos reconhecidos no país concedente; trato igual, segundo o qual residentes e não-residentes têm direitos e deveres iguais; e prioridade unionista, o que significa que o pedido tem prioridade sobre depósitos feitos em outros países-membros, a partir do primeiro depósito realizado em um destes. Inicialmente a representatividade internacional da CUP era bastante limitada, com apenas onze países signatários: Bélgica, Brasil, Espanha, El Salvador, França, Guatemala, Itália, Holanda, Portugal, Sérvia e Suíça. Porém, ao longo do século XX seus mecanismos foram aperfeiçoados e novos países aderiram ao tratado, que atualmente possui 177 Estados-membros<sup>24</sup>.

Entretanto, é somente a partir das intensas discussões internacionais, na década 1980, lideradas, principalmente, pelas empresas multinacionais (EMN) norte-americanas, que padrões de propriedade intelectual foram ligadas diretamente a políticas econômicas. A pressão político-econômica das EMN tornou a propriedade intelectual na principal política nacional dos

<sup>23</sup> RUSSO, Suzana Leitão; SILVA, Gabriel Francisco da; NUNES, Maria Augusta Silveira Netto. *Capacitação em inovação tecnológica para empresários*. São Cristóvão: UFS, 2012, p. 72.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Genebra, 2019. Disponível em: <[https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/#accordion\\_coll](https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/#accordion_coll)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

Estados Unidos durante a Rodada Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). A Rodada culminou com a assinatura do *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) em 1994, e, posteriormente, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1995<sup>25</sup>.

Os objetivos principais do TRIPS era reforçar a necessidade de harmonização entre as legislações nacionais de propriedade intelectual e os interesses dos países-membros, bem como estabelecer parâmetros mínimos de proteção da propriedade intelectual. Em seguida, a assinatura do TRIPS passou a ser instrumento compulsório para que qualquer país se filie à OMC<sup>26</sup>.

As grandes corporações multinacionais utilizaram sua influência político-econômica perante seu Estado de origem e Estados estrangeiros, de modo a garantir a proteção de suas patentes. A indústria farmacêutica foi o principal ator por traz da pressão norte-americana para que a pauta de propriedade intelectual entrasse nas negociações comerciais amparadas pela OMC. Isso porque o TRIPS estabelecia que os países signatários deveriam reconhecer patentes em todos os campos do conhecimento, incluindo fármacos e biotecnologia<sup>27 28</sup>.

Durante as negociações do TRIPS, formou-se um bloco composto por Estados Unidos, Japão e países membros da Europa, que se opôs aos países em desenvolvimento, economicamente mais frágeis. Sarfati<sup>29</sup> destaca que a situação do Brasil, na década de 1990, ainda era de fragilidade, tendo em vista que o país tinha saído recentemente de um longo período de ditadura, possuía fortes resquícios de um governo centralizador e as empresas brasileiras apresentavam baixo grau de internacionalização. Por isso, o país estava vulnerável tanto às regras e sanções impostas pelas EMNs, quanto às barreiras comerciais impostas pelas nações desenvolvidas. Consequentemente, o Brasil cedeu às pressões e foi um dos países signatários do TRIPS.

Esse cenário de disparidade econômica gerou uma grande discussão internacional sobre o impacto social negativo do TRIPS para as nações menos desenvolvidas, principalmente porque é a indústria farmacêutica que mais se beneficia economicamente do sistema de patentes

---

<sup>25</sup> SARFATI, Gilberto. *O Terceiro Xadrez: Como as Empresas Multinacionais Negociam nas Relações Econômicas Internacionais*. 2006. 252f. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 154-170.

<sup>26</sup> SANTORO, M.A.; PAINE, L.S. *Pfizer: Protecting Intellectual Property in a Global Marketplace*. Harvard Business School. Boston, 1995, p. 9-12.

<sup>27</sup> SARFATI, op. cit., p. 231.

<sup>28</sup> GONÇALVES, R. D. Abordagem crítica sobre o acordo TRIPS e o acesso a medicamentos. *Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo*, v. 12, n. 1, p. 91-110, 2018.

<sup>29</sup> SARFATI, op. cit., 176-178.

no mundo<sup>30 31</sup>. Para minimizar os efeitos sociais negativos, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recomendou que países incluíssem flexibilidades em relação ao TRIPS em suas legislações nacionais. Para Chaves *et al*<sup>32</sup>, essas flexibilidades regulariam aquilo que é passível de proteção, de forma a garantir e estabelecer um padrão adequado no contexto da saúde pública. Dentre as previsões estava o fortalecimento das Licenças Compulsórias por interesse público do Estado.

O próprio artigo 31 do TRIPS, internalizado pelo Decreto nº 1.355/94, autoriza o uso de Licenças Compulsórias em caso de tentativa de obter autorização de produção do detentor da patente; haver emergência nacional, extrema urgência ou uso não comercial; suprimento do mercado doméstico; e remuneração adequada do detentor da patente<sup>33</sup>. Nos termos do artigo 31 do TRIPS:

Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas: (...)

- b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular (...). Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não-comercial. (...)
- f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que autorizou;
- h) o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização; [...].

Entretanto, as Licenças Compulsórias por interesse público têm sido pouco utilizadas pelos Estados em desenvolvimento, como o Brasil. Uma possível explicação para isso pode ser o receio desses países de sofrer retaliações comerciais por parte das nações desenvolvidas em caso de Licença Compulsória, que pode ser interpretada como um caso de desrespeito ao TRIPS.

<sup>30</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, nota 28.

<sup>31</sup> ARCHIBUGI, Daniele; FILIPPETTI, Andrea. *The Globalisation of Intellectual Property Rights: Four Learned Lessons and Four Theses*. Global Policy, v. 1, n. 2, p. 137-149, 2010.

<sup>32</sup> CHAVES, Gabriela Costa et al. *A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos*. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 257-267, fev. 2007.

<sup>33</sup> BRASIL. *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

### 3. IMPACTOS DAS MODIFICAÇÕES DO TRIPS SOBRE OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Durante a reunião do Conselho do TRIPS realizada em abril de 2001, o Brasil, juntamente com outros países em desenvolvimento, liderou uma série de discussões sobre os termos do acordo, inclusive de suas exceções, e suas implicações no desenvolvimento social e econômico dos países aderentes<sup>34</sup>.

Como resultado desses debates foi editada a Declaração Ministerial sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio e Saúde Pública, conhecida como Declaração de Doha, que marcou a introdução da temática acesso a medicamentos no âmbito das negociações da OMC<sup>35</sup>. De um lado, Estados desenvolvidos, em defesa de interesses econômicos próprios e de suas EMN, queriam a rígida aplicação das regras patentárias estabelecidas em TRIPS, sob a alegação de que permitir a Licença Compulsória de patentes inviabilizaria a pesquisa e o desenvolvimento de inovações. Por outro lado, os países em desenvolvimento buscavam garantir o fornecimento para suas populações de medicamentos essenciais a preços acessíveis para promover condições de saúde e sociais mínimas.

A Declaração de Doha reconheceu tanto a importância de se proteger a propriedade intelectual para estimular o desenvolvimento de novos medicamentos, quanto reconheceu a legitimidade dos países para adotar medidas protetivas à saúde pública:

1. We recognize the gravity of the public health problems afflicting many developing and least-developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics.  
(...)
3. We recognize that intellectual property protection is important for the development of new medicines. We also recognize the concerns about its effects on prices.
4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.<sup>36</sup>

Em agosto de 2003, a Assembleia Geral da OMC aprovou uma flexibilidade no TRIPS, de modo a permitir que países membros da OMC pudessem exportar produtos farmacêuticos

---

<sup>34</sup> DAIBERT, Leticia de Souza; SILVA, Roberto Luiz. Flexibilidades do TRIPS e acesso a medicamentos. *Boletim Meridiano* 47, v. 16, n. 151, 2015, p. 29-36.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *The Doha Round texts and related documents*. Genebra, 2009. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/doha\\_round\\_texts\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/doha_round_texts_e.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2019.



sob licença compulsória para outros países membros que não tenham condição de produzir esses medicamentos, ainda que genéricos<sup>37</sup>, fato até então proibido. Na prática, significa, por exemplo, que o Brasil pode importar ou exportar medicamentos que sofreram licença compulsória de sua patente, desde que o importador não disponha de capacidade para explorar em seu território ou não disponha de capacidades técnicas para produção. Tal situação é chamada de licenciamento cruzado. Assim, com essa flexibilização, procurou-se dar efetividade ao parágrafo 6º da Declaração de Doha:

6. We recognize that WTO Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.

Em dezembro de 2005, o Conselho Geral do TRIPS elaborou uma emenda, introduzindo o artigo 31bis, para incorporar a flexibilidade admitida pela Assembleia Geral da OMC<sup>38</sup>. Entretanto, a entrada em vigor dessa emenda dependeria da aprovação de pelo menos dois terços dos países membros da OMC até 31 de dezembro de 2017, o que foi obtido em 23 de janeiro de 2017<sup>39</sup>. O Brasil ratificou esta emenda em 13 de dezembro de 2008, que foi internalizada pelo Decreto nº 9.289/18<sup>40</sup> de 21 de fevereiro de 2018, que passou a vigor com a seguinte redação:

[...] 3. A fim de explorar economias de escala com o propósito de aumentar o poder aquisitivo sobre produtos farmacêuticos, além de facilitar a sua produção local: quando um país em desenvolvimento, ou de menor desenvolvimento relativo, Membro da OMC, for parte de um acordo comercial regional (...), a obrigação desse Membro sob o Artigo 31(f) não se aplicará, na medida necessária para permitir que um produto farmacêutico produzido ou importado sob uma licença compulsória naquele Membro seja exportado para os mercados daqueles países em desenvolvimento, ou de menor desenvolvimento relativo, que sejam parte do acordo comercial regional e que igualmente enfrentam o problema de saúde em questão. Entende-se que o disposto anteriormente não prejudicará a natureza territorial dos direitos de patente em questão. [...].

A partir da entrada em vigor desse artigo, o mecanismo de emissão de licenças

<sup>37</sup> DAIBERT, op. cit., p. 29.

<sup>38</sup> BRASIL. *Decreto nº 9.289*, de 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Decreto/D9289.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9289.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>39</sup> INPI. *Emenda de TRIPs permite licença compulsória para exportar medicamentos*. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/emenda-de-trips-permite-licenca-compulsoria-para-exportar-medicamentos>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 38.





compulsórias foi aprimorado, permitindo que todos os países no âmbito da OMC possam produzir medicamentos genéricos, principalmente diante de situações de emergência nacional ou de outras circunstâncias de extrema urgência. Inclusive os países em desenvolvimento que não tem capacidade de produzir medicamentos serão beneficiados com a possibilidade de realizar importações a preços mais acessíveis de outros países que tenham declarado licença compulsória de determinado medicamento necessário ao atendimento da saúde pública.

Se antes de 2017 o Brasil e outros países em desenvolvimento evitavam aplicar licenças compulsórias, ainda que previstas em suas legislações, por receio de sofrerem retaliações econômicas da OMC, a expectativa é que, a partir da vigência do artigo 31 bis em 2017, as licenças compulsórias sejam mais utilizadas nos próximos anos.

## CONCLUSÃO

O trabalho buscou revisar e discutir a adoção do instrumento de Licença Compulsória na propriedade patentária e, numa tentativa, demonstrar como o Brasil tem se posicionado sobre o tema até o presente. O fato é que, desde as discussões na Rodada Uruguai até a institucionalização de TRIPS, o Brasil sofreu fortes pressões comerciais de países desenvolvidos, influenciando para que o país fosse um dos signatários do Acordo.

Após a adesão ao TRIPS e a consequente alteração na legislação brasileira para propriedade industrial, Lei nº 9.279/96, o país passou a aceitar patentes de produtos farmacêuticos e biotecnológicos. Este cenário coloca o setor farmacêutico como o principal usuário do sistema de patentes no mundo e um dos que mais atuam em *lobby* para impulsionar políticas em potenciais mercados nacionais ou junto a organizações multilaterais, como é o caso da OMC.

Desde a entrada da Lei de propriedade industrial brasileira em 1996, há previsão legal para utilização do instrumento das Licenças Compulsórias. Entretanto, até hoje o Brasil licenciou compulsoriamente apenas um medicamento, o Efavirenz, para tratamento de HIV/AIDS. A análise permite concluir que, embora haja instrumentos legais, o Direito ainda não consegue contornar os fatores externos que envolvem diplomacia internacional. O cenário internacional para questões patentárias e uso da licença compulsória evidencia que ter previsão legal não é suficiente e que não se pode desprezar os fatores de negociações internacionais e relações diplomáticas exteriores para as áreas econômicas e comerciais.

Portanto, a análise histórica mostra que uma decisão equivocada junto a organizações mundiais e que afetem setores industriais das economias mais desenvolvidas pode acarretar em

sanções e barreiras comerciais capazes de entrincheirar as nações menos desenvolvidas, ainda que essa decisão esteja amparada por mecanismos legais como a licença compulsória. Desse modo, pode-se inferir que as modificações introduzidas no artigo 31bis do TRIPS não serão capazes de garantir efetividade ao instrumento da licença compulsória, a menos que a OMC consiga mediar de forma mais ativa as negociações de seus membros, de forma a amenizar as pressões políticas e econômicas sobre os países menos desenvolvidos.

## REFERÊNCIAS

ARCHIBUGI, Daniele; FILIPPETTI, Andrea. *The Globalisation of Intellectual Property Rights: Four Learned Lessons and Four Theses*. *Global Policy*, v. 1, n. 2, p. 137-149, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.289*, de 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Decreto/D9289.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9289.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 76*, de 6 de julho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.257*, de 26 de novembro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8257.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.629*, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Orlando de. *Direito das Coisas: do direito das coisas em geral*. Coimbra: Coimbra, 2012.

CHAVES, Gabriela Costa et al. *A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos*. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 257-267, fev. 2007.

CHIEN, Colleen V. *Predicting Patent Litigation*. Texas Law Review. Santa Clara University. Legal Studies Research Paper 17, v. 90, p. 283-295, 2011.

DAIBERT, Leticia de Souza; SILVA, Roberto Luiz. Flexibilidades do TRIPS e acesso a medicamentos. *Boletim Meridiano* 47, v. 16, n. 151, 2015, p. 29-36.

GODINHO, Manuel Mira; CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque (Orgs.). *Propriedade Intelectual nos Países de Língua Portuguesa: Temas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: E-papers, 2011.

GONÇALVES, R. D. Abordagem crítica sobre o acordo TRIPS e o acesso a medicamentos. *Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo*, v. 12, n. 1, p. 91-110, 2018.

GONTIJO, Fabíola Moreira. *Patentes Farmacêuticas: Uma Análise do Sistema Brasileiro de Concessão de Pedidos à Luz das novas Tendências Internacionais*. 2009. 84 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009.

GRILICHES, Zvi. *Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey*. Journal of Economic Literature, v. 28, p. 1661-1707, 1990.

INPI. *Emenda de TRIPs permite licença compulsória para exportar medicamentos*. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/emenda-de-trips-permite-licenca-compulsoria-para-exportar-medicamentos>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh. *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*. New Jersey: Princeton University, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. *Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Genebra, 2019. Disponível em: <[https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/#accordion\\_\\_coll1](https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/#accordion__coll1)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *The Doha Round texts and related documents*. Genebra, 2009. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/doha\\_round\\_texts\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/doha_round_texts_e.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RUSSO, Suzana Leitão; SILVA, Gabriel Francisco da; NUNES, Maria Augusta Silveira Netto. *Capacitação em inovação tecnológica para empresários*. São Cristóvão: UFS, 2012.

SANTORO, M. A.; PAINE, L. S. *Pfizer: Protecting Intellectual Property in a Global Marketplace*. Harvard Business School. Boston, 1995.

SARFATI, Gilberto. *O Terceiro Xadrez: Como as Empresas Multinacionais Negociam nas Relações Econômicas Internacionais*. 2006. 252f. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SICHEL, Ricardo Luiz. Licença Compulsória de Patentes. *Revista Virtual da AGU*, ano IX, n. 94, nov. 2009. Disponível em: <[http://186.231.10.13/page/content/detail/id\\_conteudo/105450](http://186.231.10.13/page/content/detail/id_conteudo/105450)>. Acesso em: 23 mai. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. *Propriedade intelectual, origem de capital e desenvolvimento tecnológico: a experiência brasileira*. Textos para discussão, n. 1475. Brasília: Ipea, 2010.



## A LEI Nº 13.714/2018 E O DESAFIO DE GARANTIR ATENDIMENTO MÉDICO À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Pedro Álvaro Di Macedo Freire

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Assessor jurídico do Ministério Público Federal. Voluntário do Projeto Ruas.

**Resumo** – O artigo trata sobre a concretização do direito à saúde da população de rua, se inserindo em um cenário no qual tal direito é constantemente negado por hospitais e postos de saúde, bem como sobre a necessidade, viabilidade e executabilidade da novel legislação que, sob a forma de política pública, tratou da temática.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito à saúde. População em situação de rua. Políticas Públicas. Lei nº 13.714/2018.

**Sumário** – Introdução. 1. O direito à saúde das pessoas em situação de rua antes do advento da Lei nº 13.714/2018. 2. A viabilidade da Lei nº 13.714/2018 e os meios a serem adotados pelo Estado para o seu fiel cumprimento. 3. O Poder Judiciário como garantidor da aplicação da Lei nº 13.714/2018 e do direito à saúde e o papel das funções essenciais à justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática da Lei nº 13.714/2018 e o desafio de garantir atendimento médico pleno à população em situação de rua.

A Constituição Federal de 1988, de expressa, determina, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O mandamento da carta política é claro: qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, rica ou pobre, tem direito de receber do Estado assistência integral à saúde.

Não obstante em muitos postos de saúde ou hospitais públicos, para obter atendimento médico, se exige do indivíduo a apresentação de documentos pessoais e/ou de comprovante de residência. A medida adotada obsta que muitas pessoas obtenham acesso à saúde – no geral, as que mais precisam dele.

Com vistas a solucionar o problema, foi criada a Lei nº 13.714/2018, que acrescentou um dispositivo na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), afirmando que o atendimento das pessoas em situação de vulnerabilidade ou risco social e pessoal que procuram pelos serviços de saúde, deve ser feito mesmo que elas não tenham documentos ou inscrição no SUS.



Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é discutir, de maneira crítica, a viabilidade mencionada lei para, em conjunto com o mandamento constitucional do artigo 196, garantir o efetivo atendimento médico a todas as pessoas em situação de rua que dele precisem. Almeja-se, principalmente, abordar as dificuldades de garantia do Direito à Saúde da população de rua hoje em dia, as origens, a atuação do Estado e as perspectivas com a novel legislação.

A justificativa mor é a de que no Brasil hoje existem mais de 100 mil pessoas em situação de rua, motivo pelo qual o impacto da negativa de atendimento médico a essas pessoas é gigantesco não apenas pelo número de indivíduos que atinge, mas também por quem são os lesados: pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social e que dependem diretamente da tutela do Estado e da Sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho expondo e constatando a dúplici situação de vulnerabilidade em que se encontra a população de rua: a decorrente da condição em que se encontram e a criada pelo próprio Estado que, por meio de muitos de seus agentes, obstam o acesso constitucionalmente garantido ao atendimento médico e, conseqüentemente, à saúde. A ideia aqui é expor como o atendimento médico era prestado às pessoas em situação de rua até o advento da Lei nº 13.714/2018

No segundo capítulo, apresentam-se e discutem-se os meios a ser adotados pelo Estado para superar os desafios práticos do cumprimento da lei em postos de saúde e hospitais públicos, explicando, ainda, a plausibilidade a criação de uma norma com caráter legal para buscar garantir algo que já era previsto em uma norma de caráter constitucional.

No terceiro capítulo, a abordagem será sobre como garantir a efetividade da Lei nº 13.714/2018 no campo judicial, em especial pela atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia *Pro Bono*.

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, 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 o pesquisador almeja apoiar-se em um conjunto de obras adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que possam corroborar com a tese sustentada.



## 1. O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.714/2018

O tema do Direito à Saúde da população em situação de rua<sup>1</sup> não pode ser discutido – nem sequer exposto – sem o devido embasamento histórico sobre o tema. É que, embora a denominação do presente capítulo já indique o retomar que se pretende, não é o bastante. É preciso mais.

Assim, diante do título “O Direito à Saúde das pessoas em situação de rua antes do advento da Lei nº 13.714 de 2018” os seguintes questionamentos são impostos e carecem de fundamentação histórica: O que é direito à saúde? Trata-se de um Direito Fundamental? Quem são seus destinatários? Por que o caso da população em situação de rua merece relevância?

Remontando à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, é possível aferir que o direito à saúde é um direito social. Os direitos sociais surgiram no âmbito da segunda geração de direitos fundamentais, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, tudo a ser alcançado pela atuação direta – corretiva e positiva – dos Poderes Públicos<sup>2</sup>

Nesse sentido ensina Paulo Gonet Branco<sup>3</sup>:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titular indivíduos singularizados.

Pela recapitulação, é possível perceber que, já na origem, o direito à saúde, como direito social e corolário do princípio da igualdade, tem como destinatários todos os indivíduos, cabendo ao Estado sua prestação, devendo buscar sua concretização através das políticas públicas.

---

<sup>1</sup>O termo mais adequado é “pessoa em situação de rua”, a indicar o caráter transitório da situação das pessoas, de forma a não rotular a pessoa pela condição, pelo estado em que se encontra. Para mais vide: < <http://www.dpu.def.br/pessoas-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>2</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 135.

<sup>3</sup>Idem, p. 135.





No caso da República Federativa do Brasil, por opção do constituinte, o direito à saúde é, além de um direito social, um direito fundamental<sup>4</sup>. O principal argumento para tanto é a posição do artigo 6º da Constituição da República, que é localizado no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Assim, aqui direito fundamental é gênero, do qual são espécies os previstos nos artigos insertos no título dois, dentre eles os direitos individuais (artigo 5º) e direitos sociais (artigo 6º).

Embora tal afirmativa possa parecer, a priori, desnecessária, não é. Em muitos países, como é o caso de Portugal, o direito à saúde não é um direito fundamental. Aliás, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a trazer a previsão do direito como fundamental. As demais traziam apenas menções esparsas, como foi o caso, por exemplo, da Constituição de 1824, que falava em “socorros públicos”.

Pois bem. Tem-se, então, que o direito à saúde é um direito social fundamental, cuja previsão se encontra no artigo 6º e foi definido pelo artigo 196, do qual é possível extrair: “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”<sup>56</sup>.

Nesse sentido, do ponto de vista legal e constitucional, população em situação de rua é, antes da situação de rua, população, sendo certo que cada um dos indivíduos que compõe essa massa é titular de direitos fundamentais, em especial do direito social à saúde.

O Decreto nº 7.053, de 2009<sup>7</sup>, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, traz uma definição completa no parágrafo único do seu artigo primeiro, considerando como população de rua (*sic*<sup>8</sup>):

---

<sup>4</sup>A consequência da natureza jurídica do direito à saúde como direito fundamental, no campo da aplicabilidade será abordada no próximo capítulo.

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>6</sup>O Direito à Saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento institucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no artigo 196 da Constituição da República. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>7</sup>BRASIL. *Decreto nº 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>8</sup>Repete-se: o termo mais adequado é população em situação de rua. A insistência não é sem fundamento: definir essas pessoas pela mazela que lhes acomete contribui sobremaneira para o já tão grande estigma social que recai sobre elas.



O grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória<sup>9</sup>.

Ocorre que as pessoas em situação de rua se encontram em uma situação de extrema vulnerabilidade. Os motivos são os mais diversos, a começar por já estarem tolhidas do direito fundamental à moradia.

Além disso, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público<sup>10</sup>, no ano de 2015, aponta-se como causa da vulnerabilidade os estigmas socialmente construídos em relação a esse grupo social, seja pela aparência social, pela higiene corporal, além do preconceito destinado a essas pessoas.

Ainda de acordo com a mencionada pesquisa<sup>11</sup>, 25% (vinte e cinco por cento) das pessoas em situação de rua não possui qualquer documento pessoal e 19% (dezenove) sofre discriminação ao buscar serviços de saúde.

Os dados mencionados foram colhidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2015 e ajudam a entender o grau de vulnerabilidade dessas pessoas, o que, na prática, faz com que o acesso à saúde dessas pessoas seja, muitas vezes, obstado – Isto é, as políticas públicas que deveriam garantir o direito à saúde não são realizadas.

Nesse sentido, demonstradas as violações ao direito de saúde da população em situação de rua, cumpre analisar a sua aplicabilidade, bem como os meios disponíveis para sua garantia e implementação, a serem adotados pelos Poderes Públicos (sobremaneira o Executivo e o Legislativo).

## 2. A VIABILIDADE DA LEI Nº 13.714/2018 E OS MEIOS A SEREM ADOTADOS PELO ESTADO PARA O SEU FIEL CUMPRIMENTO

Demonstrada a necessidade e a relevância da temática objeto da Lei, é imperativo discutir, em seguida: sendo o direito à saúde um direito social e fundamental, a norma constitucional que o previu não conferiu, de forma imediata, o acesso à saúde das pessoas em

<sup>9</sup>BRASIL. *Decreto nº 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>10</sup>CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Defesa dos Direitos das Pessoas em Situação de Rua: Guia de Atuação Ministerial* – Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia\\_Ministerial\\_CNMP\\_WEB\\_2015.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia_Ministerial_CNMP_WEB_2015.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>11</sup>Ibidem.



situação de rua? A quem cumpre dar concretude a tal direito? De que forma? A lei é um meio apto para tanto? Como?

O direito à saúde, como integrante do título II da Lei Maior, possui, sim, aplicabilidade imediata, que decorre do parágrafo primeiro do artigo 5º, cuja redação é a seguinte: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>12</sup>.

Ressalte-se que, embora topograficamente situado no artigo 5º, pela redação do dispositivo é possível aferir que é endereçado para todos os direitos fundamentais – e não apenas para os direitos individuais do artigo em que está inserido. Nesse sentido é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, bem como, da seara doutrinária, à guisa de exemplo a posição os professores Ingo Wolfgang Sarlet e Gilmar Ferreira Mendes<sup>1314</sup>.

A competência para dar concretude ao direito à saúde é comum, nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição da República: Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde [...]<sup>15</sup>. Embora a interpretação desse dispositivo seja contestada pelas Advocacia Geral da União<sup>16</sup>, o entendimento do Guardião da Constituição é inequívoco:

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<sup>17</sup>.

Pois bem. Essa competência comum é atribuída, tradicionalmente, aos poderes legislativo e executivo, em primeiro lugar pelas funções que lhes são típicas e primordiais, quais sejam, a de legislar e as de executar as leis e administrar o Estado, respectivamente. Em

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>13</sup>MENDES, op. cit., nota 2.

<sup>14</sup>Em sentido contrário, o professor João Paulo Gebran Neto, que sustenta que o parágrafo primeiro do Artigo 5º é aplicável tão somente para os direitos individuais daquele artigo – embora o entendimento seja isolado, é válida a ressalva aqui, dada a envergadura do jurista, que integra relevante espaço doutrinário e jurisprudencial, atuando como desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>16</sup>De acordo com a AGU, o dispositivo em comento trata unicamente do direito à saúde dos portadores de deficiência – interpretação jamais acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RG RE: 855178 PE – PERNAMBUCO 0005840-11.2009.4.05.8500*, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: Dje-050/16-03-2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2018.



segundo lugar por serem compostos pelos órgãos politicamente legitimados, ou seja, por órgãos cujos integrantes receberam mandato eletivo por delegação popular<sup>18</sup>.

Para abordar como se dá o exercício dessa competência pelos Poderes Executivo e Judiciário, ou seja, a forma pela qual dão concretude aos direitos sociais e, no presente caso, no direito à saúde, é preciso trazer a lume a ideia dos professores José Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual o direito à saúde possui duas vertentes: uma negativa, a outra positiva<sup>19</sup>.

A vertente negativa traduz-se no direito de cada pessoa exigir do Estado e dos particulares que se abstenham de praticar qualquer ato que prejudique a saúde de outrem. Por sua vez, a vertente positiva se traduz no direito de exigibilidade, por parte de cada um, de medidas e providências estatais, visando à prevenção e ao tratamento das enfermidades.

Observe que a vertente positiva apresentada pelos educadores portugueses encontra espelho no artigo 196 da Constituição da República, e implica – agora sim – nas políticas públicas como forma dos poderes acima mencionados garantirem os direitos. Segundo a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as políticas públicas assim se definem:

As políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. O tema relaciona-se com o da discricionariedade, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução. E aqui não se fala apenas da discricionariedade da Administração Pública. Fala-se, muitas vezes, até com maior razão, na própria discricionariedade do legislador ao definir políticas públicas com base em metas maiores postas pela Constituição.<sup>20</sup>

Como se vê, o conceito é deveras amplo, pois engloba, de forma genérica, todas as formas de concretização do direito à saúde como, por exemplo, a construção de um hospital, o fornecimento de medicamentos, a prestação de atendimento médico, a realização de cirurgias e a criação de leis.

Nesse ponto explica-se, pois, a plausibilidade da criação de uma lei para assegurar algo que já era garantido em uma norma constitucional de forma universal: trata-se de uma

---

<sup>18</sup>Destaque-se que a participação do Judiciário na concretização de políticas públicas será abordada no capítulo seguinte.

<sup>19</sup>CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “*O direito à saúde e sua eficácia*” – p. 5. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4340>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>20</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. “*Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 7 abr. 2019.



política pública por excelência, já que foi definida por intermédio de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo (em função típica).

Assim, verificada a lesão ao direito à saúde causada pelo atendimento às pessoas em situação de rua por hospitais e postos de saúde, foi criada a política pública, na forma de lei, com o objetivo de “assegurar o acesso das famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social e pessoal à atenção integral à saúde” (trecho da ementa normativa<sup>21</sup>). Nesse sentido, ensina Di Pietro:

Com efeito, a partir da ideia de que a definição de políticas públicas implica opções a serem feitas pelo poder público e que essas opções são externadas por variados instrumentos (Constituição, Emendas à Constituição, atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública), poder-se-ia fazer uma gradação levando em conta a própria hierarquia dos atos estatais. Existem metas fixadas pela própria Constituição, dirigidas a todos os entes da federação e aos três Poderes do Estado.

[...]

Postas as metas, em termos genéricos, pela Constituição, cabe ao legislador, em segundo plano, discipliná-las de modo a garantir o seu atendimento, por meio dos atos legislativos previstos no artigo 59. Muitas leis deixam ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da administração direta e indireta a implementação das políticas públicas nelas postas<sup>22</sup>.

Dessa forma, e em um primeiro momento, caberá ao Poder Executivo, no exercício de sua função típica executora-administrativa, superar os desafios práticos do cumprimento da lei, garantindo a aplicação dos preceitos da Lei nº 13.714, de 2018, em postos de saúde, hospitais públicos e todas as instituições (e respectivos profissionais) prestadoras de serviço público de saúde no país.

A gama de opções das quais dispõe o Poder Executivo para tanto é imensa. À guisa de exemplo, boas alternativas indicáveis: a realização de amplas campanhas de conscientização (voltadas para os funcionários públicos de unidades de saúde e para a população, afinal de contas, como descrito no primeiro capítulo, o preconceito e o estereótipo são fatores que contribuem para a problemática); a expedição de decretos regulamentares, na forma do artigo 84, inciso IV, da Constituição da República<sup>23</sup>; e a severa e inequívoca imposição de penalidades administrativas aos servidores que não cumprirem a lei.

---

<sup>21</sup>Ibidem.

<sup>22</sup>PIETRO, op. cit., nota 20.

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



### 3. O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA APLICAÇÃO DA LEI 13.714 E DO DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Como visto, tradicionalmente o papel de garantia do direito à saúde e sua implementação, na forma prevista pelo artigo 6º, caput, e definida pelo artigo 196, caput, ambos da Constituição da República<sup>24</sup>, é de incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, em caso de omissão de tais poderes e/ou insuficiência das políticas públicas eleitas para garantir o direito à saúde, é possível a interferência do poder judiciário? De que forma e em qual medida? A quem cabe a fiscalização e as ações para tanto?

O Poder Judiciário possui a prerrogativa de reter a atuação dos demais poderes aos limites previstos na Constituição da República, tanto para coibir o excesso quanto para corrigir as omissões, o que se observa sobremaneira na garantia dos direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde.

Além disso, a Constituição da República de 1988 consagra o livre acesso ao judiciário, tendo como princípio norteador o da proteção judicial efetiva, previsto no artigo 5º, inciso XXXV<sup>25</sup>.

Para limitar o papel decisivo incumbido ao Poder Judiciário, criou-se uma de suas características elementares: a inércia. Assim, é preciso um impulso oficial, não é possível que o Poder Judiciário exerça a jurisdição sem uma provocação externa – ainda que para garantia de direitos fundamentais<sup>26</sup>.

Pela imprescindibilidade dos legitimados para provocar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, para garantir o exercício da jurisdição e o controle sobre os demais poderes, a Constituição da República denominou-os como “funções essenciais à justiça”, título do Capítulo IV da carta magna e que contempla o Ministério Público, a Defensoria Pública e os advogados públicos e particulares<sup>27</sup>.

Assim, ante de abordar o papel do judiciário na concretização de políticas públicas, para que ele possa exercer a jurisdição, é preciso que esses sujeitos exerçam sua missão constitucional, como se passa a detalhar.

No caso do Ministério Público, tendo como objetivo constitucional, dentre outros, “os interesses sociais e individuais indisponíveis”, deverá promover todas as medidas e ações

---

<sup>24</sup>Ibidem.

<sup>25</sup>Ibidem.

<sup>26</sup>MENDES, op. cit., nota 2.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



necessárias para a efetivação de direitos em que esteja presente o interesse geral, da coletividade, bem como daqueles diretamente relacionados à pessoa humana, como é o caso do direito à saúde e, em especial, do direito à saúde.

Nesse sentido, caso, por exemplo, algumas unidades de saúde de um Município estejam se negando a realizar o atendimento de pessoas em situação de rua, por reiteradas vezes, sem amparo legal, o Ministério Público deverá se valer de uma de suas funções institucionais, em específico a prevista no artigo 129, inciso II, da Constituição da República, qual seja, a de zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia<sup>28</sup>.

Embora a ação ministerial, embasada no dispositivo da Constituição, possa ser realizada de diversas formas, elenca-se, como uma opção efetiva, a realização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que, no exemplo acima, seria realizado com o ente federativo municipal. O instrumento está previsto no §6º do artigo 5º da Lei nº 7347, de 1985, e no artigo 14 da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público nº 16, de 2010:

Artigo 5º, § 6º, Lei nº 7347, de 1985: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial<sup>29</sup>.

Art. 14, caput, Recomendação nº 16, de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público: O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados<sup>3031</sup>.

Caso não seja suficiente o Termo de Ajustamento de Conduta ou, já que este é prescindível, o Ministério Público entenda que a demanda judicial garantirá mais adequadamente o direito que está sendo lesado (ou em vias de), poderá provocar o Poder Judiciário a se manifestar, solicitando em seus pedidos, por exemplo, a condenação de determinado ente federativo a promover o efetivo atendimento médico-hospitalar das pessoa em situação de rua, com a cominação de medidas coercitivas (*astreintes*, por exemplo).

<sup>28</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>29</sup>BRASIL. Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>30</sup>CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 16*, de 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-0162.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>31</sup>Destaco que, embora a resolução em comento tenha sido revogada, é válida sua redação para o fim que aqui se pretende, qual seja, expor o conceito acerca do instrumento – que, frise-se, não foi revogado e continua a ser um instrumento hábil para utilização pelo *parquet*.





Além do Ministério Público, dois outros sujeitos, dentre os que integram o grupo de funções essenciais à justiça, são fundamentais para garantir o direito à saúde das pessoas em situação de hipervulnerabilidade: a Defensoria Pública e a Advocacia Privada – atuando na condição *pro bono*, que garantem a orientação e assistência jurídicas bem como a promoção dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

A função desempenhada pela Defensoria Pública se destaca pela missão ser prevista ao órgão pela própria Constituição da República, em seu artigo 134, bem como pelo grupo cujo direito à saúde se busca cumprir, que são pessoas com a condição econômica tão severamente comprometida que não podem sequer manter uma moradia.

A garantia do direito à saúde das pessoas em situação de rua poderá ser tutelado pela Defensoria Pública tanto em ações individuais, buscando tutelar uma situação específica, como em ações buscando tutelar direitos coletivos, como é o caso da ação civil pública. Nesse ponto, ante a hipervulnerabilidade dessas pessoas, que causa, muitas vezes, o receio até mesmo de buscar ajuda na instituição (sobremaneira quando não há sede própria e fica alocada em Fóruns, como é recorrente no interior dos estados), não deixa de ser mais um meio de garantia do direito a inovação e o desenvolvimento na forma de atuar com esse grupo:

Em setembro de 2011, por meio da parceria com o Sefras, o atendimento oferecido pela DPU/SP passou a ser oferecido fora da sede, em conjunto com a DPESP no local conhecido como “Chá do Padre” no centro da Capital, onde já havia grande fluxo de pessoas em situação de rua, o que permitiu a expansão significativa do atendimento para este público, por meio de orientação e mapeamento dos principais problemas decorrentes da vida nas ruas, contando com apoio presencial de defensores, assistentes sociais e estagiários.

[...]

Um importante aspecto a ser destacado nesse atendimento foi a adesão da Justiça Federal com a criação de um protocolo diferenciado e uma pauta específica no Juizado Especial Federal com imediata conclusão para sentença nos casos envolvendo a população em situação de rua, de modo a permitir a célere análise dos casos, muitas vezes, com sentenças e decisões de antecipação de tutela (tutela de urgência) no mesmo dia ou em um prazo muito menor do que o usual. Desse modo, demandas envolvendo benefícios previdenciários, assistenciais, ou questões referentes à Caixa Econômica Federal, ganharam agilidade de dias, experiência nunca vista em qualquer outra repartição judiciária do país.

[...]

De um tímido início, com poucos atendimentos semanais, por ambas as Defensorias, para a média atual de quase 200 pessoas por dia, somente pela DPU/SP, este braço de atendimento tornou-se importante via de acesso à justiça da população em situação de rua.

[...]



Desde 2015, DPU e DPESP oferecem mensalmente atendimentos itinerantes pela cidade, tendo em vista o elevado número de pessoas em situação de rua espalhadas pelas diversas regiões da capital.<sup>32</sup>

Pois bem, após provocado o Poder Judiciário por um dos sujeitos legitimados, cumpre enfrentar se é lícito ao poder concretizar as políticas públicas de saúde ou se ao fazê-lo poderia incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes.

Ora, dentro do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição da República, que consiste no controle do poder pelo poder, cabe ao Poder Judiciário a função de controlar a jurisdição e a legalidade das ações e omissões dos demais poderes.

No caso em exame, em que uma política pública visando garantir o direito à saúde às pessoas em situação de rua, podemos voltar ao exemplo de determinadas unidades hospitalares municipais nas quais não se está prestando atendimento às pessoas em situação de rua, por diversas vezes. Em ação manejada através de um dos sujeitos legitimados (funções essenciais à justiça), o Judiciário não só pode, mas deve controlar os atos da Administração Pública que violam a Constituição da República e lei federal, impedindo o exercício do direito social fundamental à saúde.

Nesse sentido, ensina o professor Dirley da Cunha Júnior que na omissão ou falha dos órgãos tradicionalmente incumbidos da formulação e implementação de políticas públicas (Executivo e Legislativo) surge um dever do Poder Judiciário de garantir e efetivar os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais<sup>33</sup>.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo no mesmo sentido:

É preciso destacar que uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar no sentido de efetivar os direitos fundamentais, mormente aqueles que se encontram assegurados na Constituição Federal. Assim, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde (STJ - REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO).

<sup>32</sup>SOTTO MAYOR, Renan Vinicius; RIBAS, Luciana Marin; e CARVALHO, Fernando de Souza. “O atendimento à população em situação de rua pela DPU”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/tribuna-defensoria-atendimento-populacao-situacao-rua-dpu>>. Acesso em: 9 mar. 2019.

<sup>33</sup>CUNHA JÚNIOR, apud ROCHA, Eduardo Braga. “A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11266&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9)>. Acesso em: 9 mar. 2019.



Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (sic) [...] comprometendo a eficácia dos direitos sociais [...] como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aí, então, justificar-se-á a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45, Relator Ministro Celso de Mello).

É importante destacar, ainda, a importância das funções essenciais à justiça, nos trabalhos em parceria com projetos sociais, os quais tem importância ímpar na assistência à saúde das pessoas em situação de rua. É o caso, por exemplo, do Projeto Ruas, com atuação no Município do Rio de Janeiro – trata-se de uma organização não governamental, laica, apartidária, sem fins lucrativos e em prol dos direitos humanos, que tem como objetivo promover o bem-estar e a cidadania das pessoas em situação de rua<sup>34</sup>.

O projeto que tomou-se aqui como exemplo possui um setor de seus voluntários que cuida em especial da saúde das pessoas em situação de rua, direcionando seus atendidos para a Defensoria Pública ou para o Ministério Público em caso de negativa de atendimento em postos de saúde ou hospitais e denunciando atos atentatórios à saúde dessas pessoas.

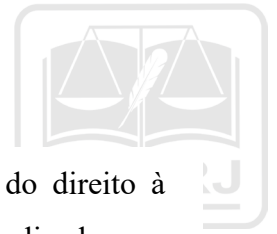
## CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a situação das pessoas em situação de rua e em sobre como o tolhimento de um direito fundamental (à moradia) implica em uma dupla “sanção” a essa população, pois além da decorrente da própria ausência de habitação, as pessoas nessa condição sofrem pelo estigma e preconceito destinados a eles por grande parcela da sociedade.

Ainda no primeiro capítulo, detalhou-se estatísticas colhidas a partir de informações reunidas pelo Ministério Público Federal, dentre as quais foi destacada sobremaneira a de que uma em cada cinco pessoas em situação de rua sofre preconceito ou negativa de atendimento ao buscar atendimento médico em hospitais ou postos de saúde – expondo a incapacidade do Estado em garantir, de forma satisfatória, a concretização ao direito de saúde das pessoas nessa condição.

---

<sup>34</sup>Trata-se do site da organização não governamental intitulada Projeto RUAS (Ronda Urbana de Amigos Solidários), a qual funciona atualmente no Município do Rio de Janeiro e tem como objetivo a destruir barreiras e gerar oportunidades para todos em situação de rua. Informação disponível em: <<http://www.projeturuas.org.br>>. Acesso em: 9 mar. 2019.



No segundo capítulo, destacou-se a natureza de direito fundamental do direito à saúde, com enfoque na aplicabilidade imediata que lhe é ínsita. Além disso, foi explicado que, em regra, é incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo sua garantia, o que deve ser realizado por meio de políticas públicas. Finalmente, e ainda no segundo capítulo, foi solucionada a controvérsia acerca da plausibilidade da criação de uma lei para assegurar algo que já era garantido na Constituição da República.

No último capítulo, foi demonstrada a viabilidade do controle do judiciário, que deve ser provocado pelas funções essenciais à justiça e, caso verificada a omissão pelos demais poderes, deve garantir a concretização do direito fundamental à saúde às pessoas em situação de rua.

Explicou-se, ainda, que a forma de garantir o direito fundamental em questão não depende só do Poder Judiciário, sendo imprescindível a atuação das funções essenciais à justiça.

Destacou-se, finalmente, a importância do trabalho em conjunto dos órgãos representativos dessas funções com projetos sociais, como é o caso do Projeto Ruas, que atua na defesa dos interesses das pessoas em situação de rua, zelando, dentre outros aspectos, pela saúde de cada um deles.

Conclui-se que a elaboração e o cumprimento da Lei nº 13.714, de 2018 tem sua relevância mais que justificada, já que objetiva dar concretude ao direito à saúde de pessoas que, por se encontrarem em situação de rua, dependem diretamente dessa tutela estatal – que, mais do que necessária, é essencial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 18 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.714*, de 24 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13714-24-agosto-2018-787108-publicacaooriginal-156272-pl.html>>. Acesso em: 18 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 16*, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-0162.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271286*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito à saúde e sua eficácia*. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/4340/3542/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Defesa dos Direitos das Pessoas em Situação de Rua: Guia de Atuação Ministerial*. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia\\_Ministerial\\_CNMP\\_WEB\\_2015.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia_Ministerial_CNMP_WEB_2015.pdf)>. P. 8. Acesso em: 20 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

SOTTO MAYOR, Renan Vinicius; RIBAS Luciana Marin; e CARVALHO, Fernando de Souza. *O atendimento à população em situação de rua pela DPU*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/tribuna-defensoria-atendimento-populacao-situacao-rua-dpu>>. Acesso em: 9 mar. 2019.

## A DIFICULDADE DA COEXISTÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E DO ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL

Pedro Felipe Pavão Albuquerque

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduando, *Lato Sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – O Direito ao Esquecimento tem origem na ideia de privacidade, entretanto, com o surgimento das novas tecnologias, vem se desenvolvendo como um direito de personalidade autônomo, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da CRFB/88. Tem-se que o surgimento de novas concepções de sociedade certamente interfere na definição desse direito, de modo que, os novos meios de coleta, pesquisa e armazenamento de dados fazem com que se inverta a lógica do passado. Antes, o esquecimento era a regra, e as recordações eram a exceção, contudo, a sociedade moderna de informação inverteu essa regra e, contemporaneamente, há um grande embate de qual interesse prepondera: o direito a se ter esquecido algum fato cometido no passado ou o acesso à informação. Diante de tal conflito, esta pesquisa evidenciará que não há regra específica, devendo cada caso ser analisado de acordo com as suas peculiaridades.

**Palavras-chave** – Direito ao esquecimento. Acesso à informação. Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Direitos da Personalidade. Justiça.

**Sumário** – Introdução. 1. O surgimento do Direito ao Esquecimento e a sua relevância nos dias atuais. 2. A dificuldade de se estabelecer qual interesse prepondera: o direito ao esquecimento ou o acesso à informação. 3. Análise das decisões judiciais e os Direitos da Personalidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a discutir a grande dificuldade da coexistência de um novo direito, que foi introduzido recentemente no enunciado da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, qual seja, o Direito ao Esquecimento, e um direito já existente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: o direito de acesso à informação.

O mencionado Direito ao Esquecimento surgiu em decorrência dos avanços tecnológicos, em que, direitos fundamentais como os direitos à honra, à privacidade e à intimidade estão sendo violados pelas inúmeras informações que são propagadas pelos diversos meios de comunicação, tornando estes, eternamente acessíveis, principalmente, na internet. Por esse motivo, acentua-se a necessidade de uma proteção jurídica neste meio.

Este direito deve ser aplicado para beneficiar àqueles que passaram por uma experiência desagradável e que gostaria de não ver tal acontecimento sendo lembrado, bem

como, àqueles que já foram julgados e considerados inocentes, mas que, a imprensa e meios de comunicação insistem em lembrar e divulgar tais fatos passados, o que traz evidente prejuízo e sentimento de impotência a quem cometeu o fato.

Destarte, é inegável a extrema relevância do tema, porque os meios de comunicação perenizam cada vez mais as notícias, principalmente, as mídias televisivas e a internet. Cabe salientar que, contemporaneamente, a regra na internet é a lembrança, sendo o esquecimento a exceção, diferentemente do que ocorria na década passada. A internet foi criada como uma rede que pode continuar em operação mesmo com a destruição de uma de suas partes. Sendo assim, a própria estrutura dessa rede facilita a perpetuação da informação e dificulta o seu controle.

O direito ao esquecimento surge, justamente, com o objetivo de auxiliar as pessoas que estão vendo seus direitos serem violados a buscarem amparo ao poder judiciário. Ademais, hipoteticamente, complementarás lacunas existentes no âmbito teórico, intensificará o entendimento nas áreas de Direito Penal, Civil e Constitucional bem como aperfeiçoará o conhecimento dos futuros operadores do direito.

Com isso, questiona-se se as liberdades de informação, de expressão e de imprensa diante da relevância social podem ser limitadas em detrimento do direito à personalidade, isto é, ao direito do indivíduo de ter esquecido o ato já praticado.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discorrendo sobre o surgimento do direito ao esquecimento, a sua evolução e a relevância desse direito nos dias atuais na medida em que se faz necessário a criação de uma tutela dos direitos dos indivíduos que são, de certa forma, expostos pelos diversos meios de comunicação de forma irrestrita.

O segundo capítulo visa demonstrar que a simples justificativa de que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado e o acesso à informação seja sobreposto a qualquer direito individual não é capaz de solucionar razoavelmente todas as demandas, observando-se assim, os principais fundamentos para se estabelecer uma decisão mais razoável possível.

O terceiro capítulo trata sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, análise das decisões judiciais relacionadas ao tema bem como a necessidade de um critério a ser adotado que disponha sobre o tema para servir de parâmetro para os julgadores, justamente, com o fim de se dar sempre uma solução mais justa a cada caso concreto.

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



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

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

## 1. O SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E A SUA RELEVÂNCIA NOS DIAS ATUAIS

O direito ao esquecimento, reconhecido pelo enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, surgiu na discussão sobre a possibilidade de impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e causem transtornos das mais diversas ordens. Este direito se acentua quando se observa os inúmeros avanços tecnológicos em que diversos direitos ligados a dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais são violados, motivo pelo qual há que se ter uma proteção jurídica neste meio.

Tal direito foi aplicado pela primeira vez no Brasil no ano de 2013 em dois recursos especiais julgado pela <sup>1</sup>4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ambos se deram contra a TV Globo em razão de reportagens que lembravam dois fatos distintos, tais quais: o episódio conhecido como Chacina da Candelária, no Rio de Janeiro, por um dos envolvidos, que fora acusado e, posteriormente absolvido e, o outro, pela família de Aída Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens.

No primeiro caso, o acusado que fora absolvido, entrou na justiça sob a alegação de que o caso já havia sido julgado e que não mais gostaria de ser lembrado, ou seja, que não haveria necessidade de ter exposto o seu nome em programas televisivos. No segundo, a família de Aída, igualmente, não via a necessidade de ter tais fatos lembrados depois de tanto tempo. Observa-se que esses foram os casos pioneiros no Brasil.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez*. Disponível em: <<https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL, Enunciado 531, CJF, *A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 01 jun. 2019.



Tem-se que o direito ao esquecimento não é tão recente na doutrina do Direito, mas entrou em pauta e se tornou mais evidente desde a edição do <sup>2</sup>Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). O texto traz uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil e elenca o direito de ser esquecido entre um dos direitos da personalidade. O que se defende é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos.

Nesse sentido, observa-se que este direito deve ser aplicado para beneficiar àqueles que passaram por uma experiência desagradável e que gostaria que não fosse lembrada, ou àqueles que já foram julgados e considerados inocentes, mas que, a imprensa e meios de comunicação insistem em divulgar tais fatos passados, o que traz prejuízo e sentimento de impotência a quem cometeu o fato.

Destarte, é inegável a extrema relevância do tema nos dias atuais, porque os meios de comunicação perenizam as notícias, principalmente as mídias televisivas e a internet. Cabe salientar que a regra na internet é a lembrança, sendo o esquecimento a exceção. A Internet foi criada como uma rede que pode continuar em operação por diversos meios, sites, e buscadores. Sendo assim, a própria estrutura dessa rede facilita a perpetuação da informação e dificulta o seu controle.

Supostamente, o Direito ao Esquecimento auxiliará as pessoas que estão com seus direitos, seja relacionados à privacidade, intimidade ou até dignidade da pessoa humana violados, a buscarem amparo no poder judiciário. Com isso, se intensificará o entendimento nas áreas diversas áreas do direito, quais sejam: Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional, bem como aperfeiçoará o conhecimento de futuros operadores do direito.

Outrossim, questiona-se se as liberdades de informação, de expressão e de imprensa diante da relevância social podem ser limitadas em detrimento do direito à personalidade como a intimidade e privacidade. Nota-se a evidente problematização quanto ao seu impacto no direito à liberdade de expressão, à sua interação com o direito à privacidade e se a criação de um direito a ser esquecido diminui a qualidade da internet e das demais mídias por meio da censura e da reescrita da história, bem como de uma série de preocupações opostas sobre problemas, como por exemplo, sites pornográficos aparecendo nas listagens de mecanismos de pesquisa para o nome de uma pessoa, ou referências a pequenos crimes cometidos há muitos anos.

Em qualquer caso, uma análise desta questão está longe de ser simples. Desde o início, enfrenta-se um conflito entre aqueles que defendem o direito ao anonimato em relação à intimidade, vida privada e reabilitação social e aqueles a favor do direito irrestrito de acesso à informação. Segundo o Desembargador Claudio Godoi:<sup>3</sup> “Por um lado, é desejável proteger a vida privada dos indivíduos e, por outro lado, é necessário garantir que informações de interesse público inquestionável sejam sempre acessíveis gratuitamente”.

O caso Aída Curi, citado no início deste capítulo, por exemplo, marcou uma época, tendo em vista a gravidade do crime praticado e seu forte impacto na sociedade e na história do direito penal brasileiro. Assim, mesmo passados longos anos, a sociedade se manteve informada pela mídia sobre ele. E o questionamento que surge é: Será que o direito suscitado pela família da jovem de se ter o caso esquecido (direito ao esquecimento) deve preponderar sobre o acesso à informação e noticiário por parte da população?

Ressalta-se que o nome da vítima, neste caso, é tratado como “porta voz” de modo que não há como não se lembrar de tal acontecimento sem que se faça menção ao nome Aída Curi, sendo, portanto, elemento principal e inafastável do delito cometido.

Foram as peculiaridades da vítima, por ser mulher, jovem, e ter sido vítima de crime brutal em bairro que representava a boemia carioca que atraem o seu nome ao próprio caso. Seria inviável narrar o crime de forma adequada se a figura da vítima fosse omitida. Em relação à forma como o caso foi tratado, salienta-se que as informações apresentadas no programa televisivo Linha Direta tinham caráter jornalístico e informativo e que o caso não foi exposto de forma apelativa ou sensacionalista.

O STF teve, diante de si, uma oportunidade importante para consolidar a sua jurisprudência de promoção da liberdade de expressão, atentando ao cenário internacional e aos impactos que a sua decisão deixaria sobre os diversos casos que procuram reconhecer um chamado direito ao esquecimento na Internet, o que será evidenciado em capítulo específico.

Atualmente, verifica-se que este direito além de conferido a ex-detentos e aos absolvidos pelo cometimento de um suposto delito, também é aplicado para restringir a divulgação desnecessária de determinado fato pretérito que possa reativar sofrimentos já superados.

---

<sup>3</sup> BRASIL, *Apelação Cível TJSP nº 0006475-29.2011.8.26.0020*. Relator: Desembargador Cláudio Godoy. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/350109830/apelacao-apl-64752920118260020-sp-0006475-2920118260020>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

Observa-se que, de um lado, é notório que a população em geral tem direito a relembrar fatos pretéritos. De outro, deve-se evitar que um indivíduo seja perseguido e lembrado ao longo da vida por um acontecimento ocorrido. Destarte, tem-se que, se há uma grande difusão de uso de dados pessoais, da mesma forma deve haver um direito de impedir que esses dados sejam difundidos de forma irrestrita.

Portanto, nota-se que por meios dos anseios da população, se busca estabelecer novos critérios e direitos a serem observados, de modo que, o direito ao esquecimento se evidencia como um importante fator na sociedade, pela busca de uma razoabilidade a fim de preservar os direitos relacionados à personalidade do agente em questão e o direito de acesso à informação dos demais cidadãos, que teriam interesse direto ou indireto no presente caso, ou ainda, pela questão da notoriedade apresentada diante do ocorrido.

## 2. DIFICULDADE DE SE ESTABELECEM QUAL INTERESSE PREPONDERA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO OU O ACESSO À INFORMAÇÃO

O Direito ao esquecimento não está positivado no ordenamento jurídico, entretanto, se trata de um conceito extremamente importante e cada vez mais relevante nos dias atuais como explicitado no primeiro capítulo desta pesquisa, tendo em vista à ampla difusão de acesso através dos meios de comunicação, principalmente, a internet.

Tal discussão se dá em casos práticos como os já citados, além de: biografia de pessoas públicas em que se demonstram atos considerados desabonadores realizados no passado; preocupações sobre problemas em sites pornográficos de vingança, no qual se verifica o nome de uma pessoa na lista de pesquisa e, por fim, em referências a crimes cometidos no passado, em que já se foi cumprida a pena ou que já esteja prescrita.

Nos países da América bem como em países europeus, as opiniões em relação ao direito ao esquecimento variam demasiadamente. No Brasil, a priori, se vê uma enorme valorização ao direito à liberdade de expressão e, por conseguinte, ao acesso a informação, momento em que surge a grande problematização desses “institutos”.

Recentemente, em março deste ano de 2019, o <sup>4</sup>Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, determinou que fossem excluídas de pena, condenações extintas há mais de cinco anos, o que corrobora, ainda que de forma mínima, com o entendimento de que

---

<sup>4</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *RHC 16894*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19327675/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-16894-sp-2004-0163004-0-stj/relatorio-e-voto-19327677?ref=juris-tabs>> Acesso em: 01 jun. 2019.

deve ser respeitado o direito da personalidade do indivíduo que foi condenado, mas que já cumpriu a sua pena.

Nesse mesmo sentido, a título de exemplo, Roberta Drehmer<sup>5</sup> menciona interessante decisão, de 1983, do Tribunal de última instância de Paris (Mme. Filipachi Cogedipresse), no qual esse direito restou assegurado nos seguintes termos:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

Verifica-se que o direito de ser esquecido é contraposto ao direito de acesso à informação, bem como se mostra ainda, distinto do direito à privacidade, o qual está previsto no<sup>6</sup> art. 5º, inciso X da CRFB/88. Isso porque, este visa proteger uma informação que não era anteriormente conhecida, enquanto, aquele, se trata de informações previamente conhecidas publicamente em um determinado momento.

Se por um lado, é desejável proteger a vida privada dos indivíduos, por outro lado, é necessário garantir que informações de interesse público inquestionável sejam sempre acessíveis. Dessa forma, se conclui pela necessidade de se analisar cada caso concreto, em que deverá o direito de ser esquecido ser razoavelmente equilibrado em relação ao interesse público em ter acesso à informação.

Diante disso, questionam-se inúmeras discussões, em que, se resume, basicamente, em se as liberdades de informação, de expressão e de imprensa diante da relevância social, podem ser limitadas em detrimento do direito à personalidade. Isso porque, alguns fatos notórios podem ser preponderantes para o aprendizado da sociedade como um todo, a fim de que se evitem novos acontecimentos indesejáveis no futuro.

Há evidente problematização quanto ao impacto do direito ao esquecimento no direito à liberdade de expressão, à sua interação com o direito à privacidade e se a criação de

<sup>5</sup> MIRANDA, Roberta Drehmer. *François Ost e a hermenêutica jurídica – um estudo de Contar a Lei*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9093>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>6</sup> 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: X - 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; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

um direito a ser esquecido diminui a qualidade da internet e dos demais meios de comunicação por meio da censura e da reescrita da história.

Em qualquer caso, uma análise desta questão está longe de ser simples. Desde o início, enfrenta-se um conflito entre aqueles que defendem o direito à intimidade, vida privada e reabilitação social e àqueles que são a favor do direito ilimitado de acesso à informação, e, como dito anteriormente, o que se deve fazer é análise pormenorizada de cada caso concreto.

Isso significa dizer que não há uma solução geral para todos os imbróglios que envolvem o tema, na medida em que, isso traria, certamente, enormes prejuízos para os envolvidos na situação.

Conforme se verifica no <sup>7</sup>artigo 93 do Código Penal Brasileiro, o indivíduo tem o direito absoluto de reabilitação e reintegração social. Por outro lado, o acesso à informação é um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro no <sup>8</sup>art. 5º inciso XXXIII, bem como no § 2 do art. 216 da CRFB/88.

Reforça-se ainda a valorização deste último, com o advento da Lei nº 12.527/2011<sup>9</sup>, de modo que, o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas foi estipulado para aplicação aos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo o tema objeto do de regulamentação pelo Decreto nº 7.724/2012<sup>10</sup>.

Esta norma é um marco que consolida a garantia e segurança jurídica que cada cidadão terá em exercer este direito, tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas (empresas), em que se objetiva viabilizar meios de esclarecimentos, informações, acesso a dados, tudo de forma clara, transparente, e sem dúvidas, com pontos essenciais que podem ser elementos de prova através dos dados que virão no documento.

---

<sup>7</sup> Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848\\_L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848_L10406.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>8</sup>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: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei nº 12.527*, de 18 de novembro 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>10</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.724*, de 16 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

Portanto, se nota amplamente a dificuldade de se estabelecer qual interesse prepondera, o que só poderá ser analisado, diante de uma situação concreta. O objetivo deverá ser sempre o equilíbrio entre o direito ao esquecimento e o direito ao acesso a informação, com o fim de se dar a cada caso uma decisão justa e equânime para os envolvidos, o que será analisado em decisões trazidas no próximo capítulo.

### 3. ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A noção de privacidade não é uniforme no tempo. O surgimento de novas concepções de sociedade certamente interfere na definição desse direito. Não se pode buscar, em paradigmas de um passado distante, soluções para controvérsias geradas na sociedade contemporânea.

Os novos meios de coleta, pesquisa e armazenamento de dados fizeram com que se invertesse a lógica do passado. Antes, o esquecimento era a regra, e as recordações eram a exceção. No passado, esquecer era fácil e lembrar era difícil. A sociedade de informação inverteu essa regra.

Se não bastasse a facilidade de acesso à informação propiciada pela internet, assiste-se ainda a mudança de posição das barreiras de tempo e espaço. Hoje os dados são compartilhados mundialmente, em tempo real e, o que é pior, para sempre.

Se no passado a história era escrita por poucos, hoje as informações são geradas por qualquer fator social, e são catalogadas, relacionadas entre si, disponibilizadas ilimitadamente e, principalmente, armazenadas *ad eternum*, muitas vezes sem a plena noção daqueles às quais dizem respeito.

É nítida a tensão existente entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão. Essa questão, apesar de ter sempre existido, se evidencia muito mais intensa nos momentos atuais momento em se nota a presença dos inúmeros meios de comunicação, caracterizados não apenas pela liberdade de todos os cidadãos de expressar ideias e opiniões, mas também na garantia de que tais direitos sejam exercidos livremente.

Nesse sentido, vale trazer a baila alguns dos casos em destaque que ocorreram no Brasil e que foram levados até o judiciário. O primeiro deles a ser analisado é o caso da chacina da Candelária, que foi julgado no Recurso Especial nº 1.334.097/RJ<sup>11</sup>. Nele, o STJ, reconheceu o STJ que, 13 anos depois, permitir nova reportagem acerca dos fatos, com a

---

<sup>11</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.334.097*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>>. Acesso em: 01 jun. 2019.



indicação do nome e imagem do autor da ação, que fora inocentado no processo penal, significaria uma segunda ofensa à sua dignidade.

A referida decisão – acórdão - registra que “restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva”. Embora reconhecendo tratar-se de um fato histórico, nota-se que nada impediria que a história “fosse bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional”, concluindo que essa ponderação de valores seria a melhor solução ao conflito.

No caso tratado acima, o STJ reconheceu que a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas funciona como uma espécie de contenção constitucional à liberdade de imprensa, prevista nos artigos 220 caput e 221 da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>, como se colaciona trecho abaixo:

[...] Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. [...]

Observa-se, portanto, que neste caso prevaleceu o direito do autor em relação à emissora televisiva, fundamentando-se com base no princípio da razoabilidade e trazendo uma decisão extremamente equânime ao caso, uma vez que, realmente, citar o nome do autor para rememorar o fato, em nada contribuía para o interesse público. Ao contrário, só prejudicaria ao autor tal exposição.

Já em 2012, houve o julgamento do caso Xuxa Meneghel contra a Empresa de buscador Google. O Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ)<sup>13</sup> entendeu neste caso que os provedores de pesquisa na internet não estariam obrigados a fazer a filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, muito menos a eliminar do seu

---

<sup>12</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição e Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>13</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.316.921*. Relatora: Ministra Nanci Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>> Acesso em: 01 jun. 2019.

sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido, como se observa em trecho trazido abaixo<sup>14</sup>:

[...] Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. [...]

Desta maneira, ao julgar o caso acima citado, o STJ<sup>15</sup> nos faz concluir em sentido diametralmente oposto ao que se observou no caso da Chacina da Candelária, trazido em momento anterior, ao entender que a garantia da liberdade de informação deveria prevalecer sobre a proteção aos direitos da personalidade, como se colaciona em novo trecho que se segue;

[...] Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. [...]

Por fim, analisando-se um terceiro caso, qual seja o de Gloria Perez, que teve a imagem de sua filha veiculada em programa televisivo referente a um assassinato brutal em que fora vítima, esta requereu compensação por danos morais, também, por entender que tal fato não deveria ser lembrado, e, por conseguinte, deveria ser exercido o direito ao esquecimento.

Neste caso, o Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do REsp nº 1.335.153-RJ<sup>16</sup>, apesar de ser favorável ao direito ao esquecimento, colacionou diversos argumentos

---

<sup>14</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.316.921*. Relatora: Ministra Nanci Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>> Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.335.153*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2019.



contrários à tese. Nesse sentido, entende-se que o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa; o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde a sua ocorrência e; quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público.

Nesse viés, observa-se a dificuldade de se estabelecer o que irá prevalecer em cada caso. Dessa forma, sugere-se a criação de alguns critérios para auxiliar o julgador em sua decisão. Podem ser critérios temporais analisados conjuntamente com a importância de se dar conhecimento ao caso pela sociedade, ou seja, como o fornecimento da notícia impactaria o público. Teria a informação caráter meramente informativo ou educativo? Poderá ajudar a prevenir novos acontecimentos? É necessário veicular o nome do autor do fato? Esses são alguns bons questionamentos a serem observados.

Analisando-se tal matéria no prisma dos direitos da personalidade, vê-se que o direito ao esquecimento teria origem na ideia de privacidade. Contudo, com o surgimento das novas tecnologias, teria se desenvolvido como um direito de personalidade autônomo, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da CRFB/1988<sup>17</sup>. Assim, tem-se que, evidentemente, visa proteger a privacidade do indivíduo, impedindo que sejam eternamente armazenados fatos e informações a seu respeito.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Sob a ótica desse direito devem ser interpretados os demais direitos reconhecidos no país. Os artigos <sup>18</sup>20 e 21 do Código Civil deixam clara a opção pela proteção à privacidade, sendo que este último dispositivo legal, ao

---

<sup>17</sup>Art. 1º, CRFB/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup>Art. 20, CC/02: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais e Art. 21, CC/02: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

reconhecer que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”, permite que o juiz, a requerimento do interessado, adote as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma.

Como expressões no Brasil do direito ao esquecimento, podem ser citados os seguintes dispositivos legais: (i) o artigo 43 da Lei nº 8.078/90<sup>19</sup>, que, ao tratar de bancos de dados e cadastros de consumidores, veda, após o prazo de prescrição da ação de cobrança da dívida, o fornecimento de quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso dos consumidores ao crédito junto aos fornecedores; (ii) os artigos 93 do Código Penal<sup>20</sup> e 748 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>, que tratam da reabilitação dos condenados, prevendo que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

Verifica-se, contemporaneamente, e que os provedores de pesquisa na internet faz com que as pessoas alcancem informações ilimitadas e quase que irrestritas. Tal tarefa não é feita de forma gratuita, uma vez que gera lucros milionários para as empresas que se dedicam a essa atividade. Esses serviços, na verdade, são remunerados de forma indireta e rentável, uma vez que o provedor coleta, trata e armazena tais dados visando sua comercialização ou elaborar os perfis dos usuários para utilizá-los em estratégias de marketing de empresas patrocinadoras.

Isso porque, divulgar informações, imagens e vídeos capazes de constranger e/ou humilhar é a certeza de sucesso na internet. É importante destacar nesse sentido, que, em caso mais recente, o STJ expressamente admitiu que “a atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos”.

O registro da ponderação de princípios feita pelas decisões resta evidenciado com a afirmação de que, no conflito (colisão de princípios) entre a liberdade de imprensa e de expressão e a dignidade da pessoa humana, a melhor atitude deve sempre observar as

---

<sup>19</sup> Art. 43, Lei 8.078/90: O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

<sup>20</sup> Art. 93, CP: A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>21</sup> Art. 748, CPP: A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2019.

particularidades do caso concreto. Outrossim, a dignidade da pessoa humana seria um fundamento da república brasileira, devendo ser considerado de forma superior aos demais princípios.

Assim, em que pese a importância de um registro histórico dos crimes ou acontecimentos passados de grande repercussão social, tem-se que a permissão ampla e irrestrita para que tais acontecimentos sejam retratados indefinidamente no tempo — a pretexto da historicidade do fato — pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Portanto, observa-se que o objetivo fim deverá ser sempre o equilíbrio entre o direito ao esquecimento e o direito ao acesso a informação, com o fim de se dar a cada caso uma decisão justa e equânime para os envolvidos, observando-se, principalmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os demais Direitos da Personalidade, quando, estes, puderem, de alguma forma, se sobrepor em relação ao acesso à informação.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre o direito de qualquer cidadão a ter acesso a informações e, em sentido diametralmente oposto, o direito de um indivíduo ter esquecido algo praticado no passado. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada e à intimidade, ambos postulados normativos derivados da Dignidade Humana, representados na Constituição da República.

De um lado, o interesse público em relação a determinadas situações fáticas ou a determinada pessoa considerada importante para a sociedade; de outro, o interesse dessa pessoa de não ser lembrada por algum ato cometido e que tenha a vontade de não ser lembrada por isso. Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa foi possível chegar à conclusão de que as reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos são desprovidas de uma técnica científica – portanto sistemática, uniforme e cientificamente organizada, a fim de garantir segurança jurídica – para aplicação dos princípios invocados pelas partes.

Na prática, não há possibilidade de estabelecer uma regra a ser seguida nas decisões judiciais, muito menos a ser exigida pela sociedade. O que se pode pensar é na possibilidade de estabelecer critérios a serem adotados tanto em âmbito judicial quanto na sociedade de modo geral. Esses critérios, certamente, variam em cada situação, mas podem ser em relação

ao tempo, tipo de ato cometido ou a importância da pessoa/do acontecimento para a sociedade.

Em relação ao tema, verifica-se que 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. Argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico, especialmente, os princípios, são fundamentais para conferirem legitimidade à decisão judicial em complexos como o que trata o presente trabalho.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que cada pessoa é inviolável em seus direitos e nem o bem-estar social pode superar isso, sob pena de promover injustiças. No entanto, ostentar um discurso divergente não deve ser proibido, pois isso impediria a participação do cidadão na construção de ideias potencialmente benéficas para a sociedade, principalmente, no que tange ao seu direito de acesso às informações, sobretudo às pessoas públicas e informações de cunho social e educativo.

O paradigma da intersubjetividade deve ser valorizado não apenas na Academia, ou como matéria doutrinária, mas também no seio dos Tribunais de diversos níveis, a fim de consagrar em definitivo a complexidade de matérias como essa que foi abordada por este Pesquisador. O magistrado deve saber dialogar com as partes com serenidade e apresentar à sociedade decisões compreensíveis, devidamente fundamentadas e que gerem pacificação do conflito pela eficiência de sua argumentação.

Se o primeiro objetivo fundamental da República Brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão total da expressão dos juízos de valor sobre os fatos sociais, o que obstaria o livre trânsito de ideias que aperfeiçoam a sociedade. Por outro lado, frise-se que não deve ser fomentada a irresponsável agressão aos direitos da personalidade de quem quer que seja.

Portanto, esta pesquisa pretende sustentar, que a atuação de magistrados em casos de difícil solução e de grande repercussão social não pode ser marcada por uma espécie de autismo social, sob pena de agravar substancialmente a natureza de certos conflitos fáticos e ideológicos. Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar a decisão judicial senão sob argumentos fundados no equilíbrio entre os direitos aqui abordados em que se vê na Justiça seu fim maior.



## REFERÊNCIAS

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: 18 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.316.921/RJ*, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012. Acesso em: 15 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.334.097 /RJ*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 04/10/2017, DJe 11/10/2017. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.335.15 /RJ*, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, julgado em 28/05/2013. Acesso em: 01. jun. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Constituição e Código civil: colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, p. 347-390 2005.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. OLIVA. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (RE sp 1.316.921). O direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito das Comunicações*. vol. 7/2014. p. 335 – 355. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Jan-Jun/2014.

GONÇALVES, Luciana Helena. *O direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de urls prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais*. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.





MIRANDA, Roberta Drehmer. *François Ost e a hermenêutica jurídica – um estudo de Contar a Lei*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9093>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 435 p. Direito ao esquecimento.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer. 2015. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> > Acesso em: 02 mai. 2018.

## MATIZES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI: CONTROVÉRSIAS ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pedro Henrique Martins Viana da Silva Cacella

Pós-graduando, *Lato Sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo** – O mecanismo da modulação dos efeitos, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, tem sido objeto frequente de debates jurídicos por todo o país. Neste sentido, observa-se por meio do presente trabalho as controvérsias entre os princípios basilares constitucionais, principalmente, no tocante ao princípio da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes, que, embora em sua essência não sejam princípios diametralmente opostos, muito menos excludentes entre si, eventualmente confrontam-se em matéria de Constitucional, especificamente na ação de inconstitucionalidade. O objetivo do trabalho foi investigar se necessariamente haveria violação do princípio da Separação dos Poderes ou da Segurança Jurídica nas decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a modulação dos efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Estabelece-se, ainda, quais seriam as consequências da regra de nulificação total da norma e da modulação nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade. Para a criação do trabalho se utilizou a análise qualitativa a partir da pesquisa bibliográfica, estudos de caso com jurisprudência e também da própria legislação. O presente artigo cuidou dos conceitos de todos os institutos envolvidos ao tema para além de expor uma visão geral, também tratar didaticamente demonstrando-se as questões mais relevantes em se tratando de modulação de efeitos na ADI. Por fim, sugeriu-se que, na dicotomia entre estes princípios, a aplicação do diálogo da ponderação judicial, como razão de decidir.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nulidade da norma. Regra. Modulação dos Efeitos. Exceção. Separação dos Poderes (art. 2º da CRFB). Segurança Jurídica. Ponderação Judicial. Razão de decidir.

**Sumário** – Introdução. 1. Controle de Constitucionalidade como solução no Direito contemporâneo brasileiro; 2. Modulação dos efeitos como instrumento de mitigação da nulificação da norma; 3. Controvérsias entre o princípio da segurança jurídica e da separação de poderes: antinomia ou conjugação? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intenção de debater sobre o mecanismo da modulação dos efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, ressaltando-se quais as medidas mais se adequariam diante do confronto de antinomia entre o princípio da Segurança Jurídica e da Separação dos Poderes.

Objetiva-se demonstrar de que maneira os magistrados vêm aplicando os institutos, quando se deparam entre o dilema de avançar em função legiferante que não os pertence – agindo, algumas vezes, como se legislador positivo fosse –, em sopesamento com a necessidade de exercício da prestação jurisdicional às questões em que foram instados a se manifestar.

Por obviedade, não se tem a pretensão de expor estudo de casos, até porque o objeto do trabalho não tem este escopo. Porém, de maneira didática, pretende-se abordar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para se expor e entender a aplicação mais adequada do instituto posto sob análise.

Na própria Constituição de 1988 existem diretrizes que fixam a função do Supremo Tribunal Federal de velar pelo texto Constitucional em sentido amplo, cabendo a este órgão o processamento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei, de ato normativo Federal, Estadual, bem como da ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou de ato normativo Federal.

Sabe-se que o texto infraconstitucional prevê regramento que exprime e delimita a modulação dos efeitos ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, levando-se em consideração as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, mediante aprovação por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, onde se fixam limites e, eventualmente, extensões.

Importante observar que, apesar das previsões constitucionais e infraconstitucionais, não há limite material ou hermenêutico no texto, para que se possa julgar as questões colocadas sob análise.

De todo caso, há perguntas que nortearão o debate no artigo: (a) De que modo a Ação Direta de Inconstitucionalidade influi no ordenamento jurídico? (b) De que maneira e como a modulação dos efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade poderia agregar valor ao ordenamento jurídico? (c) Quais os princípios norteadores que podem influir sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e de que forma?

Com intuito de esclarecer o tema, busca-se apresentar o conceito do que seria “modulação dos efeitos” e quais as consequências práticas que para o ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, iniciam-se os capítulos demonstrando a espécie de controle de constitucionalidade tratada no artigo, apresentando o surgimento do instituto, sua compatibilidade no sistema jurídico brasileiro e suas peculiaridades.

Posteriormente, no segundo capítulo, segue-se apresentando o conceito da modulação dos efeitos, bem como demonstrando-se de que maneira a doutrina e a jurisprudência se posicionam sobre o assunto.

Em seguida, no terceiro capítulo, demonstra-se os princípios que norteiam as questões debatidas apresentando o instituto da ponderação de valores quando quando se fixam o posicionamento ao declarem a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Desse modo, observar-se que o artigo foi desenvolvido 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.

Sendo assim, o objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende valer-se 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. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Primeiramente, urge destacar que a Constituição, como lei fundamental do Estado, deve ser preservada como lei superior. Significa dizer que a Constituição pode ser vista sob o prisma da supremacia formal, que está ligada a rigidez da constituição (cujo processo de elaboração é mais dificultoso que o das leis infraconstitucionais), e da supremacia material (sociológica), que está intimamente relacionada ao conteúdo, sobremaneira, de que tratam de assuntos essenciais, como os direitos fundamentais, estrutura do Estado e a organização dos poderes.

Nota-se que para se garantir a supremacia constitucional necessita-se de um mecanismo de controle de constitucionalidade, de modo que sirva para retirar do ordenamento as leis que não se adequem à Constituição.

Sabe-se que o ordenamento jurídico, sob o prisma filosófico, tem a função de existir de maneira harmônica. Porém, a quebra desta harmonia inaugura a necessidade de utilização de mecanismos para corrigir os excessos, sendo o controle de constitucionalidade, um dos principais exemplos para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica.

De forma sucinta, define-se o controle de constitucionalidade como mecanismo de verificação de compatibilidade entre determinado ato normativo e a Constituição. Denote-se que esta verificação, em um conflito de leis com o texto constitucional, partirá da análise de compatibilidade com a Constituição. Este conceito melhor traduz o princípio da supremacia constitucional.

Desse modo, entende-se que qualquer ato contrário à Constituição, em tese, sofrerá de nulidade (absoluta), devendo este ato ser declarado inconstitucional e, ainda, ser retirado do ordenamento jurídico.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, observa-se que se opera das mais variadas formas, seja pelo controle político, seja pelo controle jurisdicional ou misto. No político o controle é exercido por um órgão não jurisdicional. Impende destacar que o Brasil adotou o sistema misto, em que convivem tanto o poder judicial, quanto o político.

Este último ocorre quando o controle de constitucionalidade é realizado pelas comissões especiais das Casas Legislativas v.g. na Comissão de Constituição e Justiça, que são fixas, cujo parecer pela inconstitucionalidade, via de regra, implicará na rejeição e no arquivamento definitivo da proposta legislativa; outra hipótese seria pelo veto presidencial, proferido pelo Executivo, quando o projeto de lei com fundamento em inconstitucionalidade não é aceito pelo chefe do Poder executivo.

No modelo misto de constitucionalidade<sup>1</sup>, aceita-se tanto o controle jurisdicional quanto o controle político, logo, há combinação de ambos os sistemas. Contudo, necessário ressaltar que o escopo do artigo é tratar sobre o controle jurisdicional, portanto, cuidando do poder-dever do Judiciário de afastar a aplicabilidade da legislação nas ações e processos judiciais, que por sua vez também poderão se ramificar em ações de perfil abstrato ou concentrado.

No direito brasileiro, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em verdade, flexibiliza a teoria da nulidade adotada pelos mais importantes constitucionalista (Rui Barbosa, Francisco Luiz da Silva Campos, Alfredo Buzaid, José de Castro Nunes)<sup>2</sup>, assim, pode se dizer que a norma é nula desde a sua edição, logo, incapaz de surtir efeitos.

Admite-se a possibilidade de a norma inconstitucional produzir efeitos e, em atenção a razões de segurança jurídica e de motivos de excepcional interesse social, onde reconhece-se a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela só tenha efeito a partir de então, ou em momento futuro a ser fixado pela Corte, assegurando-se os efeitos produzidos anteriormente.

Estas decisões judiciais que buscam proteger os direitos fundamentais de minorias e necessariamente nestes casos serão, em quaisquer circunstâncias, impopulares. Daí porque o juiz não deve ser eleito e tampouco prestar contas de suas decisões a qualquer tipo de eleitorado.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1114-1115.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 1405.

Este tipo de ação está atrelado ao papel do Judiciário de exercer atividade contramajoritária, cuja a decisão nem sempre poderá agradar a maioria da população, no entanto, deve ser respeitada, porque o intuito é dar o equilíbrio que outras instituições não conseguiram garantir aos necessitados.

Na visão do Ministro Gilmar Mendes extraída de seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>3</sup>, observa-se que a modulação surgiu como uma necessidade de flexibilizar a rigidez do Direito às situações concretas e específicas da vida experimentadas por certos segmentos quando da tomada da decisão judicial.

A título de exemplo, imagine-se a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que promoveu o aumento dos vencimentos de servidores públicos de certa categoria (que perceberam durante meses ou anos).

O que se poderia fazer nesta situação? Condenar todos a devolver o que foi recebido de boa-fé? Ou, interromper o suposto benefício a partir da data da decisão (para o futuro), mas preservando o que foi recebido no passado.

Outro exemplo: o caso em que determinado Município é criado e, depois de anos, sua lei de criação foi declarada inconstitucional. O que fazer? Aqui há incidência de múltiplos eventos da vida civil ocorrendo diariamente, como nascimento, casamento, divórcio e morte.

Além disso, ocorreu a eleição de Prefeito e de Vereadores, atos normativos foram discutidos e publicados, políticas públicas implementadas, o orçamento elaborado e tudo mais do que se necessita para o funcionamento de Município.

Imagine-se a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município cinco ou dez anos depois. O que se poderia fazer? Quais seriam as consequências do reconhecimento de nulidade de todos os atos praticados neste período de vigência?

Nota-se que seria razoável que o efeito de tal declaração de inconstitucionalidade só possa valer do período de declaração da inconstitucionalidade para a frente.

Do contrário, toda a vida civil naquele período teria que ser “auditada” e refeita, com emissão de novos documentos, anulação de atos e enorme confusão sobre direitos e deveres dos cidadãos daquele local.

Neste sentido foi o posicionamento do STF ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães na Bahia. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Município foi efetivamente criado e que assumiu a existência

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.240-7/BA*. Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, p. 307-330. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

de fato como ente federativo, considerando ainda que sua instalação foi dotada de autonomia, não se podendo ignorar o reconhecimento da segurança jurídica em benefício da preservação do Município. Confira-se<sup>4</sup>:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. [...] 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. [...] 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. [...] 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

A modulação está necessariamente ligada à segurança jurídica. É um instrumento colocado à disposição do órgão jurisdicional colegiado para realizar e concretizar o princípio da segurança jurídica.

Em síntese, são casos delicados em que a aplicação do efeito retroativo (*ex tunc*) pura e simples poderia gerar gravíssimas consequências, tanto do ponto de vista fático como também (e especialmente) jurídico.

Para tais situações, a aplicação da modulação dos efeitos é plenamente viável, cabível e até recomendável. Observando estas e outras situações de diferentes áreas jurídicas, verificamos que a modulação dos efeitos pode ser salutar em alguns casos. Em outros, não.

Sendo assim, importante notar que o ordenamento jurídico deve existir de maneira harmoniosa, devendo ser levado em consideração que a quebra dessa harmonia deve deflagrar a necessidade de utilização de mecanismos de correção destinados a restabelece-las, sendo o controle de constitucionalidade um deles.

A Constituição é uma regra fundamental do ordenamento jurídico, que regula o modo de produção das leis e demais atos normativos, impondo inclusive balizamentos a seu conteúdo.

Logo, a contrariedade a esses mandamentos deflagra a necessidade de utilização de mecanismo de controle tal qual o de constitucionalidade.

Dessa forma, observa-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade exerce o papel, fundamental, de reconhecer a nulidade da norma (se procedente), de modo que considera contrária à Constituição toda e qualquer norma ou ato normativo que não guarde compatibilidade com o texto Constitucional.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 2.240-7/BA*. Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, p. 307-330. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em: 08 jun. 2019.



Percebe-se que a ADI influi de maneira positiva, evitando-se que normas ou atos normativos inconstitucionais continuem existindo em confronto à carta magna.

## 2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DA NULIFICAÇÃO DA NORMA

Como regra, o reconhecimento de inconstitucionalidade de determinada norma ou ato normativo, levará a declaração de nulidade operando-se efeito *ex tunc*, de modo que a norma ou ato impugnado seja fulminado desde a sua origem.

Porém, atento ao fato de que a nulificação da norma extirpa todos os efeitos e direitos operados no período de vigência, o legislador, por meio da Lei n.º 9.868<sup>5</sup>, de 10-11-1999, criou mecanismos para mitigar os efeitos, admitindo-se a produção dos efeitos a partir do trânsito em julgado, denominado efeito *ex nunc*.

Outra hipótese seria a possibilidade de operar-se efeitos pro futuro, quando o termo é estabelecido pelo tribunal, usualmente, aplica-se quando se verificam questões de segurança jurídica ou de interesse público.

Imagine-se a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que implementou um auxílio aos servidores públicos de certa categoria e que estes perceberam a remuneração durante meses.

O que fazer caso seja reconhecida a inconstitucionalidade desta norma? Condenar todos a devolver o que foi recebido de boa-fé? Ou, interromper o suposto benefício a partir da data da decisão, para o futuro, mas preservando o que foi recebido no passado?

Em regra, e sob a perspectiva da teoria da nulidade, se houvesse o reconhecimento da nulidade de uma norma, ela deveria ser fulminada desde a sua origem, devendo os beneficiários serem condenados a restituir os valores recebidos, ainda que a título de boa-fé.

Nota-se nos casos de efeitos *ex nunc* e pro futuro, que há uma mitigação das consequências consolidadas por neste período, de modo que as normas inconstitucionais possam produzir efeitos jurídicos através alteração de sua eficácia nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade dos Tribunais.

Neste sentido, a modulação dos efeitos tem previsão legal no art. 27 da Lei n.º 9.868/99<sup>6</sup>, dispondo que:

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei n.º 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Observa-se, portanto, que a edição desta norma trouxe importante mecanismo ao controle de constitucionalidade, permitindo que os efeitos, analisando a segurança jurídica e excepcional interesse social, possam ser manipulados pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Impende destacar que a doutrina clássica defendeu o princípio da nulidade, fundando na antiga lição da Corte norte-americana, sob o argumento de que a decisão de inconstitucionalidade seria declaratória, portanto, reconhecendo a incompatibilidade preexistente da lei ou ato normativo em face da constituição.

Destarte, com base neste posicionamento, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em relação à Constituição tem eficácia retroativa (*ex tunc*), em razão do pretérito vício de nulidade, fulminando os efeitos jurídicos produzidos pela norma inconstitucional.

Assim, segundo este posicionamento, esta norma não poderia ter existência no ordenamento jurídico, sob pena de ofensa ao princípio da supremacia da Constituição.

Com efeito, em razão do princípio da segurança jurídica e de relevante interesse social, nos casos em que se verifique a irreparabilidade na declaração de nulidade, o Supremo poderá, por maioria de dois terços, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex tunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado (*pro futuro*).

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra sobre o Controle de Constitucionalidade<sup>7</sup>, contribuiu de forma ímpar com o ensinamento de que a modulação dos efeitos pode ter como escopo a alteração da jurisprudência que, embora imponha valores positivos, como segurança jurídica, isonomia e eficiência, permite também que qualquer ministro do Supremo Tribunal Federal possa alterar a decisão revertendo a jurisprudência consolidada. Veja-se:

A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia e eficiência. Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de afastar eventualmente o precedente existente, nem tampouco a impossibilidade de alterar a jurisprudência. Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação. Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 282-284.

de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados. Não por outra razão vem o Supremo Tribunal Federal firmando precedentes no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a decisões suas que importam em alteração da jurisprudência dominante.

Embora não se trate especificamente do caso de modulação de efeitos na ADI, observa-se que na AP 937 QO/RJ (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento de 03/05/2018)<sup>8</sup> o foro por prerrogativa de função foi interpretado restritivamente aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele, demonstra-se que, mesmo Ação Penal, há possibilidade de reversão da jurisprudência consolidada.

Lado outro, em se tratando de modulação temporal dos efeitos na ADI, o Supremo Tribunal Federal tem o posicionamento<sup>9</sup> de que, se reconhecido o excepcional interesse social, há necessidade de aplicação da modulação de efeitos, a fim de que se mantenha hígida a situação jurídica ocorrida no lapso temporal de vigência da norma impugnada. *In litteris*:

[...] 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes freqüentaram e freqüentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores.

Digno de nota que o objetivo da modulação foi viabilizar a administração da justiça em casos de extrema dificuldade diante das circunstâncias específicas apresentadas perante a Corte.

Dessa forma, percebe-se que o mecanismo criado pelo legislador trouxe uma resposta eficiente, eficaz e justa, sob o ponto de vista do papel do Judiciário em relação ao jurisdicionado, sobretudo, de conceder a prestação jurisdicional atendido o excepcional interesse social.

Destarte, observa-se que a modulação de efeitos agrega valor ao ordenamento jurídico, porque evita que situações consolidadas no tempo, durante a vigência de uma norma ou ato que fora declarado inconstitucional, possam ser retirados sem que para isso se nulifique todos os atos consolidados naquele período.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 937 QO/RJ. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03/05/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>> Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n° 2501/MG, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/09/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2914938/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2501-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

Denota-se que nestes casos, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem todos os atos praticados pelos aplicadores da norma são considerados inconstitucionais. Entende-se que este tipo seria o mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de que cada aplicador da norma deixe de aplica-la para esperar um posicionamento do Supremo acerca da constitucionalidade.

### 3. CONTROVÉRSIAS ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA SEPARAÇÃO DE PODERES: ANTINOMIA OU CONJUGAÇÃO?

Os princípios são fontes do direito que auxiliam na construção do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, leciona Humberto Ávila<sup>10</sup> que o princípio “estabelece fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito”.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>11</sup>, em seu livro *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, o princípio seria uma das espécies do gênero norma jurídica, a qual ainda tem como espécie a regra.

Ainda sob a perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>, os princípios constitucionais “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.”

Isto explica o porquê o princípio deixa de ser visto como fonte integradora do direito em caso de lacuna de papel subsidiário, conforme art. 4º da LINDB<sup>13</sup>, e passa a ter papel de protagonista no ordenamento jurídico.

Segundo o leciona Alexy<sup>14</sup>, há divisão das normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Neste sentido, pode-se dizer que as regras expressam deveres definitivos e tem sua aplicação com a subsunção. Lado outro, os princípios se traduzem em deveres, cujo conteúdo só se define a partir de ponderação de princípios contraditório entre si.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31-32.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 128.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, e-book.

O doutrinador Alexy<sup>15</sup> complementa sua ponderação sob a afirmação de que os princípios e valores estão intimamente relacionados ensinando que:

De um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.

O princípio da Separação dos Poderes é considerado princípio fundamental da Constituição da República, adotado pela formulação tripartite de Montesquieu, conforme o texto do art. 2º da atual Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

À exceção da Constituição de 1824, que centralizava o poder com o imperador, denominado de Poder Moderador, a Separação dos Poderes vinha sendo reproduzida em todas as Constituições brasileiras.

Neste sentido de tripartição, verifica-se que todos os poderes previstos no artigo segundo da CRFB/88 têm suas competências ou funções definidas pelo texto constitucional, de modo que a regra é a harmonia entre os poderes. E esta harmonia encontra-se umbilicalmente ligada ao sistema de freios e contrapesos – checks and balances –, que tem como escopo evitar a supremacia de um poder sobre o outro, o que significa dizer que nenhum poder é absoluto e que todos convergem para dar equilíbrio entre si.

Ademais, exatamente por esta harmonia vigente é que um Poder pode exercer a limitação sobre o outro. Dessa forma, o princípio da Separação dos Poderes tem a função de dividir as atribuições definidas, impondo um controle recíproco entre os órgãos, conforme leciona o Ministro Barroso, “de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.

A segurança jurídica, por outro lado, é um princípio que está disseminado pelo ordenamento jurídico, e se traduz no instituto que traz segurança às decisões proferidas por todos os entes da federação, configurando instrumento de importância para que não haja

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, e-book.

decisões contraditórias sobre o mesmo tema com as mesmas pessoas, mesma causa de pedir e com o mesmo pedido.

Note-se que este instituto é direito fundamental e sua atribuição valorativa se torna clara partindo da ideia de que a segurança traz previsibilidade e confiança aos cidadãos, de sobremaneira, quando se está tratando de normas válidas e existentes.

A Constituição da República, neste sentido, consagrou por meio de seu art. 5º, XXXVI, o Princípio da Segurança Jurídica como garantia e direito fundamental dispondo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não só a Carta Magna, como a própria jurisprudência<sup>16</sup> demonstram que a matéria é essencialmente constitucional, fundamental e, inclusive, já foi objeto de discussão servindo de parâmetro para ADI.

Observa-se que pela vedação de deliberação sobre o art. 5º, conforme art. 60, §4º, IV da CRFB<sup>17</sup>, não há possibilidade de exclusão da norma por emenda constitucional, já que não se poderia abolir os direitos e garantias individuais.

Contudo, seria ingênuo afirmar que, diante de tantos direitos e garantias previstas na carta política, inexistem conflitos ou colisões de normas constitucionais. Neste tema, é relevante notar que “a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque.”, conforme acentua o Ministro Barroso<sup>18</sup>.

Complementa ainda existem três tipos de colisões, (i) a colisão entre princípios constitucionais, que decorreria do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a constituição.

Há ainda a (ii) colisão entre direitos fundamentais que não deixa de ser uma particularização dos conflitos descritos anteriormente. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto. E, por fim, também se pode citar a (iii) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais que estão voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo.

<sup>16</sup> MENDES; BRANCO. *op. cit.*, 381-382.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373.

De início, pode parecer que as normas constitucionais são contraditórias entre si, porquanto, v. g., não se poderia conciliar sem ponderação o direito à privacidade ou à imagem com o direito à informação ou à liberdade de expressão.

Claramente esta divergência entre os princípios tem origem na vontade do legislador de garantir o máximo de direitos fundamentais, pós-constituições outorgadas que prestigiam o poder do Estado.

Em verdade, buscou-se garantir o verdadeiro estado democrático de direito. Outrossim, havendo conflito de princípios inseridos no texto constitucional, um será aplicado em detrimento do outro, de forma que seja prestigiado o princípio que mais for compatível com a carta magna.

Porém, de que maneira é realizada esta avaliação? Historicamente, observava-se que o raciocínio adotado era a subsunção como padrão na aplicação do Direito, na ideia de que a norma incidia sobre os fatos produzindo o resultado, portanto, aplicando-se a norma ao caso concreto. No entanto, embora seja crucial esta dinâmica no direito, nem sempre será suficiente para dirimir todas as situações que envolvam, por exemplo, colisões de princípios ou de direitos fundamentais<sup>19</sup>.

Como solução o Ministro Barroso ensina que existem três etapas a serem seguidas que auxiliam na solução. A primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Assim, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. E na terceira, a ponderação irá singularizar-se em oposição à subsunção.

Outrossim, os princípios, “por sua natureza e estrutura, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas sem que isso afete sua validade”.

Neste de ponderação, é extremamente relevante ressaltar o papel do Poder Judiciário. Daí surge o ativismo judicial.

Conforme leciona o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>20</sup>, a “ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 377-382.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 446-449.



valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Complementa ainda que “em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Concluí esclarecendo que “normalmente, ele [o ativismo] se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Dessa forma, embora os princípios possam influenciar na tomada de decisão dos magistrado, denota-se que seria legítimo o controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional) e também que seria necessária a aplicação da técnica de ponderação de valores quando houver conflito entre princípios fundamentais, não sendo considerado violação da separação a atividade judicial de dirimir os conflitos, inclusive, nos casos de lacunas do legislador.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas entre o princípio da segurança jurídica e da separação dos poderes nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em que houve a modulação de efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a separação dos poderes e a segurança jurídica, em que de um lado entende-se que seria violação do princípio separação o fato de o Judiciário fixar os efeitos da decisão, atuando como legislador positivo quando o Poder Legislativo tem atribuição legiferante.

De outro lado, ainda há necessidade de intervenção do Judiciário para se evitar que os atos praticados sejam completamente nulificados expurgando tudo que se consolidou em determinado período de vigência da norma, sem qualquer mensuração de prejuízos ou consequências seja realizado.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o Poder Judiciário tem o papel de atuar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em atenção à

ponderação das decisões judiciais, para evitar que o reconhecimento da inconstitucionalidade aplique efeitos irreparáveis em uma situação jurídica consolidada durante determinado período.

Assim, pretende-se demonstrar por meio do artigo que a atividade do magistrado, em casos de grande repercussão, não deve se pautar somente as questões jurídicas, deve levar-se em consideração a repercussão social da questão decidida, exercendo-se também (quando o for o caso) papel contramajoritário, atento à ponderação judicial no momento de decidir.

Dessa forma, ficou evidenciado que, com base nas razões expostas, a proposta do autor consiste na tese de que não existe caminho certo para delimitar quando será necessária a utilização da modulação do efeitos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, porém, pode-se afirmar que este mecanismo é o meio necessário para consolidar a situação fática que se configurou durante o tempo de vigência da lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação e Consensualismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.



LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR  
NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
E SEUS REFLEXOS

Rachel da Trindade Chaves de Melo

Graduada em Direito pela Universidade  
Candido Mendes. Advogada.

**Resumo** – A teoria do desvio produtivo do consumidor é um valor ligado ao dano causado pelo desperdício do tempo produtivo do consumidor para a resolução de um conflito consumerista. Ainda que o dano moral esteja fundamentado na Constituição, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, é tênue a linha divisória entre o que se considera mero aborrecimento ou desconforto experimentado no dia a dia e a efetiva violação a direitos da personalidade que enseje a compensação por danos morais. Portanto, o Judiciário deve observar os casos com cuidado para evitar que o desvio produtivo se perca nos processos em que se vislumbra um “mero aborrecimento”.

**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. Mero aborrecimento. Dano moral. Teoria do desvio produtivo do consumidor.

**Sumário** – Introdução. 1. Principais consequências da não responsabilização dos fornecedores: a indústria do mero aborrecimento. 2. Direito do consumidor ao dano moral decorrente do ilícito praticado. 3. Como diminuir a necessidade de judicialização dos danos causados aos consumidores. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a responsabilidade civil é tradicionalmente abordada a partir de elementos de um dever preexistente e de uma violação, que pode ser culposa em alguns casos, e que estão relacionados com o dano e o nexo de causalidade.

O dano, elemento essencial da responsabilidade civil, é o que fundamenta o dever de reparação ou compensação. Deve-se salientar que o termo abrange diversas espécies de lesão, como dano corporal, dano material, dano moral, danos coletivos, etc. Um dos desafios da ciência jurídica, diante do crescente aumento de situações de dano indenizáveis, é o de fornecer critérios seguros para sua identificação.

É nesse contexto que surge a teoria do desvio produtivo do consumidor, com o intuito de combater o entendimento do mero aborrecimento, a partir do momento em que há uma valorização do tempo perdido independentemente de sua expressão lucrativa ou patrimonial.

Haja vista que para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desaproveitar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências de atividades

como o trabalho, o estudo, o descanso e o lazer, para tentar solucionar esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar.

Assim, o dano pelo tempo perdido ou pelo desvio produtivo do consumidor não ocorre pelo simples fato de se ajuizar uma ação judicial, por exemplo, uma vez que a situação vivenciada pelo consumidor deve extrapolar o simples dissabor, resultante do insucesso negocial, devendo haver uma demonstração de que foi preciso passar por um procedimento exaustivo e demorado para tentar solucionar o problema antes do ajuizamento da ação.

Desta forma, o primeiro capítulo destaca o aparecimento da jurisprudência defensiva processual, que difundiu a ideia da criação de critérios de admissibilidade recursal, que dificultam o julgamento de mérito de recursos direcionados aos tribunais superiores e conter o número de recursos a serem analisados. A sequela foi um impacto negativo no exercício do direito de recorrer, extensão do direito de ação.

O segundo capítulo aborda o que constitui fato jurídico em sentido amplo, que segundo preceitua a melhor doutrina, é toda ação humana lícita, positiva ou negativa, apta a criar, modificar, conservar ou extinguir direitos e obrigações. Explica-se ainda no segundo capítulo, que a responsabilidade civil de consumo se divide em três espécies, são elas: (1) a responsabilidade por vício do produto ou do serviço; (2) a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e (3) a responsabilidade por prática abusiva no mercado de consumo.

No terceiro capítulo são abordadas possíveis soluções para diminuir a necessidade de judicialização dos danos causados aos consumidores, como por exemplo, uma rigorosa fiscalização e punição para as violações de direitos praticadas pelos fornecedores e, especialmente, o fortalecimento da via coletiva de resolução de conflitos, tanto em âmbito administrativo como judicial.

Deste modo, esta pesquisa constatou como problemática principal a questão, que vem ganhando força, do entendimento da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que constitui fato gerador de dano moral indenizável, o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo produtivo, na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor.

Com relação às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do presente artigo, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos, análises 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 da jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

## 1. PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DOS FORNECEDORES: A INDÚSTRIA DO MERO ABORRECIMENTO

O primeiro capítulo destaca o surgimento da jurisprudência defensiva processual, que propagou a criação de critérios de admissibilidade recursal irrazoáveis, visando dificultar o julgamento de mérito de recursos direcionados aos tribunais superiores e controlar o número de recursos a serem apreciados. O resultado foi um impacto negativo no exercício do direito de recorrer, extensão do direito de ação.

Historicamente, foi através da Resolução de número 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>1</sup> que a importância de proteger o consumidor assumiu a condição de princípio universal e direito fundamental do ser humano. A resolução foi criada com o intuito de ajudar os países a alcançar a proteção adequada à sua população como consumidores. Insta salientar que tal resolução foi atualizada somente em 2015, e influenciou legislações consumeristas em todo o mundo.

No ano de 1985 a Comunidade Econômica Europeia (CEE)<sup>2</sup> reconheceu pela primeira vez a responsabilidade objetiva dos fornecedores por danos causados aos consumidores pelos produtos defeituosos, na Diretiva nº 85/374. Posteriormente o Brasil, em sua Carta Magna de 1988, também absorveu a ideia de defesa da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, por meio de seu art. 1º, inciso III<sup>3</sup>.

Nessa esteira, o Brasil estabeleceu a necessidade de proteção da dignidade do consumidor, assim como a possibilidade de sua reparação pelos danos causados pelos fornecedores e seus produtos. Reconheceu-se, assim, a possibilidade de indenização por danos morais, além dos materiais, na esfera consumerista, como instrumento normativo eficaz para prevenir e proteger o consumidor das tentativas de lesão à sua dignidade.

No entanto, com o passar dos anos e com o aumento da judicialização dos conflitos consumeristas, a jurisprudência dos Tribunais passou a adotar uma postura defensiva, com a intenção de evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente abusivas

<sup>1</sup>ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248*. AG Index: A/RES/39/248, 09 de abril de 1985. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/39/248>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

<sup>2</sup>COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE*, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>>. Acesso em 21 ago. 2018.

<sup>3</sup>Art. 1º, CRFB/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

praticadas pelos fornecedores, rejeitando o mérito das ações consumeristas respectivas ou reduzindo o valor das reparações e, assim, desestimulando a propositura de novos processos.

A resposta pode ser encontrada no fato de o Poder Judiciário mostrar-se mais preocupado com a racionalização e a celeridade do processo, e cada vez menos com o julgamento justo e fundamentado dos litígios levados à sua apreciação, desconsiderando as consequências sociais provocadas por essa política. Assim, foi-se criando uma jurisprudência manifestamente desfavorável ao consumidor, reduzindo significativamente o valor das indenizações ou mesmo julgando improcedentes os pedidos.

Importante destacar que não se deve observar o jurisdicionado sob a ótica da otimização dos serviços judiciários, uma vez que em cada processo existe um problema que merece justa apreciação. Desta forma, a massificação de julgamentos comprometidos apenas com o resultado estatístico não afeta apenas aquele jurisdicionado, mas também toda a sociedade. A frenética valorização da celeridade não deve, nem pode, açoiar direitos.

O consumidor passou a ser visto como vilão da justiça, e a lei que o protegeria acabou interpretada ao inverso, em desfavor do consumidor e beneficiando as grandes empresas. Visto isso, gradativamente a justiça vem buscando soluções dinâmicas, alternativas e tecnológicas para melhorar a prestação jurisdicional. Por conseguinte, o Poder Judiciário passou a buscar soluções que não passassem pela justiça, com um discurso de desjudicialização que trouxe à tona antigos institutos do direito, até então não muito usados, como a arbitragem e a mediação.

Nas palavras do ministro do STF Ricardo Lewandowski<sup>4</sup>: “Não é só esse estoque de processos que queremos atacar. Queremos na verdade, com esses procedimentos alternativos de solução de controvérsias, a pacificação do país.”

O STJ vinha entendendo que, nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão<sup>5</sup>, a verificação do dano moral para o consumidor “não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito”, pois nem todo ato em desacordo com o ordenamento jurídico possibilitaria uma indenização por dano moral. Para ele, o importante seria que “o ato seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante”. Por isso, ele afirma ainda que “mero inadimplemento contratual” não se revela bastante para gerar dano moral. Na visão do ministro, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou

<sup>4</sup>CONSULTOR JURÍDICO. *Cabe ao Judiciário promover a pacificação nacional, diz presidente do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/cabe-judiciario-promover-pacificacao-nacional-lewandowski>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>5</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.246*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101136580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 set. 2018.



mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Sobre o assunto, Miguel Barreto<sup>6</sup> afirma que a posição majestática dos julgadores, na maioria das vezes descolada da realidade, não se coaduna com o Poder Judiciário democrático proclamado pela Carta Magna, muito menos com a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, observa-se que os tribunais não têm considerado o caráter pedagógico-punitivo das condenações por danos morais, tampouco observado o aumento no registro de reclamações por falha na prestação dos serviços, optando-se por rechaçar os pleitos ou fixar valores irrisórios de condenações e, portanto, insuficientes para advertir as empresas.

Essa conduta do Judiciário estimula os fornecedores a não investir na melhoria de seus serviços, o que ao longo do tempo acaba gerando um aumento dos problemas e das reclamações, pois o fornecedor não punido preferirá repetir a conduta ofensiva ao ordenamento jurídico e, assim, ensejará a propositura de mais processos.

Visando proteger o consumidor e o seu tempo, surgiu como forma de tentar remediar esses danos causados pelos fornecedores a teoria do desvio produtivo do consumidor, que será mais bem explicada nos próximos capítulos, mas que consiste no reconhecimento e na devida reparação de danos em razão do dispêndio do tempo pelas pessoas na resolução de problemas de consumo.

## 2. DIREITO DO CONSUMIDOR AO DANO MORAL DECORRENTE DO ILÍCITO PRATICADO

No Brasil, nossa Carta Magna tem como um dos seus objetivos proteger os direitos individuais do abuso do poder estatal, com caráter garantista, visando tutelar o direito a: vida, liberdade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, entre outros.

O art. 5º da CRFB/1988<sup>7</sup> visa assegurar àqueles que sofrerem lesão a tais bens jurídicos “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente”. Desta forma, há uma dupla tutela constitucional dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade e do direito à indenização nos casos em que de sua lesão decorra prejuízo.

Assim, vê-se que, com a juridicização dos fatos naturais e humanos e dos bens mais relevantes para a sociedade, o Estado passa a impor a todos, por meio da Constituição e da legislação infraconstitucional, inúmeros deveres de conduta.

---

<sup>6</sup>BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2018. p. 127.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002<sup>8</sup>, em seu art. 186, trouxe a primeira definição legal de “ato ilícito”: pratica ato ilícito alguém que, mediante conduta culposa ou dolosa, infringe direito alheio e lhe ocasiona algum prejuízo. Já o art. 187 contém a segunda definição legal de “ato ilícito”: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” É o abuso de direito.

Insta salientar que todas as relações de consumo podem ser deturpadas pelo abuso de direito, uma vez que a prática abusiva é conduta praticada pelo fornecedor mediante abuso de um direito e portanto ilícita, cujo rol exemplificativo está disposto, entre outros, no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>9</sup>.

Entre as práticas abusivas (gênero) expressamente vedadas pelo CDC<sup>10</sup>, cabe salientar as cláusulas abusivas (espécie) que, conforme o disposto em seu art. 51, I, “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem a renúncia ou disposição de direitos [...]”. E também aquelas que, como prevê o art. 51, IV: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Assim, a responsabilidade civil de consumo se divide em três espécies, são elas: (1) a responsabilidade por vício do produto ou do serviço; (2) a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e (3) a responsabilidade por prática abusiva no mercado de consumo.

Quanto ao dano moral, este tem fundamento tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil, em seu art. 186<sup>11</sup>, segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6, VI<sup>12</sup>, que dispõe, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)<sup>13</sup> já vem adotando a teoria do desvio produtivo do consumidor em suas sentenças como fundamento

<sup>8</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406/compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>9</sup>BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>13</sup>BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *APELAÇÃO 0052604-41.2016.8.19.0205* - Des(a). Edson Aguiar de Vasconcelos - Décima Sétima Câmara Cível - relação de consumo

para o dano moral. Assim, vem igualmente ganhando força o entendimento dessa teoria, já que constitui fato gerador de dano moral indenizável o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor, apenas para então descobrir que somente obterá uma solução pela via judicial.

No que tange ao dano moral, é tênue a linha divisória entre o que se considera mero aborrecimento ou desconforto experimentado no dia a dia e a efetiva ocorrência de violação a direitos da personalidade que enseje a compensação por danos morais. Por conseguinte, para combater injustiças, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar que o dano moral pode decorrer do inadimplemento contratual ou legal, desde que haja lesão a quaisquer dos direitos inerentes à personalidade. Assim, é desnecessário provar a presença de elementos de cunho subjetivo, tais como a dor, o sofrimento e a humilhação.

Com base nesse entendimento do desembargador Mauro Pereira Martins, relator do caso, no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, aceitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Rio de Janeiro de cancelamento da Súmula 75 do TJRJ<sup>14</sup>, conhecida como “súmula do mero aborrecimento”. O enunciado estabelecia 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”.

Na decisão do Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000, Mauro Pereira Martins<sup>15</sup> afirmou que, quando foi editada, em 2005, a Súmula 75 buscava evitar a banalização do dano moral e frear a propositura de “demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros

---

- cobrança indevida - responsabilidade objetiva - adoção da teoria do risco do empreendimento - ônus da prova - inversão ope legis - inércia da instituição ré - dever de indenizar - sentença equivocada, cujos fundamentos apresentam-se dissociados da matéria debatida nos autos - anulação de ofício - causa pronta para julgamento - danos morais configurados - incidência da teoria do desvio produtivo do consumidor. O código consumerista consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na Teoria do Risco do Empreendimento. Os transtornos suportados pela parte autora refogem aos aborrecimentos habituais e corriqueiros, levando-se em conta a falta de pronta solução ao vício do serviço que a fornecedora tem o dever de não causar. Reparação por desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune pelo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por mau fornecedor. Anulação da sentença, de ofício, e procedência dos pedidos autorais. Julgamento: 13/02/2019. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000475860297B8674198E6452D04EEE B6377C5095702425B&USER=>>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>14</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 75*. Disponível em: <[http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos\\_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>15</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000* – Órgão Especial. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B5442C0B58266335A282188E7123BC53C50937340E50&USER=>>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário”. No entanto, a expressão “mero aborrecimento” acabou gerando decisões conflitantes diante de um mesmo fato, apontou o relator. Isso porque cada magistrado tem um entendimento próprio do que pode ser considerado mero dissabor ou não. Esse cenário acabou por gerar violações dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Ademais, a Súmula 75 autorizou que magistrados negassem, sem fundamentação concreta, pedidos de indenização por dano moral simplesmente afirmando que o descumprimento do contrato não é capaz de gerar mais do que mero aborrecimento da vida cotidiana, disse o desembargador. Com isso, a Súmula 75 acabou por legitimar abusos de fornecedores, especialmente das grandes empresas. Conseqüentemente, o número de ações no Judiciário aumentou diante da atitude das companhias.

Para combater as injustiças desse panorama, doutrina e jurisprudência evoluíram para entender que o dano moral pode, sim, decorrer do inadimplemento contratual ou legal, e para isso basta haver lesão a qualquer direito de personalidade, não sendo preciso verificar a presença de violações concretas à honra subjetiva da pessoa. Ou seja, passou-se a defender a teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade, em detrimento da teoria subjetiva, na qual se enquadra o mero aborrecimento tratado pela súmula ora questionada.

O Relator, na decisão do Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000 no TJRJ, citou a teoria do desvio produtivo do consumidor, de autoria do advogado Marcos Dessaune<sup>16</sup>. Essa tese, que vem sendo adotada também pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhece danos morais pelo tempo que o cliente desperdiça para solucionar problemas gerados por maus fornecedores.

Segundo preceituam Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto<sup>17</sup>, o dano moral nada tem a ver com a dor, a mágoa ou o 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.

---

<sup>16</sup>DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>17</sup>BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil/responsabilidade civil em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2014. 3v., p. 332.

De igual forma, o Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF)<sup>18</sup>, referindo-se ao art. 927 do Código Civil, preconiza que o “dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Assim, como os direitos da personalidade estão em constante evolução de forma a acompanhar as transformações da sociedade, nasceram as teorias doutrinárias envolvendo a perda do tempo, como forma de incluí-lo como um dos valores passíveis de proteção jurídica nesse rol, que tem natureza exemplificativa, vez que, contemporaneamente, defrontamo-nos com situações inequívocas de ofensa à livre disposição e uso de nosso tempo livre em favor do interesse econômico ou da mera conveniência comercial de um terceiro. Com efeito, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira<sup>19</sup>.

Dispõe, outrossim, o Enunciado nº 274 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil<sup>20</sup>: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...].”

Desta forma, com o cancelamento do verbete sumular, caberá a cada julgador, diante de cada caso concreto, avaliar e deliberar se o descumprimento, 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.

### 3. COMO DIMINUIR A NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES

A desjudicialização dos conflitos tem sido um tema periodicamente discutido no Poder Judiciário, e desta forma tem ocorrido uma maior busca pelas chamadas “formas alternativas de resolução de conflitos”, que foram elevadas à condição de políticas públicas. Expressivas alterações legislativas materializam essa substituição de modelo, direcionada pelo

---

<sup>18</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 445*, emitido na V Jornada de Direito Civil. 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>19</sup>Op. cit., nota 3.

<sup>20</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 274*, emitido na IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 125/2010<sup>21</sup>, que culminou no Novo Código de Processo Civil<sup>22</sup> e na Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015<sup>23</sup>.

Observa-se, assim, um desejo de reduzir o número de demandas como prioridade, com uma crescente busca por novas formas de resolução de conflitos, diversas da via judicial. Nesse contexto, os litígios derivados de conflitos de consumo surgiram como grandes vilões do abarrotamento de ações judiciais nas varas e nos tribunais brasileiros. O Judiciário vem alegando que não pode continuar a ser a primeira, única e mais rentável forma de solução de conflitos. Sua utilização deve ser por exceção e não por regra, comprovadas sempre, e antes de mais nada, a necessidade e a razoabilidade da utilização da máquina judiciária, que demanda um custo.

Alguns tribunais, porém, têm utilizado o argumento de mediação necessária, anterior à propositura da ação judicial, como pressuposto a ser realizado, e ignoram a real razão do excesso de demandas relacionadas a conflitos de consumo. O alegado demandismo desenfreado não é a causa do problema, mas, sim, sintoma de um mercado de consumo doente. A opção pela via judicial como forma de ver respeitados direitos garantidos pela Constituição Federal e por vasta legislação não é o capricho de um consumidor mimado, mas o último grito de esperança de um ser humano constantemente desrespeitado pelo “sistema”.

O pretexto da demasia de ações judiciais em Direito do Consumidor no Brasil não habita, pois, na atitude combativa do consumidor, mas no completo fracasso dos fornecedores em cumprir as leis e em proporcionar aos seus compradores um atendimento honesto.

Na via privada, como meios de resolução de conflitos, existem atualmente três alternativas distintas e não excludentes entre si. A primeira é a utilização dos canais de atendimento oferecidos pelos próprios fornecedores. A incidência da cláusula geral da boa-fé, presente em nosso ordenamento jurídico, impõe ao fornecedor o dever de atendimento adequado e eficiente no pós-venda, de modo a acolher dúvidas e reclamações dos seus clientes, bem como indicar a possível solução. Tais canais atuam ainda com grandes deficiências no Brasil. Com um sistema cada vez mais automatizado e despersonalizado, o consumidor enfrenta inúmeras barreiras para ser efetivamente escutado nas centrais telefônicas e chats on-line. A criação das obrigatórias ouvidorias não trouxe melhora para essa

---

<sup>21</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>22</sup>BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>23</sup>BRASIL. *Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.



situação; ao contrário, somente aumentou as instâncias da verdadeira *via crucis* que os consumidores enfrentam para terem suas reclamações atendidas.

Como uma segunda forma de solução de conflitos, há a mediação e a conciliação privadas, que também podem ser utilizadas para resolver conflitos interpessoais. Nesse contexto estão inseridas as câmaras privadas, ou a escolha conjunta de um mediador ou conciliador privado. Ainda que se trate de uma via possível em tese, na prática ela esbarra no inafastável desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, caracterizado na vulnerabilidade do primeiro, que inviabilizaria uma escolha isenta e consciente. Entende-se que o sistema brasileiro ainda não avançou o suficiente para que essa opção se apresente como verdadeiramente razoável.

Outra forma de solução privada de conflitos interpessoais de consumo é o uso de plataformas on-line de negociação. Tais plataformas podem ser mantidas pelos próprios fornecedores (o que não é nada desejável, pois acarreta grande prejuízo de neutralidade das eventuais decisões apresentadas) ou por terceiros, como é o caso dos sites “Reclame Aqui” ou “Mercado Livre”. Ademais, as redes sociais também são bastante utilizadas pelos consumidores, tendo em vista a ampla e imediata divulgação da reclamação, que causa verdadeiro desconforto e, eventualmente, prejuízo à imagem ou marca do fornecedor, mas nesse caso não se trata de uma plataforma construída especificamente para a finalidade de resolução de conflitos.

Na via administrativa, há também plataformas públicas, tais como a “consumidor.gov.br”, que tem a vantagem da neutralidade e a possibilidade de construção de dados estatísticos públicos a respeito das espécies de reclamações e participação dos fornecedores. Mas a plataforma só faz conectar consumidor e fornecedor, que ainda negociam diretamente, mesmo que de maneira virtual, no “espaço” público.

Não obstante seja uma opção muito prática, cujo uso é bastante desejável, a alternativa mais comum na via administrativa ainda é a utilização dos Procons, entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e que exercem um papel fundamental na defesa do vulnerável. Vale mencionar aqui que muitos Procons no Brasil já disponibilizam atendimento virtual, o que também para muitos consumidores é bastante prático e benéfico. Além disso, há casos também de implantação de mediação e conciliação nos Procons. Atualmente, o Provimento 67/2018 do CNJ<sup>24</sup>, que permite ainda que a mediação

---

<sup>24</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n° 67/2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 10 jun. 2019.



ou conciliação sejam realizadas nos Cartórios de Notas ou Registros, o que ainda está em fase de implementação, mas pode se tornar mais uma opção de solução de conflitos de consumo.

Por fim, há a via judicial, onde a mediação e a conciliação têm sido amplamente utilizadas como forma de reduzir o excesso de litígios. Nesses casos, tais procedimentos são feitos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) de cada foro, comarca ou tribunal e podem ser pré-processuais, ou seja, antes da instauração de processo litigioso, ou a qualquer tempo no decorrer do processo, que permanecerá suspenso até que se encerre a via consensual, com ou sem acordo. E há ainda a tradicional via litigiosa, tanto nos Juizados Especiais como na Justiça Comum, a qual, no entanto, é que se busca reduzir com a criação das demais vias de solução.

A verdadeira doença do mercado de consumo massificado é a sua desumanização e, no caso brasileiro, a constante, massiva, ininterrupta, violenta e implacável violação do direito fundamental à proteção do consumidor vulnerável. Vê-se isso com frequência no uso de cláusulas abusivas, cobranças indevidas, publicidade enganosa, desinformação, violação de privacidade, práticas desleais, renovações automáticas de contratos, inviabilidade de cancelamentos, não cumprimento de oferta, desrespeito aos prazos de entrega de produtos, entre outros.

Vislumbra-se que são inúmeras as formas habituais de violação dos direitos dos consumidores brasileiros, que já não confiam mais no fornecedor, o qual sistematicamente nega atendimento às suas demandas. Por esse motivo peca o Judiciário ao pretender reduzir as demandas judiciais, diminuindo ainda mais os direitos do cidadão, condicionando o acesso à Justiça às mediações. Transferir o conflito da via judicial para a via extrajudicial não resolve o problema dos conflitos de consumo no Brasil. O que realmente poderia trazer soluções seria uma rigorosa fiscalização e punição para as violações de direitos praticadas pelos fornecedores e, sobretudo, o fortalecimento da via coletiva de resolução de conflitos, tanto em âmbito administrativo como judicial.

Por todo o exposto, não se pode condicionar, no âmbito processual, o interesse de agir ao uso de um determinado método extrajudicial. O interesse de agir nasce da pretensão resistida e, no caso dos conflitos de consumo, toda ação judicial certamente é precedida de uma negociação direta frustrada, suficiente para legitimar a demanda.

Esta pesquisa constatou como problemática principal a questão, que vem ganhando força, do entendimento da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que constitui fato gerador de dano moral indenizável o fato de o consumidor ser exposto à perda de tempo produtivo na tentativa de solucionar amigavelmente um problema de responsabilidade do fornecedor.

O debate se materializa por não ser uníssona a jurisprudência e tampouco a doutrina. Prova disso é o desenvolvimento de uma jurisprudência manifestamente desfavorável ao consumidor, seja reduzindo consideravelmente o valor das indenizações ou mesmo julgando improcedentes os pedidos.

De acordo com os estudos realizados no decorrer do trabalho, foi possível concluir que, com o passar dos anos e o aumento da judicialização dos conflitos consumeristas, a jurisprudência dos Tribunais passou a adotar uma postura defensiva com a intenção de evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente abusivas praticadas pelos fornecedores, rejeitando o mérito das ações consumeristas respectivas ou reduzindo o valor das reparações e, assim, desestimulando a propositura de novos processos.

Traçando-se uma linha de raciocínio acerca da visão sobre o consumidor, percebe-se que este passou a ser considerado o vilão da relação de consumo, e a lei que deveria protegê-lo acabou interpretada ao inverso, em desfavor do consumidor e beneficiando as grandes empresas. Sendo assim, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se no nítido distanciamento do Poder Judiciário das funções a ele conferidas pela nossa Constituição democrática, entre as quais a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, observa-se no segundo capítulo deste artigo que a Constituição Federal tem como um dos seus objetivos proteger os direitos individuais do abuso do poder estatal, com caráter garantista, visando tutelar o direito a: vida, liberdade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, entre outros. Entretanto, ficou claro para este pesquisador a tendência da jurisprudência de tentar reduzir as demandas judiciais não por meio de fiscalização e punição às violações de direitos praticadas pelos fornecedores, mas sim pela restrição do acesso do cidadão à Justiça, acarretando uma inevitável fragilização ainda maior de seus direitos individuais.

Conclui-se, portanto, que a persistência na obrigatoriedade da via extrajudicial prévia não só está afastando a atenção da verdadeira causa do excesso de demandas, que é a sistemática violação de direitos, como também, e sobretudo, mantendo em segundo plano as

efetivas soluções para o problema, que fundamentalmente incidem no rigorismo na inspeção das ações violadoras e no tratamento coletivo das demandas.

Sob uma perspectiva mais favorável, cabe enfatizar que os consumidores obtiveram, em dezembro de 2018, uma decisão do TJRJ no sentido do cancelamento do verbete sumular 75 deste Tribunal, que ficou conhecida como “súmula do mero aborrecimento”. Constatou-se, com isso, a existência de uma gradual e lenta retomada de uma visão mais humanista, uma tentativa da OAB de fazer valer os direitos do consumidor, defendendo a adoção da teoria do desvio produtivo do consumidor para o ensejo do dano moral.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Resolução 39/248*. AG Index: A/RES/39/248, 09 de abril de 1985. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/39/248>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BARRETO, Miguel. *A indústria do mero aborrecimento*. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil/responsabilidade civil em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 445*, V Jornada de Direito Civil. 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 274*, IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67/2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.



\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.246*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101136580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000* – Órgão Especial. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B5442C0B58266335A282188E7123BC53C50937340E50&USER=>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 75*. Disponível em: <[http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos\\_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&servidor=1&iBanner=&iIdioma=0)>. Acesso em: 10 jun. 2019

CONSULTOR JURÍDICO. *Cabe ao Judiciário promover a pacificação nacional, diz presidente do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/cabe-judiciario-promover-pacificacao-nacionallewandowski>>. Acesso em: 24 set. 2018.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE*, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>>. Acesso em 21 ago. 2018.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

## O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO AUTÔNOMO DA PERSONALIDADE E SEU CONFLITO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

Rafael Rodrigues de Souza Ribeiro

Graduado em Direito pela Universidade  
Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – o trabalho enfoca a temática da forma em que veículos de comunicação, como jornais, e sítios eletrônicos, podem ser responsabilizados civilmente quando se verifica a violação ao direito individual ao esquecimento, por ser ele prevalente em uma ponderação em face do direito à informação. Por haver conflito a dois direitos fundamentais, embora aquele seja recente comparado a este, ainda assim é direito fundamental decorrente da dignidade humana e como desdobramento do direito à imagem, o que justifica uma análise de quando se ensejaria a responsabilização por danos daqueles que veiculam informações não mais relevantes à sociedade sobre o indivíduo, informações danosas a direito individual.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito ao Esquecimento. Liberdade de Expressão e Informação. Responsabilidade civil. Meios de comunicação.

**Sumário** – Introdução. 1. 1. Direito ao esquecimento, sua delimitação e o conflito com o direito à informação e à liberdade de expressão. 2. Violações ao direito ao esquecimento pelos meios de comunicação: uma análise do caso concreto da chacina da Candelária e o programa televisivo Linha Direta. 3. Responsabilização civil por violações ao direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por escopo a possibilidade de responsabilização cível de veículos de comunicação, tanto físicos quanto virtuais, que violem o direito ao esquecimento de ex-condenados por decisões condenatórias criminais, especialmente aqueles cuja pena já tenha sido extinta.

Pretende-se demonstrar, no presente trabalho, o quão danosa para a dignidade humana pode ser a exposição da vida pregressa de indivíduos que já pagaram suas dívidas para com a justiça criminal e ainda se veem privados do pleno exercício de sua personalidade em sociedade, uma vez que a constante lembrança de seu crime, trazido à tona pela mídia, macula tanto sua honra subjetiva, quanto traz dificuldades para sua vida em sociedade ante o notório preconceito contra ex-presidiários, que encontram resistência ao tentar, por exemplo, conseguir um novo trabalho.

Questiona-se na presente pesquisa até que ponto o exercício do direito à informação e à liberdade de expressão, entabulados expressamente como direitos fundamentais na Constituição da República, devem prevalecer face a esse novo direito, que também deve ser



considerado fundamental, uma vez que decorrente da dignidade humana, que é fundamento da República. Pondera-se sobre o momento em que aqueles passam a ser exercidos de forma abusiva em relação a este, por obstaculizar injustamente a reestruturação da vida do sujeito de direito após sua dívida para com a sociedade estar paga, o que geraria uma responsabilidade daquelea que propagam informações a respeito dele.

Dessa forma, pretende-se deduzir que de uma violação ao direito deduzido da violação a essa faceta do direito de personalidade, decorrente da dignidade humana, cabe responsabilização cível específica para compensar dano moral e, potencialmente, material, causado ao titular do direito.

Tendo em vista a complexa natureza dos direitos em jogo, e para esclarecimento da questão, consiste o primeiro capítulo no destrinçamento do direito ao esquecimento, e seu conflito com os direitos constitucionais da liberdade de expressão e o direito à informação. Objetiva-se a delimitação do que consiste esse novo direito, como consectário da dignidade humana, em que situações e limites pode ser exercido, em especial no que tange aos apenados pelo ordenamento jurídico.

No segundo capítulo são analisados precedentes judiciais das cortes superiores que ensejaram no ordenamento jurídico o reconhecimento e a aplicação desse direito, gerando responsabilidade civil de veículos que abusaram de seu direito à liberdade de expressão, e propagaram informações de índole difamatória à ex-condenados criminais. É dado destaque ao notório caso conhecido como a Chacina da Candelária.

Finalmente, no terceiro capítulo, reflete-se sobre a natureza do dano causado, sua adequação no ordenamento jurídico pátrio e reflexões de cunho legislativo para melhor tratamento da matéria, visando a que esse direito seja expressamente reconhecido pela Consituição, e formas de garantia do mesmo em face às violações promovidas por quem não o observe, e sanções específicas para a tutela desse bem jurídico.

Para a realização dos objetivos da presente pesquisa, pretende-se eleger proposições hipotéticas levantadas por meio de levantamento de doutrina especializada no tema, além da análise da legislação vigente e jurisprudência dos tribunais superiores que ventilaram o tema, sob um viés hipotético-dedutivo, e que requer uma análise qualitativa das fontes eleitas.

## 1. DIREITO AO ESQUECIMENTO, SUA DELIMITAÇÃO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A condenação penal de uma pessoa implica em diversas limitações, não só a seu direito de ir e vir, ou uma punição patrimonial, ou de cunho de restrição de comparecer a determinados lugares, mas também limitações implícitas, extrapenais, não impostas pelo juiz, mas condenações sociais.

O condenado criminal, em especial o preso, torna-se um párea, não raro encontrando dificuldade de conseguir a ressocialização, que seria um dos objetivos da reprimenda estatal, seja pelas sequelas que o encarceramento traz, que potencialmente leva a uma propensão a delinquir novamente, seja pela dificuldade de reestruturação da vida do ex-preso de conseguir um emprego, por exemplo.

Com o advento da Internet, a propagação de informações tornou-se extremamente facilitada, o que traz benefícios tremendos para a sociedade como um todo, em seu direito à informação, mas ao mesmo tempo, traz um suplício igualmente grande a indivíduos que veem informações sobre si eternalizadas em sítios da internet, facilmente encontrados por ferramentas de busca *online*. De certa forma, a pena que foi cumprida no cárcere, torna-se perpétua fora dele, o que violaria frontalmente a personalidade do indivíduo, já que para André Costa, citado por Pablo Martinez<sup>1</sup>, sustentam ser inviável um desprendimento de eventos pretéritos na rede, mesmo que não tenham mais atualidade:

[...] a representação digital – que, em muitos casos, possui maior preponderância que a identidade real – irá sempre vincular os indivíduos às suas ações pregressas, de tal sorte que será praticamente impossível se desvencilhar delas. Essa representação digital, além disso, é julgada não só por aqueles que estiveram presentes no momento em que as informações foram produzidas, mas também por todos que tiverem acesso a elas, sem que, nesse caso, seja explicado seu contexto, acarretando, conseqüentemente, o empobrecimento dos julgados realizados na rede.

Pode-se perceber, dessa forma, a emersão de um novo direito de personalidade, o Direito ao Esquecimento, decorrente do direito à imagem e da honra, e ultimamente como consectário da dignidade humana, fonte primeira de todos os direitos fundamentais por ser ela fundamento da República Federativa do Brasil<sup>2</sup>, merecendo tratamento autônomo e, por isso, deve ser conceituado e destacado desses outros direitos antes de se apresentar o conflito dele

<sup>1</sup>COSTA apud MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento*. A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 57

<sup>2</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 12 set. 2018.



com outros direitos de igual magnitude, em destaque o direito à liberdade de informação e à informação.

Não é escopo do presente artigo dissecar o que é dignidade humana e como ela fundamenta os direitos da personalidade, pois é tema demasiado extenso para o presente. Dessa forma, adota-se a concepção de que a dignidade humana expressa um valor, um axioma basilar que irradia por todo o ordenamento jurídico e o fundamenta<sup>3</sup>, sendo a justificativa última para os direitos em jogo. Ela é a base para a proteção da pessoa, sendo essa considerada em um Estado Democrático de Direito como um fim em si mesmo.

Dessa forma, apresenta-se um conceito de direito ao esquecimento por Pablo Dominguez Martinez<sup>4</sup>: “a limitação temporal para a utilização de dados pretéritos, em função da falta de utilidade e atualidade de uma informação.”

Desse conceito, deve-se esclarecer que as informações pretéritas em jogo estão diretamente ligadas à memória individual de uma pessoa. Constitui parte tamanha da honra e da imagem do indivíduo o direito de ser lembrado de forma digna, que merece autonomia o direito à limitação da veiculação de informações que possam vir a trazer sofrimento pessoal, em especial considerando a falta de relevância de tais informações para a sociedade como um todo.

O Superior Tribunal de Justiça, em emblemático julgado referente à exposição por programa de televisão por réu da infame Chacina da Candelária<sup>5</sup>, caso que será debatido em capítulo posterior, estabeleceu que o direito ao esquecimento é “direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Entretanto, como debatido e depurado em enunciado pelo Conselho da Justiça Federal, o direito ao esquecimento advém de situações em que houve uma condenação criminal, e faz parte do direito ao ex-condenado a ser ressocializado.<sup>6</sup> É importante destacar que não se nega os fatos criminosos ou que o ex-condenado terá direito a reescrever sua história, mas sim uma reafirmação de que se limita o direito de divulgar informações a seu respeito sem necessidade, por sua falta de atualidade e relevância, a fim de permitir uma vida normal ao ex-detento.

---

<sup>3</sup> MARTINEZ, op. cit., p. 12.

<sup>4</sup> Ibid., p. 6.

<sup>5</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num\\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF) Acesso em: 10 set. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL, Conselho da Justiça Federal, *Enunciado nº 531*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Em direto conflito com o direito ao esquecimento, apresentam-se o direito à liberdade de expressão e à informação. Tais direitos expressamente fundamentais pela Constituição Brasileira<sup>7</sup> o são por sua essencialidade por expressarem valores ínsitos à democracia. Por meio de tais direitos, rejeita-se a censura e pretensões de controle de acesso à informação tão comuns em regimes ditatoriais.

Pode-se formular como conceito de liberdade de expressão ou pensamento “na atividade intelectual através da qual o homem exerce uma faculdade de espírito, que lhe permite conceber, raciocinar ou interferir com o objeto eventual, exteriorizando suas conclusões mediante uma ação.”<sup>8</sup>

Como consequência natural, e elencada conjuntamente coma liberdade de expressão na Constituição Brasileira, em seu art. 220<sup>9</sup>, o direito à informação pode ser caracterizado em dois vieses, o direito de informar e o de ser informado, e constitui um direito individual mas de forte caráter coletivo<sup>10</sup>, principalmente devido às transformações dos veículos de comunicação e à massificação e difusão de informações, especialmente com o advento da *Internet*.

Postos os direitos em questão, deve-se questionar: qual deve prevalecer? A pergunta não é de simples solução, e nem todos os casos terão a mesma resposta, uma vez que por se tratar de, fundamentalmente, questão principiológica, em que se deve aplicar a ponderação de qual princípio que baseia tal direito fundamental prevalecerá sobre o que o contrapõe. Conforme Luís Roberto Barroso, por serem comandos de otimização, os princípios pretendem ser realizados da maneira mais ampla possível, não sendo anulados por outro, como acontece com as regras<sup>11</sup>, mas apenas mitigados em favor daquele que, proporcionalmente, garante a menor violação à dignidade humana, maximizando certo direito, que em situação fática diferente pode ser aquele preterido em relação a esse. Dessa forma, deve ser esse o enfoque da análise dos direitos em questão, e demonstra-se, conforme a decisão trazida à baila do Superior Tribunal de Justiça, que podem se estabelecer critérios para aferição da violação ou não do direito ao esquecimento por abuso do direito à liberdade de expressão e de informação

Superado a delimitação do conflito principiológico dos direitos em jogo, passa-se a análise específica dos casos que a esse artigo foca. Em como a exposição midiática de ex-condenados criminais era violação do direito ao esquecimento desses indivíduos e que,

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 2

<sup>8</sup> JABUR apud GODOY, Cláudio Luiz. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 2

<sup>10</sup> GODOY, op. cit., p. 51.

<sup>11</sup> BARROSO apud ibid. p. 60

consequentemente, gera a possibilidade de responsabilização civil dos veículos de comunicação que abusam de seus direitos.

## 2. VIOLAÇÕES AO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO: UMA ANÁLISE DO CASO CONCRETO DA CHACINA DA CANDELÁRIA E O PROGRAMA TELEVISIVO LINHA DIRETA

Passa-se análise do caso paradigma a este trabalho, qual seja, a Chacina da Candelária, que deu ensejo, anos depois, à exposição por forma do programa Linha Direta<sup>12</sup>, transmitido pela Rede Globo<sup>13</sup>, do nome e imagem de um indivíduo, Jurandir Gomes de França que fora indiciado, preso, mas inocentado depois de três anos de cárcere pela prática dos crimes do episódio supracitado.

Nota-se que de fato, o programa televisivo informa que Jurandir fora inocentado, por não ter envolvimento com os fatos, porém para o cidadão comum, o mero envolvimento no caso, foi suficiente para considerar o ex-réu como “chacinador”, suspeita essa que perseguiu Jurandir uma vez que o programa conclui que outros responsáveis pelo ocorrido estariam soltos.

Sentindo que teve seu direito ao esquecimento violado, Jurandir propôs ação de cunho reparatório contra a emissora. Em primeira instância teve seu pedido negado. Apelou então, obtendo acórdão favorável a seu pleito compensatório. Recorreu especialmente então a Rede Globo. Conforme decisão de Recurso Especial interposto pela Rede Globo ao STJ, decidiu-se que a retratação do recorrido e divulgação de seu nome, constituíram dados dispensáveis a produção da boa matéria jornalística<sup>14</sup> e, consequentemente, não violação do direito fundamental de liberdade de expressão e acesso à informação.

---

<sup>12</sup> GLOBO. *Linha Direta Justiça: A Chacina da Candelária* (1993)

Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm> e <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-230928,00.html> Acesso em: 28 de jan. 2019

<sup>13</sup> Linha Direta foi um programa televisivo da emissora Rede Globo, transmitido de 1999 a 2007 que retratava, inclusive com dramatizações, crimes graves que não haviam sido esclarecidos ou que os acusados encontravam-se foragidos. No caso em tela, a Chacina da Candelária fez parte de uma série especial do programa, chamada Linha Direta Justiça, que retratava casos policiais históricos, de grande repercussão midiática à época e que já haviam sido como esclarecidos.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit. nota 5

Diferentemente de outros casos envolvendo conflito de liberdade de imprensa e direitos da personalidade, em que envolviam ilicitude da publicação por conter conteúdo difamatório ou inverídico, além de contemporaneidade da matéria, o presente caso apresentou justamente situações opostas, publicação a princípio lícitas, já que nenhuma imputação negativa foi feita diretamente ao recorrido, os fatos por certo foram tidos como verdadeiros, mas a matéria não era contemporânea, tratando de um caso que ocorrera há mais de dez anos antes da exibição do programa.

Não se discute a veracidade ou não dos fatos, tendo a imprensa direito e dever de relatar fatos conforme a verdade, mas isso transmuda-se em abuso de direito quando os esses são usados para expor desnecessariamente a vida alheia, com consequências graves a essa.

Dentre violações que foram cometidas aos direitos de personalidade do antigo réu, Jurandir, podem ser enumerados que dados declinados na matéria relativa ao antigo réu não foram consentidos, violação a seu anonimato, direito de permanecer em paz, intimidade, e violação de buscar sua felicidade, uma vez que teve que sair da comunidade em que vivia pois ele e sua família recebiam ameaças de morte, ficou com imagem de “chacinador”. Ainda evidencia-se uma forma violação a bens jurídicos morais, especificamente a sua reputação<sup>15</sup>, já que Jurandir relatou dificuldade de obter emprego por conta da explanação de seu nome e foto.

Atrai com muito mais força o direito ao esquecimento ao caso em tela uma vez que conforme ensina Gilmar Mendes<sup>16</sup>:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é um tanto mais verdade, com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Se essa é a lição exarada com fins de aplicar esse importante direito a ex-condenados criminais, com mais razão ainda é sua aplicação a o caso de Jurandir, que foi injustamente preso por três anos.

Cabe esclarecer sobre o conflito aparente entre o interesse privado do veículo de informação que visa ao lucro, e o direito público dos destinatários da notícia de serem

---

<sup>15</sup> MELLO, Cleyson; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 298.

<sup>16</sup> MENDES; COELHO; BRANCO apud *ibid.* p. 374



informados, ambos contestados pelo direito ao esquecimento, associado ao direito de intimidade.<sup>17</sup>

Por certo, é inegável que no conflito entre dois direito públicos fundamentais não há resposta pronta para solução do conflito, porém se um deles é utilizado também com o fim da busca do lucro, interesse legítimo, porém privado, e outro apenas é protetivo de uma pessoa vulnerável, este deve prevalecer, sendo correto o afastamento do direito do veículo em sua liberdade de informação no caso, tendo em vista que, na realidade, ele sequer foi violado, pois os elementos essenciais à reprodução do lamentável episódio de violência, não foram prejudicados pela omissão das inormações do antigo réu, absolvido, que teve suas informações expostas.

De outro lado, quando há o conflito entre dois direitos públicos fundamentais, a questão torna-se mais delicada, e deve-se adotar uma ponderação principiológica casuística a fim de sopesar qual o direito fundamental deve prevalecer. Por certo, entretanto, que ao se perspassar pela argumentação de que o direito de acesso à informação da sociedade como um todo não seria violado pela ausência de dados de pessoa que sequer foi condenada pelos bárbaros crimes cometidos, argumenta-se que não haveria violação àquele direito e ao direito do povo a sua história. A chacina da Candelária é inegavelmente fato histórico<sup>18</sup>, porém não a identidade de uma pessoa inocente que infelizmente foi carreada às entranhas do processo criminal com os verdadeiros culpados.

O STJ, em julgado diverso<sup>19</sup>, estabeleceu critérios balizadores à liberdade à imprensa, que nortearam também a decisão sobre o caso do presente artigo:

Bem por isso esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)"

Pode se observar, com as ressalvas já apontadas sob a historicidade de um fato, que à liberdade de imprensa, conforme o item II do referido julgado, encontra limites nos próprios direitos da personalidade, que, embora sejam tão fundamentais quanto aquele direito, possuem

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit. nota 5

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 801.109.DF*. Relator: Ministro Raul Araújo. Dispo nível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22264206&num\\_registro=200501951627&data=20130312&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22264206&num_registro=200501951627&data=20130312&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 28 jan. 2019.

sua matriz constitucional ainda mais pujante, visto que são fundamentos da República, postulados da dignidade da pessoa humana. Não se fala expressamente do direito ao esquecimento, porém como esse é consectário dos demais, não é forçoso concluir por sua inclusão nesse rol.

Desse modo, devem-se afastar alegações de que a não houve ofensa ao autor da ação, uma vez que o programa retratou fato pertencente ao acervo histórico do povo, e que seria fato de relevante interesse público, porque Jurandir não era pública, então, sua imagem não constitui novidade jornalística, o que acarreta na violação ao art. 5º, inciso X da Constituição da República.<sup>20</sup>

Sendo assim, também deve-se rejeitar o argumento de que as informações a respeito de Jurandir fazem parte do acervo histórico do povo, fatos de relevante interesse público. A simples relação de pessoa a fato histórico não é suficiente a mitigar seu direito à intimidade.<sup>21</sup>

Com razão entretanto, deve-se adotar o entendimento do relator do caso, Ministro Luís Felipe Salomão, citando Gilmar Mendes, ao afirmar que Interesse Público não é sinônimo de interesse do público<sup>22</sup>, uma vez que as notícias só se revestem daquele quando tem aptidão a gerar impactos na saúde e segurança pública, ou para prevenção de que seja escamoteado por aqueles pretendem ter sua confiança.

### 3. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR VIOLAÇÕES AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como foi demonstrado no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça fixou ao caso de violação ao esquecimento do autor da ação indenizatória contra a ré Rede Globo uma compensação por danos morais, assim como já o fez em outro caso análogo<sup>23</sup>. Demonstra-se

---

<sup>20</sup> Id., op. cit. nota 2

<sup>21</sup> Id., op. cit. nota 5

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Id., Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.335.153.RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num\\_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 18 fev. 2019. Caso de Aida Curi, vítima de homicídio ocorrido em 1958 e que repercutiu nacionalmente. Anos depois um noticiário televisivo exibiu programa sobre o caso, o que causou que os parentes da vítima ajuizassem ação de indenizatória pleiteando compensação por danos morais por violação ao direito ao esquecimento, o que foi reconhecido pelo tribunal.



então que o Poder Judiciário reconhece a importância desse direito como oponível a outros direitos.

Dessa forma, estabelecida a premissa de que existe um direito digno de proteção pelo ordenamento, e que o mesmo é suscetível de sofrer lesão ou ameaças de lesão pode-se partir para a discussão de que forma a responsabilidade civil atua para o restabelecimento do *status quo ante*, que é função primordial do instituto e chancelado pelo Código Civil Brasileiro<sup>24</sup> ao prever que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Esta é a regra básica do restabelecimento da ordem social, mas se buscará demonstrar que ela não é suficiente para atender a reparação necessária para violações mais severas dos direitos da personalidade.

Não se deve entender a responsabilidade civil apenas como um mero mecanismo de retorno o estado de coisas anterior, uma vez que cumpre importante função social de efetivar a dignidade da pessoa humana, reduzir as desigualdades sociais, erradicar a pobreza e marginalizações<sup>25</sup>. Segundo Gustavo Tepedino, a proteção almejada deve ir para além da reparação patrimonial e alcançar aspectos biopsíquicos, estabelecendo a Constituição da República uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana<sup>26</sup>.

Cumprido esclarecer que a responsabilidade é ramo do direito civil patrimonial, ou seja, a reparação de um dano é sempre patrimonial, ainda que defenda-se que seu escopo deve ser ampliado, e ainda que o dano seja extrapatrimonial, como dano à honra, ou ao esquecimento. Dito isto, cumpre esclarecer que somente a lei ou a manifestação das partes podem ser as fontes para uma responsabilização. Mormente a lei definirá o ato ilícito gerador da indenização e sua consequência, ou uma potencial causa e dano sendo suficiente demonstrar-se o nexo causal entre os dois, como demonstrado no capítulo anterior, a exposição midiática de dados sensíveis de uma pessoa acusada em processo penal. Cavaliere defende que há a aplicação da teoria dualista das obrigações ao sustentar que a responsabilidade de reparar dano é consequência do descumprimento de uma obrigação primária ensejando seu caráter sucessivo.<sup>27</sup>

Anota-se, ainda, que preferencialmente deve haver uma reparação específica ou natural, sem prejuízo da reparação pecuniária<sup>28</sup>, o que para o direito ao esquecimento é de

<sup>24</sup> Id., *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 fev. 2019

<sup>25</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil* v. 4. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5

<sup>26</sup> TEPEDINO apud *ibid.*, p. 7

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20

<sup>28</sup> MELO, *op. cit.*, p.8



suma importância, pois embasa pleitos de tutela específica para esse direito, como o estabelecimento de obrigações de não fazer, de cunho preventivo, ao impor o dever a meios de comunicação que não divulguem informações que possuam de determinadas pessoas que desejam permanecer anônimas. Da mesma forma, a tutela desse direito pode se dar também por ações repressivas, pelo estabelecimento de compensações por danos morais ou multas civis por descumprimento de obrigação de retirar quaisquer informações indesejáveis ao demandante.

Ressalta André Gustavo Corrêa de Andrade<sup>29</sup> que tanto para a vítima quanto para o causador do dano mais favorável é a prevenção do dano do que sua reparação, tendo suma importância quando se trata de direitos personalíssimos lesados como direito à honra, imagem ou intimidade e como consequência, o direito ao esquecimento. E isso fica claro uma vez que não se pode quantificar a perda, ou o sofrimento que uma pessoa tem quando direitos atinentes a seu ser, seu âmago como pessoa, são violados, o que reforça o argumento de que o caráter reparatório da responsabilização civil não é suficiente e que se devem haver punições mais severas a esses danos. Dessa forma, não se pode limitar à máxima do Código Civil Brasileiro consubstanciada no seu art. 944 ao dizer que “a indenização mede-se pela extensão do dano.”<sup>30</sup>

É de especial relevo então que se torna a tutela inibitória que se pretende conferir à defesa dos direitos da personalidade, em especial, o direito ao esquecimento. Por ser esse um direito extraído diretamente de um fundamento da República, vale lembrar, a dignidade da pessoa humana<sup>31</sup>, uma condenação por danos morais baseada na responsabilização civil deve ter função pedagógico-punitiva exacerbada por se tratarem de violações agudas a um direito da personalidade.

Defende Corrêa de Andrade<sup>32</sup> que às compensações por dano moral eventualmente pleiteadas em juízo decorrentes de ilícitos civis violadores de direitos da personalidade se deve conferir caráter pedagógico-punitivo, uma vez que à luz do direito civil constitucional, esse tipo de ilícito merece mais severo desestímulo e punição, não bastando a mera reparação patrimonial. Além disso, no direito civil é chancelado como forma de descumprimento de obrigações a multa civil, então acoplar-se uma multa em condenações por dano moral seria lógico.

---

<sup>29</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista36/revista36\\_135.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf) Acesso em: 20 fev. 2019

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit. nota 24

<sup>31</sup> Id., op. cit. nota 2

<sup>32</sup> ANDRADE, op. cit. nota 29

Apesar de se reconhecer o caráter pedagógico-punitivo dos danos morais nos tribunais de todo o país, sendo inclusive objeto de enunciado do Conselho da Justiça Federal<sup>33</sup> não se observa o mesmo se refletir em compensações por danos morais em valores mais elevados por temor de se ensejar um enriquecimento sem causa do autor da ação indenizatória. É difícil imaginar que um réu como a Rede Globo, no caso destrinchado no capítulo anterior, se sinta dissuadido de cometer ilícitos similares aos do decorrente da Chacina da Candelária, ao ser condenado ao pagamento de vinte mil reais a títulos de danos morais.

São raros os casos em que o Superior Tribunal de Justiça coteja a hipótese de danos morais punitivos e de fato os aplica, entretanto há um precedente em que ao invés de reduzir a quantia pleiteada em razão de danos morais, que é a praxe, o Tribunal considerou o valor insuficiente e os aumentou devido à grave reprovabilidade da conduta do réu:<sup>34</sup>

Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. (...) Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

Observa-se portanto que em casos excepcionais a Corte Superior se utiliza dos chamados *punitive damages*, ou seja, a indenização punitiva, em uma tradução livre, para mais do que reparar e aliviar a dor causada pela lesão aos direitos da personalidade, mas também para punir civilmente e constranger os causadores desse dano a cessar comportamentos lesivos e a não mais agir de forma ilícita ou com abuso de direito.<sup>35</sup>

É certo então que em casos como o apresentado no capítulo anterior, e em casos análogos de indivíduos envolvidos em casos criminais, que não tenham mais atualidade, e que a pessoa não seja pública, notória, e não acrescente ao debate histórico sobre fatos relevantes, o abuso de direito de meios de comunicação devem mais do que reparar o dano causado ao direito da personalidade ao esquecimento, mas também punidos civilmente, com danos morais

<sup>33</sup> BRASIL, Conselho da Justiça Federal, Enunciado n° 379. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517> Acesso em : 20 fev. 2019

<sup>34</sup> Id., Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n° 839.923*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1147190&num\\_registro=200600384862&data=20120521&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1147190&num_registro=200600384862&data=20120521&formato=PDF). Acesso em: 20. fev 2019

<sup>35</sup> ANDRADE, op. cit. nota 29

em caráter de multa civil, a fim de desestimular a prática de tamanha ofensa à dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais o direito à informação exercido por veículos de comunicação em massa e o direito ao esquecimento de pessoas naturais. O embate materializou-se pelo confronto entre os direitos fundamentais que garantem a liberdade de imprensa e o direito à informação e o direito de ser informado contra uma manifestação decorrente do direito à honra e à imagem que merece se considerado como direito autônomo. Além disso, se decorrente do reconhecimento da violação ao direito do esquecimento venham a ser os responsáveis por tal lesão, há a questão de como se deve se dar a reparação civil dos danos causados.

De um lado, os veículos de comunicação defendem que para garantir a plenitude de seu direito de informar de forma completa, isenta e comprometida com a história formadora da cultura de um povo, não se pode limitar sobre quem uma matéria jornalística ou reportagem possa reportar. De outro, o direito ao esquecimento, que visa a proteção a memória individual da pessoa humana, e em última instância de sua dignidade, a fim de que eventos do passado não definam quem ela é, e que por vezes é tolhido por abusos de direito do direito à informação exercido por sujeitos de direito com muito mais força do que o indivíduo que sofreu a violação, uma vez que os adversários de tal direito são pessoas jurídicas de direito privado, sociedades empresárias de estrutura e poder econômico maciço.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o direito ao esquecimento é reconhecido e aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos que ganham notoriedade. Adota-se como fundamentação das decisões paradigma da questão o fato de que quando se falta a historicidade, quando o teor da história a ser contada não é alterado pela não menção dos dados de uma pessoa, o direito ao esquecimento deve prevalecer. Se a figura da pessoa alvo da reportagem deixa de ter notoriedade, merece ser deixada de lado, da mesma forma, pela imprensa. Reforça-se o argumento, ao se defender que se tal direito é garantido a quem já



cumpriu pena criminal, quão mais para quem nem teve contra si uma sentença penal condenatória.

De outro lado, quando há o conflito entre dois direitos públicos fundamentais, a questão torna-se mais delicada, e deve-se adotar uma ponderação principiológica casuística a fim de sopesar qual o direito fundamental deve prevalecer. Entretanto, que ao se perspassar pela argumentação de que o direito de acesso à informação da sociedade como um todo não seria violado pela ausência de dados de pessoa que sequer foi condenada pelos bárbaros crimes cometidos, argumenta-se que não haveria violação àquele direito e ao direito do povo à sua história. A chacina da Candelária, caso paradigma analisado na pesquisa, é inegavelmente fato histórico, porém não a identidade de uma pessoa inocente que infelizmente foi carregada às entranhas do processo criminal com os verdadeiros culpados.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o direito ao esquecimento, por ser reconhecido nos tribunais superiores pátrios, deve ser protetor da memória individual contra abusos de direito exercidos por sujeitos de direito mais fortes do que quem aquele direito quer proteger, sempre havendo ponderação dos interesses em jogo, levando em conta historicidade do fato, notoriedade da pessoa, se se trata de autor de crime grave que ganhou proporções nacionais, e o critério de quanto tempo se deu entre o fato e a matéria jornalística.

Sendo assim, a matéria merece tratamento próprio, devendo haver reconhecimento e tratamento legislativo para a identificação de situações em que deva prevalecer o direito ao esquecimento e qual deve ser a consequência para sua violação.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, sobre a responsabilidade ensejadora de reparação de danos decorrentes da violação ao direito ao esquecimento, uma vez que reconhecido pelo ordenamento pátrio, este pesquisador conclui que apesar de haver o mecanismo da compensação por danos morais por violação a direito da personalidade, isso não seria suficiente.

Nos casos em que se verifica a violação a esse aspecto da dignidade da pessoa humana, o agente violador será quase sempre pessoa jurídica de vasto poder econômico. Dessa forma, compensação por danos morais nos atuais parâmetros adotados pelas cortes nacionais não seria suficiente para a satisfação do direito violado, retorno ao *status quo* e papel preventivo para futuros casos.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que há necessidade de os danos morais para casos de graves violações aos direitos da personalidade, como é o caso do direito ao esquecimento, deve possuir um caráter de tutela inibitória, alcançando dessa forma patamares

ecuniários elevados, a fim de que o caráter pedagógico-punitivo da medida seja de fato percebida pelo agente infrator. Os danos morais punitivos não são adotados no ordenamento brasileiro, mas este pesquisador entende pela necessidade de sua rediscussão em âmbito legislativo e em decisões judiciais para que se possa ter uma ferramenta eficaz à proteção e prevenção de violações dos direitos mais caros à pessoas individualmente consideradas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista36/revista36\\_135.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_, *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2019.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 801.109-DF*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22264206&num\\_registro=200501951627&data=20130312&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22264206&num_registro=200501951627&data=20130312&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça *Recurso Especial nº 839.923*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1147190&num\\_registro=200600384862&data=20120521&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1147190&num_registro=200600384862&data=20120521&formato=PDF)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.334.097-RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num\\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2018.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.335.153-RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num\\_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 18 fev. 2019.



\_\_\_\_\_, Conselho da Justiça Federal, *Enunciado n° 379*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_, Conselho da Justiça Federal, *Enunciado n° 531*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 10 set. 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GLOBO. *Linha Direta Justiça: A Chacina da Candelária* (1993). Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm> e <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-230928,00.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento*. A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELLO, Cleyson; MOREIRA, Thiago. *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. V. 4. responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.

## A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA (IN)EFETIVIDADE: O CENÁRIO DO INSTITUTO PROCESSUAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DE SUA APLICAÇÃO

Rebeca Cordeiro da Rocha Mota

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

**Resumo** – com a promulgação da Constituição Federal de 1988, suas normas e princípios passaram a influenciar a hermenêutica da legislação infraconstitucional, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Nesse quadro de evolução histórica, a distribuição estática do ônus da prova se apresenta como instrumento insuficiente para casos de impossibilidade ou de extrema dificuldade de produção probatória. A partir daí, e com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi introduzido no direito pátrio a dinamização do ônus da prova. A essência do trabalho é abordar os institutos atinentes ao tema de modo que o leitor possa, de forma independente, identificar suas hipóteses de incidência.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Provas. Dinamização do ônus da prova. Inversão do ônus da prova.

**Sumário** – Introdução. 1. A evolução da distribuição da carga probatória entre as partes litigantes e suas causas. 2. As teorias acerca do ônus da prova. 3. A dinamização como regra de instrução e recursos cabíveis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar uma análise crítica acerca da dinamização do ônus da prova e sua incipiente aplicação. Tem-se por certo que o instituto normatizado pelo legislador infraconstitucional, no Código de Processo Civil de 2015, inova no âmbito jurídico processual pátrio, o que denota a necessidade de adaptação do aplicador da lei. Entretanto, não se pode admitir que a fase transitória de adaptabilidade se torne perpétua, sob pena de tornar o instituto inócuo.

Será adotado, na abordagem da temática, o método hipotético-dedutivo. Para tanto, no primeiro capítulo, será aprofundada a constitucionalização do direito processual civil, esmiuçando-se a permeabilidade da lei por institutos e princípios previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal Cidadã de 1988.

É cediço que há confusões acerca dos conceitos atinentes ao ônus da prova, o que dificulta sua compreensão e aplicação prática. Em virtude disso, no segundo capítulo, tais institutos serão propriamente explicitados de forma sistemática para que se dirima quaisquer dúvidas sobre suas características e objetivos.



Em derradeiro, no terceiro capítulo, será apresentado um caso hipotético, cuja aplicação da dinamização do ônus da prova se apresentaria como solução ideal para a demanda. Ademais, pretende-se abordar, superficialmente, o momento processual de sua aplicação, bem como, os recursos cabíveis.

Sendo assim, o estudo apresenta como objetivo imediato que o leitor, ao final, possa identificar hipóteses em que a dinamização do ônus da prova seja aplicável de forma a trazer eficiência ao processo contencioso, como instrumento de deslinde de demandas. Ademais, apresenta como objetivo mediato a familiarização dos operadores do direito com o instituto jurídico, bem como, os remédios infraconstitucionais sugeridos para a sua concretização.

## 1. A EVOLUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA ENTRE AS PARTES LITIGANTES E SUAS CAUSAS

A partir de uma rápida análise entre o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973<sup>1</sup> e o artigo 373 da atual codificação processualista<sup>2</sup>, é possível observar que ambos apresentam inegável semelhança no que tange à distribuição do ônus da prova. No entanto, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 trazem um conteúdo normativo inédito. Ao estabelecer a possibilidade de o juiz atribuir ônus da prova de modo diverso daquele previsto no caput, o legislador introduziu, de modo expresso, a dinamização da distribuição do ônus da prova no direito pátrio.

Primeiramente, o princípio hermenêutico da *verba cum effectu sunt accipienda* leciona que não há palavras inúteis na lei. Consequentemente, a interpretação de um conteúdo normativo, estabelecido em um preceito legal, deve ter início em um pressuposto máximo da Hermenêutica Jurídica, segundo o qual o legislador, ao editar uma norma, almeja sua eficácia de forma integral, presumindo-se que não há termo inútil ou ocioso.

Nesse sentido, a edição dos parágrafos primeiro e segundo pelo legislador representa uma mudança de paradigma, seja para redefinir a distribuição do ônus da prova até então vigente, seja para complementá-la. Tem-se por evidente que o modelo de distribuição de carga probatória, trazido pelo Código de Processo Civil de 1973, não mais correspondia às demandas dos casos *in concreto*. Afirma-se isso pois, o legislador não modificaria preceito normativo que

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869/impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

atende integralmente à necessidade dos jurisdicionados, o que acarreta, mais uma vez, na máxima da hermenêutica jurídica supramencionada – aplicada, porém, *in contrario sensu*: apenas é editado aquilo que é útil.

A necessidade de alterações procedimentais era inequívoca e não se limitava apenas à distribuição de carga probatória, como se depreende dos seguintes trechos contidos na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

[...]Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (...) O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo sua forma sistemática. (...) Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo o país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas.[...]<sup>3</sup>

Sendo assim, torna-se imprescindível a existência de uma breve análise acerca das causas de tal giro epistemológico para, em seguida, apresentar as possíveis consequências almeçadas pelo legislador quando de sua idealização. A partir daí, busca-se apontar possíveis soluções para a incipiente aplicabilidade do instituto, evitando-se, assim, seu esvaziamento e o questionável retrocesso à distribuição da carga probatória prevista no revogado Código de Processo Civil de 1973.

Adotando-se como panorama de análise o Brasil, a formação do Estado Constitucional de Direito apresenta, de acordo com o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, três premissas básicas: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

Conforme a construção apontada pelo supracitado doutrinador, a promulgação da Constituição de 1988 significou a redemocratização e a reconstitucionalização do Brasil, na medida em que materializou o Estado Democrático de Direito e relegou ao passado o regime militar autoritário. Nesse momento, é imprescindível destacar que tal processo simbolizou o anseio popular por mudanças, o que significa dizer que a reconstitucionalização, antes de ser promulgada pelas autoridades competentes, foi almejada e construída no imaginário de cada um dos indivíduos que compunha a sociedade à época.

<sup>3</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 24-26. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2019.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto; *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265-289.



No que tange ao marco filosófico, o novo direito constitucional se insere no pós-positivismo. Preliminarmente, contudo, torna-se interessante a abordagem de duas correntes de pensamento fundamentais para a construção da concepção pós-positivista. O jusnaturalismo moderno, corrente filosófica desenvolvida a partir do século XVI, preconizava a aproximação entre a lei e o direito natural, o qual afirma a existência de direitos abstratos e juridicamente indeterminados conferidos a todo indivíduo anteriormente ao próprio direito positivado. Nesse sentido, concepções filosóficas como justiça e moral não poderiam ser dissociadas da legislação posta.

No final do século XIX, o positivismo jurídico, por sua vez, representava uma ruptura com o jusnaturalismo, na medida em que apresentava a lei como cerne da ciência jurídica, denotando o cientificismo e a objetividade como características inerentes a tal corrente de pensamento. Nesse sentido, o direito era equiparado a lei e dissociado de aspectos filosóficos.

O ideário positivista, rígido em sua segregação entre norma, ética e moral, possibilitou construções filosóficas respaldadas na legalidade estrita que, entretanto, ocasionaram atrocidades que representam, até hoje, o símbolo de sua decadência, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha. Depreendeu-se, a partir daí, que atos legais dissociados de valores como justiça e liberdade, por exemplo, podem resultar em violação a direitos humanos, bem como, em dizimação de setores sociais. Consequentemente, tornou-se evidente que ato legal não corresponde necessariamente a ato justo.

Com isso, o pós-positivismo surgiu, a partir da segunda metade do século XX, como uma terceira corrente de pensamento, a qual se coadunava ao pensamento da época. Segundo a concepção filosófica, o cientificismo e a objetividade da ciência do Direito devem ser associados a ideias jusnaturalistas relacionadas à ética e à política, reafirmando a interdependência entre tais institutos e valores.

Em relação ao marco teórico, Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> apresenta três mudanças de paradigma, fundamentais para o correto entendimento acerca da constitucionalização do direito. Primeiramente, insta esclarecer o reconhecimento de força normativa à Constituição. A compreensão de tal afirmativa, em tempos atuais, é quase automática pelo cidadão médio, o que denota, de certa forma, o sucesso do Estado Democrático de Direito no que tange ao poder normativo da Constituição Federal.

Contudo, ao se analisar a história, até meados do século XIX, as Constituições europeias apresentavam caráter meramente político, consequentemente, não havia quaisquer

---

<sup>5</sup> Ibid.

vinculações do legislador ordinário ou do administrador aos preceitos por elas previstos. Nesse sentido, a reconstitucionalização trouxe, como premissa básica, a força normativa da Constituição, apresentando conteúdo de caráter vinculativo e imperativo. Em relação ao contexto brasileiro, a discussão acerca do caráter normativo da Constituição Federal apenas se iniciou na década de 1980, o que acarretou a força normativa e imperativa da Constituição Cidadã de 1988, que instituiu, no país, o Estado Democrático de Direito.

A expansão da jurisdição constitucional, por seu turno, tinha como pressuposto a supremacia da Constituição e a constitucionalização dos direitos fundamentais, relacionados ao modelo norteamericano, a partir do final da década de 1940. Entende-se que o processo político não poderia suprimir ou reduzir direitos fundamentais e, caso o fizesse, estaria sujeito à análise do Poder Judiciário. Trata-se, pois, do controle de constitucionalidade como garantia de proteção aos direitos fundamentais constitucionalizados.

Em derradeiro, houve o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Por meio dessas mudanças teóricas e da constante evolução social e sua crescente complexidade, novos preceitos surgiram como mecanismo de efetivar as normas constitucionais, como, por exemplo, o reconhecimento de força normativa aos princípios e a colisão de normas constitucionais e direitos fundamentais e modos de coexistência de ambos.

Com a constitucionalização do direito, tornou-se necessário que toda a legislação infraconstitucional fosse reinterpretada de modo a se coadunar e a se adequar às normas e aos princípios normatizados na Constituição Federal de 1988. Como não poderia ser diferente, ocorreu a constitucionalização do direito processual civil.

Em tal contexto, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>6</sup> assumem um grande relevo, na medida em que foram redimensionados à sistemática processual. Por oportuno e em virtude da importância do tema em análise, aponta-se os seguintes trechos contidos na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, como meio de explicitar a importância conferida aos institutos pelo legislador:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (...) A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à* Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas [...]<sup>7</sup>

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 17 fev. 2019. Art. 5º LV.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

Não se torna demasiado apontar a nota de rodapé “9” da referida Exposição de Motivos, a qual leciona que:

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.<sup>8</sup>

Por oportuno e em última análise, o artigo 1º e o artigo 7º da Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil<sup>9</sup>, normatizam, respectivamente, a leitura das normas processuais civis em conformidade aos valores e normas constitucionais estabelecidos na Constituição Federal, bem como, o zelo ao efetivo contraditório, a ser adotado pelo juiz e pelas partes. Torna-se interessante a preocupação do legislador infraconstitucional em mencionar expressamente tais institutos, já que a constitucionalização do direito processual civil não se adstringe a concepções doutrinárias ou à exposição de motivos da referida lei, em realidade, trata-se de uma aceção própria do Estado Democrático de Direito, a ele intrínseca.

Denota-se, conseqüentemente, que o legislador optou em editar norma expressa acerca da constitucionalização da legislação infraconstitucional para que não houvesse quaisquer dúvidas quanto ao seu caráter cogente. Nesse sentido, não há discricionariedade de aplicação da norma, evitando-se, portanto, a inefetividade da constitucionalização do direito em virtude de ausência normativa.

## 2. AS TEORIAS ACERCA DO ÔNUS DA PROVA

A relação processual tríade prevê a produção de provas como meio de lastrear as alegações das partes litigantes em juízo. Nesse sentido, o termo “ônus” se apresenta como uma faculdade da parte, uma liberdade de agir, e em se tratando de interesse pessoal, o seu não exercício não pode resultar em sanção, já que não se trata de ilícito processual.

Por outro lado, apesar de não ser possível atribuir ao termo qualquer tipo de caráter sancionatório, ao transmutá-lo à produção de provas, entende-se que o seu não exercício apresentará conseqüências. Em outras palavras, caso o ônus da prova não seja exercido por uma

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 25.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

das partes, não lhe será atribuída qualquer sanção processual, entretanto, estará fatalmente sujeita a um provimento final que lhe será possivelmente desfavorável<sup>10</sup>.

Atualmente, no estudo do processo civil contemporâneo, o ônus da prova passa a ser visualizado como um dever processual e tal mudança de entendimento acerca do instituto apresenta extrema relevância. O objetivo dos estudiosos que o defendem, como Vitor de Paula Ramos<sup>11</sup>, é uma construção paritária das provas produzidas em juízo associada à visão de provimento justo.

A compreensão da produção probatória como um ônus processual, ou seja, como uma faculdade é temerária. Aponta-se, para tanto, o caso em que uma das partes tenha acesso a prova que lhe é desfavorável, porém imprescindível para o deslinde do litígio, torna-se óbvio que não a produzirá em juízo, já que lhe é mais interessante a ocultação.

Tal situação inegavelmente macula o provimento final. Ora, o lastro probatório não é fim em si mesmo, ou seja, apresenta um objetivo, qual seja, o supracitado provimento final. Esse, por sua vez, é visto como limitado à verdade possível, àquela emanada por meio da análise das provas apresentadas em juízo, o que, por muitas vezes, a dissocia por completo da verdade real dos fatos.

Tem-se por certo que a verdade real é inalcançável, entretanto, é desejável que a verdade possível se aproxime da verdade real de modo que dela se torne fidedigna. Isso se afirma, pois quanto maior a congruência entre elas, maior será o senso de atingimento da justiça por parte dos jurisdicionados, no que pese se tratar de termo abstrato.

Adotando-se um ponto de vista sociológico, a lide é a judicialização de conflitos de interesses. Nesse sentido, o deslinde judicial da lide não necessariamente acarreta o fim do conflito de interesses em seu aspecto material, mas é possível se afirmar o contrário. Entretanto, ainda que se atenha ao aspecto judicial, por questões de conveniência temática, é inegável que há um senso de justiça que paira sobre todo e qualquer indivíduo. Consequentemente, se uma sentença é vista como justa pelas partes, evidentemente será melhor absorvida por elas, conferindo indiretamente legitimidade a todo o sistema jurisdicional.

Para que a busca da verdade possível seja aproximada da verdade real, tornando todo o procedimento o mais justo possível, a produção probatória não pode ser admitida apenas como ônus, faculdade processual, mas sim como dever das partes.

---

<sup>10</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

<sup>11</sup> RAMOS apud *ibid.*, p. 93-94.

Nesse sentido, o ônus da prova como dever processual apresenta consequências, tais como assevera Vitor de Paula Ramos<sup>12</sup>, “desenvolver procedimentos que possam não só permitir que o juiz tenha condições de buscar a verdade com poderes instrutórios de ofício, mas também de regular a atividade das partes de modo a não permitir que essas “atrapalhem” ativamente ou passivamente esse seu mister.”

Portanto, o autor defende que o juiz, como agente integrante da tríade processual, deve adotar postura ativa quando da produção probatória das partes na instrução processual. A partir daí e por via de consequência, entende-se que o Princípio da Cooperação não se adstringe somente às partes, como também é aplicável ao magistrado.

É cediço, como relatado anteriormente, que o Código de Processo Civil de 2015<sup>13</sup>, assim como o fez o Código Civil de 1973<sup>14</sup>, adotou a teoria da distribuição estática do ônus da prova como regra. Entretanto, o regramento processual em vigor trouxe expressamente uma nova - e ainda incipiente - previsão normativa, qual seja, a dinamização do ônus da prova.

Primeiramente, é imprescindível que se aponte conceito preciso e eficaz acerca da teoria de distribuição estática do ônus da prova. Por oportuno, aponta-se o artigo 373, *caput*, I e II, do Código de Processo Civil, que a estabelece, como meio de facilitar sua compreensão.

De acordo com a supracitada teoria, a carga probatória é previamente estabelecida em lei, ainda que de forma abstrata. Transmutando-se tal caráter fixo à lei processual brasileira, tanto o inciso I quanto o inciso II determinam a natureza da prova que recai a cada uma das partes litigantes. Nesse sentido, recai ao autor o ônus da prova acerca de fato constitutivo de seu direito (inciso I) e ao réu o ônus da prova atinente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

Entretanto, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, a atual codificação processual, no §1º do mesmo artigo, normatiza ineditamente a dinamização do ônus da prova no direito processual pátrio. Nesse sentido, entende-se que a dinamização do ônus da prova surge como um complemento epistemológico à distribuição estática do ônus da prova. Em outras palavras, há um ônus da prova previamente estabelecido – distribuição estática do ônus da prova – que poderá ser modificado quando analisado *in concreto*, tratando-se de um poder-dever do magistrado – dinamização do ônus da prova.

Nesse momento, por questões didáticas, torna-se imprescindível a distinção conceitual entre a teoria dinâmica do ônus da prova e o ônus da prova dinâmico, em virtude da aparente

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>13</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

<sup>14</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



sinonímia dos termos. Enquanto esse é fixado pelo juiz, quando da análise do caso concreto, sem quaisquer previsões legais acerca da distribuição de carga probatória entre as partes; aquela diz respeito ao poder-dever do magistrado em modificar tal carga probatória, a qual foi previamente estabelecida por lei – *lato sensu*, evidenciando-se, por conseguinte, seu caráter complementar à concepção estática da distribuição do ônus da prova.

Quando da análise do caso *in concreto*, o juiz deverá verificar se a distribuição estática do ônus da prova é suficiente e adequada para que o provimento final se alinhe ao ideário social de justiça, objetivando a resolução do conflito em seu aspecto sociológico. Contudo, caso o magistrado conclua que uma das partes apresenta maior facilidade para produzir determinada prova - pois em posse dela, por exemplo - a teoria estática do ônus da prova apresenta-se insuficiente. Deverá aplicar ao caso, portanto, a dinamização do ônus da prova, sempre de forma complementar.

Nesse sentido, torna-se evidente que os princípios da cooperação e da paridade de armas associados a valores pós-positivistas - resgatados do jusnaturalismo, como justiça, aproximam a distribuição dinâmica do ônus da prova da constitucionalização processual civil. Em outras palavras, o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, para que resulte em um provimento final justo, necessariamente deve se coadunar com a produção de prova possível ou não excessivamente difícil, evitando-se, por conseguinte, que a parte, ao seguir o rigor da teoria estática, tenha que fazer prova negativa ou prova diabólica<sup>15</sup>, por exemplo.

Para evitar que o instituto se torne abstrato e, por conseguinte, de árdua aplicação pelo magistrado, Paulo Rogério Zaneti<sup>16</sup> sugere parâmetros concretos para sua incidência, quais sejam:

[...] a fixação do ônus da prova ocorreria com base nos seguintes pontos: a) o papel desempenhado por uma das partes no fato gerador da controvérsia; b) estar uma das partes na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) ser uma das partes a única detentora da prova e d) existência de condições técnicas, profissionais ou jurídicas que uma das partes possua de forma superior em relação a outra.

Portanto, a utilização da teoria dinâmica, como meio de distribuição da carga probatória pelo juiz, apresenta requisitos materiais. Inicialmente, a aplicação da distribuição estática do ônus da prova, previsto no artigo 373, *caput*, I e II, do Código de Processo Civil, deve ser considerada inadequada ou insuficiente pelo juiz. Ressalta-se que, nesse momento, o magistrado também analisa a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em produzir

<sup>15</sup> BUENO apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 737.

<sup>16</sup> ZANETTI apud MACÊDO; PEIXOTO. op. cit., p. 137.



prova, com base na teoria estática; ou, ainda, maior facilidade de obtenção da prova de fato contrário.

Em seguida, o magistrado considera a parte que, de acordo com as circunstâncias da controvérsia, apresenta maior facilidade em produzir provas, ou seja, se o caso *in concreto* se coaduna com uma das hipóteses construídas pelo doutrinador supramencionado ou em situações a elas semelhantes – tendo em vista se tratar de construção doutrinária, não há que se falar em rol taxativo. Se o *iter processual* preencher ambos os requisitos materiais, há de ser aplicada a dinamização do ônus da prova.

### 3. A DINAMIZAÇÃO COMO REGRA DE INSTRUÇÃO E RECURSOS CABÍVEIS

Imagine-se a seguinte situação ocorrida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015<sup>17</sup>:

Sociedade limitada empresária “X” apresenta três sócios em seu contrato social e prevê o sócio “Y” como seu único administrador. Em virtude de indícios mínimos de abuso de função, os demais sócios, como presentantes da sociedade limitada “X”, ajuizaram uma ação de resolução parcial em relação a um sócio – ação de exclusão de sócio – com pedido de tutela de urgência, objetivando o afastamento do sócio administrador “Y” de suas funções típicas. Houve deferimento do pedido liminar pelo juízo competente e, em consequência disso, os demais sócios passaram a exercer atividades de administração.

Sabe-se que o sócio pediu, quando de sua contestação tempestiva, genericamente a produção de provas.

Alguns meses depois, o sócio “Y” foi informado, por funcionários da sociedade com quem tinha uma excelente relação, de que os demais sócios estavam desviando recursos financeiros da sociedade “X” para a sociedade “Z”, recentemente criada por ambos e já operante. Foi-lhe narrado, também, que o contador da sociedade “X” se aproveitava de sua função para fraudar os livros empresariais.

Em decorrência de tal fato novo, requereu, por meio de petição simples e antes da designação de audiência de instrução e julgamento, a comprovação de regularidade dos livros empresariais e dos balanços mensais por meio de produção de prova pericial. Contudo, pleiteou que os honorários periciais fossem suportados pela sociedade autora. Fundou seu pedido na

---

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

possibilidade, legalmente prevista, de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no presente caso.

O juiz, na hipótese narrada, indeferiu o pedido, sob o argumento de que o ônus da remuneração do expert cabe à parte que o requer, conforme artigo 33 do Código de Processo Civil<sup>18</sup>, já que o réu não é beneficiário da gratuidade de justiça. Ademais, suscita a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova, pois a relação jurídica, descrita nos autos, não se trata de relação de consumo.

Primeiramente, torna-se necessário abordar, ainda que brevemente, a inversão do ônus da prova<sup>19</sup>, em virtude da primeira parte do §1º, do artigo 373 do Código de Processo Civil<sup>20</sup>. Entende-se, conforme leciona Lucas Buri de Macêdo e Ravi Peixoto<sup>21</sup>, que o instituto é gênero do qual fazem parte as espécies inversão do ônus da prova *ope legis* e inversão do ônus da prova *ope judicis*. A primeira diz respeito aos casos em que o próprio legislador estabelece distribuição obrigatória do ônus da prova de modo diverso daquele estabelecido na regra geral do Código de Processo Civil<sup>22</sup>. Por sua vez, a espécie *ope judicis* é aquela em que o legislador normatiza que a inversão do ônus da prova deve ser analisada pelo magistrado, o qual poderá aplicá-la ou não, a depender das circunstâncias materiais do caso *in concreto*<sup>23</sup>.

A partir daí, entende-se que o supracitado artigo 373, §1º, primeira parte, do Código de Processo Civil, menciona expressamente “os casos previstos em lei”, reportando-se, por conseguinte, às hipóteses do gênero inversão do ônus da prova. Entretanto, sua segunda parte, como já exposto à exaustão, normativa a dinamização da distribuição do ônus da prova.

Consequentemente, caso não seja hipótese de inversão do ônus da prova *ope legis*, de aplicação obrigatória pelo magistrado, e tampouco hipótese de inversão do ônus da prova *ope judicis*, de aplicação facultativa pelo juiz, poderá haver incidência da dinamização do ônus da prova, sempre a depender do caso concreto. Nesse sentido, mais uma vez, torna-se evidente o caráter subsidiário do instituto trabalhado, em decorrência da interpretação sistemática da lei processual.

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Para maior e recomendado aprofundamento do tema inversão do ônus da prova, indica-se a obra MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>21</sup> MACÊDO; PEIXOTO. op. cit., p. 109-135.

<sup>22</sup> Exemplo de tal modalidade de inversão está previsto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina expressamente que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

<sup>23</sup> Exemplo de tal modalidade de inversão está previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que o juiz poderá, quando verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, aplicar a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa de seus direitos.



Transmutando-se ao caso em análise, percebe-se que o réu pretende que sejam comprovadas, pela sociedade empresária “X”, a regularidade dos livros comerciais e balanços mensais. Ora, não se é pleiteada a alteração da distribuição da carga probatória em sua integralidade, ou seja, o réu não almeja a inversão do ônus da prova, e caso o pleiteasse estaria correta a decisão judicial, pois, de fato, não há previsão normativa que vincule o magistrado a fazê-lo – inversão *ope legis* – e tampouco há previsão que o possibilite empregá-la – inversão *ope judicis*. Em realidade, o que pleiteia o réu é a dinamização do ônus da prova em relação a provas específicas.

Com o deferimento da tutela de urgência, o réu não mais era administrador da sociedade empresária, contudo lhe é garantido o direito de acesso irrestrito aos documentos contábeis referentes à atividade empresarial, já que não houve a perda da qualidade de sócio. Contudo, ainda que tal direito seja respeitado pelos demais sócios administradores, tem-se que se demonstra insuficiente para que o réu comprove o que alega. Isso se dá, pois, em havendo suposta prática de ato fraudulento pelo contador da sociedade “X”, torna-se necessário perícia técnica sobre tais documentos contábeis.

O artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil<sup>24</sup>, aponta expressamente que “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso” quando houver “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Nesse contexto, tem-se por inequívoco que é mais fácil à sociedade empresária “X” provar a regularidade de suas atividades do que o réu provar a existência de fraude; principalmente, pois se encontra afastado das atividades de administrador que antes exercia, o que denota sua impossibilidade ou excessiva dificuldade em fazê-lo. Consequentemente, o juiz poderia determinar a dinamização do ônus da prova somente em relação a essa prova, de forma fundamentada, e oportunizando à sociedade empresária “X” a desincumbência do ônus que lhe for atribuído – conforme leciona o artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil, por meio de relatório detalhado dos livros empresariais e balancetes, por exemplo.

Ademais, em certos casos, a atividade empresarial exercida é extremamente complexa e vultosa, apesar de se tratar de sociedade limitada, o que acarretaria em honorários periciais também elevados. Consequentemente, não se estaria diante, apenas, de impossibilidade ou excessiva dificuldade em fazer prova do pretendido, mas em verdadeira hipossuficiência econômica por parte do requerente.

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

Portanto, a decisão, ao indeferir o pleito do réu, vai de encontro aos princípios da cooperação e da paridade de armas, pois a alegada existência de fraude seria resolvida simplesmente pela dinamização do ônus da prova. O que poderia, inclusive, servir como prova emprestada em possíveis ações futuras referentes às consequências da ação fraudulenta.

Além disso, o risco de dilapidação do patrimônio empresarial também estaria dirimido, pois provada a fraude, haveria a possibilidade de substituição dos administradores por um administrador judicial, por exemplo, resguardando-se o direito do réu aos haveres que devidamente lhe caibam. Por outro lado, caso reste provada a regularidade do exercício de empresa pela sociedade “X”, dá-se seguimento ao feito, denotando-se a ausência de prejuízo. Ressalta-se que deve ser assegurada à parte a oportunidade de se desobrigar do ônus que lhe for atribuído pelo magistrado.

Ultrapassada a questão, torna-se imprescindível abordar a fase processual em que deve ocorrer a dinamização do ônus da prova. O Superior Tribunal de Justiça apresenta jurisprudência consolidada de que a inversão do ônus da prova *ope judicis*, prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>25</sup>, é regra de instrução, ou seja, a decisão que a determinar deverá ocorrer preferencialmente ao longo do saneamento do processo. Entretanto, caso seja proferida posteriormente, deverá ser oportunizada à parte, a quem recai o ônus, a apresentação de novas provas<sup>26</sup>.

É evidente que a inversão *ope judicis* do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova são institutos distintos, contudo em ambos os casos, é necessário que haja decisão judicial para que sejam aplicadas ao processo. Como não se trata de distribuição geral ou inversão legal do ônus da prova, as partes não tem conhecimento prévio de como ela se dará, sendo necessário, por conseguinte, que o magistrado se manifeste, por meio de decisão interlocutória, acerca da inversão *ope judicis* do ônus da prova e, por interpretação analógica, sobre a dinamização do ônus da prova. Em outras palavras, silente o magistrado, presume-se a regra geral – distribuição estática, o que denota a necessidade de as partes serem informadas sempre que a distribuição se der de forma diversa.

No que tange aos recursos cabíveis, uma análise mais contida torna-se pertinente. Conforme se depreende acerca da leitura do artigo 1.015, XI, do Código de Processo Civil<sup>27</sup>,

---

<sup>25</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. nº 1.450.473/SC*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142376014/agrg-no-recurso-especial-n-1450473-sc-do-stj>> Acesso em: 06 mar. 2019.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil<sup>28</sup>. Algumas situações surgem a partir daí:

1. A parte pleiteia a dinamização do ônus da prova e o pedido é indeferido. Nesse caso, a própria parte poderá agravar a decisão;
2. A parte pleiteia a dinamização do ônus da prova e o pedido é deferido. Trata-se de hipótese em que a parte contrária poderá interpor agravo de instrumento;
3. Nenhuma das partes pleiteia a dinamização do ônus da prova e o magistrado o faz de ofício. Tal situação é possível, em virtude dos Princípios da Cooperação e da Paridade das Armas, bem como, da atuação ativa do magistrado. Caso a hipótese concreta apresente tal configuração, ambas as partes poderão interpor o recurso de agravo de instrumento, a depender de seu interesse;
4. Nenhuma das partes pleiteia a dinamização do ônus da prova e o magistrado não o faz de ofício quando do saneamento. Nessa derradeira hipótese, não há cabimento de recurso algum, pois como nenhuma das partes o pleiteou quando do momento oportuno, entende-se que há preclusão. Ademais, presume-se que o julgador, ao analisar o caso *in concreto*, entendeu ser a distribuição estática do ônus da prova, prevista no *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil, suficiente e adequada para lastrear o processo de forma eficaz.

Tal sistematização tem por objetivo apresentar clareza no que tange ao recurso cabível para atacar o mérito da decisão judicial, seja a que defere, seja a que indefere o pedido de dinamização do ônus da prova. Contudo, caso haja pedido de quaisquer das partes atinente à dinamização sem a devida manifestação judicial, não há óbices à interposição de embargos de declaração, em virtude da omissão quanto à questão requerida pela parte, conforme leciona o artigo 1.022, III, do Código de Processo Civil<sup>29</sup>.

Em derradeiro, aponta-se que a dinamização do ônus da prova, apesar de normatizada pelo legislador infraconstitucional desde 2015, ainda apresenta uma aplicação incipiente. Uma das possíveis explicações para sua baixa implementação é a complexidade dos institutos do ônus da prova e a confusão recorrente entre o gênero inversão do ônus da prova e a espécie dinamização do ônus da prova. Outra possível causa a ser apontada é a sua relativa abstração, sem parâmetros claros de execução ou limitação do poder do juiz. Entretanto, o real, ou talvez

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

mais evidente, óbice à efetividade do instituto é a possibilidade de sua efetivação de ofício ser interpretada como ativismo judicial do magistrado.

Tem-se por certo que a não aplicação do instituto pode se apresentar como um meio de o juiz se eximir de futuros questionamentos, pois ao se tratar de possibilidade legal, em que não há vinculação, os riscos de uma decisão criticável são menores. Contudo, se é inquestionável que a atuação do magistrado apresenta consequências, o mesmo pode se afirmar acerca de sua inércia. Nesse sentido, o silêncio pode acarretar consequências nefastas à produção probatória; diz-se isso, pois a distribuição estática pode ser mais vantajosa a uma das partes, o que fatalmente acarretaria em um provimento final legal, porém injusto.

Ademais, imparcialidade não é sinônimo de passividade. Isso significa dizer que a postura ativa do julgador, como agente da tríade processual, pode acarretar no emprego da dinamização como mecanismo de se atingir real paridade de armas entre as partes. Em outras palavras, o instituto jurídico pode se apresentar como um reequilíbrio da capacidade de lastro probatório entre os litigantes, quando a distribuição estática do ônus da prova se demonstrar insuficiente. Portanto, em hipóteses como essas, a imparcialidade almejada importa necessariamente postura ativa do juiz que, ao dinamizar o ônus da prova, possibilita produção probatória equilibrada e mais próxima do ideal de justiça, apto a dirimir conflitos em seu aspecto material.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa evidenciou a aplicação, ainda incipiente, da dinamização do ônus da prova. O tema é problematizado partindo-se do panorama atinente ao neoconstitucionalismo, o qual representou uma virada epistemológica concretizada pela interpretação da legislação processual com a filtragem das regras e princípios constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Por sua vez, o segundo e o terceiro capítulos se cingiram em aspectos processuais. Aquele relacionado aos conceitos e distinções das diferentes espécies de distribuição do ônus da prova; esse referente a possíveis soluções que dizem respeito ao momento da decisão de dinamização, bem como, aos recursos a ela cabíveis.

A abordagem foi pensada de forma sistemática, levando-se em consideração a lei processual em sua totalidade e a Constituição Federal, objetivando-se a apresentação do instituto de forma integrada. Ademais, foram abordadas possíveis causas à embrionária aplicação prática do instituto, bem como, soluções éticas a elas.



Ao longo de todo o trabalho, a autora pretendeu enaltecer a necessidade de uma postura ativa do magistrado, como integrante da relação processual contemporânea, relegando sua passividade a tempos pretéritos em que o positivismo puro imperava. Atualmente, não é mais possível alinhar valores sociais, como a justiça, a uma postura passiva do julgador. Nesse sentido, situações em que há inegável desequilíbrio na possibilidade de produção probatória das partes demandam uma ação do magistrado.

Nesse contexto, a dinamização se apresenta como sugestão para que se alcance um procedimento justo e eficaz. Em aspectos práticos, o emprego do instituto representa um avanço procedimental, pois se afasta o mecanicismo e a padronização do processo ao se buscar a distribuição da carga probatória que melhor se amolde ao caso concreto, considerando-se suas circunstâncias peculiares.

Portanto, é necessário que haja produção acadêmica sobre o tema, pois balizas bem estruturadas trazem clareza à forma e ao conteúdo do instituto em análise, o que acarretaria uma aplicação mais confortável pelo magistrado. Por oportuno, salienta-se que a produção teórica atual e especializada, ainda que não dirima todas as possíveis controvérsias existentes, possibilita ao juiz aplicação segura, como se evidenciou ao longo da presente pesquisa de forma aprofundada.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em: 26 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869\\_impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869_impresao.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 17 fev. 2019.

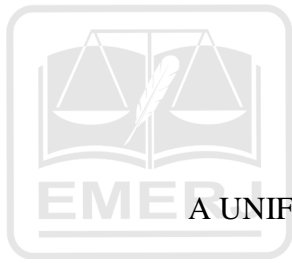
\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2019.



\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. nº 1.450.473/SC*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142376014/agrg-no-recurso-especial-n-1450473-sc-do-stj>> Acesso em: 06 mar. 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.



## A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ROL DO ART. 927, DO NCPC

Rebecca Imenes Vieira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela EMERJ.

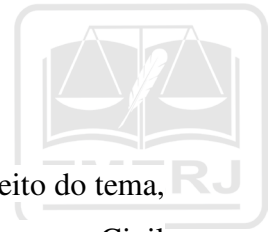
**Resumo** – o sistema jurídico adotado pelo Brasil sempre foi, preponderantemente, o da *civil law*, razão pela qual as leis possuem grande importância em nosso ordenamento jurídico. No entanto, com a entrada em vigor do novo diploma processual civil, muitas premissas do *common law* estão sendo utilizadas, como ao conferir mais importância às decisões judiciais, por meio do microsistema de precedentes. A uniformização da jurisprudência possui relevante importância para evitar decisões conflitantes em relação a matérias idênticas, o que é recorrente nos Tribunais de Justiça locais. A essência do trabalho, portanto, é abordar as maneiras como essa técnica de julgamento deverá ser implementada preservando a autonomia do Magistrado.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Uniformização da Jurisprudência. Precedentes de Observância Obrigatória. Segurança Jurídica. Microsistema. Prerrogativas do Magistrado. Autonomia.

**Sumário** – Introdução. 1. O Microsistema dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. 2. A Aplicabilidade do art. 926 do Novo Código de Processo Civil fora das Hipóteses de Precedentes de Observância Obrigatória. 3. A Garantia da Autonomia do Magistrado frente ao Microsistema de Precedentes Vinculantes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática da uniformização no atual ordenamento jurídico guiado por um Código de Processo Civil que visa dar maior segurança jurídica àqueles que buscam o Poder Judiciário com o intuito de resolver aqueles problemas que não conseguiram ser resolvidos administrativamente. A disposição que melhor exemplifica essa intenção do legislador infraconstitucional de harmonizar o entendimento dos Tribunais está contida no art. 926 do Novo Código de Processo Civil, que determina, expressamente, que os Magistrados devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.



Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil criou-se um “Microsistema de Precedentes”, com a introdução do rol previsto no art. 927 do diploma legal que traz os chamados precedentes vinculantes ou precedentes de observância obrigatória.

A abordagem da pesquisa, portanto, será observar o real alcance da uniformização da jurisprudência pretendida pelo legislador ao editar o Novo Código de Processo Civil, nos Tribunais locais, principalmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em relação à temas que não possuem nenhuma decisão com força vinculante. A partir dessa análise será possível a dimensão do prejuízo que decisões judiciais manifestamente contraditórias proferidas por Juízes de um mesmo Tribunal, podem causar para os seus jurisdicionados.

Para melhor compreensão sobre o tema, busca-se apresentar um tema específico de apreciação recorrente pelos Tribunais de Justiça, mas que ainda não foram, por exemplo, objeto de um julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, que possuem observância obrigatória.

Inicia-se, para tanto, o primeiro capítulo do trabalho apresentando o chamado pela doutrina de “Microsistema de Precedentes”, abordando as decisões que possuem observância obrigatória previstas no rol do art. 927 do Novo Código de Processo Civil.

Segue-se ponderando-se, no segundo capítulo, a uniformização da jurisprudência é fácil de ser vista nas hipóteses taxativamente previstas pelo legislador no Novo Código de Processo Civil, em que a matéria a ser enfrentada pelo respectivo Tribunal local já foi objeto de apreciação definitiva pelas Cortes Superiores gerando um precedente vinculante. Pretende-se demonstrar, portanto, que ainda existem temas que são enfrentados diariamente pelo Poder Judiciário que não possuem, até os dias de hoje, um entendimento sólido sobre a matéria que dê segurança jurídica aos jurisdicionados, que podem ser surpreendidos com decisões completamente divergentes de outras proferidas pelo mesmo Tribunal, sobre o mesmo tema.

O terceiro capítulo da pesquisa analisa os efeitos da uniformização da jurisprudência na vida do Magistrado, se obrigatoriedade por consolidar um entendimento sobre determinada matéria retira a autonomia dos Juízes no momento de decidir, suprimindo a prerrogativa do livre convencimento motivado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador 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.

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. O MICROSSISTEMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O ordenamento jurídico brasileiro possui forte influência do sistema romano-germânico, em que há anos prepondera o direito positivado frente às demais fontes do direito, como a doutrina, a jurisprudência e o costume, usualmente conhecido como *civil law*.

No entanto, já nos primeiros 25 (vinte e cinco anos), Giuseppe Chiovenda já previa que “a evolução do processo civil restaria por unir as famílias do *civil law* e da *common law*, permitindo uma interação capaz de institutos de um sistema serem úteis ao outro”<sup>1</sup>. A premissa do referido jurista italiano não poderia ser mais acertada, já que com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, houve a introdução do chamado “sistema de precedentes”, em que é dever dos Magistrados a uniformização da jurisprudência, conforme preceitua os artigos 926 e 927 do referido diploma legal<sup>2</sup>.

Desse modo, percebe-se que com a entrada em vigor do novo diploma processual civil, nasce um sistema em que as decisões judiciais passam a ter maior importância, aproximando-se do sistema anglo-saxônico, adotado por países como a Inglaterra, por exemplo, com o chamado *Rules of Civil Procedure*.

A preocupação do legislador infraconstitucional foi dar maior efetividade aos princípios da isonomia e da segurança, já que diante do livre convencimento motivado — prerrogativa dos magistrados brasileiros — cada órgão julgador poderá interpretar a norma escrita da forma que melhor lhe aprouver, desde que fundamentadamente.

Confira-se as palavras do Ministro Luiz Fux, magistrado de carreira, sobre o tema:

O modelo anterior, portanto, conviveu com o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétrea da isonomia, como adverte Denny Loyd. Assim, diante da possibilidade de que questões bastante similares gerem um quadro de insegurança jurídica quanto à adequada aplicação do Direito, o incidente

<sup>1</sup> FUX, Luiz. *Segurança Jurídica no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 557.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

criado pelo anteprojeto permite a seleção de causas piloto que servem de mecanismo preventivo, de modo a evitar a multiplicação de juízos contraditórios acerca de causas com natureza semelhante.<sup>3</sup>

Com base nessas prerrogativas, o Novo Código de Processo Civil trouxe no corpo do art. 927<sup>4</sup>, um rol com as decisões presentes em nosso ordenamento jurídico que possuem observância obrigatória por todos os juízes dos Tribunais de Justiça locais, como os acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas.

Nas palavras de Sofia Temer<sup>5</sup>:

Não haveria sentido em criar uma técnica processual diferenciada, que trabalha com uma lógica de julgamento a partir de um modelo da controvérsia jurídica para que seja fixada uma só tese, e admitir que os juízos de primeiro grau e tribunais continuassem aplicando entendimentos divergentes no julgamento dos casos que contivessem tal controvérsia.

Assim, a decisão que fixa a tese jurídica, por ter força de precedente vinculativo, aplica-se necessariamente a todos os casos que versem sobre a controvérsia, sem possibilidade de rediscussão, salvo excepcional hipótese de revisão ou superação da tese. Todos os sujeitos dos processos repetitivos sofrem, então, a eficácia da tese jurídica fixada, ainda que indiretamente, por ocasião do julgamento de suas demandas (individuais ou coletivas)

Percebe-se, portanto, que para as hipóteses fáticas em que há a existência de alguma decisão com força vinculativa, a segurança jurídica dos jurisdicionados está assegurada, já que sua observância é obrigatória, e só poderá ser afastada em duas hipóteses específicas: *distinguishing* e *overruling*.

Em outras palavras, quando houver uma das hipóteses previstas no art. 927 do Código de Processo Civil, essas decisões poderão ser refutadas, somente e tão somente, quando o magistrado conseguir demonstrar que os pressupostos de fato e de direito de um caso são diametralmente opostos do caso paradigma, nos termos do art. 489, VI, do diploma processual<sup>6</sup>.

Além dessas hipóteses, não se pode ignorar a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça alterarem a posição por eles pacificada anteriormente. Confira-se a lição do professor Humberto Theodoro Junior<sup>7</sup>:

Como não deve o jurisdicionado ser surpreendido com mudança de entendimentos pretorianos abruptos, quando já exista posição anterior pacífica e consolidada, autoriza o NCPC que, sendo necessária a tomada de nova orientação pelos tribunais

<sup>3</sup> Ibid., p. 553.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>5</sup> TEMER, Sofia. *Recursos no incidente de resolução de demanda repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica – Reflexões sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 439/440.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>7</sup> THEODORO ÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.172.

superiores, possam eles fazê-lo, nos julgamentos de casos repetitivos, de modo a respeitar as situações jurídicas estatuídas no passado à luz da jurisprudência então dominante.

Não se pode, todavia, fechar os olhos para a existência de diversos temas submetidos, diariamente, à apreciação do Poder Judiciário pátrio, que ainda não possuem nenhuma decisão com força vinculante, ou seja, fora das hipóteses previstas no rol contido na Lei nº 13.105/15<sup>8</sup>.

Atento para essas hipóteses, o Novo Código de Processo Civil estabelece em seu art. 926 do Código de Processo Civil<sup>9</sup> que os tribunais locais deverão “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, podendo, inclusive, editar enunciados de súmula de forma a consolidar seu posicionamento e assim, garantir a segurança jurídica exigida pelo Constituinte.

Após a exposição feita acima, não há dúvidas acerca da implementação de um “microsistema de precedentes” dentro do sistema processual vigente no atual ordenamento jurídico, que visa através de diversos instrumentos garantir a isonomia e estabilidade aos jurisdicionados que precisam submeter suas lides ao Poder Judiciário.

## 2. A APLICABILIDADE DO ART. 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FORA DAS HIPÓTESES DE PRECEDENTES DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA

Conforme visto no capítulo anterior, a uniformização da jurisprudência pelos Tribunais é medida de fácil resolução nas hipóteses em que já houver enunciado de súmula e acórdãos de observância obrigatória, previstos no art. 927 do Código de Processo Civil<sup>10</sup>.

A importância do microsistema dos precedentes no atual ordenamento jurídico é facilmente percebida quando se analisa uma questão que foi muito enfrentada pelos Tribunais de Justiça de todo o país: a obrigação das operadoras de plano de saúde em fornecer aos seus segurados, medicamentos não registrados pela ANVISA.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro era possível encontrar decisões absolutamente contraditórias, enquanto alguns Desembargadores eram firmes ao afastar a obrigação das seguradoras, considerando, inclusive, que o fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA seria considerada infração penal, outros eram claros ao ressaltar que

---

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid.



cabia ao médico a escolha do melhor tratamento para o paciente. Confira-se, nesse sentido, dois julgados proferidos nos anos de 2017 e 2016, respectivamente:

Agravo de Instrumento. Plano de Saúde. Recusa do plano de saúde em fornecer medicamento para a paciente. Decisão agravada que determina o fornecimento do medicamento Revlimid. Irresignação da parte ré. 1. O medicamento indicado para o tratamento da autora não possui registro na ANVISA. Ausência de obrigação do plano de saúde em fornecer o medicamento recomendado cuja importação e comercialização é vetada pelos órgãos governamentais. Poder Judiciário que não pode impor à operadora de plano de saúde que realize ato tipificado como infração de natureza penal. Precedentes do STJ. 2. Reforma da decisão. 3. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO.<sup>11</sup>

Em sentido diametralmente contrário, a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possuía precedentes determinando que a operadora do plano de saúde fornecesse o medicamento, argumentando que o simples fato de inexistir registro na ANVISA não afastava o dever, uma vez que cabe ao médico a escolha do melhor tratamento.

Apelação Cível. Direito do Consumidor. Plano de Saúde. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória por Danos Materiais, com pedido de tutela antecipada. Negativa da ré ao pedido de liberação do medicamento "CRIZOTINIBE", indicado pelo médico assistente do autor, necessário ao tratamento de câncer do pulmão. Alegação da ré de que o remédio não possui autorização da ANVISA, para comercialização no Brasil, sendo considerado como medicamento para uso experimental. Sentença que julga procedente o pedido autoral, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, condenando a ré a autorizar o tratamento do autor originário, com o fornecimento do medicamento indicado pelo médico, e a pagar ao Espólio autor a quantia de R\$ 24.427,57, a título de danos materiais. Irresignação da ré, que requer a reforma in totum da sentença proferida pelo Juiz de primeiro grau. Ausência de registro na ANVISA que, por si só, não afasta o dever da operadora do plano de saúde de fornecer o medicamento, cabendo ao médico assistente a escolha do melhor tratamento. Inteligência das Súmulas 211 e 340 do TJRJ. Sentença que se mantém. Majoração dos honorários para 15%, com fulcro no art. 85, § 11, do NCPC. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO<sup>12</sup>.

Diante da grande repercussão que a matéria estava causando, o Superior Tribunal de Justiça, em 2018, com o intuito de colocar fim a qualquer discussão sobre a matéria, decidiu por afetar dois recursos especiais, REsp nº 1712163/SP<sup>13</sup> e 1726563/SP<sup>14</sup>, e suspender o processamento de todos os processos que versavam sobre o tema, com a consequente

---

<sup>11</sup> BRASIL. Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0038077-83.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Sérgio Seabra Varella, Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>12</sup> Idem. Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0000649-56.2016.8.19.0209*. Relator: Desembargadora JDS Maria Celeste Pinto de Castro Jatayh. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>13</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1712163/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>14</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1726563/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

instauração do Repetitivo nº 990, em que foi firmada a seguinte tese: As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

A publicação do acórdão proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça gerou uma maior segurança jurídica para os jurisdicionados que submetiam a questão ao Poder Judiciário com vias de obter os medicamentos necessários para o tratamento de saúde a qual estavam submetidos.

Isso porque, basta simples passar de olhos na recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, utilizado como exemplo da controvérsia, para se perceber que desde 08.11.2018 — data do julgamento da tese — todos os julgados suscitando o Tema nº 990, possuem o mesmo entendimento: a operadora de saúde apenas tem a obrigação de fornecer os medicamentos registrados na ANVISA. Transcreva-se, abaixo, recente julgado sobre o tema<sup>15</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE. MANUTENÇÃO DA R. DECISÃO. 1. Medida necessária diante da existência de prejuízos concretos que colocam em risco a saúde e a vida da autora, portadora de Esclerose Múltipla - CID G 35. 2. Medicamento registrado na ANVISA prescrito pelo médico que assiste a autora. 3. Obrigação das operadoras de fornecer medicamento registrado pela ANVISA. Sistemática de recurso repetitivo. REsp nº 1.712.163/SP e nº 1.726.563/SP. Tema nº 990. 4. Manutenção da R. Decisão. 5. Negativa de provimento ao recurso. Prejudicado o agravo interno.

Uma das maiores controvérsias do direito tributário é causada pela existência de decisões, em sentido diametralmente oposto, dentro do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em razão do Órgão Especial deste Tribunal ter declarado a inconstitucionalidade do item 17.08 da lista anexa da Lei Complementar nº 116/03 (processo nº 0028891-85.2007.8.19.0000), que prevê a incidência do Imposto sobre Produtos e Serviços — ISS sobre o contrato de franquia, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, em observância ao princípio da legalidade, em diversos julgados, declarou legítima a incidência do imposto sobre o mencionado contrato.

Como não poderia ser diferente, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 603.136, que foi afetado com repercussão geral, nos termos do art. 1.035, §7º do Código de Processo Civil. No entanto, na decisão proferida pelo Ministro

---

<sup>15</sup> Idem. Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0054840-28.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilberto Clóvis Farias Matos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

Gilmar Mendes não foi determinada o sobrestamento dos feitos que versem sobre a matéria, motivo pelo qual a insegurança jurídica continua em vigor.

Não por outra razão, o Desembargador Alexandre Câmara<sup>16</sup> esclarece acerca da necessidade do relator dos recursos repetitivos, ao apreciar a repercussão geral do tema, determinar a suspensão dos processos pendentes sobre a matéria afetada, justamente, para que não haja decisões contraditórias para situações idênticas:

Ainda na decisão de afetação, deverá o relator dos recursos especiais ou extraordinários repetitivos determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.037, II). Manifesta-se, aqui, uma técnica de gerenciamento de causas repetitivas, através da qual se aguardará a formação de uma decisão paradigma, a qual terá eficácia de precedente vinculante, e que será, posteriormente, empregada como base para a formação das decisões que serão proferidas para os casos equivalentes (*to treat like cases alike*).

Não há dúvidas, portanto, que para se chegar ao fim pretendido pelo legislador com a previsão do incidente de demandas repetitivas, não basta que o relator do recurso afete o tema e selecione os processos representativos da controvérsia para o julgamento da questão de direito, nos termos do art. 1.036, §5º do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, impõe-se, a imediata suspensão dos demais processos em trâmite.

Pelas insuperáveis premissas expostas é possível perceber que a determinação imposta pelo art. 926 do Código de Processo Civil<sup>18</sup> só é possível quando há o julgamento de um recurso que possui observância obrigatória, como os recursos especiais e extraordinários repetitivos. Por esta razão, a valorização no ordenamento jurídico brasileiro do microsistema de precedentes é medida que deve ser observada pelos legisladores, juristas, magistrados e todos que atuam na área jurídica, com o intuito de garantir a tão almejada segurança jurídica.

### 3. A GARANTIA DA AUTONOMIA DO MAGISTRADO FRENTE AO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Com o intuito de garantir a imparcialidade no julgamento dos processos em trâmite nos Tribunais de Justiça, a Constituição Federal, em seu art. 95<sup>19</sup>, assegura aos Magistrados três prerrogativas fundamentais: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 554.

<sup>17</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Idem. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.Htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Sobre o tema, o Professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>20</sup> esclarece a necessidade de se atribuir garantias a determinados servidores públicos titulares de cargos que desempenhem funções de poder. Confira-se:

A vitaliciedade representa a garantia, ou a prerrogativa especial, de permanência no serviço público, conferida a agentes públicos de determinadas categorias funcionais, titulares de cargos vitalícios, em virtude da especificidade das funções que lhe são cometidas, tal como reconhecido em sede constitucional. No atual quadro normativo constitucional, são titulares do direito à vitaliciedade os magistrados (art. 95, I), os membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §3º) e os membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, “a”).

Essa é sem tirar nem pôr a situação dos Magistrados, visto que desempenham uma função que exige uma atuação com pouca interferência externa. Em outras palavras, o poder decisório dos juízes deve ser exercido, única e exclusivamente, com base na valoração das provas produzidas nos autos feita pelo julgador, nos termos do art. 371 do Código de Processo Civil.<sup>21</sup>

Diante disso, surge uma dúvida: estaria a autonomia do poder de decidir do Magistrado comprometida com a evolução no ordenamento jurídico brasileiro do microssistema de precedentes vinculantes?

Isso porque, o Código de Processo Civil em diversos dispositivos determina que os juízes observem em suas decisões, os entendimentos fixados em acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos, com o intuito de uniformizar a jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme determina o art. 926 do diploma legal<sup>22</sup>.

No entanto, necessário ressaltar que, embora existam sim, precedentes que são de observância obrigatória pelo magistrado de primeira instância, oportunidade em que somente realizará a subsunção da decisão vinculante ao caso concreto, deve ser feita uma primeira análise pelo julgador ao analisar a lide colocada à sua apreciação, de modo a avaliar se o caso guarda semelhança com o paradigma.

Dessa forma, feito o método de comparação, o juiz poderá concluir que o caso se enquadra perfeitamente à análise submetida aos Tribunais Superiores e assim, julgar nos termos do recurso de observância obrigatória, ou então, verificar que a situação em análise não possui,

---

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 690.

<sup>21</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.

<sup>22</sup> Ibid.

no todo ou em parte, relação com a matéria discutida, de modo a afastar a aplicação do paradigma.

Por essa razão, a doutrina sobre o tema esclarece que há certa flexibilidade na aplicação dos precedentes judiciais que possuem observância obrigatória, permitindo assim, que o Magistrado competente para julgar a matéria possa fazer uma análise mais detalhada do caso.

Leia-se:

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segunda a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional. Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*.<sup>23</sup>

Em outras palavras, o juiz ao observar o caso concreto poderá se utilizar da técnica de comparação denominada de *distinguishing*, e a partir dessa constatação dará continuidade ao julgamento da lide seguindo o procedimento natural do processo, com produção de provas, se necessárias, e, ao fim, prolação de uma sentença de mérito, com base no art. 487 do Código de Processo Civil.<sup>24</sup>

Além disso, importante ressaltar que nem mesmo o próprio Tribunal em que se originou o precedente vinculante ficará vinculado *ad eternum* aos termos da decisão proferida em sede de recursos repetitivos.

Isso porque, além do método de comparação denominado *distinguishing*, utilizados pelos magistrados para legitimar a não aplicação de uma decisão de observância obrigatória, existem os métodos de superação, conhecidos como *overruling* e *overriding*.

Segundo ensinamento do doutrinador Celso de Albuquerque<sup>25</sup>, o *overruling* é a técnica utilizada pelo próprio tribunal que criou o precedente vinculante para superá-lo, é como se fosse a revogação de uma lei pela outra. Confira-se:

*overruling* nada mais é do que uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada, embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas,

<sup>23</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*, V. 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 403/404)

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>25</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimidade e aplicação*. Lumes Juris, 2005, p. 266.

totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão.

Por outro lado, estar-se-á diante do chamado *overriding* quando o Tribunal Superior que fixou a tese após análise do recurso paradigma, limitar a incidência de um precedente, em razão da inovação do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema discutido, é como se fosse a conhecida modulação dos efeitos nas ações direta de inconstitucionalidade. Confira-se:

É importante distinguir ainda entre *overruling* e *reversal*. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão-somente a reforma, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão *ad quem* altera o entendimento pelo órgão *a quo*. O *reversal* não configura, pois, uma técnica de superação do precedente, mas apenas uma técnica de controle.”<sup>26</sup>

Por fim, mas não de menor importância, há ainda mais uma técnica que poderá ser utilizada pelas partes dos processos que sejam suspensos em razão da similitude fática entre a matéria discutida e o recurso sobrestado pelo rito das demandas repetitivas, consistente no pedido de exclusão do seu processo da decisão de sobrestamento, nos termos do art. 1.035, §6º do Código de Processo Civil<sup>27</sup>.

Perceba-se, portanto, que a evolução do microssistema de precedentes de observância obrigatória não viola em nada a garantia da autonomia conferida aos magistrados no momento de decidir. Ao contrário, o juiz deverá analisar atentamente se a hipótese submetida à sua análise se enquadra na tese fixada pelas Cortes Superiores. Caso contrário, deverá dar continuidade à instrução do processo, e se for o caso, instaurar um novo incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do art. 977, I, do Código de Processo Civil<sup>28</sup>.

Por mais essas razões, é possível perceber que a evolução do rol de decisões que possuem observância obrigatória pelos juízes, com o intuito de uniformizar a jurisprudência é uma técnica que apenas concretiza o princípio da segurança jurídica tão prestigiada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Confira-se trecho dos ensinamentos da doutrina:

Alguém poderia dizer que decisões várias para um mesmo caso não significa desordem, mas o reflexo de uma natural diversidade de opiniões. É certo que essa péssima praxe se solidificou por muito tempo em nosso direito, mas não há como deixar de ver, se se pretende analisar a situação do judiciário de modo crítico, que isso atenta contra a igualdade, a imparcialidade e a segurança jurídica. não há como admitir

<sup>26</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba. Juruá, 2013, p. 153.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>28</sup> Ibid.

decisões diferentes para casos semelhantes, a menos que se imagine que os juízes e tribunais não fazem parte de um só sistema e Poder.<sup>29</sup>

É possível depreender, portanto, que a determinação feita pelo legislador na edição do Novo Código de Processo Civil, nos arts. 926 e 927<sup>30</sup>, deverá ser seguida pelos magistrados de forma atenta e fundamentada, analisando caso a caso, se enquadra-se na tese fixada em sede de recurso repetitivos.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de temas que são enfrentados diariamente pelos Tribunais de Justiça, diariamente, e que geram decisões em sentido diametralmente opostos, como por exemplo, a obrigação das operadoras de plano de saúde em fornecer aos seus segurados, medicamentos não registrados pela ANVISA.

A problemática foi facilmente resolvida através da instauração do incidente de demandas repetitivas tão prestigiado pelo Novo Código de Processo Civil, no art. 976 e seguintes.

Isso porque, após o juízo de admissibilidade do incidente, o relator deverá determinar a suspensão de todos os processos pendentes que tramitem no Estado ou região de sua competência, impossibilitando a prolação de novas decisões conflitantes.

Nesse sentido, a controvérsia acerca da obrigação das operadoras de plano de saúde em fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA foi resolvida por meio do julgamento do Tema 990, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 08.11.2018, oportunidade em que restou decidido que não há qualquer obrigação das seguradoras.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a importância conferida ao microssistema de precedentes deve ser, cada vez mais, valorizada, pois, acaba com a total insegurança jurídica que os jurisdicionados encontram ao submeter suas questões à análise do Poder Judiciário, caso ainda não haja nenhuma decisão de cunha vinculante existente.

Na prática, conclui-se, portanto, que a determinação imposta pelo art. 926 do Código de Processo Civil só é possível de se concretizar quando há o julgamento de um recurso que possui observância obrigatória, como os recursos especiais e extraordinário repetitivos.

---

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.073.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro com o *common law* é de suma importância, já que o direito positivo não é capaz de prever todas as situações que podem vir a acontecer no dia-a-dia.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, a de autonomia dos magistrados frente ao microsistema de precedentes vinculantes, esta pesquisa chegou ao entendimento de que, a prerrogativa garantida ao magistrado permanece intacta diante da existência de decisões de observância obrigatória e enunciado de súmulas.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que, mesmos nessas hipóteses, em que o magistrado apenas deverá fazer a subsunção da decisão ao caso concreto, mostra-se necessária uma primeira análise pelo julgador, de modo a avaliar se o caso guarda semelhança com o paradigma.

Essa avaliação é denominada como método de comparação, que poderá resultar na aplicação da técnica denominada de *distinguishing*, e a partir dessa constatação, dar continuidade ao julgamento da lide seguindo o natural deslinde do feito.

Dessa forma, é possível perceber que o microsistema de precedentes não é de aplicação absoluta, ao contrário, há certa flexibilidade na aplicação das decisões vinculantes, já que é conferida a possibilidade de o juiz fazer uma análise mais detalhada do caso.

Até mesmo porque, demonstrou-se por meio da pesquisa que nem mesmo o próprio Tribunal em que se originou o precedente vinculante ficará adstrito *ad eternum* aos termos da decisão proferida em sede de recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas, já que poderá se utilizar dos métodos de superação, conhecidos como *overruling* e *overriding*.

Por último, mas não menos importante, demonstrou-se através desta pesquisa, que as próprias partes podem fazer um requerimento de exclusão do seu processo da decisão de sobrestamento, sustentando a tese de inexistência de similitude fática existente entre as demandas, nos termos do art. 1.035, do Código de Processo Civil.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação dos magistrados em casos em que há decisão vinculante proferida por um dos Tribunais Superiores não viola de qualquer maneira a autonomia de decidir que possuem.

Ficou evidente, por essas razões, que a importância conferida pelo Novo Código de Processo Civil aos precedentes de observância obrigatória apenas garante uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados, já que evita que uma mesma questão seja decidida de forma diametralmente oposta, apenas em razão da demanda ter sido distribuída para juízes diferentes.

Deve ser preocupação constante das Cortes Superiores e dos Tribunais de Justiça locais, uniformizar sua jurisprudência, como preceitua o art. 926 do Código de Processo Civil, sem, no entanto, deixar de lado a existência de peculiaridades entres os casos colocados à apreciação dos magistrados, mesmo que o plano de fundo se desenrole em torno da mesma matéria de direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1712163/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1726563/SP*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0054840-28.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilberto Clóvis Farias Matos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0038077-83.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Sérgio Seabra Varela, Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

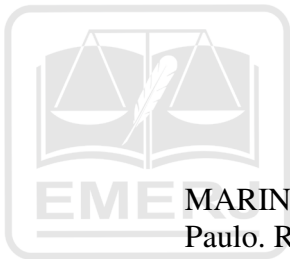
\_\_\_\_\_. Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0000649-56.2016.8.19.0209*. Relator: Desembargadora Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.1.3>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*, Volume 2. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FUX, Luiz. *Segurança Jurídica no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.



MARINONI, Luiz Guilherme. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA. Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimidade e aplicação*. Lumes Juris, 2005.

SOUZA. Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba. Juruá, 2013.

TEMER, Sofia. *Recursos no incidente de resolução de demanda repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica – Reflexões sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

THEODORO ÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA PROPOSTA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Renan de Paula Freitas Galdeano França

Graduado no curso de Direito pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Candido Mendes.

**Resumo** – diante das inúmeras investigações realizadas pela polícia, principalmente em tempos de deflagração de operações policiais que descobriram esquemas de corrupção envolvendo agentes políticos e recursos públicos, a atuação da autoridade policial mostra-se essencial para desmontar e recuperar as verbas desviadas pela organização criminosa. Nesse sentido, mostra-se cada vez mais adequado que o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial e responsável pelas investigações, conforme previsão legal da Lei nº 12.830/13 possa propor acordos de colaboração premiada, a fim de identificar os envolvidos, a função de cada um deles e ao final, prender os responsáveis pela prática de crimes, pertencentes a esta organização criminosa. Nesse caminhar, como fica o Ministério Público ante a atuação da autoridade policial, haveria usurpação da função, visto que o órgão ministerial é o autor da ação penal? E o magistrado, fica vinculado ao acordo celebrado entre o acusado e o Delegado de Polícia? Esses aspectos serão abordados em conformidade com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF que definiu definitivamente a controvérsia existente.

**Palavra-chave:** Colaboração premiada. Delegado de Polícia. Constitucionalidade. Lei de Organizações Criminosas. ADI 5508.

**Sumário** – Introdução. 1. Legitimidade e constitucionalidade do delegado de polícia para propor acordos de colaboração premiada, no bojo do inquérito policial. 2. Competência exclusiva do Ministério Público como autor da ação penal para a celebração do acordo de colaboração premiada e a vinculação da autoridade judiciária ao parecer obrigatório do membro do órgão ministerial. 3. Entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da autoridade policial em propor colaboração premiada e a discussão enfrentada na ADI 5508/DF. Conclusões. Referências.

### INTRODUÇÃO

Diante de todas as investigações perpetradas nos últimos anos em combate a corrupção no Brasil, o acordo de colaboração premiada tem sido utilizado como um importante mecanismo para desbaratar as organizações criminosas e desvendar os esquemas de desvio de verbas públicas, possibilitando o ressarcimento aos cofres públicos lesados pela corrupção enraizada, principalmente pelos agentes políticos.



Em razão da grande necessidade em obter informações relevantes para o desenvolvimento das investigações, o presente trabalho tem por escopo discutir a constitucionalidade da autoridade policial em propor ao investigado o acordo de colaboração premiada, na forma da Lei nº 12.850/13, também conhecida como a Lei de Organização Criminosa.

Diante disso, será analisado no primeiro capítulo do trabalho a legitimidade e constitucionalidade do delegado de polícia para propor acordos de colaboração premiada, no bojo do inquérito policial, enfrentando a controvérsia de que tal procedimento seria de competência exclusiva do Ministério Público e que se praticado pela autoridade policial este estaria eivado de vícios e ilegalidades, uma vez que parte da doutrina defende a inconstitucionalidade do ato se praticado pelo delegado de polícia.

No segundo capítulo do trabalho será abordado se há competência exclusiva do ministério público como autor da ação penal para a celebração do acordo de colaboração premiada e a vinculação da autoridade judiciária ao parecer obrigatório do membro do órgão ministerial, uma vez que o Ministério Público por ser o titular da ação penal saberia a melhor forma de conduzir a investigação em busca da aplicação do *jus puniendi*.

No terceiro capítulo, será explicado o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da autoridade policial em propor colaboração premiada e a discussão enfrentada na ADI 5508/DF, que pôs fim a discussão e a controvérsia tão debatidas.

Por fim, destaca-se que o presente artigo científico demonstrará por meio do método dedutivo-indutivo, o entendimento jurisprudencial que vem sendo aplicada a questão, bem como discutirá a legitimidade para o oferecimento do acordo de colaboração, aplicando-se também, a Lei nº 12.830/13, conhecida como a lei que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia e a Lei nº 12.850/13, que trata sobre a lei de organização criminosa.

## 1. LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOR ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA, NO BOJO DO INQUÉRITO POLICIAL

Para que seja dado início ao presente trabalho, é importante realizar a análise de duas leis que irão embasar a pesquisa até o seu final. Nesse caso, a Lei nº 12.830/13<sup>1</sup>, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia e a Lei nº 12.850/13<sup>2</sup>, também conhecida como a Lei de Organização Criminosa.

Após essa breve apresentação das leis, será dado início as questões controvertidas acerca do tema. As referidas normas, além dos objetivos primordiais para as quais foram criadas, possuem o condão de legitimar a Autoridade Policial, representada pelo Delegado de Polícia, tanto da Polícia Federal como das Polícias Cíveis de todos os Estados, de celebrar com o investigado, no bojo da investigação criminal, os acordos de colaboração premiada.

A Lei nº 12.830/13<sup>3</sup> surgiu para regulamentar que a investigação criminal, que será conduzida pelo Delegado de Polícia. Assim, temos a autoridade policial como presidente do inquérito policial e, possui como atribuição, instaurar investigações para a elucidação de fatos criminosos, bem como apurar as circunstâncias, materialidade e autoria da infração penal.

Nesse caminhar, a norma estudada possui o condão de conceder aos Delegados de Polícia a titularidade ordinária das investigações criminais. É perceptível que não só a Lei nº 12.830/13<sup>4</sup> confere essas competências, mas há também a Lei nº 12.850/13<sup>5</sup>, que nesse contexto, é a grande causadora das controvérsias. Não é possível deixar de mencionar a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

A CRFB/88<sup>6</sup>, no seu art. 129, §§1º e 4º, determina que cabe a Polícia Federal, Civil, entre outras - que não serão objetos de análise na presente pesquisa, pois não possuem Delegado de Polícia - a atribuição para apurar infrações penais, que no bojo de uma

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº12.830/13*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>2</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>3</sup>Ibidem. *Lei nº12.830/13*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>6</sup>Ibidem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

investigação criminal tem o escopo de obter provas suficientes não só para fundamentar o indiciamento do investigado, mas como também, possibilitar desbaratar estruturas complexas de organizações criminosas, que se unem para a prática de crimes, de forma organizada e estruturada.

Diante dos argumentos expostos, a Lei nº 12.850/13<sup>7</sup>, que trata das organizações criminosas, ao ser criada, previu a possibilidade dos Delegados de Polícia celebrarem acordos de colaboração premiada com os investigados.

A Lei nº 12.850/13<sup>8</sup>, que versa acerca dos crimes de organização criminosa, prevê em seu art. 4º, §§ 2º e 6º, que a depender da relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, nesse ultimo caso, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber o artigo 28 Código de Processo Penal<sup>9</sup>, bem como, que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Apesar de estar positivada na lei vigente acerca do tema, a matéria possui grandes controvérsias, visto que o Ministério Público de forma arbitrária reivindica a competência exclusiva para os oferecimentos dos acordos de colaboração premiada.

O órgão ministerial alega como fundamento primordial alguns fatores, entre eles o desrespeito ao sistema acusatório e a inconstitucionalidade do art. 4º, §§2º e 4º da Lei de Organização Criminosa<sup>10</sup>, uma vez que haveria violação da competência exclusiva do Ministério Público na qualidade de autor da ação penal.

Como se sabe, o Brasil adota um sistema acusatório misto, em virtude da prevalência de características inquisitórias na fase pré-processual e de características acusatórias na fase processual. No entanto, o Ministério Público alega que em que pese a característica do sistema adotado, a colaboração premiada proposta pelo Delegado de Polícia violaria o seu

<sup>7</sup>BRASIL. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup>Ibidem. *Decreto Lei nº 3.689/41*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>10</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.



papel de órgão acusador. Nesse sentido, de acordo com o entendimento do Ministério Público, caberia as polícias somente investigar as infrações, se submetendo ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, VII, da CRFB/88<sup>11</sup>, em respeito ao princípio do sistema acusatório.

Ademais, deve ser realizada uma diferenciação do que seria a competência exclusiva da ação penal do Ministério Público com a atribuição conferida aos Delegados de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração premiada. Nesse ponto em específico, o Ministério Público, conforme já elucidado no art. 129, I da CRFB/88<sup>12</sup> possui a exclusividade de promover a ação penal, o que não deve ser confundido com a celebração de acordos de colaboração premiada, que ocorrem em sua maioria em uma fase pré-processual, ou seja, no decorrer da investigação criminal, nos autos do inquérito policial que é presidido pela autoridade policial.

Em decorrência das atribuições conferidas aos Delegados de Polícia, na qualidade de presidente do inquérito policial, lhe são conferidos o dever e o direito de conduzir a investigação criminal, visando a obter a maior quantidade de informações necessárias para que os elementos de convicção, tanto a autoria como a materialidade restem devidamente elucidados. Ademais, a Constituição da República no seu artigo 144<sup>13</sup> instrumentaliza justamente o poder de polícia, que engloba de uma forma geral, o poder-dever, por meios lícitos, obter os meios legais para apuração de um fato criminoso.

Em razão disso, torna-se importante trazer a baila um trecho do parecer da Advocacia Geral da União (AGU)<sup>14</sup>, nos autos da ADI nº 5508/DF, que ilustra uma maneira peculiar de enxergarmos o conceito de colaboração premiada como:

Tratando especificamente da colaboração premiada, a Seção I do Capítulo 11 dissecou os objetivos e procedimentos para utilização do instituto, deixando claro que se trata de uma ferramenta destinada a otimizar a investigação e a instrução criminal, jamais um instrumento de favorecimento ao investigado, não podendo a colaboração ser considerada tecnicamente uma prova. Nesse sentido, a lei é clara ao proibir que haja condenação baseada tão-somente na colaboração.

No entanto, em que pese a colaboração constituir uma ferramenta para a obtenção de provas, esta só produzirá efeitos quando, efetivamente, restar comprovado que as informações prestadas são verdadeiras e que de alguma forma, possibilitaram a elucidação e colaboração para o procedimento investigatório.

<sup>11</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup>Ibidem, *ADI nº 5508/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.ju s.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#>>. Acesso em: 22 out. 2018.

Outrossim, é necessário diferenciar os acordos celebrados pelo Delegado de Polícia no curso das investigações, ou seja, na fase pré-processual, dos acordos que o Ministério Público vier a celebrar no decorrer da ação penal. Nesse caso, por já existir um processo em andamento, o agora réu, somente poderá realizar qualquer tipo de acordo que tenha por objetivo os benefícios da colaboração com o Ministério Público, autor da ação penal.

Assim, o acordo de colaboração premiada proposto pelo Delegado de Polícia em forma alguma afetaria a competência do Ministério Público, entretanto, essa matéria foi assunto de muitas controvérsias, que serão exploradas no decorrer da pesquisa.

## 2. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO PENAL PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA AO PARECER OBRIGATÓRIO DO MEMBRO DO ÓRGÃO MINISTERIAL

Em razão do art. 129, I e §2º da Carta Magna<sup>15</sup>, sustenta o Ministério Público a legitimidade exclusiva para o oferecimento da ação penal o que consequentemente lhe autoriza a buscar da melhor forma a aplicação do *jus puniendi*, mediante a pretensão punitiva estatal. Nesta esteira de raciocínio, sustenta também, que o art. 4º, §§2º e 6º da Lei nº 12.850/2013<sup>16</sup> deve ser considerado inconstitucional, em razão da violação ao princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da CRFB/88<sup>17</sup>.

Nesse caminhar, arrazoa o órgão ministerial que em que pese o Delegado de Polícia presida as investigações no decorrer do inquérito policial, as estratégias devem ser traçadas pelo Ministério Público e respeitadas pela autoridade policial, uma vez que na qualidade de autor da ação penal, mesmo em fase pré-processual, cabe ao membro do parquet definir quais provas considera mais relevantes para promover a persecução penal.

<sup>15</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>16</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>17</sup>Ibidem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

Por tais motivos, dizia o saudoso Doutor e Professor Marcellus Polastri Lima<sup>18</sup> em sua obra, que sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.

Alegam também que o Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup> entende que é papel do Ministério Público dirigir a investigação criminal, em respeito ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

Instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da opinio delicti. É de sua atribuição, na fase investigatória, controlar a legitimidade dos atos e procedimentos de coleta de provas, autorizando ou não as medidas persecutórias submetidas à reserva de jurisdição, como, por exemplo, as que importam restrição a certos direitos constitucionais fundamentais, como o da inviolabilidade de moradia (CF, art. 5o, XI) e das comunicações telefônicas (CF, art. 5o, XII). Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições exclusivas do Procurador-Geral da República (Inq 2913-AgR, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, DJe de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o verdadeiro destinatário das diligências executadas (Rel 17649 MC, Min. CELSO DE MELLO, DJe de 30/5/2014).

De outro giro, em que pese o artigo 4, §§2 e 6º da Lei nº 12.850<sup>20</sup> – Lei de organização criminosa - prever competência para a celebração do acordo de colaboração premiado pelo Delegado de Polícia, boa parte da doutrina defende que a autoridade policial não teria legitimidade para tanto.

Em defesa dessa linha de entendimento, citamos Renato Brasileiro Lima<sup>21</sup>, que se posiciona contrariamente à ideia de que a autoridade policial possua legitimidade para a realização dos acordos de colaboração, provocando sua inconsistência com a pretensão constitucional, exatamente no ponto em que toca à titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, *in verbis*:

Por mais que a autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples manifestação do Ministério Público. Por mais que a Lei n. 12.850/13 faça referência à manifestação do Ministério Público nas hipóteses em que o acordo de colaboração premiada for firmado pelo Delegado de Polícia, essa simples manifestação não tem o condão de validar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial. Isso porque a Lei nº 12.850/13 não define bem o que seria essa

<sup>18</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Petição nº 5.260/DF*. Rel.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet\\_5260.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet_5260.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Lei nº 12.850/13, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>21</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 783.

manifestação, que, amanhã, poderia ser interpretada como um simples parecer ministerial, dando ensejo, assim, à celebração de um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial ainda que o órgão ministerial discordasse dos termos pactuados. Quando a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (ar. 129, I), também confere a ele, com exclusividade o juízo de viabilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Destarte, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado (v.g. perdão judicial), não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples manifestação.

Ademais, a doutrina mais flexível que defende a ilegitimidade do Delegado de Polícia, defende que caso ocorra à celebração do acordo, este deverá obrigatoriamente depender da promoção do Ministério Público, que se manifestará pela homologação do acordo ou pela sua rejeição. Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci<sup>22</sup> (2014, p. 733-734, apud Masson, 2016, p. 142) adverte:

Havíamos sustentado em nossa obra (*Organização criminosa*) poder a autoridade policial representar pelo perdão, sendo ele concedido mesmo sem a concordância do MP. Melhor refletindo, parece-nos que o delegado pode representar, sem dúvida, mas é fundamental que o Parquet concorde, em virtude da titularidade da ação penal. Assim, se houver discordância do Ministério Público, o magistrado não poderá homologar o acordo firmado com o investigado exclusivamente pelo delegado de polícia. Entrementes, se assim o fizer, caberá ao Parquet impugnar a decisão via recurso em sentido estrito (art. 581, VIII, CPP) ou mandado de segurança.

Apesar disso, há entendimentos favoráveis a possibilidade de propositura do acordo de colaboração pela autoridade policial, em razão da competência atribuída pela Lei nº 12.830/2013<sup>23</sup>, a qual compete ao Delegado de Polícia à presidência do inquérito policial, uma vez que a colaboração deve ser entendida como um meio de obtenção de prova.

Nesse sentido, também podemos citar Marcio Adriano Anselmo<sup>24</sup>:

Considerando que o Delegado de Polícia preside a investigação criminal realizada por meio do inquérito policial (Lei nº 12.830/2013), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação.

<sup>22</sup> MASSON, Cleber. *Crime Organizado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

<sup>23</sup>BRASIL. *Lei nº12.830/13*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>24</sup> ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016. Apud Gomes, Rodrigo Carneiro. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#\\_edn1](https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#_edn1)>. Acesso em: 24 fev. 2019.

Ao que parece, para Francisco Sannini Neto e Henrique Hoffmann Monteiro de Castro<sup>25</sup>, a parte da doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do art. 4, §§2º e 4º da Lei nº 12.850/2013<sup>26</sup> equivoca-se no próprio conceito de investigação preliminar, que objetiva, justamente, reunir elementos sobre a existência da infração penal e sua provável autoria, prescindindo, nesse contexto, de qualquer parecer do titular da ação penal, devendo desenvolver-se de maneira autônoma e imparcial, sem qualquer compromisso com as partes do processo, mas apenas com a verdade e com a justiça.

Assim, percebe-se que o tema encontra controvérsia na doutrina, se escorando em fundamentos diversos sem que haja uma posição definida. A luz de uma interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro e a segurança jurídica parece mais razoável que não haja qualquer óbice à propositura do acordo de colaboração premiada por parte do Delegado de Polícia, em razão dos poderes conferidos pelas Leis retrocitadas. Contudo, por ser o Ministério Público o autor da ação penal, este deverá opinar no acordo celebrado pelo Delegado de Polícia, não sendo a sua manifestação favorável a celebração do acordo considerada como um requisito de validade para a sua homologação.

Independentemente de quem irá propor a colaboração premiada, tanto o Delegado de Polícia quanto o Ministério Público, entende-se que o magistrado não poderá participar da formalização do acordo, conforme previsão legal do art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013<sup>27</sup>. Busca-se, assim, que o magistrado preserve sua imparcialidade, não se vinculando às tratativas, até mesmo para que possa exercer um melhor controle no momento da homologação do ato.

Embora o magistrado não participe das negociações, este possui duas importantes funções. Inicialmente atuará na homologação do acordo, realizando o controle de legalidade e regularidade, observando se os procedimentos e garantias previstos em lei e a voluntariedade, requisitos necessários para a homologação estão presentes.

Como requisitos temos: (i) voluntariedade; (ii) eficácia da colaboração e (iii) circunstâncias objetivas e favoráveis.

A voluntariedade consiste que a colaboração não seja fruto de coação, física ou psíquica, bem como não seja oriunda de falsas promessas como vantagens ilegais. Ressalte-se

---

<sup>25</sup> SANNINI NETO. Francisco; DE CASTRO. Henrique Hoffmann Monteiro. *Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>27</sup> Idem.

que a voluntariedade não precisa partir do colaborador, pode derivar em razão da orientação do advogado.

Destaca-se que o acordo será sempre realizado na presença do advogado do colaborador e por escrito, sendo possível a utilização de recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, na forma do art. 4º, §13 da Lei nº 12.850/2013<sup>28</sup>.

A eficácia da colaboração consiste no alcance dos objetivos previstos em lei, previstos no art. 4º, incisos I a V da Lei nº 12.850/2013.<sup>29</sup> Ao depender da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber o artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, ou seja, caso o juiz não concorde com a concessão do perdão judicial, deverá ser levada a questão ao Procurador Geral de Justiça se em âmbito estadual ou ao Procurador Geral da República se em âmbito federal, para que este decida acerca do perdão, devendo o magistrado acatar a posição final do membro máximo do Ministério Público.

Por fim, o último requisito são as circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis, previstas no art. 4º, §1º da Lei nº 12.850/2013.<sup>31</sup> Em relação a este requisito, consta do Manual do ENCCLA sobre colaboração premiada, a “autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária”<sup>32</sup>.

O Ministério Público e o Delegado de Polícia devem averiguar a adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal, sem olvidar a própria repercussão social do fato criminoso e sua gravidade. Nas circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis não se leva em consideração se o colaborador é réu primário ou que possua bons antecedentes, o importante nesta fase é que o colaborador demonstre interesse real em cooperar com as autoridades, descrevendo toda a organização criminosa, a

<sup>28</sup>BRASIL. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup>Ibidem. *Decreto Lei nº3.689/41*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689_compilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>31</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>32</sup>ENCCLA. *Manual Colaboração Premiada*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019

sua forma de agir, a sua estrutura, seus líderes e demais integrantes. Se no decorrer da colaboração for constatado que o colaborador omitiu fatos ou que mentiu, não será possível a celebração do acordo de colaboração e, ainda, poderá ser caso de sua rescisão.

Estando todos os requisitos necessários para a homologação do acordo de colaboração premiada respeitados, o juiz homologará o acordo.

No entanto, se o magistrado entender que o requisito voluntariedade não está presente ou se restar qualquer dúvida acerca do consentimento do colaborador, a homologação do acordo deverá ser negada, e a decisão de indeferimento deverá ser devidamente fundamentada, conforme previsão legal do art. 93, IX da CRFB/88<sup>33</sup>.

Por outro lado, visando preservar a imparcialidade do juiz, na homologação o magistrado não deve entrar no mérito do acordo. Sua atuação é pautada por assegurar, conforme dito, a legalidade, regularidade e voluntariedade. Não deve se desviar para análise, nesse momento, de outras questões.

Portanto, diante das explicações acima prestadas, percebe-se que o magistrado não está vinculado a manifestação do Ministério Público nos casos em que este se manifestar nos autos do acordo de colaboração premiada, independentemente se o acordo foi proposto pelo Delegado de Polícia ou se partiu diretamente do órgão ministerial.

### 3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL EM PROPOR COLABORAÇÃO PREMIADA E A DISCUSSÃO ENFRENTADA NA ADI 5508/DF

O tema abordado no corpo desta pesquisa gerou tamanha discussão que chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 5508/DF<sup>34</sup>. Devido à importância da matéria, em razão do grande esquema de corrupção descoberto no Brasil a partir de 2013, principalmente em decorrência da deflagração da “Operação Lava – Jato”, o tema gerou grandes repercussões, uma vez que os investigados e os réus da operação supracitada começaram a colaborar com as autoridades em troca de benefícios.

<sup>33</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>34</sup>Ibidem, *ADI n°5508/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#>>. Acesso em: 15 abr. 2019.



Inicialmente, as colaborações premiadas realizadas no bojo a investigação ou da ação penal, eram realizadas pelo Ministério Público Federal diretamente com o colaborador, na qualidade de investigado ou de réu.

Contudo, no desenvolver das várias etapas deflagradas na Operação Lava – Jato, a Autoridade Policial, começou a propor ao investigado a possibilidade de realizar o acordo de colaboração premiada, uma vez que na qualidade de presidente e responsável pelas investigações no bojo do inquérito, saberia de forma mais precisa as informações importantes para o desmantelamento da organização criminosa investigada.

A partir do momento que o Ministério Público tomou conhecimento dos acordos de colaboração premiada propostos pelo Delegado de Polícia, o cenário jurídico se transformou de uma forma que os acordos celebrados pela Autoridade Policial foram colocados em xeque, uma vez que se discutia a legalidade destes acordos.

O grande argumento do Ministério Público era que na condição de titular da ação penal, na forma do artigo 129, I da Constituição da República Federativa<sup>35</sup> do Brasil somente seus membros poderiam propor e realizar os acordos de colaboração premiada. Ademais, sustentavam que em que pese a autoridade policial seja o presidente da investigação no bojo do inquérito, ao Ministério Público caberia o poder de fiscalização externa da atividade policial, e, portanto, não poderia o Delegado de Polícia realizar acordos de colaboração premiada em razão de incompetência para tanto.

Dessa forma, buscando-se evitar a ocorrência de nulidade nas demandas em andamento, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal através da ADI nº 5508/DF<sup>36</sup>, em que de forma exaustiva foi discutida a legalidade e a competência dos acordos de colaboração premiada ofertados pelo Delegado de Polícia.

Em apertada síntese, o Ministério Público ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/ 2013<sup>37</sup>, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada, alegando ofensa ao princípio do devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88<sup>38</sup>, princípio da moralidade administrativa prevista no art. 37

<sup>35</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>36</sup>Ibidem, *ADI nº5508/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>37</sup>Ibidem. *Lei nº12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>38</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

caput da CRFB/88<sup>39</sup>, além de suscitar a titularidade do Ministério Público para a ação penal bem como a violação do princípio acusatório, com previsão legal no art. 129, I e § 2º, primeira parte. Por fim, alega que em razão do art. 144, §§ 1º e 4º, da CRFB/88<sup>40</sup>, a competência constitucional da função policial é a de polícia judiciária, não cabendo a estes a celebração de acordos que possam interferir no mérito da lide, ou seja, devem atuar para o processo e não no processo.

O Supremo ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF<sup>41</sup> ressaltou que no ordenamento jurídico brasileiro, por diversas vezes, o legislador teve a opção de determinar que os acordos que por ventura viessem a ser realizados no bojo da investigação somente pudessem ser realizados pelo Ministério Público. Contudo assim não fez.

Neste caminhar, destaca-se a lei destaca-se, inicialmente, o próprio Código Penal, que em seu art. 65, inciso III, alínea d<sup>42</sup>, prevê a possibilidade de confissão espontânea perante a autoridade, em razão disso, sua pena será devidamente atenuada. Percebe-se que o legislador não fez distinção quanto a qual autoridade, o que não presume que seja o Ministério Público.

Ademais, a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/1990<sup>43</sup>, elucida em seu art.7º que o coautor que denunciar crime cometido por quadrilha ou bando de modo a facilitar a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. Repare que tal denúncia realizada pelo coautor se enquadra como uma espécie de colaboração premiada, pois caso sua informação seja proveitosa e ajude na investigação, o denunciante será beneficiado.

Cita-se também, a confissão espontânea do coautor nos crimes tributários, que ao descrever minuciosamente a organização criminosa e o seu *modus operandi*, pode ser beneficiado com a redução da pena de um a dois terços.

Outrossim, a própria Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/98<sup>44</sup>, prevê em seu art. 1º, §5º, benefícios nos casos em que o autor, coautor ou partícipe colabore espontaneamente com as autoridades, in verbis:

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Ibidem, *ADI nº 5508/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>42</sup> Ibidem. *Decreto Lei nº 2.848/40*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>43</sup> Ibidem. *Lei nº 8072/90*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 9.613/98*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Assim, o legislador, ao se referir à autoridade, não fez nenhum tipo de distinção ou qualquer especificação quanto a qual autoridade deveria realizar esse acordo, sendo certo que não se presumirá como sendo esta, o Ministério Público.

De toda sorte, a Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850/13<sup>45</sup>, possui previsão legal no sentido de admitir a colaboração premiada, como se verifica no art. 3º, inciso I. Ademais, mostra-se razoável a interpretação do art. 4º, caput c/c art. 4º, §2º, ambos da Lei nº 12.850/13<sup>46</sup>, uma vez que o referido artigo no seu caput prevê a possibilidade da concessão do perdão judicial dentre outros benefícios ao investigado ou réu na ação penal nos casos de colaboração prestada a qualquer tempo ao Ministério Público ou ao Delegado de Polícia.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a colaboração premiada nada mais é do que um depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosa, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitativa, não serve à condenação de quem quer que seja. Assim, o Supremo ainda foi além, fortalecendo a ideia prevista no art. 4º, §16 da Lei nº 12.850/2013<sup>47</sup>, de que ninguém poderá ser condenado somente com base na colaboração premiada, ou como chamadas por alguns, delação premiada. Neste caminho, também firmou entendimento no *habeas corpus* nº 127.483<sup>48</sup>, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que a colaboração premiada é veículo de produção probatória, uma vez que, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de dados que as endossem.

Ao analisar a questão sob este aspecto, é possível se afirmar que em razão da competência constitucional prevista no art. 144, §1º, IV e §4º da CRFB/88<sup>49</sup>, a Polícia Civil e a Polícia Federal, na qualidade de polícias judiciárias, estão incumbidas na realização de investigações, com o objetivo de obter meios de prova para a elucidação do crime ou para que se obtenha elementos mínimos de autoria e materialidade da conduta.

---

<sup>45</sup>Ibidem. Lei nº 12.850/13, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Ibidem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 127.483. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>49</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.



Ademais, sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, não se observando o princípio da vedação de proteção insuficiente.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não há qualquer tipo de ilegalidade nos acordos celebrados diretamente pela Autoridade Policial com o investigado, desde que esse acordo tenha ocorrido na fase inquisitorial do inquérito policial, não sendo possível a intervenção do Delegado de Polícia na fase processual, uma vez que nesta fase o titular do direito será o Ministério Público, carecendo a Autoridade Policial de competência para tanto.

Dessa forma, os preceitos asseguram ao Delegado de Polícia a legitimidade para a proposição do acordo de colaboração premiada, já entendido como instrumento de obtenção de prova, na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial. Ademais, não tira do Ministério Público sua atribuição constitucional exclusiva de autor da ação penal.

Dessa forma, o STF decidiu na ADI nº 5508/DF<sup>50</sup> que a supremacia do interesse público conduz para que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade da Autoridade Policial para a realização do acordo de colaboração premiada. Tal instrumento confere celeridade e maior eficiência nas investigações, garantindo assim o melhor interesse da sociedade na elucidação dos crimes e no desmantelamento das organizações criminosas.

## CONCLUSÃO

Após vasta análise acerca do tema objeto da pesquisa, verificou-se que em que pese a jurisprudência já tenha se pacificado no tocante a esta questão, alguns doutrinadores ainda afirmam que esse poder conferido ao delegado de polícia além de ir de encontro com o sistema acusatório, também feriria o competência única do ministério público como autor da

---

<sup>50</sup>Ibidem, *ADI n°5508/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#.>>. Acesso em: 05 jun. 2019.



ação penal, visto que o acordo realizado pelo delegado de polícia irá interferir diretamente na ação penal.

Contudo, conforme o julgamento realizado na ADI nº 5508/DF, o Supremo Tribunal Federal ao enfrentar a matéria, acabou por entender que o Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial e presidente do inquérito policial, possui legitimidade e competência para propor ao investigado o acordo de colaboração premiada.

Nesse sentido, entendeu-se que uma vez que a função típica da polícia judiciária é investigar ilícitos penais com vistas a levantar indícios mínimos de autoria e materialidade, a proibição da celebração dos acordos com o investigado, decerto esvaziariam o poder de investigação da polícia judiciária.

Ademais, concluiu-se que o acordo oferecido pela autoridade policial não fere o princípio acusatório adotado pelo ordenamento penal brasileiro, uma vez que o delegado ao propor tal acordo não estaria violando as prerrogativas do Ministério Público, mas sim utilizando meios para fortalecer e auxiliar a investigação.

Assim, atualmente, a autoridade policial, ou seja, os delegados de polícia federal e delegados das polícias civis dos Estados podem propor ao investigado a realização do acordo de colaboração premiada, sem que fique caracterizado ofensa ao sistema acusatório, bem como tal acordo não enseja nenhuma nulidade, tanto no inquérito policial como na ação penal futura, desde que haja manifestação do ministério público, que poderá concordar com a celebração do acordo, como também poderá se manifestar de forma contrária.

Resta importante consignar, que independentemente da manifestação do membro do Parquet, o magistrado não ficará vinculado, podendo decidir conforme sua livre convicção, o que não acarretará prejuízos nem ocasionará nulidades no bojo da investigação penal, como também, na futura ação penal.

Portanto, diante de toda a pesquisa realizada, encontra-se superada a alegação de que a autoridade policial não poderia realizar acordos de colaboração premiada, sendo plenamente possível, de acordo com a lei e com o entendimento da Suprema Corte.

## REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016.

BRASIL. *ADI nº 5508/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=558071325&prcID=4972866#>>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 2.848/40*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 3.689/41*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8072/90*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 15 abril. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.830/13*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850/13*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.613/98*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Petição nº 5.260/DF*. Rel.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet\\_5260.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet_5260.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2019.

ENCCLA. *Manual Colaboração Premiada*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dadosdaatuacao/eventos2/eventosinternacionais/conteudobanners1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 05 jun. 2019 jun. 2019.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

MASSON, Cleber. *Crime Organizado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SANNINI NETO. Francisco; DE CASTRO. Henrique Hoffmann Monteiro. *Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em 24 fev. 2019.



## A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renan Pinheiro Alves

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o presente artigo busca analisar o pano de fundo histórico e a influência da Constituição Federal de 1988 no processo de judicialização do fenômeno político, culminando na atuação interventora do Supremo Tribunal Federal de exame do exercício discricionário dos demais poderes quanto aos objetivos constitucionais de concretização dos direitos fundamentais e de plena satisfação dos valores sociais. Para adotar um viés menos abstrato e mais pragmático, serão observados os reais efeitos sociais trazidos por decisões que versam especificamente sobre direitos da comunidade LGBT. Por fim, buscar-se-á demonstrar que a atuação supletiva dos magistrados na busca pela integração da norma com a realidade não representa afronta à tripartição harmônica dos poderes, desde que respeitados certos limites e com igual observância do consequencialismo decisório.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Direitos LGBT. Judicialização da política.

**Sumário** - Introdução. 1. Judicialização e ativismo judicial: o protagonismo do STF no modelo constitucional de 1988. 2. Análise de julgados paradigmas sobre direitos da comunidade LGBT. 3. A compatibilização entre os limites substanciais do ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a crescente atuação do Poder Judiciário, de forma contramajoritária, na ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais de minorias historicamente estigmatizadas, precipuamente a comunidade LGBT. O objetivo do estudo é promover uma releitura da tripartição dos poderes, contrapondo argumentos favoráveis e desfavoráveis ao fenômeno jurídico batizado de ativismo judicial. Para tornar o estudo mais



estrito e efetivo, casos concretos devem ser destrinchados, principalmente em relação aos seus efeitos sobre o Estado e a sociedade.

A sociedade experimenta mudanças sensíveis, como a mitigação do monopólio dos modelos familiares clássicos e, diante da inércia dos demais Poderes, o Judiciário passou a ostentar um maior protagonismo na efetivação dos preceitos constitucionais. Por outro lado, diversas são as consequências jurídicas das decisões da Corte Suprema, o que enseja o debate sobre os limites do papel representativo do Tribunal.

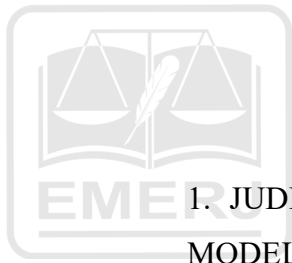
O capítulo inaugural possui um viés histórico, com o objetivo de explicar o panorama atual do processo de judicialização da política, revisitando os últimos 30 anos das instituições nacionais. Desde a promulgação da Constituição Federal vigente, no período de redemocratização do Brasil, diversos seguimentos de juristas e políticos nacionais teceram críticas ao abismo entre as novas garantias e princípios do texto constitucional e a carência de recursos do Estado.

De fato, apesar do enorme avanço dos direitos e garantias individuais experimentados no país, o Estado nunca conseguiu dar plena efetividade às pretensões da “Constituição Cidadã”, tanto pela falta de meios para tanto, mas principalmente pela inércia das instituições. Nesse sentido, reside grande importância no ativismo judicial.

No segundo capítulo, a análise se torna mais concreta, uma vez que os julgados de grande repercussão do Supremo Tribunal Federal figuram como objeto de pesquisa. Além da tecnicidade jurídica, é importante estudar o impacto real de tais decisões nas camadas sociais que tiveram seus direitos fundamentais tutelados. É possível, desta forma, balancear a efetividade social do protagonismo do Judiciário e os desdobramentos controversos de tal ativismo.

Já o terceiro e último capítulo ingressa em terreno arenoso para discutir uma forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais das minorias sem que ocorra usurpação entre os poderes. Nesse momento, é necessário abordar o papel do magistrado como promovedor de transformações sociais e como isso o obriga a expandir sua gama de conhecimento e importar-se com as consequências de suas decisões.

Como metodologia, foi adotada a abordagem qualitativa que toma por base a bibliografia referenciada e jurisprudência aderente à temática. Ao trabalho se aplica o método hipotético-dedutivo para análise do objeto da pesquisa com consequente confronto argumentativo.



## 1. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO STF NO MODELO CONSTITUCIONAL DE 1988

No dia 29 de agosto de 1974, Ernesto Geisel<sup>1</sup>, ex-presidente da ditadura militar no Brasil, anunciava a distensão lenta, segura e gradual do regime, em um projeto político que defendia “o máximo de desenvolvimento possível com o mínimo de segurança indispensável”. Porém, apenas 12 anos depois, uma Assembleia Nacional Constituinte era eleita, encarregada de elaborar uma nova Carta Constitucional garantidora da democracia no Brasil.

Então, em 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal<sup>2</sup> pátria que, com o intuito de evitar recaídas democráticas, introduziu um texto notadamente extenso e garantidor de direitos e de políticas públicas. O sistema judicial, por sua vez, foi fortalecido pelo amplo acesso à justiça, enquanto o controle de constitucionalidade foi consagrado nas formas difusa e concentrada, sendo a última por meio de ações abstratas de competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Naquele momento, havia um cenário de discrepância entre a inovadora teoria constitucional e a realidade do Brasil, caracterizada pela democracia fragilizada, crise na economia, inflação e crescimento baixo do PIB, o que promoveu paulatinamente um rearranjo institucional. Isso porque o controle de constitucionalidade das leis pelo STF foi revestido de uma relevância inédita na história nacional, por meio da judicialização da política e do cuidado das importantes questões sociais.

A redemocratização e a constitucionalização abrangente expandiram a Função Judicial, avolumando os anseios por justiça na sociedade brasileira. Com efeito, essa judicialização decorrente do novo modelo constitucional adotado ensejou gradativamente o fenômeno do ativismo judicial, tido como uma participação mais ativa e interferente do Judiciário na interpretação ampliativa da Constituição Federal, com o intento de atender as demandas sociais.

Com as crises funcionais e o descrédito popular em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, o Pretório Excelso passou a assumir um papel essencialmente contramajoritário

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; SORJ, Bernardo (Orgs.). *Sociedade política no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008, p. 153.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 21 set. 2018.

na definição, conforme asseverado pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>3</sup>, da “vontade da Constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo [...]”.

De igual forma, é possível vislumbrar um papel representativo do Tribunal, que, segundo o Eminentíssimo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, consiste em “atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo”, bem como “integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador”.

À guisa de exemplo, importa citar o “Projeto Supremo em Números”, idealizado pela Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2011, no qual a análise de mais de um milhão de processos tramitados no STF revelou, dentre outras conclusões, que os casos de Mandados de Injunção ajuizados por ano saltaram de 49 em 2007 para 745 em 2009. A explicação é que, no referido período, a Corte sedimentou o entendimento de que a prolongada inércia do Poder Legislativo autorizaria a criação de regras provisórias para viabilizar o exercício de direitos fundamentais pendentes de regulamentação<sup>5</sup>.

É importante ressaltar que, do ponto de vista da ciência política, a expansão judicial experimentada pode sofrer críticas por um suposto comprometimento da política representativa e da governabilidade do país. Entretanto, a condição de desassimilação entre a consagração de direitos das minorias em face do planejamento político-orçamentário do Estado não pode ser um impeditivo à persecução da igualdade material, nos termos do texto constitucional. É verdade, entretanto, que a harmonia deve ser igualmente pretendida, pois apenas dessa forma as decisões do Supremo encontrarão eficiência plena no plano fático.

Imperioso, ainda, analisar que a separação dos poderes, sob o prisma do constitucionalismo atual, não pode residir em um conceito meramente formal criado pelo liberalismo, pois se presta a garantir uma colaboração dos poderes para a função precípua de proteção de direitos fundamentais. A doutrina clássica, portanto, deve ser reinterpretada em convergência às mudanças de paradigmas políticos e aos ideais democráticos que permeiam uma sociedade moderna e plural.

---

<sup>3</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 8, p. 7883, 2013.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>5</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, p. 42, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 19 out. 2018.

Nesse sentido, Claudio Ari Mello<sup>6</sup> afirma que "o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo", uma vez que "somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela destes direitos".

## 2. ANÁLISE DE JULGADOS PARADIGMAS SOBRE DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT

Para uma acurada percepção da importância do ativismo judicial na materialização dos direitos fundamentais de parcelas sociais historicamente estigmatizadas, é relevante uma análise de casos concretos inovadores. Além disso, tal exercício interpretativo auxilia no entendimento da atuação eminentemente criativa e hermenêutica do magistrado, que rompe com o conceito de positivismo jurídico clássico.

O Tribunal Pleno do STF, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 646.721/RS<sup>7</sup>, reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC<sup>8</sup>. Além disso, foi estendida à união estável homoafetiva a mesma proteção jurídica conferida à heteroafetiva, pois, apesar da falta de previsão legal acerca do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a Constituição Federal garante a todos igualdade e dignidade, independentemente da orientação sexual.

Reconhecendo a repercussão geral do tema, o Supremo ampliou a interpretação de família e superou um conceito reducionista da instituição, presente em um cenário de hiato constitucional, expressão cunhada por Ivo Dantas<sup>9</sup>. Ou seja, a mutação constitucional efetivou um devido reconhecimento de um direito sucessório de uma significativa parcela da população e resolveu um embate entre o conteúdo da norma constitucional originária e a realidade social.

<sup>6</sup> MELLO, Claudio Ari. Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, p. 274, 2001.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 646.721/RS*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>8</sup> IDEM. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>9</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997, p. 58-59.

Já no julgamento do RE nº 670.422/RS<sup>10</sup>, também com repercussão geral, o Plenário do STF fixou a tese de que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua designação de gênero no registro civil, averbada à margem do assento de nascimento, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

O referido processo ostenta inegável relevância jurídica e social, pois a autodeterminação sexual é um inequívoco exercício dos direitos fundamentais da personalidade e da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de retificação do registro civil pelo transgênero brasileiro é forma efetiva de cidadania e traduz uma significativa conquista de uma população que vive no país em que, em números absolutos, mais registra assassinatos de travestis e transexuais no mundo, segundo a ONG Transgender Europe<sup>11</sup>.

A criatividade da função jurisdicional nesse caso poderia ser criticamente reputada como invasão da atividade legislativa positiva, porém, não se trata de ampliação da competência do Poder Judiciário, mas de exercício de interpretação constitucionalmente autorizado da norma. Isso porque, além dos direitos fundamentais já citados, o relator do processo, ministro Dias Toffoli, adotou como fundamento normativo a Lei dos Registros Públicos<sup>12</sup>, que permite a alteração do prenome capaz de submeter seu titular a situações vexatórias.

Ademais, é possível perceber que a postura contramajoritária do Supremo é sensivelmente mitigada pela presença de representantes da sociedade civil na posição de *amicus curiae*, como a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT). No mais, o caráter promocional da decisão justifica a provocação da Corte, pois os esforços legislativos que versam sobre o direito à identidade de gênero, como os Projetos de Lei nº 70/1995, 4.241/2012, 5.002/2013 e 4.870/2016, esbarram em uma bancada conservadora no Congresso Nacional.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 670.422/RS. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282102545&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>11</sup> TRANSGENDER EUROPE. *Transgender Day of Visibility 2016: Trans Murder Monitoring Update*. 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 6.015/1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Cumpra trazer à baila o ensinamento de Mauro Cappelletti<sup>13</sup>, no sentido de que “encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”.

Acrescente-se, ainda, que, conforme asseverado por Gustavo Tepedino<sup>14</sup>:

a personalidade humana mostra-se insuscetível de recondução a uma relação jurídica — tipo ou a um novelo de direitos subjetivos típicos, sendo, ao contrário, valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.

Ora, é inegável que o juiz também é criador do direito ao precisar nuances do texto legal a fim de buscar, dentre outras medidas, a equidade. Assim, revela-se superada a doutrina montesquieuana de que os magistrados deveriam ser *bouches de la loi* (“bocas da lei”)<sup>15</sup>, pois a função jurisdicional não deve ser reduzida à reprodução mecânica das leis editadas pelo Legislativo. Não se trata de uma juristocracia, regime político de excessivo empoderamento judicial cunhado pelo cientista político canadense Ran Hirschl<sup>16</sup>, mas de atuação de caráter promocional, de efetividade aos direitos fundamentais.

Ainda sobre o supracitado caso do reconhecimento do direito de modificação do registro civil a fim de retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o consequentialismo decisório é perceptível em desdobramentos como o enquadramento dessas pessoas na estrutura do sistema da Previdência Social, ou ainda, o seu encarceramento em presídios masculinos ou femininos.

Sobre a última questão, aliás, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527/DF<sup>17</sup>, ainda pendente de julgamento pelo Supremo, debate-se que presas transexuais cumpram pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero com o qual se identificam e que travestis possam optar por cumprir pena em presídios do gênero feminino ou masculino, ante à hostilidade do ambiente prisional para essas pessoas. Percebe-se, assim, que o debate não se encerra na prestação jurisdicional primária, mas se

<sup>13</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 20.

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro in *Temas de Direito Civil* / Gustavo Tepedino (coordenador). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 123

<sup>16</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527/DF*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

ramifica e desafia o Judiciário a manifestar-se posteriormente sobre outras questões que orbitam a matéria.

Conclui-se, assim, que a atividade criativa do Supremo representa importante proteção e promoção dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional em favor de grupos sociais historicamente excluídos das políticas públicas. Essa atuação não configura uma distorção institucional, mas um exercício de aprimoramento da democracia, atualmente em crise. Por outro lado, os limites da atuação dos Tribunais devem ser observados, conforme será ulteriormente abordado.

### 3. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS LIMITES SUBSTANCIAIS DO ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da análise da atuação contemporânea do STF, é possível perceber um crescente protagonismo do Judiciário por meio de decisões contramajoritárias. Porém, independentemente das diversas críticas imputadas ao ativismo judicial por parcela da doutrina nacional, é inegável existir uma função representativa do Supremo em tutelar interesses relevantes da sociedade, renegados pela inércia legislativa.

Assim, é possível deduzir, de certa forma, que a função contramajoritária do STF é apenas formal, pois os Ministros, apesar de não terem passado por uma eleição popular para ingresso no cargo e não gozarem de função legislativa geral e abstrata, espelham os anseios da maior parte da sociedade.

Na verdade, diante da crise da democracia representativa a qual o Brasil atravessa, reside uma maior credibilidade técnica no Judiciário em comparação aos outros Poderes. Conforme se depreende da pesquisa divulgada pelo Instituto Datafolha, em junho de 2018<sup>18</sup>, 67% dos brasileiros declaram não ter confiança no Congresso Nacional, e 64%, na Presidência da República. Quanto ao Supremo, a opinião pública indicou 14% de muita confiança no Tribunal, 43% de pouca confiança e 39% de desconfiança.

Por conta de uma construção histórico-cultural, o brasileiro sempre teve uma relação de descrédito com suas instituições, mas é notório que aquelas de representação política são as que mais causam ceticismo. Os diversos casos de escândalos e esquemas de corrupção contribuem enormemente para essa visão negativa e, além disso, a população

<sup>18</sup> DATAFOLHA. *Grau de Confiança nas Instituições, Opinião Pública*. São Paulo, jun. de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.





possui também a percepção de uma grande divergência de diálogo entre a produção legislativa e as demandas populares.

Esse tema não é recente: Bernard Schwartz<sup>19</sup>, na década de 1960, dissertava que, apesar de o Judiciário Federal dos Estados Unidos, em diversos aspectos, ter sido constitucionalmente posto em posição mais fraca que o Legislativo e o Executivo, possuía amplo apoio e “aceitação pela opinião pública do seu papel como guardião da Constituição americana”.

Entretanto, para uma devida atuação, o juiz deve absorver uma gama de conhecimento compatível com as demandas que lhe são postas, numa tímida aproximação à ideia de “juiz Hércules” de Ronald Dworkin. Para o jurista, o julgador deve depositar um esforço hercúleo para construir uma decisão integradora de vastos materiais, encontrando o melhor argumento e, por consequência, a melhor decisão.

De igual forma, deve o magistrado antever as consequências de suas decisões no âmbito político, econômico e social, tendo uma preocupação em balizar políticas públicas. Como exemplo, no bojo da Ação Originária (AO) nº 1.773/DF<sup>20</sup>, o ministro Luiz Fux, ao revogar decisões liminares nas quais havia concedido auxílio-moradia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, com base na vultosa repercussão econômica do regime remuneratório aos cofres de todos os entes da federação, destacou que:

a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social.

Há, ainda, um movimento doutrinário moderno, encabeçado pelo Prof. Kim Economides, que sugere a existência de uma quarta onda de acesso à justiça, baseada na célebre obra “Acesso à Justiça” (1988), de Mauro Capelletti e Bryant Garth, com um olhar sobre a própria justiça, não como atividade-fim, mas como atividade-meio. Assim, para Michele Damasceno Marques Mello<sup>21</sup>, essa onda renovatória:

prima pela conscientização dos jovens estudantes sobre a realidade e os problemas sociais, preparando-os de reforma a se tornarem profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia.

<sup>19</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 184-186.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AO nº 1.773/DF*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>21</sup> MELLO, Michele Damasceno Marques. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Capelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212492.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Ou seja, dois pontos centrais são analisados: quem tem acesso às faculdades de direito e se os operadores do direito estariam aptos a fazer “justiça”. Assim, as demandas que chegam ao Judiciário atualmente enfrentam os critérios de seleção para ingresso na magistratura, os aspectos morais dos operadores do direito, entre outras questões.

Esse é um movimento perceptível e que já enseja determinadas medidas na construção de um magistrado socialmente consciente e verdadeiramente conectado com os anseios da população. A Resolução nº 75/2009, do CNJ<sup>22</sup>, *exempli gratia*, instituiu a exigência de formação humanística dos candidatos para ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário Nacional. Além disso, as ações afirmativas para acesso aos cargos da Justiça e a residência jurídica representam meios de democratização do Poder Judiciário.

Entretanto, apesar da inegável irreversibilidade da judicialização da política, um processo de despoliticização da democracia é indesejável, visto que representa uma supremacia judicial temerária. É necessário ressaltar que são as decisões políticas emanadas do Parlamento que dão origem às normas jurídicas, cabendo ao magistrado, além da atividade criativa do Direito, a alcunha de intérprete-aplicador.

Nesse sentido, apesar da enorme importância da atuação do STF em tutelar os interesses das camadas mais vulneráveis da sociedade, imiscuir-se no plano penal, com a introdução de novos tipos penais significa risco muito grande a ser suportado por uma democracia que busca manter-se saudável.

Por isso, notório debate repousa nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF<sup>23</sup> e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF<sup>24</sup>, nos quais se discute o dever de proteção penal adequado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana por meio da criminalização da homofobia e da transfobia. Isso porque, diferentemente dos casos expostos alhures, esse processo não aborda normas meramente civis, pois intenta restringir o *status libertatis*

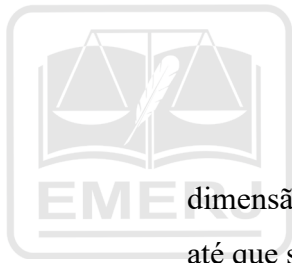
Conforme a tese fixada pelo Supremo, as condutas de aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero traduzem expressões de racismo, compreendido este em sua

---

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 maio 2009. Seção 1, p. 72-75. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>23</sup> IDEM. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/DF*. Relator: José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

<sup>24</sup> IDEM. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733.721/DF*. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848011&ext=RTF>>. Acesso em: 13 jun. 2019.



dimensão social, o que institui o tratamento da LGBTfobia como conduta típica incriminada, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional.

Porém, a atuação do STF análoga à criação de normas penais incriminadoras revela uma face temerária do ativismo judicial, pois, na seara penal, o princípio da legalidade traduz segurança jurídica pela aplicação da lei prévia, escrita, estrita e taxativa. A flexibilidade *in malam partem* da autoridade da lei penal pode, em última medida, produzir hipóteses de arbitrariedade e manipulação do sistema legal por *lawfare*.

Não se trata de uma argumentação abarcada pela chamada teoria da ladeira escorregadia, cuja falácia se exprime na ideia de que a permissão de algo acarreta necessariamente uma sequência absolutamente indesejável de eventos, tendo em vista que, em um ambiente de fragilidade da democracia, é possível que o Direito seja empregado de forma estratégica a deslegitimar ou incapacitar tudo aquilo que seja reputado como inimigo do Estado.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se a relevante atuação do Poder Judiciário na atual engenharia constitucional positivada, por meio da criativa atividade de interpretação e realização dos direitos sociais, incluindo aqueles que versam sobre a diversidade sexual.

Nesse aspecto, a postura interventiva da função jurisdicional por meio do controle das políticas públicas não fere a independência orgânica e a harmonia entre os Poderes. A Constituição Federal instituiu um sistema de freios e contrapesos, que consiste em um mecanismo de controle mútuo que visa à realização do bem coletivo, bem como evita o arbítrio de um Poder em detrimento do outro, e principalmente dos governados.

O juiz politizado, assim, não se confunde com o juiz parcial, divorciado do ordenamento jurídico. Sua atuação deve ser supletiva e não substitutiva da política, de modo que o julgador não deve negligenciar o seu dever de observância da legalidade constitucional, mas compatibilizá-la com os desideratos e valores irrenunciáveis dos mais variados grupos de uma sociedade complexa e que convive com uma democracia representativa em crise.

A controvérsia reside, portanto, nos limites substanciais que legitimam a criatividade judicial, mas evitam a arbitrariedade. Nesse ponto, conforme visto, diante da urgência da necessidade de proteção do Estado às minorias, é autorizada aos Tribunais uma interpretação estendida da norma para ampliar os direitos subjetivos à essas camadas, mas

com enorme ressalva no tratamento das questões processuais penais, a fim de evitar uma eventual manifestação de arbitrariedade, com a criminalização de movimentos sociais ou populares.

A retomada da democracia brasileira é relativamente recente e, por isso mesmo, as práticas democráticas nacionais ainda se revelam um pouco frágeis. Como exemplo, é relevante observar que o Brasil teve dois presidentes da República retirados do cargo por processos de impeachment, desde a redemocratização de 1988. Portanto, deve-se blindar e ampliar os avanços sociais e políticos, afastando-se as eventuais arbitrariedades do Estado.

Para tanto, exige-se do juiz o conhecimento mais amplo possível no campo sociológico, político, administrativo e filosófico, além do dever de antever as consequências gerais que suas decisões carregam. Somente assim, é possível evitar um Judiciário leviatânico e descolado da realidade social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; SORJ, Bernardo (Orgs.). *Sociedade política no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75, 2009*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.015/1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527/DF*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 22 fev. 2019.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AO n° 1.773/DF*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26/DF*. Relator: José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4.733.721/DF*. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848011&ext=RTF>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 646.721/RS*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 670.422/RS*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282102545&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 8, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DATAFOLHA. *Grau de Confiança nas Instituições, Opinião Pública*. São Paulo, jun. de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 19 out. 2018.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, 2001.

MELLO, Michele Damasceno Marques. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/k212492.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

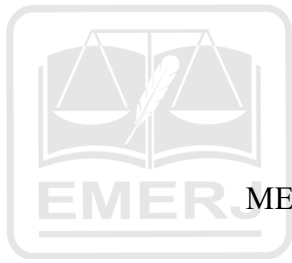


MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro in *Temas de Direito Civil* / Gustavo Tepedino (coordenador). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRANSGENDER EUROPE. *Transgender Day of Visibility 2016: Trans Murder Monitoring Update*. 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update>>. Acesso em: 22 fev. 2019.



## MECANISMOS DO PODER JUDICIÁRIO PARA REPRESSÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Renato Xavier de Almeida

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – A síndrome da alienação parental assola as novas formas de famílias no Brasil. Tal conduta traz consequências, muitas vezes, irreversíveis para o alienado parental. Deve o Poder Judiciário reprimir ao identificar a ocorrência de tais condutas, evitando, assim, que seja necessário usar da saúde pública ou mesmo a barreira do Direito Penal para reprimir o menor que se enquadra em eventuais situações por desenvolver transtornos relacionados a este mal que cada vez mais é praticado pelos genitores e tanto prejudicam as crianças e adolescentes.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Repressão à alienação parental. Mecanismos do julgador.

**Sumário** – Introdução. 1. Como atenuar os danos causados à criança pela alienação parental? 2. Efetividade dos mecanismos para repressão da alienação parental. 3. Consequências da alienação parental no dia a dia da sociedade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado trata de um tema de grande relevância para o convívio social e desenvolvimento de crianças e adolescentes. O objetivo do trabalho é analisar, tanto no campo doutrinário como no campo pragmático as formas que o Poder Judiciário tem para que se evite a alienação parental.

Tendo o Direito de Família como ramo que analisa mais a fundo, o instituto da alienação parental teve início de estudo na década de 80, época em que teve grande utilidade para detectar abusos sexuais, juntamente com diversas análises no campo psicológico bem como no campo jurídico.

No âmbito jurídico, esse instituto demonstra grande importância, visto que mexe com a tutela de menores, que mal podem expressar suas opiniões, pois não as têm formada. Trata-se de contar fatos falsos para a criança com o intuito de afastá-la de um dos genitores, por questões pessoais.

No primeiro capítulo, busca-se encontrar soluções de redução de danos por tal síndrome, que é, inclusive, explicada pela psiquiatria.



Precipuamente do Direito da Criança e do Adolescente, a doutrina da proteção integral, que consagrou que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, merecendo total proteção constitucional, faz com que o artigo 227 da Constituição Federal atribua deveres ao Estado, aos pais e à sociedade em geral, em relação aos menores.

Em seguida, no segundo capítulo, busca-se desenvolver raciocínios e comparações com outros ramos do Direito para a solução de conflitos. Este trabalho tem a intenção de debater, de maneira objetiva, a compatibilidade entre a legislação, a atuação do magistrado e as práticas que os casos concretos do dia a dia levam. Quer mostrar que o magistrado deve ter uma maior liberdade ao atuar, para que se evite um adulto problemático no futuro.

O estudo desse tema é de grande importância pois interfere diretamente na livre convicção do magistrado, visto que, uma vez relatado por uma criança alienada parentalmente e enganada de sua percepção, pode colocar seu genitor na cadeia, em caso de falso depoimento de abuso sexual.

O contexto amoroso por parte de um dos genitores em que a criança foi gerada é grande influenciador nisso, fazendo com que, muitas vezes, o genitor use a criança para atingir o outro, somente pelo fato de não querer mais estar junto.

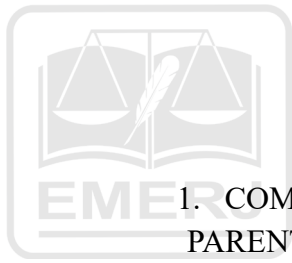
O intuito é abordar os mecanismos criados pelo Poder Judiciário, que muitas vezes podem ser confundidos com ativismo judicial. Pode, por vezes, haver conflito com a legislação, mas, muitas vezes, o julgador precisa agir de forma que o caso concreto, na prática exija maior flexibilidade para que seja atingida, na prática, a justiça.

Já no terceiro capítulo, aponta-se consequência dessa síndrome que afeta gerações, trazendo, com dados estatísticos, os danos causados às crianças e adolescentes.

Para tanto, a exposição da pesquisa é qualitativa e explicativa, juntamente com o tratamento que a doutrina dispensa para este problema que tanto preocupa, não só o Poder Judiciário, mas a sociedade brasileira como um todo.

Importante, também, trazer ao trabalho o pragmatismo, pois é dessa forma que os casos se resolvem na vida real. Sempre relevante ponderar com as críticas, pois, são elas que expõem o pensamento contrário.

O presente artigo traz, também, julgados que apresentaram métodos coercitivos para o cumprimento de uma obrigação imposta pelo Poder Judiciário e que seriam bastante efetivos para reprimir a alienação parental, quando da hipótese de um dos genitores não obedecer uma decisão judicial que imponha determinadas práticas ou a abstenção delas.



## 1. COMO ATENUAR OS DANOS CAUSADOS À CRIANÇA PELA ALIENAÇÃO PARENTAL?

Atualmente, o cônjuge/companheiro que é surpreendido com a separação, muitas vezes não aceitando a ideia, passa a procurar mecanismos para atingir o outro.

Em meio a esse processo doloroso, porém natural, que quase sempre gera mágoas e sentimentos mal resolvidos, há uma criança fruto daquela época em que os genitores tinham alguma relação afetiva.

No sentimento ruim que é gerado pela não aceitação da separação por um dos cônjuges, o consorte abandonado enxerga na criança/adolescente um instrumento de vingança, como forma de conforto pela frustração do relacionamento findado. Passa-se a tentar, e em certos casos conseguir, destruir a boa imagem e convívio harmonioso e uma ligação de afeto que a criança deveria ter com o outro consorte, visto que também é genitor.

Com isso, a criança/adolescente passa a ter falsa percepção do caráter de seu pai/mãe e passa a agir de forma equivocada, afastando-se ou desconsiderando como genitor, o que impinge forte sofrimento psicológico àquele que sofre por tal ato.

Esse fenômeno foi denominado como Síndrome de Alienação Parental no ano de 1985 pelo psiquiatra americano Richard Gardner<sup>1</sup>, que conceituou esta síndrome como :

um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Por conta desse comportamento induzido por um dos genitores, a criança passa a ter condutas agressivas, alterações de humor repentinas e sono de baixa qualidade. Reações infantis para a faixa etária também são sintomas comuns. Deve-se atentar sempre às condutas da criança que sempre colocam empecilhos para encontrar o genitor que supostamente não gosta,

---

<sup>1</sup> GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental SAP? 2002*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap->>. Acesso em: 21 out. 2018.

desobediência às ordens dadas por este e o excesso de zelo e dependência por um dos genitores em relação ao outro.

Na tentativa de evitar estas condutas, tanto para reprimir parte das condutas do genitor que aliena os filhos em relação ao ex-cônjuge, foi criada a Lei nº 12.318/2010, segundo a qual tenta trazer maior equilíbrio na participação dos genitores na criação da prole, atenuando os danos que são causados quando o menor convive apenas com um dos genitores.

Tentou-se criar parâmetros, prestigiando, assim, a segurança jurídica, já que não é mais possível interpretações amplas tende por alienação parental, não deixando tantas margens para entendimentos completamente fora do teto legal, aplicado pelos Tribunais espalhados pelo Brasil.

Em seu artigo 2º, a Lei nº 12.318/2010<sup>2</sup> trouxe o conceito do que entende por alienação parental :

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ao trazer este conceito, a Lei também traz maior segurança jurídica por não deixar tão aberto para o intérprete. Segue exemplificando nos incisos do mesmo artigo que<sup>3</sup> :

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 12.318* de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>3</sup> Ibid.

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Importante ressaltar que existem outras hipóteses de alienação parental tão prejudiciais quanto essas acima elencadas, como implantação de falsas memórias, deixar propositalmente de avisar ao outro genitor quando este estiver exercendo a guarda da criança, acerta de consultas médicas, frequências escolares etc., a fim de fazer parecer desidioso com os afazeres do filho.

Esse comportamento adotado pelo genitor que impõe essa patologia à criança faz com que esta passe a acreditar na veracidade das informações dadas por aquele.

Há um notório jogo de manipulação em interesses próprios do (s) genitor (es). Todavia, há a utilização do meio inadequado. A criança não tem nada a ver com a relação conturbada dos pais. Na realidade, ela é a única que não tem nada a ver. Uma criança criada em meio às guerras familiares pode ter sérios problemas no futuro, que serão tratados nos capítulos a seguir. O que não se entende é que a criança não pede para nascer. É fruto de uma relação afetiva única e exclusivamente escolhida pelos genitores.

Para combate adequado a essas sequelas, é necessária a identificação dos sintomas.

O genitor alienador deve ser responsabilizado de plano, assim que identificada a alienação. Quanto mais célere a intervenção de um profissional da área da psicologia e da área jurídica, mais chances de recuperação a criança tem.

Não se pode negligenciar, acreditando que isso não acontecerá em sua família. Trata-se da saúde psíquica de uma criança, vulnerável e que, no futuro, poderá, quem sabe, delinquir, necessitando da barreira do Direito Penal, para algo que poderia ter sido evitado.

Infelizmente, essa conduta se tornou mais comum do que se imagina, nos lares brasileiros. Muitos genitores/adotantes se aproveitam dos novos conceitos de família, para influenciar seus filhos, visto que estes não têm total compreensão do que se passa.

Como exemplo, a mãe que, ao descobrir sua sexualidade melhor satisfeita em uma relação homoafetiva, resolve criar o filho sem contatos com o pai, este heterossexual, com o intuito de não permitir que o filho cresça com trejeitos típicos de heterossexuais criados em tempos que o machismo ainda sobressaia com muito mais rigor.

Ainda que a intenção da mãe seja aparentemente boa, ou seja, não criar um filho machista e que trata de forma igualitária pessoas do sexo feminino e outras pessoas de orientação sexual diferentes, isso fará com que o filho não tenha o vínculo amoroso necessário com o pai.

Deve-se imprimir na criança uma criação para um mundo melhor, mas essa criação não deve interferir no direito de outro, qual seja, o pai, por simplesmente achar suas ideias e posições erradas.

Para tal, o pai deve se socorrer do Poder Judiciário assim que perceber tal alienação.

E, conforme será tratado a seguir, este poder tem mecanismos próprios para evitar e punir o genitor alienador.

## 2. A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS PARA REPRESSÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Antigamente, muito se discutia meios adequados para repressão da alienação parental, como a prisão do genitor alienante, por exemplo. Eram trazidas à pauta discussões como o cabimento da prisão civil de genitor alienante, visto que, numa ponderação de princípios, o interesse do menor deveria ser sobreposto ao da liberdade individual com caráter pedagógico-coercitivo do pai/mãe que pratica essa conduta danosa à formação físico-psíquica da criança. Com o advento da Lei nº 13.431/17 que trouxe um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, essa conduta passou a ser prevista no artigo 4º, II, b, que trata da “da violência psicológica e atos de alienação parental”.

Essa novidade legislativa trouxe a possibilidade do menor pleitear, por intermédio de representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência, conforme dispõe o ECA e na Lei Maria da Penha, em seu artigo 6º parágrafo único.<sup>4</sup>

Consta desses dos diplomas legais supracitados, autorização para que o juiz aplique medidas diversas das previstas, sempre que necessárias para a segurança da vítima ou quando as circunstâncias exigirem. Para tal, o Poder Judiciário pode solicitar ajuda da polícia e, até mesmo decretar prisão preventiva do transgressor.

Estes, são de observância obrigatória, atribuindo aos pais o dever de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais sob pena de afastamento do lar, com a consequente fixação de alimentos a serem pagos ao alimentando. Quaisquer indícios de maus-tratos, abuso sexual e outras condutas que prejudiquem o menor, o Poder Judiciário, por intermédio da autoridade judiciária deverá decretar tais medidas.

---

<sup>4</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 21 fev. 2019.

Com essa novidade legislativa trazida pela Lei nº 13.431/17, o descumprimento de medidas determinadas pelo Poder Judiciário autoriza o uso da prisão cautelar na modalidade preventiva, conforme previsto em seu artigo 6º.<sup>5</sup>

Há de se reconhecer o importante avanço na legislação a fim de proteger os direitos e garantias de crianças e adolescentes, vítimas de alienação parental, que, também, se estendem ao descumprimento da guarda compartilhada dentre outros.

Antes, não havia muitos meios coercitivos para o Poder Judiciário fazer valer sua voz.

Esse meio de repressão da alienação parental advém da lei. Todavia, nem sempre será adequada a utilização desta medida. Para tais casos, o Código de Processo Civil traz as chamadas medidas executivas, que encontram-se dispostas no artigo 139, IV do Código de Processo Civil/15. A doutrina nomeou como medidas executivas atípicas.

Os meios de execução tipificados são aqueles que, geralmente, são usados no processo civil, e consistem na sub-rogação para uma das partes, e de forma coercitiva para a outra parte, visto que visa forçar o cumprimento da obrigação constante do título.

Ao tratar como sub-rogação, visa-se explicar que o juiz se coloca no lugar do devedor e satisfaz a obrigação e, ao passo que funcionando como método coercitivo, constrange o próprio executado a cumpri-la. Pode-se citar, a título de exemplo para a sub-rogação, a hipótese de haver uma penhora de um bem do executado, expropriando-se e alienando-se o referido bem. Como exemplo de medida coercitiva, trabalha-se com a hipótese que o juiz arbitra multa para que o devedor de uma obrigação sinta-se forçado a cumprir o estipulado pelo Poder Judiciário.

Houve ampliação de possibilidades para satisfação da obrigação por meios executivos com o novo Código de Processo Civil.

Como já abordado anteriormente, o artigo 139, IV do Código de Processo Civil/15 consagra o princípio da atipicidade dos meios executivos, dispondo que :

[...]o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária[...].

Dessa maneira, o juiz tem autorização para ordenar medidas não contempladas pela lei, de acordo com seu livre convencimento de legalidade de medidas requeridas pela

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. *Possibilidade de prisão por alienação parental*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>> Acesso em: 21 fev. 2019.

criatividade dos advogados das partes, tornando maiores as chances da efetividade da prestação jurisdicional, e compelindo o devedor ao cumprimento da obrigação constante do título. Isso deve ser analisado sob a ideia consagrada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que, de forma alguma, essa arbitrariedade transpasse as garantias constitucionais enquanto fontes limitadoras de abusos de direitos.<sup>6</sup>

Ora, se a prisão não for, por si só, capaz de resolver o problema da alienação parental, deve o juiz, analisando o caso concreto, decretar outra medida adequada para que seja efetivada a decisão do Poder Judiciário.

Uma possibilidade é a apreensão/suspensão de CNH e bloqueio de cartão de crédito.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já julgou ser possível tal medida para forçar alguém a pagar dívida de valor. O ministro Luís Felipe Salomão, no Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 – SP (2018/0104023-6), autorizou a decretação de tal medida, pois inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo. Todavia, o ministro admitiu que a retenção da CNH poderia causar problemas graves para quem usasse o documento profissionalmente, mas, que no caso em tela, seria necessária, visto que a pessoa não estava cumprindo seu papel como devedor.

O ministro prioriza a efetividade da tutela jurisdicional e trata em seu voto que não há ameaça à liberdade ambulatorial, pois há outros meios para locomoção. Observe-se:<sup>7</sup>

[...] por fim, anoto que o reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

Com efeito, o que consubstancia coação à liberdade de locomoção, ilegal e abusiva, é a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para adimplemento de dívida civil representada em título executivo extrajudicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento. Cumpre mencionar, ainda, por dever de lealdade, que no âmbito da Segunda Seção a questão enfrentada fora decidida, monocraticamente, em três oportunidades, não tendo sido concedida a ordem em nenhuma delas. São elas: HC nº 428.553 - SP, Relator (a) Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; RHC nº 88.490 - DF, Relator (a) Ministra Maria Isabel Gallotti, HC nº 439.214 - RJ, Relator (a) Ministra Maria Isabel Gallotti.

---

<sup>6</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.997/998.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97.876/ SP*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf)>BRASIL. Acesso em: 25 fev. 2019.



No entanto, é preciso ressaltar que, naqueles recursos, a despeito da decisão que suspendeu o passaporte do executado também ter sido seu objeto, os eminentes relatores valeram, para a fundamentação das decisões, da jurisprudência firmada por esta Corte, e aqui mencionada, acerca da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, não havendo debate sobre os pontos colocados aqui em relevo. <sup>8</sup>[...].

Como se pode observar, o ministro, no mesmo voto em que autoriza a apreensão/suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, veta, com precedentes daquele Tribunal Superior, a apreensão do passaporte, “pois este é o único meio hábil para a locomoção para o exterior.”<sup>9</sup>

O voto foi dado em julgamento para dívida de valor. Ora, aplicar-se-á em dívida de valor e não para fazer cessar alienação parental, ato extremamente danoso à criança e ao adolescente? Não parece razoável que vá se privilegiar dívida de valor e não o melhor interesse do menor, previsto na constituição no artigo 227 da Constituição Federal<sup>10</sup>.

Mostram-se completamente possíveis tais medidas serem adotadas pelo Poder Judiciário para repressão da alienação parental, seja para fazer cumprir suas decisões, seja para fazer cessar tais atos atentatórios à dignidade do menor.

Tal conduta causa danos, muitas vezes, irreversíveis à criança/adolescente, e, por vezes, faz com que se torne um transgressor das normas penais, como forma de rebelar-se contra tudo aquilo que sofreu em um lar despreparado, envolto em jogos sentimentais entre seus genitores por questões que jamais compreenderá e em nada concorreu para tal.

Nos tempos atuais em que, infelizmente, tem sido cada vez mais normal o acontecimento da alienação parental. A faixa etária dos genitores tem sido cada vez mais baixa, e, muitas vezes, estes não têm condições financeiras e experiência necessária para criar um filho, mas, por uma irresponsabilidade na hora do ato sexual, sem pensar nas consequências, acabam tendo.

### 3. AS CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Como demonstrado no capítulo anterior, o Poder Judiciário tem alguns meios para repressão da alienação parental. Alguns estão previstos em lei. Outros, são oriundos da criatividade dos advogados, e, defendendo aqui uma posição minoritária, também podendo ser da criatividade do magistrado, mesmo que isso represente um real ativismo judicial.

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 25 fev. 2019.

A alienação parental tem como consequência muitos efeitos negativos em relação ao menor alienado, que, têm por exemplos a depressão, o isolamento, a desorganização, déficit de atenção escolar e a agressividade, que vai desde o mero comportamento inadequado diante de certas situações até o cometimento de um crime.

No Brasil, são muitos os casos de menores cometendo crimes por motivações mil, mas quase todas iniciadas por conta de um ato de alienação parental.

A juíza Vanessa Cavalieri<sup>11</sup>, titular da Vara da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entende que cabe ao Poder Judiciário impor limites ao menor que não pratica condutas aceitáveis, ante a sua rebeldia. Muitas vezes, essa rebeldia é gerada pela ausência dos pais e/ou práticas de atos de alienação parental:

fato é que pegamos esse garoto que não tem limites dentro de casa — que muitas vezes abandonou a escola, não tem figura paterna e a mãe fica ausente o dia inteiro trabalhando no subemprego, que não tem limite de ninguém — damos o limite pra ele. Da pior forma possível, mas damos. Tiramos ele da rua, botamos num lugar como se fosse uma prisão. Chamamos de unidade de internação, mas é um lugar onde ele vai ficar trancado, sem poder sair, privado da sua liberdade, e mostra pra ele qual é a consequência do crime”<sup>12</sup>

O último levantamento, feito em 2018, informa que haviam 1.329 internos, sendo 722 na Capital e 607 no interior. Desses, 50% foram internados por terem praticado roubo, 20% por furto, 20% por tráfico e 10% por homicídio, estupro e outros atos infracionais análogos a crime. Atualmente, o sistema de internações sofre com superlotação.

Sabemos que o sistema carcerário atual não cumpre a função ressocializadora da pena, ante as condições sub-humanas de vida e superlotação. Isso, nos dias atuais, chega aos internatos. O que se espera de uma sociedade em que não dá atenção aos jovens? Seja no âmbito familiar, que, por todas as causas e consequências, ajudam o menor a ter pensamentos delinquentes, necessitando da barreira do Direito Penal aplicável junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Direito penal não foi criado para se imiscuir nas relações familiares. Pelo contrário, foi criado para ser a *última ratio*, ou seja, só deveria ser usado quando nenhuma outra área do Direito adiantasse. Todavia, conforme explanado no capítulo anterior, tanto para a prática de condutas de alienação parental, quanto a prática de atos infracionais análogos a crime baseados em revolta por alienação parental são alvos de tais reprimendas penais.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/justica-impoe-o-limite-diz-vanessa-cavalieri-sobre-internacao-de-jovens-infratores>> *Justiça impõe o limite, diz juíza sobre internação de reincidentes*. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>12</sup> Idem. op. cit., nota 9



De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os crimes mais cometidos pelos menores infratores são os de tráfico de drogas (59.169 casos) e roubo qualificado (51.413 casos).<sup>13</sup>

O mesmo gráfico também traz as idades mais críticas, que se encontram na adolescência, mais precisamente no período entre 14 e 18 anos. Entende-se que essa idade seja a idade em que começam a organizar as ideias para a fase adulta, exprimindo seus medos e suas revoltas. É justamente no período que está saindo da pré-adolescência e passando pela fase de transição até a vida adulta, que o menor alienado comete mais atos infracionais.

O CNJ também criou mecanismos para que os magistrados brasileiros acompanhem a vida dos adolescentes que cometeram atos infracionais. Por meio da resolução 165, passou a ser obrigatório extração das guias de internação provisória de adolescentes, execução de medidas socioeducativas, guias unificadoras e de internação-sanção, alimentando, assim, o sistema integrado do Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNACL).

Além desse cadastro de menores em conflito com a lei, o CNJ também o integrou com o cadastro nacional de Adoção (CNA) e p Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA). Isso mostra que, a passos curtos, caminha-se para a efetividade da repressão da alienação parental, pois, caso haja algum nexos causal entre o ato infracional análogo a crime cometido pelo menor infrator e uma ou mais condutas praticadas pelos genitores que denotem alienação parental, o Poder Judiciário está interligado e, mais uma vez, como posição minoritária, poderá agir, mesmo que de ofício, para evitar.

Este artigo também visa a passar o entendimento que é possível a destituição do poder familiar antes de maiores danos causados ao menor, visto que é melhor encaminhá-lo para adoção, dando-lhe uma vida digna, do que ter que usar mecanismos de reprimenda. Visa-se, assim, dar maior efetividade ao melhor interesse do menor, disposto no artigo 227 da Constituição da República<sup>13</sup>, do que o poder familiar de genitores que não exercem efetivamente seus papéis de pais.

Dessa forma, o Poder Judiciário, tanto no que tange à sua função administrativa, quanto à sua forma judicante, tem maior controle sobre as ações desses menores.

É do conhecimento de todos que a desigualdade social e a falta de educação básica é grande fator para que genitores promovam alienação parental, muitas das vezes, sem nem perceber o mal que estão fazendo aos seus filhos. Todavia, tais condutas devem ser combatidas, pois, caso não fossem, seria como alimentar um ciclo vicioso. Os genitores que outrora foram

---

<sup>13</sup> Ibid.



vítimas de tais atos, hoje praticam com seus filhos, que possivelmente praticarão contra sua prole e assim por diante.

Numa sociedade civil organizada, não se pode mais tolerar tais práticas tão danosas às crianças que são o futuro do Brasil.

Deve-se, também, denunciar qualquer tipo de maus tratos. Não se deve aceitar qualquer tipo de abandono, seja ele material ou afetivo, e é necessário que toda a coletividade tenha consciência de que não se trata de excesso de sensibilidade emocional. Não é porque a geração anterior que achava que tudo era um mar-de-rosas por “aguentar” maus tratos e abandonos, que a geração mais nova tem que também fazê-lo. Vive-se outra época, com valores, consciências e atitudes diferentes. O maior exemplo que se tem de que o modo de vida da geração anterior não foi o correto de se viver é que, nos tempos atuais, seus sucessores têm, cada vez mais, doenças mentais como depressão, por exemplo, que é tratada como o mal do século.

Não há mais espaço para alienação parental. Visa-se acabar, e, caso não seja possível, minimizar ao máximo os efeitos de condutas tão danosas ao psicológico e formação de um ser humano.

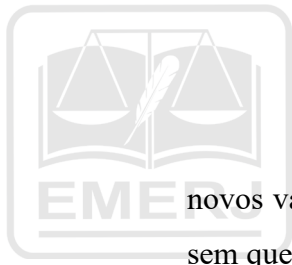
## CONCLUSÃO

Infelizmente, as relações conjugais e parentais e os sentimentos de posse sobre a criança modificam os sentimentos dos pais em relação aos filhos. Essa postura, associada às transformações socioeconômicas, corporais e culturais, faz com que o(a) genitor(a) culpe o outro pelas mudanças ocorridas.

Por essas mudanças, entendem ser a punição adequada a alienação parental. Entretanto, essa atitude tem como consequência a criação e educação de um filho(a), na grande maioria das vezes, com problemas de ordem mental. Busca-se debater, em síntese, o problema, as respectivas consequências e apresentar possíveis soluções, visto que é necessária a intervenção do Estado nas relações familiares que ocorram tal fato.

É importante que os membros da família, estes não só compreendidos pai e mãe, mas todos os membros que mantêm contato com a criança, entendam que é possível impedir que tal conduta venha a causar danos, muitas vezes irreparáveis, ao menor.

Não é com alegria que se defende a intervenção estatal nas relações familiares. Todavia, essa intervenção é mais que necessária, visto que, com a evolução da sociedade e os



novos valores, passou a ser cada vez mais comum pensar apenas em seus próprios interesses, sem que se mesure os danos causados à criança.

Deve-se, também, enxergar essa intervenção estatal como forma de evitar um futuro infrator, pois, melhor é prevenir enquanto há possibilidades do que usar a barreira do Direito Penal mais a frente, quando, possivelmente, um bem-jurídico tutelado pela norma já foi lesado.

A Constituição Federal de 1988 consagrou diversos princípios para a família, em especial, o melhor interesse do menor e a solidariedade familiar. Ao praticar alienação parental, o genitor alienante não atende a função social da família e ignora estes princípios básicos, que estão ligados, diretamente, a um Direito fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nos dias atuais, mais se fala acerca da síndrome da alienação parental, termo dado por Richard Gardner e que ensejou observação de condutas de um dos genitores, que fixa a imagem ruim, desqualificada e desabonada do outro genitor, e essa imagem é absorvida e reproduzida, rompendo laços do infante com o genitor alienado.

Por fim, tenta-se trazer soluções dadas em resposta à prática dessa conduta, bem como novidades legislativas e posições tomadas pelo Poder Judiciário. Visa, também, trazer novos mecanismos de repressão à alienação parental, como idéias possíveis aplicáveis pelo magistrado, a fim de fazer cessar tal prática.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. *Justiça impõe o limite, diz juíza sobre internação de reincidentes* Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/justica-impo-e-o-limite-diz-vanessa-cavaliere-sobre-internacao-de-jovens-infratores/>> Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Conselho Nacional de Justiça* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84034-traffic-de-drogas-e-o-crime-mais-cometido-pelos-menores-infratores>> Acesso em: 17 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 18 mar. 2019

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97.867*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível<[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2019.



DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação parental de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013, [e-book].

\_\_\_\_\_, *Possibilidade de prisão por alienação parental*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

\_\_\_\_\_, *Síndrome da Alienação Parental*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_504\)1\\_\\_sindrome\\_da\\_alienacao\\_\\_parental\\_o\\_que\\_e\\_isto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isto.pdf)> Acesso em: 21 fev. 2019.

GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental SAP? 2002*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap->>. Acesso em: 21 out. 2018

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.



## O CONCEITO DE AUTORIA NA EXTORSÃO COMETIDA EM CONCURSO DE AGENTES

Rhanna Procópio Pacheco de Souza

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – a conceituação da autoria sempre foi uma questão que dividiu a doutrina, podendo-se apontar, majoritariamente, pela adoção da teoria objetivo-formal. Contudo, tal teoria não soluciona todas as questões, como a hipótese da extorsão qualificada pelo concurso de agentes realizada sob mando. Nesse contexto, discute-se a possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato, bem como os requisitos apresentados por Roxin quando da elaboração da tese. O presente trabalho pretende demonstrar a inexistência de óbices a utilização do domínio do fato, que se manifesta como uma forma de possibilitar a responsabilização penal de forma proporcional, em aplicação ao princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Autoria e Participação. Extorsão em concurso de agentes. Aplicação da Teoria do Domínio do fato.

**Sumário** – Introdução. 1. A evolução do conceito de autoria no ordenamento jurídico brasileiro e as relevantes distinções doutrinárias. 2. Teoria do domínio do fato e o ordenamento jurídico brasileiro. 3. A relevância prática da aplicação da teoria do domínio do fato na extorsão praticada em concurso de agentes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a aplicação da teoria do domínio do fato ao crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal. De modo específico, procura examinar a possibilidade de ampliação dos conceitos de autor e coautor, levando em consideração as evoluções doutrinárias sobre o tema e a aplicação pela jurisprudência pátria.

Há no crime em comento previsão de aumento de pena na hipótese em que o delito for cometido por duas ou mais pessoas. Diante da expressão utilizada pelo Código, a doutrina tradicionalmente entende que a aplicação da majorante pressupõe que todos indivíduos pratiquem pessoalmente os verbos descritos no tipo. Ou seja, somente há incidência da majorante se houver coautoria, e não participação. Desse modo, o presente trabalho examina as teorias definidoras da autoria.

O Código Penal de 1940 não diferenciava as figuras do autor e do partícipe, fato que encadeou diversas críticas doutrinárias. Havia uma equiparação das figuras, que ocasionava uma possível equivalência de punição, em seu aspecto quantitativo, a influências com proporções distintas.



Diante das críticas, a Reforma Penal de 1984 foi responsável pela diferenciação. Após a reforma, diz-se que o Código Penal adotou a teoria objetivo-formal quanto ao conceito de autoria. Por essa teoria, conceitua-se o agente como autor na medida em que pratica ou não verbos dispostos no tipo. Essa conclusão é extraída pela doutrina a partir do item 25 da Exposição de Motivos do Código Penal, a qual faz prevalecer o que a doutrina denomina ‘conceito restrito de autor’.

Não obstante a aparente pacificação em relação ao tema, a adoção da teoria objetivo-formal não foi capaz de elucidar todas as questões atinentes ao Direito Penal e às infinitas hipóteses de cometimento dos crimes. A partir dessa inadequação da teoria à algumas situações, doutrina e jurisprudência desenvolveram outras teorias diferenciadoras dos agentes do crime.

A pesquisa tem o objetivo de delimitar o atual do conceito de autoria no Direito Penal, contrapondo tradicionais concepções às ideias mais atuais e diferenciando a sua aplicação aos tipos penais.

Para tanto, é dividida em três capítulos. O trabalho se inicia com a análise sobre as teorias desenvolvidas pela doutrina ao longo do tempo. Apresenta-se a discussão com breve panorama da evolução histórica. No segundo capítulo expõe-se a teoria do domínio do fato e sua possível adoção pelo direito pátrio. Por fim, o terceiro capítulo cuida da diferença prática entre a visão tradicional e a ampliação do conceito de autoria, examinando o alcance punitivo da norma em uma e em outra concepção.

A pesquisa será desenvolvida a partir do método hipotético-detutivo, formulando-se pressupostos a partir dos quais serão avaliadas as soluções ao objeto da pesquisa. Assim, serão eleitas ideias com o intuito de explicá-lo, a fim de que se possa concluir pela comprovação ou rejeição dessas ideias. 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 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE AUTORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS RELEVANTES DISTINÇÕES DOUTRINÁRIAS

O Código Penal<sup>1</sup> não conceitua a autoria e a participação. Em verdade, o art. 29 tão somente estipula que quem concorre para o crime responderá na medida de sua culpabilidade, e o seu §1º prevê uma causa de diminuição de pena à participação de menor importância.

---

<sup>1</sup>BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

A tarefa de definir os institutos ficou a cargo da doutrina que, desde há muito vem divergindo sobre a forma mais adequada de distinção. Nesse ínterim surgem diversas teorias, dentre as quais se destacam as teorias unitária e dualista, que divergem entre a distinção ou não entre a autoria e a participação.

De acordo com a teoria unitária, todo aquele que concorre para o crime deve ser considerado autor. Dessa forma, a teoria, também chamada subjetiva, se pauta na máxima de que o resultado se imputa a quem deu causa – *conditio sine qua non*, estampada no art. 13, *caput* do Código para equiparar as posições dos agentes do crime. Entende-se que o Código Penal em sua redação original teria adotado essa teoria. Nas lições de Fernando Galvão<sup>2</sup>:

se todas as contribuições anteriores forem consideradas, igualmente, causas do resultado lesivo, não haverá que se distinguir contribuições mais ou menos relevantes. Todas as contribuições constituem causas do crime e todos aqueles que o tenham causado são seus autores. O Código Penal de 1940 trabalhava com essa perspectiva e, em seu Título IV, tratava da convergência de condutas delitivas como a designação de *coautoria*.

Em oposição, a teoria dualista estabelece uma separação entre os institutos da autoria e participação. A Reforma de 1984, ao promover a alteração do art. 29, mitigou a teoria unitária, na medida em que possibilitou a diferenciação entre autor e partícipe, na medida de sua culpabilidade. Nesse sentido, o item 25 da Exposição de Motivos do Código Penal<sup>3</sup>:

ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decreto mais abrangentes, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

O panorama atual, portanto, é a distinção, que levará a uma diferenciação no *quantum* de pena. Afinal, cada agente responde de acordo com a sua culpabilidade. Sob esse prisma, a separação das figuras atua em consenso com o princípio da individualização das penas.

<sup>2</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412.

<sup>3</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. *Decreto-lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Concluindo pela distinção entre as figuras, surge a dúvida sobre o elemento diferenciador. Em princípio, sabe-se, pela redação do Código, que o autor é aquele que concorre de forma mais relevante, definindo a ocorrência do resultado. E, de outro modo, partícipe é aquele que, não obstante influir na ocorrência do resultado, possui menos importância.

Mais uma vez, são desenvolvidas múltiplas teorias para definir a autoria. Em um conceito restritivo de autor há o desenvolvimento da teoria objetivo-formal e da teoria objetivo-material. Em sentido oposto, por uma visão ampliativa, há a teoria extensiva do conceito de autor e a teoria subjetiva da participação. Por fim, em uma posição intermediária entre as teorias citadas, há a teoria do domínio do fato.

Tradicionalmente, pode-se dizer que a teoria restritiva objetivo-formal possui maior aceitação<sup>4</sup>. Para a teoria, “autor é aquele que pratica o verbo do tipo”. A *contrario sensu*, partícipe é quem contribui para o resultado sem praticar o verbo previsto na norma incriminadora. É a teoria que melhor facilita a distinção prática.

Explica-se: se a conduta do agente não se insere no conceito de matar alguém, por exemplo, não poderá ser responsabilizado, à título de autoria, pelo delito de homicídio. Sua contribuição será à título de participação.

Embora seja a teoria mais aceita, como se verá adiante, encontra problemas principalmente nos crimes de mando e nos crimes praticados no âmbito da associação criminosa. Muitas vezes o mandante ou chefe sequer mantém contato com o executor e, via de regra, não pratica o verbo do tipo com suas próprias mãos.

Diante da objetividade da teoria, há quem faça relação com o princípio da reserva legal. Como a norma incriminadora prevê a conduta típica, aquele que não a realiza não poderá ser punido da mesma forma que o agente que efetivamente pratica o verbo descrito.

Dentro da teoria restritiva há ainda a teoria objetivo-material, pela qual “a identificação dos autores e dos partícipes deve resultar da análise das respectivas condutas sob o prisma de sua eficiência ou relevância causal na produção do resultado naturalístico”.<sup>5</sup> O cerne da teoria encontra-se na contribuição para o resultado, e não na prática da conduta incriminadora.

Ao se pautar na ocorrência do resultado, a teoria esbarra nos crimes formais, que não exigem a produção de resultado para a consumação, e nos crimes de mera conduta, nos quais não há resultado.

---

<sup>4</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 61.

<sup>5</sup> GALVÃO, op. cit., p. 414.

Em sentido contrário, partindo para uma lógica ampliativa do conceito, a teoria extensiva do conceito de autor extrai seu fundamento na já citada teoria da equivalência dos antecedentes causais para concluir que todo aquele que contribui para o resultado deve ser considerado autor. A teoria acaba por perder suas forças quando o próprio Código determina a diferenciação na medida da culpabilidade. Ademais, como mencionado, o princípio da individualização da pena impõe a diferenciação entre os diversos graus de influência no resultado. Não seria possível conceber como razoável a equiparação de agentes que atuam de forma díspare.

Foi desenvolvida ainda a teoria subjetiva da participação, a partir das ideias de *animus auctoris*, elemento da vontade do autor, que atua com vontade de autor, no fato próprio, e *animus socii*, elemento da vontade do partícipe, que deseja a ação como alheia.<sup>6</sup> Ou seja, para teoria, enquanto na autoria há protagonismo, na participação há um papel de coadjuvante. Assim como a teoria objetivo-formal, a teoria subjetiva também encontra problemas nos crimes de mando.

Da essência de tais crimes se extrai que o executor não quer o fato como seu, mas atua na vontade alheia. No entanto, determina o resultado, na medida em que este advém da sua conduta. Nesse sentido, como definir o executor como mero partícipe? Por tal dificuldade, a teoria não encontra muito respaldo doutrinário.

Por fim, dentre as teorias mais relevantes, tem-se a teoria do domínio do fato, final-objetiva ou conciliatória. A teoria, cuja evolução se atribui precipuamente a Welzel e a Roxin, tem como âmago o domínio, o senhorio como exercício de poder sobre a cadeia causal. Nesse sentido, autor é aquele que tem o domínio sobre o fato.

Nas palavras de Welzel: “Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato”.<sup>7</sup>

Considera-se domínio sobre o fato o poder de quem controla a realização do crime, forma de cometimento, eventual interrupção. Há, portanto, um controle sobre todas as etapas, sobre todo o *iter criminis*. É também chamada de conciliatória porque foi desenvolvida a partir de brechas das teorias anteriores.

---

<sup>6</sup> Ibid. p. 413.

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 120.

Diante dos conceitos explicitados, passa-se a análise jurisprudencial. Dentre as teorias expostas, com enfoque nas teorias objetivo-formal e na teoria do domínio do fato, que participam com protagonismo nas decisões judiciais e nas teses doutrinárias atuais.

A primeira, amplamente aceita pela doutrina tradicional e tida como a adotada pelo Código, possui diversas críticas em relação aos crimes de mando, “de escritório”, praticados nos seios das organizações criminosas.

Por sua vez, a origem do domínio do fato, embora date de 1939, ganhou espaço na jurisprudência há pouco, possuindo especial relevo justamente nas brechas da primeira e, atualmente, é adotada por respeitáveis autores contemporâneos. No presente, será dado especial enfoque nos avanços perpetrados por Claus Roxin à teoria, em crítica e complemento às ideias desenvolvidas anteriormente por Welzel.

## 2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria do domínio do fato soluciona algumas questões não deslindadas pela teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina majoritária, a teoria objetivo-formal. Explica-se. Ao classificar como autor aquele que comete pessoalmente o verbo do descrito na norma penal incriminadora, a teoria objetivo-formal acaba por restringir de sobremaneira o alcance da autoria.

Assim é que, a princípio, adotando-se tão somente a lógica da teoria objetivo-formal, um crime cometido no seio de uma organização criminosa, cuja execução seja delegada a um mero subordinado seja somente a este imputado a título de autoria. O curioso é que, como é sabido, tais indivíduos subordinados são meros executores, geralmente recém integrados à organização, e facilmente substituíveis. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito dos crimes relacionados às milícias e facções dominantes do tráfico de drogas

O mandante, aquele que ocupa posição hierarquicamente superior na organização e que, de fato, possui controle sobre a cadeia causal, determinando datas, locais, meios de execução e vítima, não seria considerado autor. Isso porque, o autor do homicídio, por exemplo, é aquele que realiza o verbo matar, descrito no art. 121 do Código Penal.

Em interessante abordagem sobre a teoria do domínio do fato e a consequência da sua aplicação, ensina Fernando Galvão<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> GALVÃO, op. cit., p. 416-417.

vale observar que, em muitos casos, justamente por dominar a situação de fato e a intervenção dos demais participantes, o autor determina que um partícipe realize a conduta descrita no verbo-núcleo do tipo. Tal estratégia operativa pode se dar, inclusive, visando à preservação do autor, em face dos riscos inerentes à realização do comportamento típico. Em outras palavras, o participante que domina o fato pode determinar que a realização da intervenção mais arriscada fique a cargo do partícipe, preservando-se em posição mais segura. Nesse caso, a teoria do domínio do fato é a única que pode identificar de forma adequada a intervenção penalmente mais relevante e estabelecer uma responsabilização justa.

O autor defende a adoção do domínio do fato em detrimento das demais, por ser a que melhor sopesa a contribuição perpetrada pelo agente ao delito, isto é, a concorrência do agente para o resultado.

Para tanto, a teoria do domínio do fato, nos termos em que foi desenvolvida por Claus Roxin, com origem em sua obra “Autoria e domínio do fato”, datada de 1963, distingue o autor baseando-se em três tipos de domínio: sobre a ação, sobre a vontade e o domínio funcional.

O domínio sobre a ação representa o controle que o autor do fato exerce sobre a execução do delito. Possui domínio sobre a ação aquele que a promove, levando-a a cabo. Nesse ponto, não houve evolução considerável da teoria do domínio do fato em relação as teorias já desenvolvidas, sendo fácil notar que, tendo o indivíduo o dito domínio sobre ação, seria considerado autor tanto na teoria do domínio do fato como da teoria objetivo-formal.

Em relação ao domínio funcional, Roxin desenvolveu a ideia de divisão de tarefas, concluindo que, sendo a empreitada criminosa dividida em etapas, seria considerado autor aquele que exerceu domínio sobre a sua respectiva parte, não obstante não ter tido interferência em todas as etapas. Tem-se a aplicação do domínio funcional nos crimes cometidos por, no mínimo, duas pessoas, sendo a tese relevante para caracterizar como autor diversos agentes criminosos que exerceram tal espécie de domínio.

Possui especial relevo o aspecto do domínio sobre a vontade no presente estudo. Isso porque, tal domínio é exercido, segundo Roxin, na coação, na indução a erro e também através do que o autor denominou aparato de poder.

Em relação à coação, sabe-se que esta pode, a depender do meio de força, excluir a culpabilidade ou até mesmo a própria conduta, sendo exercida através de força moral ou física respectivamente. Já o erro é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como sendo de proibição ou de tipo, com consequências próprias de cada um. De qualquer modo, seria possível também, a partir de uma análise com base na teoria objetivo - formal, a conclusão pela autoria

mediata do indivíduo coator ou determinante do erro, denominado como homem de trás pela teoria do domínio do fato.

Por sua vez, domínio exercido por meio de um aparato de poder representa um novo campo de ideias em relação a determinação da autoria e seu reflexo no concurso de pessoas. Isso porque, utiliza o poder como possível caracterizador da autoria mediata, possibilitando a imputação do tipo penal ao mandante à título de autoria.

É importante ressaltar, porém, que a premissa de que o domínio do fato exercido por um aparato de poder constitui uma espécie do gênero autoria mediata depende do preenchimento de quatro pressupostos.

Como primeiro pressuposto tem-se o controle exercido sobre a realização do crime, intitulado poder de comando. Assim é que, o mandante, homem de trás, deve determinar cabalmente a ocorrência ou não do crime.

Além disso é preciso que o aparato de poder esteja a margem do direito do posto, seja um próprio sistema externo e contrário ao sistema legítimo. A atuação por meio do domínio sobre a vontade exercida através de um aparato de poder se dá no âmbito de estruturas organizadas para cometer crimes, permeando, na maioria das vezes, o tráfico, seja de entorpecentes ou de pessoas, e a formação de grupos paramilitares, como a milícia.

Decorre dessa estrutura organizada o terceiro pressuposto, qual seja, a de substitutividade do executor do delito. No âmbito das organizações criminosas há verdadeira hierarquia e divisões de funções. É sabido, por exemplo, que em facções especializadas em explorar o tráfico de drogas as tarefas são divididas entre donos, gerentes, soldados, vapores, etc.

Os ditos soldados, que exercem a linha de frente nos confrontos, ilustram bem o pressuposto da substitutividade. São indivíduos que exercem função hierarquicamente inferior e recebem ordens acerca de suas condutas. Não há em suas atuações o exercício de poder decisório acerca de quais atos devem ser produzidos, mas tão somente a executoriedade destes, sendo certo que caso não logre êxito na execução esta será efetuada, ou ao menos perquirida, por outro executor, às ordens do mandante.

Por fim, foi acrescentado posteriormente à teoria do domínio do fato o pressuposto referente a particular inclinação à ocorrência do resultado quando a conduta é perpetrada por um integrante de uma organização criminosa. Isso porque, segundo Roxin, aquele que está na base da organização, exercendo função hierarquicamente inferior, está sujeito a influências de toda a estrutura, o que contribui para a ocorrência do resultando, aumentando as suas chances.



O autor ressalta que tal constatação não altera a culpabilidade do executor, mas demonstra uma característica peculiar dos crimes praticados no seio de um aparato marginalizado de poder em relação aos crimes praticados por indivíduos comuns. Essa influência que atinge o executor acaba por alagar ainda mais o domínio do homem de trás, na medida em que há uma maior determinabilidade do resultado.

Interessante é que todos os elementos de tal construção estão interligados. Desse modo, no seio de uma organização que atua em contrariedade com Direito há o exercício de um poder de comando, que consiste no senhorio sobre as circunstâncias da empreitada criminosa. Do outro lado da organização, há um executor, cuja característica precípua é a fungibilidade, e que está disposto, em decorrência de múltiplas influências, a cometer o delito ordenado.

Sintetizando a ideia exarada por Roxin, Luis Greco<sup>9</sup> ensina:

[...] aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos; [...]

Vê-se, portanto, que a teoria do domínio do fato em muito inovou na concepção acerca da autoria e do concurso de pessoas, delimitando novas formas de enxergar tais institutos.

Poder-se-ia discutir se de fato, a problemática dos crimes de mando não poderia ser solucionada pela teoria objetivo-formal, diante da redação do art. 13 do Código Penal. De acordo com o dispositivo, o resultado é imputável a quem lhe deu causa, e esta é considerada a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Sem dúvidas nos crimes de mando, que ora se estuda, a relevância da conduta do homem de trás é tamanha, de modo que sem a ordem o resultado não teria ocorrido. Assim, não raro seria possível concluir pela aplicação do art. 13 do Código Penal.

Contudo, como é sabido, o ordenamento jurídico pátrio achou por bem não punir os atos preparatórios, salvo quando constituírem fato típico. Dessa forma, a conclusão pela aplicação do art. 13 esbarra, muitas vezes, no fato de que o mandante não pratica atos

---

<sup>9</sup> GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 933, p. 61-92, jul. 2013. p. 71,72

executórios. De acordo com a teoria objetivo-formal, atos executórios são aqueles que integram o núcleo do tipo<sup>10</sup>.

Ou seja, a atuação do mandante, embora seja determinante a ocorrência do resultado, fica adstrita à instigação. É para sanar tal contradição que se propõe a adoção da teoria do domínio do fato, de modo a considerar, de forma proporcional e razoável, a conduta de todos os agentes envolvidos na empreitada criminosa.

Em relação a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, os doutrinadores se dividem. Os críticos apontam que o domínio do fato foi idealizada a partir de um aspecto distinto. Isso porque, o seu autor expoente, Roxin, repugna a teoria unitária, que teria sido adotada pelo Brasil no art. 29 do Código Penal.

Com efeito, o art. 29 prevê a responsabilização penal na medida da culpabilidade de cada agente do crime. Tal ponderação levou autores como Bittencourt<sup>11</sup>, Greco<sup>12</sup> e Luiz Régis Prado<sup>13</sup> a concluir que o Código Penal Brasileiro, após a reforma, teria aproximado as teorias unitária e dualista, concebendo que o último denominou “teoria unitária temperada”.

Tal fato, contudo, não exclui peremptoriamente a aplicação do domínio do fato no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, é possível colacionar na jurisprudência<sup>14</sup> e na doutrina<sup>15</sup> vozes que defendem a aplicação da teoria.

Mencione-se que a adoção da teoria do domínio do fato não exige o acusador de demonstrar, de forma individualizada, a conduta do mandante, sob pena de se instaurar uma verdadeira responsabilização penal objetiva.

Assim, passa-se a análise da aplicação da teoria do domínio do fato, e a relevância da sua aplicação ao delito de extorsão, com a aplicação da causa de aumento prevista no art. 158, §1º do Código Penal.

---

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 83-84.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 425.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 563.

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Penal nº 470/MG*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>15</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 73.

### 3. A RELEVÂNCIA PRÁTICA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA EXTORSÃO PRATICADA EM CONCURSO DE AGENTES

Como destacado na introdução, o presente trabalho possui como cerne a análise sobre a possibilidade e a relevância prática da aplicação da teoria do domínio do fato quando da apuração do delito de extorsão praticada em concurso de agentes, conduta que se amolda ao tipo previsto no art. 158, §1º do Código Penal.

Inicialmente, cabe ressaltar que a análise ganha relevo na medida em que a doutrina majoritária entende que a causa de aumento de pena prevista no referido diploma legal pressupõe a coautoria. Isto é, para maior parte da doutrina, quando a extorsão for cometida em participação com outros agentes, a capitulação correta será a prevista no *caput* do art. 158.

Nesse sentido, os ensinamentos de Bittencourt<sup>16</sup>:

em nossa concepção, quando o texto legal refere-se taxativamente a ser o crime “cometido por duas ou mais pessoas” está, inegavelmente, fazendo uma opção limitadora pela coautoria, excluindo, dessa forma, a mera participação em sentido estrito. Por isso é necessário que as “duas ou mais pessoas” realizem materialmente a conduta delituosa, sendo insuficiente a mera instigação ou cumplicidade (participação em sentido estrito), especialmente considerando o fundamento político-criminal da majorante (dificulta defesa da vítima, maior perigosidade etc.) Convém recordar que coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, da mesma infração penal. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo.

Na mesma linha, Rogério Greco<sup>17</sup>:

quando analisamos a qualificadora do concurso de pessoas no delito de furto, filiamos-nos à corrente que exigia, para efeitos de reconhecimento da mencionada qualificadora, a presença dos agentes durante a prática dos atos materiais de execução do delito, havendo a mesma necessidade para fins de aplicação da majorante ao roubo, bem como, agora, ao delito de extorsão.

Há ainda, quem frise a *mens legis*, aduzindo que o Código deseja punir com mais rigor aqueles agentes que ameacem com mais intensidade o bem jurídico protegido. Assim, levam em conta a potencialidade do constrangimento, que seria maior quando mais de uma pessoa participasse da execução do delito, ou seja, do ato de constranger efetivamente alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

---

<sup>16</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 32.

<sup>17</sup> GRECO, op. cit., p. 711.

Adotando esse entendimento, é possível citar Nilo Batista<sup>18</sup>, em referência a Weber

Martins:

o Código Penal não comete a heresia de consagrar, expressa ou implicitamente, que *comete* o crime quem de qualquer forma concorre para ele. O que está na lei, corretamente, é que *incide* nas penas cominadas ao crime – expressão com que, implicitamente, se afirma que *não o comete* – quem, de qualquer modo, concorre para ele. Comete o crime – ninguém afirma de outro modo – quem participa materialmente de sua execução. Não fora isso, e seria desnecessária a norma de extensão do art. 29 do Código Penal.

Em sentido contrário, Nucci<sup>19</sup>, adotando o mesmo posicionamento em relação aos delitos de furto, roubo e extorsão, assevera que a presença física no local do delito não seria relevante, uma vez que o código já contempla a participação como uma forma de concurso de agentes.

Analisando a jurisprudência, é possível extrair que o Superior Tribunal de Justiça acompanha a doutrina majoritária, no sentido de que a aplicação da causa de aumento de pena em comento pressupõe a coautoria dos agentes. Isso porque, a Corte menciona a necessidade de concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, apesar de não ser necessária a identificação de todos os coautores<sup>20</sup>.

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO(S) CORRÉU(S). DESNECESSIDADE. COAUTOR INIMPUTÁVEL. IRRELEVÂNCIA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE TÃO SOMENTE NO NÚMERO DE MAJORANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...) 3. Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do(s) corréu(s), sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto as vítimas como as testemunhas foram uníssonas em afirmar que haviam outros integrantes na prática delitiva [...]

Nesse ponto, podem ser firmadas algumas premissas. Primeiro, deve ser levado em consideração a posição da doutrina majoritária apontada no Capítulo 1, que aponta a adoção da

<sup>18</sup> BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 189.

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial arts. 121 a 212 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 429.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 197.501/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corporus-hc-197501-sp-2011-00325-27-8-stj/relatorio-e-voto-21105396>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

teoria objetivo-formal pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim é que, deve-se ter em mente que autor, para tal teoria, é aquele que pratica o verbo do tipo.

Outrossim, a partir da conclusão jurisprudencial e também de parte da doutrina que entende que o reconhecimento do concurso de agentes no crime de extorsão pressuporia a atuação dos agentes na efetiva execução do crime, se influi que, de fato, a aplicação da causa de aumento prevista no art. 158, §1º estaria adstrita as hipóteses de coautoria.

E é justamente quando da fixação da autoria, ou melhor, da coautoria, é que a aplicação da teoria do domínio do fato se mostra relevante na matéria em análise. Como demonstrado, o conceito de autoria utilizado pela teoria objetivo-formal é de sobremaneira restrito e não contempla muitas vezes a realidade de forma adequada. A adoção do domínio do fato, que traz novas perspectivas acerca da determinação da autoria e, conseqüentemente, no concurso de agentes, é capaz de sanar tais contradições.

De forma exemplificativa, cite-se o comum exemplo em que, no interior de uma organização criminosa paramilitar, conhecida como milícia, um dos líderes determina que um dos integrantes, de “patente” inferior realize uma extorsão a um comerciante na baixada do Rio de Janeiro.

Sabe-se que, de fato, tal integrante cometerá o crime de extorsão, na modalidade de autoria, se realizar a conduta descrita no art. 158 do Código Penal<sup>21</sup>, constringendo alguém a tolerar que se faça ou a deixar de fazer algo, com o intuito de obter vantagem econômica indevida, mediante violência ou grave ameaça. Inaplicável, por essa visão, a causa de aumento, uma vez que não haveria o reconhecimento da coautoria exigida.

A conduta do líder da organização é que causa questionamentos. Isso porque, não obstante a determinabilidade de sua ação para o acontecimento do crime, não houve a prática de nenhum ato executório. Aplicando a teoria objetivo-formal, ter-se-ia a imputação do integrante pela prática do crime de extorsão na forma simples, prevista no caput, e, quanto ao líder, pela participação no referido crime.

É justamente essa contraditória conclusão, em que o líder de uma organização é apenado de forma mais leve que o mero executor, que faz com que autores como Fernando Galvão adotem de pronto a teoria do domínio do fato, conforme trazido no capítulo 2.

Isso porque, se preenchidos os requisitos formulados por Roxin, quais sejam, a presença de uma estrutura organizada em contrariedade ao Direito, na qual há o exercício de

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

um poder de comando e de outro lado, um executor fungível com elevada disposição ao cometimento do delírio, ter-se-á a configuração do que o autor denominou domínio sobre a vontade.

Tal domínio consubstancia uma forma de autoria, fazendo com que, no exemplo apresentado, ambos fossem considerados autores do crime de extorsão. E mais, a causa de aumento prevista no §1º poderia ser aplicada. Essa conclusão, por óbvio, pressupõe a individualização da conduta do mandante, sob pena de obstar a sua responsabilização.

Por fim, ressalte-se que a aplicação da teoria do domínio do fato possui críticas por alguns juristas brasileiros<sup>22</sup>, principalmente após a forma como foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Penal 470, ocasião em que a condição de superior hierárquico foi utilizada como determinante à imputação, sem a devida individualização das condutas do homem de trás.

Não obstante, faz-se mister ressaltar que a aplicação do domínio do fato não imputa, por si só, a conduta aos líderes da organização simplesmente pela posição ocupada na hierarquia da organização. Pelo contrário, cabe ao Ministério Público, como titular da *persecutio criminis*, a devida individualização das condutas, sob pena de violação dos direitos fundamentais mais caros a democracia, dentre os quais cita-se o contraditório e ampla defesa, liberdade e até mesmo o postulado da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Foi apontado como cerne do presente trabalho a análise sobre a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 158, §1º do Código Penal brasileiro, referente ao delito de extorsão cometido por duas ou mais pessoas. Verificou-se que a questão central está na definição de autoria, uma vez que, a utilização do verbo cometer, para doutrina majoritária designa coautoria, excluindo-se, assim, as hipóteses de participação.

Após 1984, com a reforma promovida no código penal, passou-se a entender pela existência de uma mitigação na teoria unitária da autoria, na medida em que o código prevê expressamente a punição diferenciada para autor e partícipe.

---

<sup>22</sup> CANÁRIO, Pedro. *STF aplicou domínio do fato de forma grotesca*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Com a diferenciação, a conceituação dos institutos tornou-se uma necessidade à correta responsabilização penal dos indivíduos que cometem crime em concurso de agentes. Nesse ínterim, a teoria objetivo-formal foi adotada pela maior parte da doutrina brasileira. A teoria conceitua o autor do crime, basicamente, como o indivíduo que pratica o verbo presente na descrição típica do delito.

Nesse ponto, esta pesquisa constatou a importância da referida teoria, adotada majoritariamente no país. Isso porque, foi possível concluir ser ela insuficiente em determinados casos, que se revelam corriqueiros na prática forense.

Por conceituar atrelar a autoria a prática do verbo do tipo, a teoria objetivo-formal limita excessivamente o conceito, causando desproporcionalidades indesejadas. A questão é acentuada na medida em que o código baliza a punição penal, como regra, ao início dos atos executórios.

Assim, examinou-se que, seria possível um dos principais responsáveis pela ocorrência de um crime não ser considerado como seu autor. Tal possibilidade foi vista mormente nos crimes de mando, também chamados pela doutrina como crimes de escritório. São delitos praticados, por exemplo, no seio de organizações paramilitares, terrorismo, tráfico de drogas.

Com a exposição da problemática, no segundo capítulo foi abordada uma possível solução para determinados casos, qual seja, a aplicação da teoria do domínio do fato. Para tanto, foi dado enfoque na concepção elaborada por Roxin. A teoria, que possui requisitos específicos, amplia, de certa forma, o conceito da autoria, sanando eventuais incongruências da teoria objetivo-formal.

Apesar de possuir aplicação ainda embrionária no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio do fato é alvo de críticas. Isso porque, em sua mais emblemática utilização, a ação penal 470, foram apontadas distorções, na medida em que a ocupação de cargo de chefia teria sido reputada suficiente a condenação, sem provas robustas de envolvimento no fato criminoso.

No entanto, a errônea aplicação pelo operador do direito não possui o condão de fulminar a sua adoção. O entendimento a que se chegou foi não só pela possibilidade de aplicação da teoria, como de sua relevância. Especificamente na hipótese do crime de extorsão, demasiadamente cometido por organizações criminosas e afins, concluiu-se que a aplicação da teoria do domínio do fato pode resultar, desde que presentes os seus requisitos, em correta punição do dito homem de trás.



Assim, a partir dos estudos realizados, depreendeu-se que a teoria do domínio do fato não é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, tampouco com a teoria unitária, que teria sido adotada pelo Código Penal, sobretudo após a mitigação da teoria promovida pela Reforma Penal de 1984.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, a devida aplicação da teoria do domínio do fato. Frise-se que a teoria é atinente ao Direito Penal, e possui como escopo a definição de uma das hipóteses de autoria. Assim é que, cabe ao titular da ação penal a efetiva demonstração dos elementos da construção idealizada por Roxin.

Patente, desta forma, que não se pretende criar nenhum tipo de inversão do ônus probatório, instituto próprio do Direito Processual Penal, devendo o titular da ação penal provar a existência de um homem de trás, bem como esmiuçar sua conduta. E, no caso do crime de extorsão, efetuar a correta classificação dos agentes, que deverão ser considerados coautores, com a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 158, §2º do Código Penal.

Cabe ao Ministério Público e ao Julgador, portanto, a correta verificação dos requisitos, sob pena de se imputar verdadeira responsabilidade penal objetiva, inconcebível no ordenamento pátrio.

## REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Exposição de motivos do Código Penal. *Decreto-lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AP n° 470/MG*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 197.501/SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105394/habeas-corpus-hc-197501-sp-2011-0032527-8-stj/relatorio-e-voto-21105396> >. Acesso em: 27 fev. 2019.

BOMBARDELLI, Pablo. *Domínio do fato em Welzel e em Roxin*: critérios de conceito restritivo de autoria. 2014. 127 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

CANÁRIO, Pedro. *STF aplicou domínio do fato de forma grotesca*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 933, jul. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*: parte especial arts. 121 a 212 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.p. 120.

## A METAMORFOSE DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E SISTEMA MULTIPORTAS

Ricardo Dimitri Gonçalves Kasakewitch

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – O presente trabalho traz para o debate jurídico-filosófico comentários acerca da repercussão da Revolução Digital nas relações da seara processual. Contextualizando o atual processo de transformação da sociedade com o papel desempenhado pela justiça, em atenção ao flagrante impacto prático desta transformação no cotidiano da população e dos profissionais da área jurídica. As reflexões aqui desenvolvidas apontam para as possibilidades que já surgem no horizonte da justiça do século XXI; em um mundo cada vez mais digital, pondera-se até onde é possível que haja uma mitigação de princípios como do contraditório, da identidade física do juiz e do direito de presença em audiência em prol de uma maior eficiência, acesso à justiça e conformação do interesse privado ao interesse público. Hoje, vive-se uma série de transformações de diversos aspectos e paradigmas na justiça tradicional que indubitavelmente apontam para uma digitalização das relações dentro do ordenamento jurídico em uma sociedade cada vez mais informacional. Tais transformações indicam uma tendência que deverá ser intensificada com o adentrar deste século, como o regime de teletrabalho e as audiências por videoconferência que lançam novas bases para formação do livre convencimento dos magistrados e processamento da justiça: desenhando um novo Tribunal Digital.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Filosofia. Revolução Digital. Audiência por videoconferência. Processo eletrônico. Livre convencimento motivado. Desumanização da Justiça. Tribunal Digital.

**Sumário** – Introdução. 1. A Revolução Digital E O Ordenamento Jurídico Em Tempos De Modernidade Líquida. 2. O Contraditório Em Audiências Por Videoconferência. 3. Metamorfoses Do Direito, Acesso À Justiça E O Sistema Multiportas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico trata das repercussões da Revolução Digital no ordenamento jurídico e na organização da justiça como um todo. O processo de transformação informacional-tecnológico da atualidade lança novas bases à justiça, sendo inegável que seus efeitos já podem ser sentidos em diversas esferas do ordenamento jurídico pátrio: desafiando seu *modus operandi* tradicional e até mesmo princípios tidos como fundamentais ao Estado burocrático moderno.

Desnecessário é evidenciar a atualidade do tema, uma vez que a novidade do fenômeno e suas repercussões são o próprio objeto deste breve estudo, bem como vislumbrar

as variadas possibilidades que devem ser esperadas para o futuro próximo da justiça no século XXI em um mundo cada vez mais digital.

Para tanto, abordam-se pesquisas doutrinárias a respeito de aspectos do ordenamento jurídico que tenham sofrido mudança em razão das novas demandas dessa sociedade pós-moderna, como se deu com a despersonalização do indivíduo no julgamento pelo sistema de precedentes, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou mesmo a mitigação de princípios como do contraditório, da ampla defesa, da identidade física do juiz e do direito de presença em audiência em prol de uma maior eficiência, acesso à justiça e conformação do interesse privado ao interesse público, como ocorre nas audiências por videoconferência.

A formação do livre convencimento motivado do magistrado no bojo do princípio do Contraditório se vê mitigado, muitas vezes, neste novo contexto de mudanças em prol da celeridade e do acesso à justiça e conformação do interesse privado ao interesse público que indubitavelmente aponta para uma digitalização das relações em uma sociedade informacional. Mantendo-se sempre como escopo deste trabalho a análise de até onde poderá haver a mitigação de princípios como do contraditório e do livre convencimento.

Serão tecidas primeiramente, para isso, breves considerações históricas e sociológicas deste tema, por ser um fenômeno recente na sociedade, tendo em vista a sua evolução. No entanto, merece atenção, uma vez que prova-se atual e de necessário debate, uma vez que o direito precisa se adequar as novas demandas desta sociedade em processo de transformação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “revolução digital” e “modernidade líquida”, trazida por Zygmunt Bauman. O resultado da pesquisa tem por objetivo trazer para o debate jurídico uma maior compreensão da repercussão da Revolução Digital nas relações da seara processual dada a atualidade do tema observada pelas práticas dessas mudanças no cotidiano da população e dos profissionais da área jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho a partir de uma abordagem histórico-sociológica do contexto em que se vive, a qual lança as bases para maiores reflexões acerca das variadas possibilidades que devemos esperar para o futuro da justiça no século XXI em um mundo cada vez mais digital. Problematizando a crescente digitalização das relações e o papel desempenhado pela justiça nessa Revolução Digital em tempos de modernidade líquida.

O segundo capítulo objetiva discutir a controvérsia criada na seara processual-constitucional acerca do respeito ao princípio do Contraditório e da Ampla defesa nas audiências por videoconferência, e por conseguinte a necessária releitura dos direitos e princípios do ordenamento jurídico na Era Digital. Assim como aborda a despersonalização

do indivíduo no julgamento pelo sistema de precedentes, como no incidente de resolução de demandas repetitivas.

O terceiro capítulo aponta a mudança de panorama trazidas pela digitalização dos processos tomando esta como uma verdadeira onda renovatória de acesso à justiça. Acerca das repercussões trazidas pela Revolução Digital nas relações da seara processual e as repercussões tanto jurídicas quanto cotidianas decorrentes deste movimento de transformação, demonstrando que se por um lado “desumaniza” o direito por outro o torna mais efetivo ao alargar o seu espectro a partir de uma consciência mais coletiva e voltada para a supremacia do interesse público.

No que tange a metodologia empregada, 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 jurídico-sociológica é necessariamente qualitativa, de modo que buscase esteio na lei, doutrina e conceitos amplamente difundidos em meio acadêmico para sustentar o estudo aqui proposto.

## 1. A REVOLUÇÃO DIGITAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO EM TEMPOS DE MODERNIDADE LÍQUIDA

A chamada Revolução Digital<sup>1</sup>, também conhecida como Terceira Revolução Industrial, é aquela que diz respeito aos processos associados à passagem da tecnologia eletrônica mecânica e analógica para a eletrônica digital. É controverso qual seria o marco inicial da Revolução Digital, mas a maioria dos estudiosos da área fixam como marco o surgimento da internet no final da década de 1960, o que modificou completamente as relações entre as pessoas pelo mundo em diversas esferas da sociedade e em níveis jamais imagináveis. Sendo certo que o número de usuários da rede de computadores é crescente e cada vez mais este fenômeno que pauta a vida cotidiana da maioria das pessoas torna-se parte do dia-a-dia de todos os cidadãos.

---

<sup>1</sup> E. SCHOENHERR, Steven. *The Digital Revolution*. 5 de maio de 2004. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20081007132355/http://history.sandiego.edu/gen/recording/digital.html>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Hoje, já se vive uma série de transformações de diversos aspectos e paradigmas na justiça tradicional que ocorrem neste contexto da revolução digital e consequente digitalização das relações. Tais transformações desenham uma tendência que deverá ser intensificada com o adentrar deste século, como o regime de teletrabalho, possibilitado pelo processamento eletrônico dos atos do processo, e as audiências por videoconferência.

Em que pese a exclusão digital ainda ser um problema que vem na contramão desta nova tendência, dados recentes do IBGE de 2018<sup>2</sup> apontam que o Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet em seu domicílio. Quando levamos em conta os usuários com acesso à internet por meio de uso móvel, como em aparelhos de celular, este número ainda é majorado. E se considerarmos o número de pessoas que mesmo que não tenham acesso de internet por fontes próprias mas tem acesso por meio de pessoa que tenha contato chegamos a um número relativamente pequeno de pessoas que não tem acesso algum a este tipo de tecnologia.

Esse processo de inclusão digital que estamos vivendo na chamada Era da Informação, para alguns a quarta revolução industrial, modificou para sempre a rotina das pessoas e a maneira como se produz e se consome conteúdo. As informações são consumidas 24 horas por dia, de modo rápido e direto. Tal possibilidade de consumo e produção de informação remotamente modificou completamente o universo profissional e a maneira como se faz negócios pelo mundo, a economia caminha no ritmo da digitalização e a justiça não poderia ficar para trás neste contexto.

Neste contexto, a fim de tecer breves comentários acerca das relações humanas em tempos de modernidade líquida é que se traz ao debate, sem maiores pretensões, Zygmunt Bauman<sup>3</sup>, o autor da obra que cunhou o termo *Modernidade Líquida* e na opinião do pesquisador melhor define as relações humanas no presente milênio. Essa noção de liquidez é proposta pelo filósofo e sociólogo polonês e se aplica a diversos temas como: o amor, a vida, o medo e o tempo; traduz-se essa fluidez como a facilidade com que estes elementos escorrem pelas mãos do homem moderno.

A ideia do pensador moderno é extraída do Manifesto Comunista de Marx e Engels, e depreende-se da conhecida afirmação de que tudo que é sólido se desmancha no ar e de que tudo que é sagrado é profanado. Deste modo assim é na modernidade cuja essência se alastra

---

<sup>2</sup> GOMES, Helton Simões. *Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>3</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Zahar: 2001. p.9

pela vida do homem moderno transformando-o não só como indivíduo mas como ser relacional.

O sociólogo em questão aborda em sua obra os conflitos da existência humana e como que a vida moderna vem esmagando as já frágeis relações humanas. Não é mistério a ninguém que hoje em dia a maioria dos conflitos é solucionado no inchado e assoberbado poder judiciário. A esfera judicial, que deveria ser recurso último na solução dos conflitos tornou-se, muitas vezes, a primeira ou única via para a solução da controvérsia.

Por outro lado, a bem da verdade os métodos alternativos de resoluções de conflitos ganharam relevo nos últimos tempos. Mas em que pese a sua atuação, observamos que tais mediações e conciliações perdem seu caráter ideal ao serem incorporadas ao Judiciário em sua atividade típica, acontecendo dentro do Tribunal e assim integrando parte da lógica burocrática da justiça tais práticas perdem seu caráter primevo; esvaziando-se de sentido e vendendo uma falsa noção de eficiência; cada vez mais atrelada a satisfação das metas do judiciário e não das pessoas.

O tema ainda não é amplamente discutido na doutrina, por ser um fenômeno recente na sociedade, tendo em vista a sua evolução, principalmente no contexto da difusão da internet atual: que acelerou-se nos idos dos últimos anos. No entanto, merece atenção, uma vez que o direito precisa se adequar as novas situações que necessitam de tutela jurídica.

Não obstante, fato é que cada vez mais as relações são construídas exclusivamente com fulcro em contatos digitais: pessoas que se conheceram exclusivamente por intermédio da internet e mantêm suas relações remotamente sem nunca terem se encontrado pessoalmente. Neste diapasão, observamos no meio econômico a criação de empresas que existem apenas no âmbito digital e com o fulcro de oferecer soluções digitais para problemas que surgiram no bojo desta revolução. Todas essas modificações não poderiam deixar de refletir na seara dos negócios jurídicos. Hodiernamente, não é raro que a celebração de negócios jurídicos se dê exclusivamente por meio de ordens de computador. Sejam essas ordens entre computadores e pessoas, ou até mesmo entre computador e computador.

A celebração de negócios jurídicos por meio eletrônico é válida e já existente em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Diploma Civilístico Pátrio define que declaração de vontade prescinde de forma especial. Neste sentido, colaciona-se, “Art. 107.<sup>4</sup> A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”.

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm) >. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 02 abr. 2019.



Atualmente até mesmo alguns documentos de grande importância são assinados por meio eletrônico por meio de certificado digital, como se faz junto a Receita Federal do Brasil e Juntas Comerciais de alguns Estados.

Com a economia caminhando no ritmo da digitalização, empresas passam a existir apenas no ambiente virtual. Pois se informações são produzidas e consumidas em segundos e negócios são fechados remota e sucessivamente, a justiça teve que ganhar em modernidade e celeridade para acompanhar o ritmo das novas relações.

## 2. O CONTRADITÓRIO EM AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA

O processo é regido por princípios basilares, muitos deles previstos na Constituição Federal como o Princípio do Contraditório e do Princípio Devido Processo Legal. O princípio do contraditório permeia toda a esfera processual: administrativa, cível e penal. Este supraprincípio encontra-se ameaçado na opinião de muitos frente a este processo de novas dinâmicas inerentes a virtualização das etapas processuais, qual seja, a ser tratada aqui: o depoimento por videoconferência do réu.

A possibilidade de realização de audiência por videoconferência suscitou uma série de debates e indagações foi a implementação do sistema de interrogatório por videoconferência. Esta modalidade de interrogatório, prevista no artigo 185, §2º do Código de Processo Penal, despertou polêmica pois ao passo que represente uma economia ao Estado, com a locomoção de réus presos de alta periculosidade, muitas vezes envolvidos em organizações criminosas, por outro representa uma ameaça ao direito do contraditório e da ampla defesa em seu aspecto do direito do réu de presença em audiência. Existem correntes que apontam que colocar o réu na presença do juiz impacta de maneira diferente a ambos vindo a influir materialmente na decisão do magistrado. Influindo, portanto, na formação do seu livre convencimento motivado.

Desde que houve a inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.900 de 2009, que alterou os artigos 185 e 222 do CPP, acrescentando o art. 222-A ao referido diploma: há a possibilidade de realização do interrogatório do réu, no processo pena, por meio do sistema de computadores e câmera que permita uma audiência entre réu, juiz e demais atores processuais, por videoconferência.

É cediço nos tribunais superiores e já pacífico na jurisprudência que a ausência física do paciente no recinto da Sessão Plenária de seu Julgamento não tem o condão de afrontar a

plenitude de defesa. Outrossim, esta é assegurada pela videoconferência, diante da alta periculosidade do acusado, nos exatos termos do artigo 185, § 2º do Código de Processo Penal, não há, portanto, de se falar em constrangimento ilegal. Conforme pode-se observar no importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 80358 RJ 2017/0011969-0<sup>5</sup>, abaixo correlatado:

[...] 2) A ausência física do paciente no recinto da Sessão Plenária de seu Julgamento, não afronta a plenitude de defesa, uma vez assegurada sua presença por videoconferência, desservindo as objeções opostas pelo impetrante à demonstração efetiva de qualquer prejuízo concreto à defesa, que pudesse obstar a implementação de medida, imprescindível ao atendimento à exigência constitucional de celeridade processual. 3) Ademais, a decisão que deferiu a realização da audiência por videoconferência, encontra-se devidamente motivada, como preceitua o artigo 93, IX da Constituição da República, diante da alta periculosidade do acusado, nos exatos termos do artigo 185, § 2º do Código de Processo Penal. Ausência de constrangimento ilegal. [...]

Contudo, existem aqueles que advogam em sentido contrario apregoando que a realização da instrução criminal por videoconferência relativiza direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Essas vozes sustentam ainda mais gravemente que a designação de audiência por videoconferência como instrumento para interrogar o réu em processo de competência do Tribunal do Júri afigura-se ainda como uma interferência na decisão dos jurados quando o próprio Estado afirma que aquele réu que pelos jurados será julgado é extremamente perigoso, ao ponto de não poder estar presente na sala de audiências. Por outro lado, colaciona-se trecho do já referido julgado paradigma que refuta tal tese de inadmissão da videoconferência em procedimento do Júri. Contudo, ressalta-se sua excepcionalidade:

[...] Assevera que o acórdão recorrido manteve a decisão do juiz singular sob o fundamento de que "esta se encontraria motivada na alta periculosidade do agente, lastreada tão somente em documento unilateral emitido pelo SIPEN" (fls. 101/102, e-STJ). Afirma que, no entanto, a videoconferência deve ser excepcional para todo e qualquer interrogatório, devendo ser utilizada mais restritivamente nos casos submetidos ao Tribunal do Júri. [...]

Ressalte-se, que no julgado paradigma em comento, o réu demonstra antecedentes, em sua FAC. “As variadas anotação criminais, (tráfico ilícito de substâncias entorpecentes,

---

<sup>5</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC nº 80358 RJ 2017/0011969-0. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ 06/02/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450041388/recurso-em-habeas-corporus-rhc-80358-rj-2017-0011969-0?ref=serp>>. Acesso em: 02. abr. 2019.



porte de arma e receptação) dão conta de uma conduta criminosa reiterada, inadequada ao convívio social, bem como uma personalidade voltada à prática de ilícitos.” Conforme este entendimento colaciona-se do já reiterado julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Assim, para a garantia da ordem pública, assim considerado o sentimento de segurança indispensável à vida em sociedade, bem como para garantia da aplicação da lei penal, não apenas na sua modalidade repressiva, mas preventiva, certo que a norma abstrata não parece ter sido suficientemente intimidadora para impedir o réu de violar direitos fundamentais de terceiros, mantenho a prisão provisória do acusado.? Outra não tem sido a posição adotada pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. [...]

Por fim, a legalidade do interrogatório por videoconferência é confirmada no julgado. Neste sentido, o trecho do já referido julgado abaixo:

[...] a decisão não merece nenhum reparo, já que reafirma a possibilidade da condução da audiência de presos de alta periculosidade, em respeito aos princípios da celeridade processual e da ordem pública, conforme previsão da audiência por videoconferência, instituída pela Lei 11.900/2009, que incluiu o § 2º e seus incisos, ao art. 185 do Código de Processo Penal. Aliás, a legalidade da realização de audiências por videoconferência nos processos de competência do Tribunal do Júri, já foram aferidas pelo Superior Tribunal de Justiça [...]

Além dos pontos debatidos, outras questões norteiam a questão da audiência por videoconferência como a identidade física do juiz e do direito de presença em audiência em prol de uma maior eficiência, acesso à justiça e conformação do interesse privado ao interesse público que indubitavelmente aponta para uma digitalização das relações em uma sociedade informacional, mas impossível seria tratar de todos os temas pertinentes a esta inovação tão rica e com tantas repercussões no ordenamento jurídico e na vida prática. Uma série de valores foram e devem ainda ser ponderados se trazer para a realidade da justiça a implementação de modificações como as mencionadas.

É inerente a todo processo de transformação que existam forças de resistência à toda força transformadora, e justamente esta força de conservação se traduz na corrente que aponta para a realização deste interrogatório por videoconferência como uma violação a premissas constitucionais e processuais. Mas a revolução digital é uma realidade, e ela afeta a justiça em diversos aspectos devendo ser ponderado até onde poderá haver uma mitigação do contraditório e do livre convencimento motivado em prol de uma maior celeridade e

eficiência na resposta jurisdicional, que precisa ser atualizada e revista para maior adequação ao panorama atual em atenção aos limites constitucionais.

Contudo, não pode-se olvidar o fato de que tal modalidade de audiência já é uma realidade em nosso ordamento como é o caso do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis – CEJUSC-JEC/BSB do TJDFT que no ano passado já realizou 34 sessões por meio de videoconferência. Neste sentido, colaciona-se a seguinte notícia retirada da página do próprio Tribunal<sup>6</sup>:

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis - CEJUSC-JEC/BSB do TJDFT inova com a utilização de videoconferência para realizar sessões de conciliação à distância. Desde de julho de 2018, quando foi feita a 1ª audiência, até o final do ano passado, foram realizadas 34 sessões por meio desse recurso. A videoconferência, que possibilita a realização das sessões à distância e facilita o amplo acesso à Justiça, é fundamental para o atendimento de partes que estão fora de Brasília, ou mesmo aquelas que, apesar de estarem na cidade ou entorno, não possuem condições física ou financeira de se deslocarem para vir ao fórum.

Desta forma, o artigo busca esclarecer que, apesar de vozes em sentido contrário, pelo processo penal cuidar de um dos direitos fundamentais – a liberdade – deve ser oportunizada a implementação sistemas céleres e adequados de natureza tecnológica para a melhor prestação jurisdicional.

Afinal, o que se pretende em última análise é a concretização de direitos humanos, o que pode se dar com a mão da tecnologia a favor do direito.

### 3. METAMORFOSES DO DIREITO, ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS

Contemplada a imperiosa necessidade de instrumentalização de uma maior celeridade processual pela própria redinamização inerente aos novos contornos tomados pelas relações humanas no século XXI, tal processo não poderia culminar em resultado distinto da promulgação da Lei nº 11.419/2006 na qual se trata da implantação do processo eletrônico. A

---

<sup>6</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *TJDFT utiliza videoconferência para ampliar o acesso à justiça*. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/janeiro/tjdftutilizavideoconferencia-para-ampliar-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 23 abr. 2019.

Lei nº 11.419/2006 foi de iniciativa da Associação dos Juízes Federais do Brasil e tinha como justificativa o gravíssimo problema da morosidade na tramitação dos processos judiciais.

Essa lei consiste na gênese de uma estrutura que no futuro permitirá a total digitalização dos negócios e processos judiciais, contribuindo para a consecução da efetividade e da celeridade no processo, agora eletrônico, conforme prevê o art. 5º da Magna Carta Federal Pátria, bem como do acesso à justiça, uma vez que por meio da difusão digital mais pessoas terão acesso à justiça e de forma simplificada, evidenciando-se assim o caráter de uma verdadeira Nova Onda de Acesso à Justiça tomado pela Lei nº 11.419/2006.

É a Constituição da República que revela a importância e relevo primeiro do direito fundamental do Acesso à Justiça, estando este inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais que estão no arcabouço de nosso ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, sendo o próprio Estado responsável por sua efetivação. Em comentários sobre o direito ao acesso à justiça, preleciona-se:

O acesso à justiça, quando se pensa em processo jurisdicional, significa, ainda, romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também de fornecimentos de meios (materiais, financeiros etc) adequados durante todo o desenvolvimento do procedimento; significa redução de custos, encurtamento das distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados.<sup>7</sup>

Cabe ressaltar que foram os juristas italianos Mauro Cappelletti e Bryant Garth que traduziram o que seria o acesso à justiça em sua obra conjunta e até hoje referência para o assunto. O movimento renovatório se dividia em três ondas segundo os autores. Cada onda surgiu em um lapso temporal, contudo todas estão correlacionadas.

A primeira onda, em nossa pátria, diz respeito à assistência judiciária aos pobres e esta relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça, tendo como supedâneo a Lei Complementar nº 80<sup>8</sup> e a Lei nº 1.060/50<sup>9</sup>. A Segunda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça, essa, por sua vez, pode ser vista no ordenamento jurídico pátrio manifesta no Código de Defesa do

<sup>7</sup> PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008. p. 138.

<sup>8</sup>BRASIL. *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 1.060*, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Consumidor, Lei nº 8.078/90<sup>10</sup>. Por fim, a terceira, denominada de “O enfoque do acesso à justiça”, é aquela que se inclui a Revolução Digital como Onda Renovatória de Acesso à Justiça, uma vez que esta possui concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar os estudantes aplicadores do direito. Neste diapasão, pode-se ainda inferir que as inovações tecnológicas seriam, em verdade, a própria causa gênese da terceira onda renovatória de acesso à justiça.

Um outro exemplo decorrente deste processo de metamorfose da justiça é o fato de alguns servidores trabalharem exclusivamente sob o regime de teletrabalho. Tal regime tornou-se possível graças ao desenvolvimento de tecnologias digitais, não apenas a difusão da rede de computadores mas o desenvolvimento de softwares que permitem o controle do trabalho dessas servidores, quantitativo e qualitativo, seja pelo número de horas que este permanece logado na máquina e trabalhando, seja pela qualidade do trabalho analisada diretamente pelo seu superior. Esta possibilidade de teletrabalho é muito benéfica para a administração na medida em que reduz os custos dos servidores e em muitos casos aumenta o nível de satisfação deste servidor com seu trabalho, mas tal aspecto pessoal é matéria para estudo próprio.

É neste contexto de mudanças paradigmáticas da justiça tradicional que ganha relevo o chamado Sistema de Multiportas (*Multidoor Courthouse System*). Este sistema trata dos caminhos tidos na visão mais tradicional como alternativos à justiça típica (aquela decidida pelo direito posto), aliados a esta. Esses caminhos alternativos são: a conciliação, mediação e arbitragem e juntamente a justiça tradicional formam a chamada justiça multiportas. Neste sentido traz-se ao debate:

O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única ‘porta’, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um ‘centro de resolução de disputas’, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito. Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva

---

<sup>10</sup>BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais.<sup>11</sup>

Sendo assim, tais meios alternativos provam-se verdadeiramente essenciais para desafogar o tão assoberbado Poder Judiciário, contruindo, deste modo, diretamente com a consecução do Acesso à Justiça. Primeiro objetivamente: ao se abrir mais portas, há mais saídas possíveis. E em segundo, subjetivamente, pois nem sempre o acesso ao poder judiciário significa acesso à justiça em seu sentido epistemológico. Certo seria chama-los de meios acessórios à solução do conflito, ou simplesmente meios de solução de conflitos, e não mais alternativos dada sua organicidade no ordenamento jurídico pátrio. Sendo sua prática já até mesmo prevista em lei, como a possibilidade da arbitragem no art. 3º, §1º do CPC e a obrigatoriedade da audiência de conciliação, ou mediação, art. 334, caput da Carta Processualista Civil Pátria<sup>12</sup>.

É no bojo da revolução digital e a fim de alinhar-se a este estado de liquidez das relações que se observa a demolição de paradigmas antes tidos como cristalizados no ordenamento pátrio e no mundo. No Brasil, essa mudança de paradigmas é sentida em diversos aspectos da justiça como já aqui demonstrado. Sendo o sistema multiportas reflexo desta metamorfose paradigmática do ordenamento jurídico:

O direito brasileiro, a partir da Resolução no 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.<sup>13</sup>

O Direito não pode ser analógico enquanto vive-se numa sociedade digital.

Sendo direito e sociedade umbilicalmente ligados, a modernidade da sociedade deve acompanhar as suas resoluções de conflito. É democrático que se permita às partes decidirem, por si mesmas, qual o melhor caminho, daí a legitimação dos meios equivalentes de

<sup>11</sup> LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 283-320.

<sup>12</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

<sup>13</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 637



jurisdição – a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A solução adequada ao caso não é, na maioria das vezes, a mera subsunção da norma ao fato, mas a realização do princípio da justiça no caso concreto e a satisfação das partes com o resultado final.

## CONCLUSÃO

A reflexão jurídico-filosófica do presente trabalho acerca da série de transformações de diversos aspectos e paradigmas na justiça tradicional foi provocada justamente pelo processo mutante que a sociedade da atualidade vem experienciando no contexto da revolução informacional e a consequente digitalização das relações. Tais transformações desenham uma tendência muito clara e como exposto no presente trabalho deverão ser intensificados com o adentrar deste século.

O processo no ordenamento jurídico pátrio é regido por princípios basilares, como já exposto muitos deles previstos na Constituição Federal como o Princípio do Contraditório e do Princípio Devido Processo Legal. O princípio do contraditório permeia toda a esfera processual: administrativa, cível e penal.

Resta evidenciado pelo presente trabalho que este supraprincípio, bem como outros do ordenamento jurídico pátrio, encontram-se ameaçados, na opinião de muitos estudiosos, frente a este processo de novas dinâmicas inerentes a virtualização das etapas processuais, em especial como aqui já exposto: o depoimento por videoconferência do réu, tão controverso.

A inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.900 de 2009, como debatido alterou não apenas os artigos 185 e 222 do CPP, acrescentando o art. 222-A ao referido diploma e prevendo a possibilidade de realização do interrogatório do réu, no processo pena, por meio do sistema de computadores e câmara que permita uma audiência entre réu, juiz e demais atores processuais, por videoconferência. A referida inovação alterou para sempre a triangulação clássica entre autor, réu e juiz de nosso sistema judiciário.

A conclusão a que o presente trabalho se propõe é justamente ponderar o quanto em nome de uma suposta celeridade e economia processual -necessários à velocidade em que se processam as relações na atualidade- poderão ser mitigados princípios e paradigmas basilares do Estado Democrático de Direito e da pessoa humana, garantidos pela Constituição Federal e pela Declaração Universal de Direitos Humanos além de uma série de outros tratados internacionais os quais o Brasil é signatário.

Destaca-se que as modificações sofridas no *modus operandi* do sistema jurisdicional pátrio visam adaptar um sistema hermético por sua própria natureza a um mundo líquido, nas palavras de Zygmunt Bauman. Em tempos de modernidade líquida, não só as instituições e a sociedade jurídica, mas a sociedade como um todo deverá estar preparada e atenta para que não se perca o verdadeiro escopo do processo em meio a tantos algoritmos, incidentes em demandas repetitivas e méritos analisados a parte dos fatos; nos quais, por vezes, se perde o elemento humano: objeto e fim último de nosso sistema.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Zahar: 2001.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Dec-Lei Nº 3.689 de 1941. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LAIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LAIS/2002/L10406.htm) >. Lei Nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Da informatização do processo judicial*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm) >. Acesso em: 02 abr. 2019

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm) >. Acesso em: 02 abr. 2019

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2019

\_\_\_\_\_. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar n° 80*, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus: RHC n° 80358 RJ 2017/0011969-0*. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ 06/02/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450041388/recurso-em-habeas-corpus-rhc-80358-rj-2017-0011969-0?ref=serp>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Audiência por videoconferência não afronta a plenitude de defesa*. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Audi%C3%A2ncia-por-videoconfer%C3%A2ncia-n%C3%A3o-afronta-a-plenitude-de-defesa](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Audi%C3%A2ncia-por-videoconfer%C3%A2ncia-n%C3%A3o-afronta-a-plenitude-de-defesa)> Acesso em: 02 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *TJDFT utiliza videoconferência para ampliar o acesso à justiça*. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/janeiro/tjdftutilizavideoconferencia-para-ampliar-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 23 abr. 2019.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

E. SCHOENHERR, Steven. *The Digital Revolution*. 5 de maio de 2004. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20081007132355/http://history.sandiego.edu/gen/recording/digital.html>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

GOMES, Helton Simões. *Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

JUSBRASIL. *Regras para audiências por videoconferência por regramento da Justiça Federal*. Disponível em: <<https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/100405974/publicadas-regras-para-audiencias-por-videoconferencia-na-justica-federal>> Acesso em: 02. abr. 2019.

LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

## A TEORIA DA CAPTURA E A INDEPENDÊNCIA NA TOMADA DE DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A PREJUDICIALIDADE AOS DIREITOS DO USUÁRIO-CONSUMIDOR

Roberto Carvalho de Castro

Graduado pela Faculdade de Direito Ibmecc. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Gama Filho.

**Resumo** – É feita uma abordagem histórica do modelo administrativo do Estado, passando por todas as suas fases de acordo com o momento histórico-social vivido, e a sua participação na prestação de serviços considerados essenciais para a população do seu território. Neste contexto, busca-se apresentar o momento histórico que propiciou o surgimento destes órgãos da administração pública, que ganharam importância pelo fato de participarem como entes de regulação e fiscalização da atividade privada. Apesar de ter como objetivo o resguardo do interesse público, tem-se verificado o desvirtuamento da sua finalidade pelo fato da adoção de um modelo capitalista de produção, em que se objetiva a obtenção de lucro em detrimento da qualidade do serviço público. Assim, demonstra-se o surgimento de um processo de corrupção política, que faz com que os agentes que deveriam proteger o interesse público, contra este se revoltam e passam a defender interesses privados. Em nosso país, assim como no país de origem do instituto, verifica-se a decadência da representatividade popular, pois há o prestígio de indicações políticas aos cargos, o que leva à reflexão da necessidade de maior participação popular, tendo em vista que até o Poder Judiciário tem abdicado de se imiscuir nesta seara, desaguando na consequência que se buscava evitar com a transferência dos serviços para a iniciativa privada, qual seja, a precarização dos serviços e o desrespeito ao usuário consumidor.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Autarquias Especiais. Agências Reguladoras. Teoria da Captura. Usuário-consumidor

**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias quanto à indicação dos diretores das agências reguladoras e à legitimidade da sua função normativa 2. A Teoria da Captura e a sua influência nas tomadas de decisão sobre os mercados regulados. 3. A posição jurídica do usuário-consumidor e o prejuízo com a falta da sua participação na tomada de decisões. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho científico visa a discutir a teoria da captura nas agências reguladoras, mais especificamente em relação à ausência de proteção ao usuário-consumidor, quando da tomada de decisões técnicas, frente ao poderio econômico das empresas. O objetivo é discutir a posição inferior a que se sujeita o usuário-consumidor pela falta de representatividade em razão do modelo adotado pelo Brasil na criação das agências reguladoras. Em razão disso, se discutirá se a

captura dos agentes reguladores afeta a prestação de serviços para pior, e como a jurisprudência tem se posicionado quando instado a solucionar lides decorrentes da prestação do serviço.

A partir das reformas administrativas ocorridas na década de 90, houve a gradativa transferência da prestação de serviços que eram afetados exclusivamente ao Estado para a iniciativa privada, por meio de concessões e permissões. Coube à Administração Pública o papel de regulador econômico do mercado de interesse público, editando normas e realizando a fiscalização da prestação dos serviços, a fim de manter a continuidade e a qualidade da sua prestação.

O trabalho enfoca a temática da interferência econômica no âmbito das agências reguladoras, em função da captura dos agentes reguladores do mercado pelo poder do capital privado, o que vem afetando os usuários-consumidores dos serviços públicos, ao impedir que estes possam usufruir de um serviço eficiente e de qualidade.

Para tal, no capítulo 1 será tratado em até que ponto as agências reguladoras, na forma como foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, detêm legitimidade para serem dotadas de poder normativo e de poder judicante, em razão da forma de nomeação dos diretores, que se dá por meio de nomeação política. Nessa oportunidade, será analisado o modelo usado para a transferência de serviços públicos para a iniciativa privada, em que há prevalência do critério técnico como fundamento de uma melhor gestão e controle, a fim de garantir o princípio da eficiência dos serviços públicos.

No capítulo 2, dando prosseguimento à discussão, será debatido se há influência exercida pelas empresas privadas prestadoras do serviço público nas tomadas de decisões técnicas feitas pelas agências reguladoras, que tratam da relação entre aquelas e os usuários-consumidores. Tentar-se-á demonstrar que o modelo adotado pode favorecer que os diretores das agências reguladoras sejam capturados pelos detentores do poder econômico, de modo a tomarem decisões que não atendam precipuamente ao interesse público, em detrimento de diversas pessoas que são usuários do serviço público.

Por fim, no capítulo 3, será discutido se no modelo atualmente utilizado há a possibilidade de reversão judicial de decisões técnicas tomadas pelas diretorias das agências reguladoras, ou se o entendimento da jurisprudência pátria é diverso, no sentido de que tais decisões têm natureza discricionária, afastando o controle do mérito pelo Poder Judiciário. Irá se discutir se o usuário-consumidor, frente às decisões técnicas tomadas pelas agências reguladoras, tem a possibilidade

de as rever se forem eventualmente contrárias a seus interesses, ou se estão sujeitos ao que foi decidido, devendo se submeter a tais decisões, mesmo que venham a ferir seus direitos do consumidor.

Para tanto, este artigo será desenvolvido utilizando-se do método hipotético-dedutivo, por meio da análise de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem possíveis e capazes de analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Dessa forma, far-se-á uma pesquisa jurídica qualitativa, valendo-se o pesquisador da bibliografia pertinente à temática em debate para sustentar a sua tese, que foi coletada e adquirida na fase exploratória da pesquisa.

## 1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À INDICAÇÃO DOS DIRETORES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A LEGITIMIDADE DA SUA FUNÇÃO NORMATIVA

É importante entender em que contexto histórico está inserido o surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro, visto que estão estruturadas de acordo com um modelo de Estado voltado para o domínio da disciplina jurídica, dentre as diferentes formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Luis Roberto Barroso<sup>1</sup> aduz que o Estado atravessou três fases diversas e razoavelmente bem definidas durante o século passado: pré-modernidade ou Estado liberal, modernidade ou Estado social, e pós-modernidade. Passou-se de um modelo de funções reduzidas, em que eram prestados apenas funções essenciais (como, por exemplo, segurança e justiça), para um modelo em que predominava a exclusividade de prestação do serviço pelo Estado.

Porém, após a Constituição de 1988, houve o esvaziamento desse modelo no qual o Poder Público atuava no processo econômico, em que a iniciativa oficial era a principal impulsionadora da atividade econômica. O tamanho do Estado, devido às circunstâncias da época anterior, ao final do século XX havia se agigantado, tornando-se ineficiente, com grandes índices de corrupção e sem conseguir atingir o fim, que era a luta contra a pobreza.

O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2011. p. 285-286.

difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Nele se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos.<sup>2</sup>

Com o esvaziamento do modelo em que as entidades atuavam como protagonistas do processo econômico, o Estado adotou um sistema para diminuir a participação estatal na economia, realizado inicialmente por meio de um programa de privatização de serviços e atividades empresariais. A primeira medida a ser tomada foi por meio da Emenda Constitucional nº 6, em que houve a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro.

Além disso, houve a flexibilização dos monopólios estatais e a transferência de atividades econômicas indevidamente exploradas pelo setor público. Deslocou-se, dessa forma, a atuação estatal do campo empresarial para atuação na regulação dos serviços públicos e atividades, retirando a sua participação decisiva na economia.

Como explica Caio Tácito<sup>3</sup>:

A limitação de serviços públicos e a tendência de retomada da abertura da ordem econômica, a par do crescimento na demanda de serviços essenciais, conduzem a uma crescente política de retração na atividade pública empresarial, com a busca de maior produtividade em áreas acessíveis à economia privada.

Nesse ambiente de abertura do mercado e de setores ao capital estrangeiro, observou-se conjuntamente a criação de normas de proteção aos direitos do consumidor, de proteção ao meio ambiente, de defesa e manutenção das condições de livre concorrência. Portanto, foram desenvolvidas condições capazes de erigir as agências reguladoras como um importante instrumento da atuação estatal.

Dentre as possíveis formas de intervenção na economia, o Estado pode agir traçando-lhe a disciplina, mediante a edição de leis e regulamentos pelo poder de polícia, ou pela via do fomento, apoiando a iniciativa privada e estimulando determinados comportamentos, como, por exemplo, por meio de incentivos fiscais. Por fim, o Estado interfere na ordem econômica mediante atuação direta, seja prestando o serviço público, seja explorando atividade econômica.

Dependendo da essencialidade do serviço e da sua importância, os serviços públicos podem ser prestados diretamente, realizados pelos órgãos sem personalidade jurídica integrantes

---

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, jan. 1995, p. 5.



da administração direta, ou podem ser prestados de forma indireta, ou seja, por entidades criadas por lei, com personalidade jurídica própria. Ou pode o Estado, por outro lado, delegar à iniciativa privada a prestação do serviço, seja por contrato ou outro ato negocial.

Entretanto, apenas em hipóteses constitucionalmente previstas o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico como empresário. De acordo com o art. 173 da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>, as exceções se resumem aos casos em que a segurança nacional exija, nos casos de relevante interesse coletivo e em casos de monopólio, que são outorgados somente à União.

Entretanto, não modifica a natureza pública dos serviços públicos o fato deles serem prestados por empresas privadas, em regime de concessão. O Estado conserva diversos deveres e responsabilidades em relação à continuidade da sua prestação e em relação à manutenção da sua qualidade. Suas funções principais passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização.

Influenciado, em grande parte, pelo exemplo direito norte-americano, o regime de regulamentação do serviço pelo custo passa a ordenar o processo de tarifas condicionadas pelo controle governamental. As empresas privadas passam a se submeter a um regime em que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado, em troca da garantia à estabilidade financeira e revisão periódica das tarifas segundo o custo real do serviço.

Com as modificações introduzidas pelas Emendas Constitucionais números 8<sup>5</sup> e 9<sup>6</sup>, possibilitou-se a introdução destes órgãos reguladores, que a legislação infraconstitucional dotou de autonomia, expandindo a atividade regulatória para outras áreas, como, por exemplo, nas áreas de telecomunicação, energia elétrica e transportes.

Por terem um viés de proteção ao interesse público, as agências reguladoras foram introduzidas no Brasil com a necessidade de garantia de maior autonomia em relação ao Poder Público. Portanto, foram dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia, dotadas de prerrogativas próprias, assim como as autarquias.

Todavia, foi outorgada às agências reguladoras uma maior discricionariedade nas tomadas de suas decisões, a fim de que decisões técnicas predominassem sobre as vontades políticas dos

---

<sup>4</sup> BRASIL, *Constituição Federal do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 8*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 9*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

governantes e das interferências externas, por serem compostas de agentes do Estado. Para garantir tal objetivo, decidiu-se por uma maior autonomia político-administrativa e econômico-financeira.

Segundo Barroso<sup>7</sup>, “no domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas”.

Para isso, os dirigentes das agências reguladoras deveriam estar protegidos da interferência política, impedindo a interferência do Estado com a exoneração do agente caso tomasse alguma medida que fosse de encontro com a vontade do governante. De outro lado, as leis instituidoras das agências reguladoras também previram a influência das empresas privadas, e editaram regras obstando qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização.

Foi o que se convencionou chamar de “quarentena”, ou seja, é assegurado ao dirigente que terminou o seu mandato a remuneração equivalente à que recebia como diretor, relativo ao período que ficar impedido de prestar serviço para qualquer empresa privada daquele setor que a agência regulava. Porém, mesmo esse instrumento não é capaz de impedir que os diretores das agências reguladoras sofram interferência do poder econômico.

## 2. A TEORIA DA CAPTURA E A SUA INFLUÊNCIA NAS TOMADAS DE DECISÃO SOBRE OS MERCADOS REGULADOS

As circunstâncias que envolvem o modelo regulatório brasileiro torna inevitável o surgimento de conflitos entre os diversos interesses contrapostos, quais sejam: os interesses privados dos entes regulados, os interesses sociais dos consumidores e os interesses políticos do Estado.

As agências reguladoras passam a ser, com o modelo adotado a partir do século XX, o principal agente econômico atuante, pela sua capacidade de produzir as normas a que as empresas prestadoras irão se submeter, a sua fiscalização e a sanção por descumprimento da norma. Há, na

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2011. p. 285-286.

verdade, uma relação triangular existente entre o Estado, os entes regulados e os usuários-consumidores.

A função do órgão regulador é a de expedir normas referentes às peculiaridades técnicas de cada área, que afetarão diretamente as prestadoras do serviço público e, indiretamente, o tomador do serviço. Por isso a necessidade de quadro técnico, para avaliar a melhor opção dentre as possíveis.

Há, portanto, duas relações distintas, quais sejam, relação entre o Estado e os entes privados e entre os entes privados e os usuários. Procura-se estabelecer, para a melhoria dos serviços, relação entre o usuário e o ente público, através de ouvidorias, com base na melhor e mais efetiva fiscalização por quem usa o serviço constantemente.

Porém, como lembra Marçal Justen Filho<sup>8</sup>, cada agência apresenta estrutura, função e regime próprio. Essa diversidade se verifica não apenas na comparação entre os diferentes países, mas também no âmbito interno de cada país. Ainda não há um regime único definido para as agências reguladoras, sendo cada agência regida pela sua lei própria<sup>9</sup>.

Tais normas são capazes de gerar direitos não apenas para a Administração Pública e para a empresa contratante, como também para terceiros e usuários. Os serviços públicos são de titularidade do Estado, devendo este fazer o seu acompanhamento, regulação e fiscalização, em razão dos interesses coletivos envolvidos.

Na ampla maioria dos serviços regulados, a primeira relação é de direito público, enquanto que a segunda relação é de direito privado, porém com restrições, já que se trata de relação em que diversas cláusulas já estão previamente estipuladas, em um típico contrato de adesão.

A relação de direito público é decorrente de interesse coletivo, com o intuito de fornecer garantias básicas na prestação do serviço. A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem que haja privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório.

---

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 697.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

Tendo em vista a relação contratual entre prestador do serviço e do consumidor, não há interesse da agência reguladora, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> que:

A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que em se tratando de demanda em que se discute relação contratual entre consumidor e concessionária de serviço público, não há falar em legitimidade da agência reguladora para atuar no feito como litisconsorte passivo.

Por tal motivo, a sua regulação deve ser imparcial, face ao caráter eminentemente técnico e autônomo, para que nenhum operador privado consiga se sobrepor aos outros dentro daquele setor, a fim de garantir maior concorrência, além de assegurar a prestação satisfatória dos serviços públicos aos usuários.

Em caso de abusos por parte do ente privado na relação com o usuário-consumidor, não há dúvidas que este pode se socorrer do Poder Judiciário, prevenindo ou reparando o dano causado. Porém, quando questiona um ato proveniente do Estado, relativo à adoção de certos critérios técnicos, não há um posicionamento firme acerca da possibilidade.

Quem deveria ser beneficiado, portanto, pela atuação da agência reguladora, acaba ficando desprotegido contra os efeitos da captura dos seus agentes pelo mercado, pois sequer pode questionar a adoção de um critério técnico pelo outro, devido à discricionariedade.

Nesse ponto, verifica-se que há uma baixa participação popular na definição das políticas e das regras aplicadas, o que pode ser um fator que diminua a legitimidade da atuação da agência.

Atualmente, embora as agências reguladoras exerçam papel fundamental para promoção de um desejável funcionamento dos serviços públicos, bem como para o equilíbrio entre empresas que exercem determinadas atividades econômicas, é preciso adotar medidas para que o exercício de tais órgãos reguladores esteja voltado, exclusivamente, ao interesse público.

Assim, a captura fere os basilares princípios da administração pública, notoriamente o princípio da impessoalidade, da moralidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. José Manuel Lavers Hernández<sup>11</sup> aduz que:

---

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.570.188/PE*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58326483&num\\_registro=201503034951&data=20160316&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58326483&num_registro=201503034951&data=20160316&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 16 set. 2018.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. *O fenômeno da captura e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6978/O-fenomeno-da-captura-e-o-Direito-Brasileiro>>. Acesso em: 16 set. 2018.

O fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses. Esse fenômeno afeta de forma evidente, a imparcialidade das agências reguladoras.

Os diretores das agências reguladoras tomam decisões que afetam economicamente as empresas, ao impor limites à atuação destas. A agência reguladora desempenha diversas funções administrativas, dispõe de competência regulamentar para editar norma em abstrato, possui competência decisória para solucionar casos concretos e para dirimir conflitos com e entre particulares.

A captura do agente regulador é uma forma de corrupção política que ocorre quando uma agência reguladora age em benefício de interesses de grupos que dominam o setor daquela agência reguladora. O impacto que essa intervenção gera tende a desvirtuar o propósito da agência e, como consequência, reduzir a eficiência e a qualidade dos serviços.

Ou seja, é a situação pela qual a agência reguladora se afasta da persecução do interesse público devido à forte pressão dos grupos de interesse e passa a servir como um instrumento para legitimar a prevalência do interesse privado.

A preocupação com a manutenção de uma política estável e que não se altere segundo caprichos dos governantes no poder fez com que fosse estabelecido que os dirigentes só podem ser destituídos por condenação transitada em julgado, por improbidade administrativa ou por descumprimento injustificado das políticas estabelecidas pelo setor ou pelo contrato de gestão.

Isso leva, portanto, ao abuso do poder econômico por parte das empresas, que apenas visam ao aumento do lucro em detrimento dos usuários, disfarçando a sua ação através de uma suposta autonomia técnica. Os usuários, que individualmente não conseguem fazer frente a esse poder, acabam desamparados e sujeitos às regras que lhes trazem prejuízo.

Tal pode se depreender do decidido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>, que entendeu que, “a tutela jurisdicional concedida em juízo sumário de delibação adentrou a análise de questões técnicas relativas ao serviço público de energia elétrica, configurando, a princípio, interferência judicial indevida na seara administrativa”.

---

<sup>12</sup> BRASIL. op. cit, nota 10.

Um exemplo recente ocorreu no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), quando editou a Resolução nº 400/2016<sup>13</sup>. O seu objetivo consiste em fiscalizar e regular as atividades desenvolvidas no âmbito da aviação civil, com o escopo de garantir respeito à segurança no transporte aéreo e a qualidade dos serviços.

Em 2017<sup>14</sup>, que permitiu a cobrança tanto de bagagem como a cobrança para a marcação de assento nos aviões. Essa mudança demonstra a possibilidade de ter havido captura, pois se questiona se se tratou de questão técnica, ou de questão meramente econômica. Os limites não estão claramente estabelecidos, o que demanda uma análise casuística.

Porém, percebe-se facilmente que o interesse do usuário-consumidor foi suplantado pelo interesse privado. As justificativas foram que, com tal medida, haveria um decréscimo dos preços das passagens, o que efetivamente não ocorreu, não sendo verificado o benefício em prol da sociedade.

O que a prática demonstra é que as agências pouco lançam mão dos instrumentos aptos a arrear as injustiças e potestades praticadas pelas concessionárias. Ao revés, deixam de combater os abusos, desprezando os poderes que lhes foram outorgados pelo poder público.

Dessa forma, entende-se que em muitos casos há o desvirtuamento da finalidade da agência reguladora, em razão da captura. Há que ser adotado um modelo que inclua o usuário-consumidor, que é a parte mais interessada na escolha das características técnicas da prestação dos serviços, bem como na definição das políticas governamentais para a exploração do referido serviço.

A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem que haja privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório. Olvidando essa aplicação, há o prejuízo de um sistema inteiro, de modo que o funcionamento fica prejudicado.

O objetivo a ser alcançado é o de que o Estado, ao operacionalizar a entrega a terceiro da gestão direta de determinados serviços, relevantes para o desenvolvimento social, teria que fiscalizar a atividade do concessionário, sob pena de colocar em risco o interesse público.

---

<sup>13</sup> ANAC, *Resolução nº 400*. Disponível em :<[https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf)> Acesso em: 16 set. 2018.

<sup>14</sup> O GLOBO. *Passagens Aéreas: novas regras para a franquia de bagagem entram em vigor a partir de março*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/passagens-aereas-novas-regras-para-franquia-de-bagagem-entram-em-vigor-partir-de-marco-20843708>>. Acesso em: 16 set. 2018.

O que acontece com a captura é que há um desvirtuamento da função principal da agência reguladora, favorecendo a empresa em detrimento do usuário-consumidor. Então, este fica desprotegido na relação, não tendo a quem recorrer, tendo que conviver com a má prestação do serviço e com a baixa qualidade ofertada, em claro prejuízo aos direitos garantidos aos cidadãos.

### 3. A POSIÇÃO JURÍDICA DO USUÁRIO-CONSUMIDOR E O PREJUÍZO COM A FALTA DA SUA PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÕES

O Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>15</sup> reflete concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor. A legislação consumerista buscou atender às diversas necessidades dos consumidores, como a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Em uma época em que se potencializa a proteção à dignidade da pessoa humana, em todas as suas vertentes, a dignidade do consumidor frente ao fornecedor tem sido tratada como uma garantia fundamental, que percorre todos os demais princípios e normas, dos quais devem ser respeitados dentro do sistema constitucional soberano brasileiro.

Desde que descentralizou a prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, o Estado se comprometeu a observar as diretrizes e princípios da Constituição, direito garantido no seu artigo 5º, inciso XXXII e no Código de Defesa do Consumidor. O Estado se incumbiu de regular a melhor forma de execução daquele serviço, de responsabilidade da concessionária.

O consumidor e o usuário devem ter participação mais efetiva nas decisões das Agências Reguladoras, para dar-lhes legitimação democrática, em tema de tamanha relevância para a defesa da cidadania e dos direitos fundamentais.

Nesse ponto a teoria da captura prejudica o consumidor, já que este não pode discutir o mérito da decisão técnica tomada, ficando refém de práticas que não estão pautadas no atendimento ao interesse público tão somente.

A forma de o consumidor exercer os seus direitos se dá através da instituição, pela maioria das leis e dos regulamentos que criaram as agências reguladoras, da figura do Ouvidor.

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.



Trata-se de importante elemento de controle social, pois há a elaboração e divulgação periódica e obrigatória de relatórios de avaliação das concessões e da atuação das Agências.

Precisa a lição de Karam<sup>16</sup>, quando aduz que há necessidade de se facilitar o acesso ao Ouvidor, de se criar uma cultura na sociedade que lhe faça tomar plenamente consciência de seus direitos. Participando dessa estrutura organizacional por meio de nomeação do Presidente da República, todavia, também não está ileso à influências externas.

Em face dos graves efeitos que a atividade econômica pode causar aos direitos inerentes aos consumidores, mais importante se torna a existência de um processo democrático para o exame de proposições que possam trazer melhorias tanto ao sistema quanto aos usuários.

A teoria da captura desequilibra essa influência em favor de nenhum dos dois, sistema ou usuário, mas tão somente em favor do interesse econômico. Há, na verdade, falta de interação entre as Agências reguladoras, a concessionária e o consumidor, o que impede a otimização de um sistema onde tal forma de regulação da economia ocupasse de forma eficaz o lugar que lhe é destinado, evitando o número crescente de casos que desembocam nas vias judiciais.

E o usuário-consumidor é o detentor do direito público subjetivo de receber um serviço público otimizado, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública. E esse direito subjetivo, que é exercido em face da concessionária e do Estado, não pode ser suprimido.

Conforme já relatado, a relação jurídica regulatória é tripartite, ou seja, se dá entre o poder concedente e o concessionário prestador de serviço; entre o prestador de serviço e o usuário; e entre o usuário e o poder concedente, tendo por conteúdo a prestação de serviços públicos. Esta relação é trilateral porque cada um dos participantes é sujeito ativo e passivo reciprocamente.

As partes relacionadas devem submissão ao disposto pela lei e por atos administrativos de modo completo, ou quase completo, pois é reservado ao concessionário uma margem mínima de atuação, quando se lhe abre a possibilidade, por exemplo, de concorrer com outras empresas, cabendo a escolha ao usuário.

As normas regulatórias não passariam de meros aconselhamentos, se não houvesse uma ação eficaz para torná-las efetivas. É um dos pontos mais relevantes da responsabilidade do ente regulador, pois atende à sua própria finalidade e a uma das razões de sua criação. E uma ação

---

<sup>16</sup> KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 132.

eficaz passa pela inclusão do consumidor nas tomadas de decisão, já que é a parte diretamente afetada quando há alguma alteração.

Tratando de responsabilidade civil, a regra geral é no sentido da irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos típicos, todavia, não se aplica às normas administrativas das Agências Reguladoras, leis em sentido meramente formal, que produzem efeitos concretos e atingem situações subjetivas.

Cabe às Agências Reguladoras, no âmbito de suas competências, fazer cumprir as normas consumeristas e aquelas que regem o serviço público, para proteger o consumidor contra eventuais abusos dos prestadores de serviços e eventuais desequilíbrios nos preços e tarifas praticados.

O Estado regulador tem a responsabilidade de traçar diretrizes, controlando moderadamente o desenrolar das atividades e o comportamento dos agentes econômicos, de modo a assegurar uma política desenvolvimentista, mas, em especial, de modo a evitar que pereçam interesses juridicamente reconhecidos.

Todavia, a participação da sociedade civil e até mesmo dos segmentos relacionados aos direitos e à defesa do consumidor tem sido pequena, talvez pela falta de maior divulgação e incentivo. Com a presença dos interessados, estaria legitimado o exercício da democracia nos concílios das agências reguladoras.

Havia a esperança que os serviços públicos no Brasil tivessem uma melhoria com a transferência da sua prestação à iniciativa privada, o que não tem sido verificado atualmente. Há ainda um déficit na qualidade dos serviços prestados, pagando o usuário-consumidor por um serviço caro, que não lhe traz a comodidade e eficiência prometida.

O que se tem verificado é uma deficiência na fiscalização, e quando há uma efetiva fiscalização, a solução tomada pelas agências é a aplicação de multas. Contudo, a promiscuidade entre o agente regulador e as empresas gera a ineficiência dessas multas, que sequer chegam a ser cobradas ou são reduzidas, por serem consideradas exageradas. Isso apenas sinaliza à empresa privada que, mesmo não prestando satisfatoriamente o serviço, não sofrerá qualquer sanção.

A conclusão a que se chega é que, com a criação das agências reguladoras os serviços públicos tiveram sua qualidade minorada. As mesmas agem diversamente aos fins para os quais foram criadas, e os usuários se veem mais desassistidos que ao tempo em que o poder público, de forma direta, regulamentava tais serviços.

Portanto, sempre pensando na melhoria do sistema, urge-se a inclusão maior das entidades de proteção do consumidor nas tomadas de decisões técnicas, não somente em relação à atuação das concessionárias, mas também no que está sendo decidido no âmbito das agências reguladoras.

## CONCLUSÃO

A transferência da prestação de serviços pelo Estado para a iniciativa privada, por meio de concessões e permissões, trouxe um novo papel à Administração Pública, qual seja, o regular o mercado, cuidando do interesse público, por meio da edição de normas e pela fiscalização da sua prestação, a fim de manter a continuidade e a qualidade, com vistas a proteger o usuário do serviço.

Com as modificações introduzidas, possibilitou-se a criação de órgãos reguladores, dotados de autonomia. A expectativa, assim, era que houvesse um benefício maior para sociedade, que reclamava da baixa qualidade dos serviços prestados.

No domínio da função reguladora, portanto, deveriam predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas. Todavia, não foi o que se verificou, visto que o lucro tratou de desvirtuar os interesses em favor das empresas privadas.

Deu-se ao órgão regulador a função de expedir normas referentes às peculiaridades técnicas de cada área, por isso a necessidade de quadro técnico, para avaliar a melhor opção dentre as possíveis. Porém, não foi prevista a participação da parte mais interessada na tomada de decisões, o usuário-consumidor.

A intervenção do poderio econômico resultou na captura do agente regulador, e a agência reguladora, ao invés de agir em benefício do interesse comum, passou a agir em benefício de interesses de grupos que dominam o setor daquela agência reguladora. O que, como consequência, gerou a redução da eficiência e da qualidade dos serviços.

Verificou-se, na prática, o uso restrito de instrumentos aptos a arremediar as injustiças e potestades praticadas pelas concessionárias, como, por exemplo, a aplicação de multas e, mais drasticamente, a retomada da prestação do serviço. Ao revés, deixam de combater os abusos, desprezando os poderes que lhes foram outorgados pelo poder público.

A atividade regulatória do Estado necessita espelhar a preponderância do interesse coletivo da sociedade, sem privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico ou político, sob pena de frustração do modelo regulatório. As decisões necessitam ser exclusivamente técnicas, o que não tem sido verificado.

Percebe-se facilmente que o interesse do usuário-consumidor foi suplantado pelo interesse privado. As justificativas foram que, com tal medida, haveria uma melhoria dos serviços, não ocorreu, não sendo verificado o benefício em prol da sociedade.

Tal situação pela qual a agência reguladora se afasta da persecução do interesse público devido à forte pressão dos grupos de interesse e passa a servir como um instrumento para legitimar a prevalência do interesse privado deve ser combatida, porém, utilizando-se do princípio da deferência, o Poder Judiciário tem se afastado em decidir tais questões, deixando os usuários dos serviços desamparados.

A harmonização dos interesses dos usuários-consumidores, dos mercados regulados e dos governos é o maior desafio atual do modelo adotado pelas agências reguladoras brasileiras, tendo em vista o descrédito do atual modelo, que não consegue manter distância dos agentes economicamente interessados no processo regulatório.

Há um sentimento de que os serviços públicos, mesmo após a sua transferência para a iniciativa privada por meio de concessões e permissões não tem atingido o seu interesse principal, que é a melhora do serviço e uma maior comodidade para o usuário.

O modelo atual, portanto, se mostra falho, e sem a participação do Judiciário tende a ficar ainda mais precário. Precisa-se, então, não de abandonar o sistema, que teoricamente é capaz de gerar benefícios, mas de aumentar o controle e a possibilidade de reversão de algumas decisões tomadas no âmbito das agências, tudo em prol do melhor interesse público sobre o interesse privado.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade democrática*. São Paulo: Fórum e FGV, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.472*, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.182*, de 27 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

DAMASCENO, Caroline. *A teoria da captura e a necessidade de independência das agências reguladoras no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63727/a-teoria-da-captura-e-a-necessidade-de-independencia-das-agencias-reguladoras-no-brasil>>. Acesso em: 16 set. 2018.

GUERRA, Sergio Antonio Silva. *Agências Reguladoras da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. São Paulo: Forum; 2002.

HERNÁNDEZ, José Manuel Lavers. *O fenômeno da captura e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6978/O-fenomeno-da-captura-e-o-Direito-Brasileiro>>. Acesso em: 16 set. 2018.

KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008.

LIRA, Marília Gabriela de A. M. P. *Teoria da Captura no Brasil*. *Revista Eletrônica da Estácio Recife*, Recife, v. 1, nº1, jan. 2015.

MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.



RAMALHO, Renato José Ramalho Alves. O modelo regulatório do Brasil e a Teoria da Captura: desafios para a independência das agências reguladoras. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40743>>. Acesso em: 16 set. 2018.

SANTOS, Augusto Cesar Ribeiro dos. O comprometimento da independência das agências reguladoras nas relações com entidades privadas e a teoria da captura. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 1, tomo 1, jan./jun. 2018.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, jan. 1995.

## AS SMARTS CITIES E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rowena Peruchi Marroquio

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – O uso da TIC- Tecnologia de informação e comunicação é intenso no setor privado. A tecnologia de ponta auxilia os grandes setores da economia a produzir mais com maior eficiência, bem como alcançar maiores resultados econômicos e financeiros. O Poder Público, com o intuito de gerir melhor os grandes centros urbanos, passou a utilizar dessa tecnologia para garantir um dos princípios elencados no art. 37 da CRFB: o princípio da eficiência. Malgrado alguns entraves estruturais, políticos e financeiros, o gestor público logrou êxito na inserção da tecnologia em favor da sociedade, facilitando, a vida individual e social, bem como promovendo também, métodos mais eficientes para administrar a cidade.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Poder Público. Tecnologia. *Smarts Cities*. Princípio da Eficiência. Diretrizes Gerais do Estatuto da Cidade.

**Sumário** – Introdução. 1 *As smarts cities se harmonizam com as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade?* 2. Complexidades do poder público para implementar as *smarts cities* 3. as *smart cities* e o princípio da eficiência elencado na magna carta: mecanismo apto a tornar o poder público mais eficiente. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficiência da implementação das *smarts cities* no âmbito municipal brasileiro. Procura-se demonstrar como as *smarts cities* – termo estrangeiro traduzido como cidades inteligentes, permitem o uso dos recursos tecnológicos disponíveis para facilitar a vida social, política e urbana dos indivíduos em determinada cidade.

O intuito é criar um ambiente social melhor desenvolvido e integrado para facilitar o acesso a serviços essenciais (energia, saneamento, mobilidade) aos indivíduos, bem como facilitar, também, o poder de polícia do Poder Público.

O conceito de *smarts cities* compreende, em linhas gerais, a ideia de desenvolvimento sustentável. Implementar as *smarts cities* é uma forma de garantir a eficiência no uso dos recursos públicos disponíveis. A ideia de “cidade inteligente” tem sido implementada por diversos Municípios e Estados do Brasil.

Para tanto, abordam-se os municípios os quais já implementaram as *smarts cities* e os efeitos deste instituto para as cidades. O tema discorre sobre os aspectos financeiros, governamentais e sociais da implementação das *smarts cities*.

Dessa forma, o presente artigo busca definir o conceito de *smarts cities* e busca,





também, demonstrar como o Poder Público implementa a *smarts cities* e promove o princípio da eficiência nas atividades estatais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as *smarts cities*, forma de implementá-la, e também se o Estatuto da Cidade, a Lei nº 10.257/2001, coincide com a proposta de melhoria das cidades nas *smarts cities*.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, as complexidades sociais, políticas e governamentais que o Poder Público enfrenta para implementar as *smarts cities* nos Municípios brasileiros, bem como os reflexos financeiros das tecnologias aplicadas ao instituto.

O terceiro capítulo pesquisa se o Poder Público consegue aplicar as *smarts cities* com eficácia e se essa é uma medida que promove, ainda que de forma indireta, o princípio da eficiência elencado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, foi necessário refletir se implementar as *smarts cities* é medida eficiente para acompanhar o crescimento e a tecnologia do século XXI.

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.

## 1. AS SMARTS CITIES SE HARMONIZAM COM AS DIRETRIZES GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE?

O conceito de *smart city* é amplo e multidisciplinar. O instituto envolve temas urbanos, tecnológicos, estatais e privados.

O setor privado encontra no Poder Público – principalmente no ente Municipal, oportunidade de explorar, mediante contrato, a área urbana e tecnológica, com intuito primário de ofertar àqueles a tecnologia e o mecanismo adequado para crescer com maior infraestrutura e estabelecer, no século XXI, um ambiente urbano melhor desenvolvido.

As *smart cities* auxiliam o Poder Público em diversas demandas urbanas, Do melhor manejo do lixo ao trânsito caótico das metrópoles<sup>1</sup>:

Entre as principais vertentes no contexto de *smart cities* estão: Mobilidade: boa parte da vida nas grandes cidades é passada dentro de um carro ou do transporte público. Não é a toa que ideias para melhorar a mobilidade dos grandes centros estão entre as que recebem mais atenção; Energia: a região metropolitana de São Paulo consome

<sup>1</sup>ACESTARTUP. *Smart cities*: inovação que melhora a vida das pessoas. Disponível em: <https://acestartups.com.br/o-que-sao-smart-cities/> Acesso em: 05 mai. 2019.

mais de 53 terawatts de energia por ano. É tanta coisa que é até difícil entender o que esse número significa. Soluções que ajudem a fazer um consumo mais inteligente da eletricidade também estão na pauta; Lixo; Logística: este desafio impacta em diversas outras dificuldades das grandes cidades (como o trânsito e até a produção de lixo). Soluções que ajudem a resolver este nó também tem sido muito bem vistas; Equipamentos públicos: onde construir escolas e hospitais, como atender melhor a população, formas de melhorar as áreas de lazer.

O instituto da *smart cities* ganhou vários adeptos ao redor do mundo. A tecnologia aplicada de forma positiva a estruturas urbanas ganhou força também na América Latina, principalmente no Brasil.

Diante dos benefícios promovidos pelas *smart cities*, a tecnologia tem sido explorada por diversos setores do mercado como energia, mobilidade e monitoramento.

Dessa forma, o instituto foi implementado em algumas capitais e cidades do Brasil, com o intuito de promover o bem-estar social e o aprimoramento da tecnologia em prol de benefícios estruturais e urbanísticos, tanto para o indivíduo quanto para o Poder Público.

As *smarts cities* podem ser conceituadas como sendo:

uma expressão popular e muito utilizada que oferecem soluções que se agrupam sob o guarda-chuva do “inteligente”, uma expressão que parece possuir uma flexibilidade enorme, ao ser capaz de agrupar uma variedade de objetivos e finalidades, de ferramentas e procedimentos. Cidades se autodenominam inteligentes e o mesmo fazem as empresas dedicadas a proporcionar soluções urbanas. Tudo na cidade é - ou quer ser - inteligente.<sup>2</sup>

O aspecto social, portanto, interfere diretamente na perspectiva da *smart cities*, isto é, considerando o crescimento urbano, bem como o crescente uso da tecnologia de informação e comunicação, a tendência dos municípios do Brasil é de implementar o instituto para promover eficiência e garantir o desenvolvimento urbano tecnológico.

Isso porque, em 2015 a população urbana mundial era de 54% do total, em 2050 alcançará dois terços do total: 6,3 bilhões de pessoas viverão em cidades. As cidades possuem protagonismo do ponto de vista econômico, social e político, o qual se acentuará no futuro.

Nesse sentido:

As projeções mostram que o fenômeno se acelera; espera-se que, até 2050, haja uma inversão em relação à proporção de um século antes: um terço do mundo será rural (34%) e dois terços, urbano (64%); aproximadamente a situação oposta àquela existente em meados do século XX;<sup>3</sup>

<sup>2</sup> CUNHA, Maria Alexandra et al. *Smart cities: transformação digital de cidades*. Rio de Janeiro. Coleções FGV EAESP – Gvceapg. 2016, p. 10.

<sup>3</sup> NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Modelo de urbanização sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/atual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/> Acesso em: 15. Fev. 2019.

Dessa maneira, o próprio Estatuto da Cidade, disciplinado pela Lei nº 10.257 de 2001<sup>4</sup>, estabelece diretrizes gerais para cumprir os objetivos da política urbana. As diretrizes gerais abarcam as diretrizes jurídicas, sociais, econômico-financeira e governamentais.

Dentre as diretrizes sociais, deve-se promover a garantia de condições condignas de acessibilidade, infraestrutura, energia, telecomunicações, saneamento básico, proteção e recuperação do meio ambiente e consumo de bens e serviços compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental, econômica e social do município.

No quesito jurídico, deve-se buscar simplificar a legislação urbana – o parcelamento, uso e ocupação do solo, bem como simplificar, também, as normas edilícias, com vistas a permitir a redução de custos e o aumento da oferta de lotes e unidade habitacionais, visando garantir, portanto, o acesso a moradia de acordo com o art. 6º da Constituição Federal.<sup>5</sup>

As diretrizes governamentais, por sua vez, devem promover o bem-estar populacional e o planejamento e desenvolvimento das cidades.

As diretrizes gerais, pois, se coadunam com o instituto da *smarts cities*. As *smarts cities* utilizam a tecnologia para prestar de forma mais eficiente os serviços urbanos, melhorar a qualidade de vida das pessoas e transformar a relação entre entidades locais, empresas e cidadãos proporcionando uma nova forma de viver na cidade.

Percebe-se, desta forma, que o conceito de *smarts cities* está intrinsecamente conectado as diretrizes estabelecidas pela Lei nº 10.257 de 2001 – O estatuto da Cidade. Tanto o instituto da cidade inteligente como as diretrizes do estatuto da cidade querem promover e aprimorar os espaços urbanos, tornando-os melhores desenvolvidos e mais acessíveis.

Entretanto, a implementação de uma cidade inteligente requer, além da Tecnologia da Informação e Comunicação- que contribui com a construção das cidades inteligentes, pois é base de sustentação para eficiência, inovação e disponibilização dos serviços de infraestrutura urbana- a contratação do Poder Público com o setor privado, seja pela aquisição da plataforma de dados, ou do licenciamento do programa de dados.

Isso gera desafios para o gestor público, pois este deve prezar por promover serviços de qualidade, administrar os recursos de forma eficiente e transparente, e viabilizar à população participar ativamente da gestão, tudo isso dentro de uma visão sistêmica e integrada da cidade.

Outrossim, a implementação das *smarts cities* requer um empenho alto de recursos,

---

<sup>4</sup>BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm) Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 05 fev. 2019.

tanto no setor privado quanto no setor público. Apesar de se valer muito das soluções criativas para questões urbanas, não há cidade inteligente que se desenvolva sem grandes investimentos em tecnologia.

Só no Brasil, o desenvolvimento e a aplicação de tecnologias voltadas para *smart cities* devem movimentar US\$ 59 bilhões nos próximos anos.<sup>6</sup>

## 2. COMPLEXIDADES DO PODER PÚBLICO PARA IMPLEMENTAR AS *SMARTS CITIES*

As inovações tecnológicas no contexto urbano permitem o desenvolvimento de cidades inteligentes, valendo-se, em especial das TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação, com o intuito de modificar a estrutura urbana, principalmente relacionadas ao transporte, mobilidade, vida, governo, economia, pessoas e desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, afirma Caio Cesar Torres Cavalcanti<sup>7</sup>:

As novas tecnologias, tais como hardwares, tablets, softwares, sensores digitais, páginas web e aplicativo de celular, permitem interconectar todas as partes urbanas, operando-as em tempo real, de forma sistêmica, dinâmica e automatizada, para fazê-las interagir entre si, com seus gestores, com os prestadores de serviço e com a sociedade em geral. Logo, há uma frequente recolha de dados, bem como uma constante troca de informações e conhecimentos, integrando e articulando tudo e todos, para apresentar soluções inteligentes, eficientes e responsivas aos problemas e às complexidades da própria cidade e sua população.

As metas devem ser, a priori, o bem-estar, a qualidade de vida e o empoderamento das comunidades locais. Dessa forma, objetiva-se aumentar a permeabilidade popular e fomentar a democracia direta, classifica por Silva<sup>8</sup> como quinto grau de democracia.

No atual panorama político, social e jurídico, implementar cidades inteligentes voltadas para o fomento da democracia e estreitamento entre Poder Público e indivíduos, a governança participativa esbarra em problemas financeiros e jurídicos, principalmente no que tange as escolhas de tecnologias e o modo de contratação.

É o que se depreende da leitura do recente texto de Guilherme Lichand<sup>9</sup>, quando cita os problemas do Poder Público para instituir as *smarts cities* nas cidades brasileiras:

<sup>6</sup> TD EQUIPE. *Cidades Inteligentes que dão orgulho*. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/exemplos-de-cidades-inteligentes-no-brasil-que-vaio-te-dar-orgulho/> Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>7</sup> CAVALCANTI, Caio Cesar Torres. *Desafios jurídico-regulatórios em matéria de smart cities e smart grids: A Virada Digital. Smart Cities e Smart Grids em Uma Perspectiva Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Interciência, 2018, p.203.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* 38. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 45.

<sup>9</sup> LICHAND, Guilherme. *Dados vs. Sistemas: 3 erros na contratação de tecnologia pelo setor público*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/dados-vs-sistemas-3-erros-na-contratacao-de-tecnologia-pelo-setor-publico-12022019> . Acesso em: 24 jun. 2019.

Ativas as parcerias e os modelos de contratação corretos são fatores chave para terminar di lado certo do espectro. E não é surpreendente que, para tanto, os desafios usuais de contratação no setor público – institucionais, jurídicos, e de recursos humanos – estejam mais presentes do que nunca.

O artigo 24, da Lei nº 8.666 de 1993<sup>10</sup> consagra as hipóteses de dispensa de licitação. Nesses casos, a licitação, mesmo sendo viável no quesito competitivo, pode ser afastada a critério do administrador para atender o interesse publico de forma mais célere e eficiente.

A alta complexidade tecnológica necessária para se implementar as *smarts cities*, encontra respaldo, no que tange o processo de aquisição, no inciso XXVII do referido artigo, que trata da dispensa de licitação.

Dessa forma, a licitação para a contratação direta de bens e serviços com alta tecnologia aplicada, pode ser dispensada a critério do gestor público, desde que produzidos e prestados no País.

Não obstante a dispensa de licitação, a contratação só ocorre mediante o preenchimento de vários requisitos, principalmente acerca da exigência de parecer de comissão especialmente designada pelas Agências Reguladores e outas autoridades hierarquicamente superiores.

Não apenas pelo tipo e modalidade de licitação é que o Poder Público encontra entraves quando contrata com o setor privado novas tecnologias para aplicar no desenvolvimento das cidades inteligentes.

A dificuldade perpassa, também, pela escolha de tecnologia, isto é, se o Poder Público deve adquirir do setor privado apenas os dados apreendidos pelas TIC's – Tecnologia de Informação e Comunicação, ou se devem adquirir a plataforma (sistema) capaz de captar todos os dados.

Nesse sentido, explica Guilherme Lichand<sup>11</sup> – um dos principais inovadores do Brasil no setor segundo a *MIT Techonology Review*:

Não é como se todo gestor público fosse ingênuo sobre os custos causados pelo aprisionamento de dados valiosos em seus sistemas proprietários. O problema é que, mesmo entre os gestores sofisticados, a resolução do desse dilema tende a ser através da opção de adquirir o sistema. Já que os dados estarão refêns de um sistema, melhor que esse sistema seja de propriedade do Governo.

Ainda que exista no ordenamento jurídico brasileiro lei que permita o acesso

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 12 mai. 2019.

<sup>11</sup> LICHAND. op. cit.

simplificado do Poder Público para adquirir e implementar novas tecnologias e avançar no desenvolvimento e na pesquisa tecnologia – como por exemplo a Lei de Inovações – Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004<sup>12</sup>, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, o Brasil ainda encontra dificuldades financeiras e regulatórias no setor.

Esse é um dos tantos problemas que o gestor público encontra no processo de implementação das cidades inteligentes: as dificuldades regulatórias, pautadas no sistema clássico de regulação, centrado no Estado e organizado mediante critérios hierárquicos e inflexíveis, tornando as cidades inteligentes um longo e burocrático caminho a ser seguido.

Outro grande problema a ser enfrentado pelo gestor público brasileiro é o financeiro. Os vultosos investimentos para implementar uma cidade inteligente, que demanda aquisição de alta tecnologia, depende, majoritariamente, da iniciativa privada.

Estudos realizados pela Universidade Federal do Rio de Janeiro apontam a economia como o principal entrave no processo tecnológico urbano.<sup>13</sup>

O financiamento de projetos de cidades inteligentes (projetos de cidades podem ser entendidos como ações para enfrentar processos complexos de transformação urbana e territorial que enfatizam a capacidade das cidades para oferecer serviços básicos devido ao número de pessoas que vivem em cidades) é bastante diferente do financiamento de serviços públicos, uma vez que requer recursos que são significativos e, muitas vezes, diferentes dos tradicionais. Assim, são criadas barreiras para o financiamento de soluções tecnológicas inovadoras da cidade inteligente, tais como: a) percepção de alto risco ao investir em soluções inovadoras e medidas de eficiência energética; b) políticas incertas de preços energéticos e incerteza sobre os preços dos combustíveis fósseis; c) grandes volumes de investimento necessários; d) atrasos de longo prazo antes de atingir a maturidade/rentabilidade; e) capacidade limitada de financiamento público: devem ser superados os altos déficits públicos nos municípios e a incapacidade de angariar fundos pelos mercados de capitais.

O Rio de Janeiro é apontado como o quarto Município inteligente segundo o ranking brasileiro de *smart cities*<sup>14</sup>, e utilizou-se das PPP- Parcerias Público Privadas para implementar a tecnologia urbana.

No ranking de 2019, o Rio de Janeiro aparece da 44ª colocação – única cidade da

<sup>12</sup>BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Renan Henrique; PINHANEZ, Monica. *Parcerias Público-Privadas e promoção de iniciativas de cidades inteligentes* - Insights do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (ABEP): 2017. p. 395.

<sup>14</sup> BUENO. Eliane Jeronimo. *As 6 cidades mais inteligentes do Brasil*. Disponível em: <https://www.connectedsmartcities.com.br/2018/09/10/ranking-connected-smart-cities-2018-aponta-o-rio-de-janeiro-em-6-lugar-entre-as-cidades-mais-inteligente-do-pais/> Acesso em: 24 fev. 2019.

América do Sul e da América Latina a se destacar na tabela. O objetivo da lista é reconhecer as iniciativas inovadoras ao redor do planeta.<sup>15</sup>

As Parcerias Público Privadas auxiliam no ajuste firmado entre o Estado e a iniciativa privada para consecução do interesse público. Nesse modelo de concessão, os riscos são compartilhados entre o Poder Público e o particular, bem como a remuneração ao setor privado que advém do próprio contrato com o Poder Público e por tarifas pagas pelos usuários.

A PPP é fundamental na gestão integrada e informatizada de serviços e utilidades públicas – como iluminação, semáforos, câmeras inteligentes, ponto de ônibus informatizado etc. Por meio de uma rede inteligente, capaz de transitar todos os dados e conectar as estruturas urbanas a um único Centro de Controle Municipal, o município evolui para o patamar de cidades inteligentes.<sup>16</sup>

Essa é uma maneira de alterar a sistemática do modelo clássico de prestação de serviço e de concentração estatal. Reduzir a intervenção do Poder Público e tornar o setor privado o sujeito ativo na execução das cidades inteligentes, pode ser uma alternativa eficaz para o gestor público quando contratar serviços de tecnologia para implementar o desenvolvimento urbano.

Inclusive porque, o Poder Público brasileiro tende a ser tecnologicamente atrasado quando comparado a outros países. Historicamente, o poder publico brasileiro sempre se distanciou das tecnologias avançadas.<sup>17</sup>

Apesar de todos os empecilhos financeiros e regulatórios, o Município do Rio de Janeiro conseguiu implementar o COR – Centro de Operações do Rio, que utiliza análises em tempo real para compreender como uma cidade funciona e está regulada fornecendo informações sobre tráfego, transporte público, clima e serviços de energia.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> PREFEITURA DO RIO. *O Rio está entre as 50 cidades mais inteligentes do mundo*. Disponível em: <http://noticias.prefeitura.rio/rio-faz-destaque/rio-esta-entre-as-50-cidades-mais-inteligentes-do-mundo/>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>16</sup> AUNE, Anne. *Human Smart Cities – O cenário brasileiro e a importância da abordagem joined-up na definição de cidade inteligente*. P. 102. Disponível em: [http://www.urb.puc-rio.br/dissertacao/dissertacao\\_anne\\_aune.pdf](http://www.urb.puc-rio.br/dissertacao/dissertacao_anne_aune.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.

<sup>17</sup> FRAGA, Nayara. *Smart city depende de PPPs para virar realidade*. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/05/smart-city-depende-de-ppps-para- virar-realidade-diz-advogado.html>. Acesso em: 05 mai. 2019.

<sup>18</sup> COR – *Centro de Operações do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://cor.rio/>. Acesso em: 25 fev. 2019.



### 3. AS *SMART CITIES* E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ELENCADEO NA MAGNA CARTA: MECANISMO APTO A TORNAR O PODER PÚBLICO MAIS EFICIENTE

O princípio da eficiência é o princípio mais recente introduzido, expressamente, na Carta Magna de 1988. Isso porque, a nova ordem jus política na década de oitenta contribuiu tonicamente para que a Administração Pública enfatizasse, pela primeira vez, a eficiência pública dentro de um Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade se encontra pautada no pluralismo pós-guerra e atrofia estatal absolutista.

As tendências pluralistas e democráticas intensificaram o debate público sobre o intuito do Poder estatal, reconstruindo um cenário contemporâneo de intensa procura, por parte do Estado, de tornar o direito administrativo como direito do administrado, primando, sobretudo, pelo progresso humano e científico com o intuito de fortalecer a legitimidade e a moralidade entre as partes – indivíduo e gestor.

Nesse contexto, surge, para o gestor público brasileiro, um dever elencado como regra, em seu sentido mais amplo, de prover a eficiência como finalidade maior do Poder Público perante a sociedade.

Nesse sentido, discorre Diogo de Figueiredo Neto<sup>19</sup>:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devem ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

O contexto social e político do século XXI clama, portanto, por gestores públicos morais, éticos e produtivos, que atendam, sobretudo, os interesses públicos básicos, primordialmente.

As *smarts cities* demandam exatamente isto: Poder Público satisfatório com menor custo para a sociedade, construindo-se, outrossim, baseado na eficiência estatal e engajamento econômico-financeiro do setor privado.

As cidades inteligentes apresentam dois conceitos básicos para viabilizar estruturalmente a inteligência nos centros urbanos: a tecnologia aplicada para captar dados em tempo real e o capital humano técnico, isto é, como os dados podem ser aplicados dentro de

---

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.



uma cidade de acordo com a demanda populacional.

A cidade inteligente visa, basicamente, portanto, o uso expressivo da tecnologia e informação para otimizar a infraestrutura urbana com eficiência a fim de melhorar serviços e apresentar respostas dinâmicas aos problemas locais.

Nesse contexto, a cidade do Rio de Janeiro é expressivamente inteligente. O município vem utilizando a TIC – Tecnologia de Informação e Comunicação na gestão urbana para minimizar alguns problemas de gestão local<sup>20</sup>:

No cenário nacional, a cidade com maior visibilidade mundial, homônimo e capital do estado, e um dos lugares mais belos do país, Rio de Janeiro aparece com seu próprio projeto de cidade inteligente. Com o propósito de controle e ajuste de trânsito, monitoramento por câmeras dos espaços públicos e distribuição de sensores diversos pela cidade, estes sistemas estarão conectados ao Centro de Operações da Prefeitura do Rio de Janeiro. O projeto, feito em parceria com a IBM, tem o objetivo de criar um sistema de instrumentação ao redor da cidade que agrega dados de 30 agências diferentes, incluindo tráfego e transporte público, serviços municipais, serviços de emergências, distribuição de água e informação. Estes dados serão fornecidos por empregados do projeto e a população por meio de telefones, internet e rádio para uma central de análise de dados

Isso porque, a cidade do Rio de Janeiro é singular no que tange geografia e meio ambiente. As paisagens naturais que tornaram a cidade do Rio de Janeiro um grande ponto turístico e referência em beleza naturais, também tornam a cidade complexa e com grandes desafios urbanos.

A fim de tornar a cidade mais inteligente e melhor planejada a longo prazo, foi criado em 2010 pelo Município do Rio de Janeiro o COR – Centro de Operações do Rio, com objetivo de auxiliar a gestão das operações urbanas na cidade.

O COR utiliza equipamentos, dados e sistemas de alta tecnologia com o intuito de responder com eficiência as demandas diárias e urbanas do município, colaborando, também, com a agilidade das ocorrências da rotina urbana.

Um exemplo de cooperação entre sociedade e município a partir de do COR é o uso das redes sociais para ampliar o diálogo e manter os internautas informados dos principais acontecimentos urbanos.

Sobre o uso das redes sociais pelo COR, Pedro Reis Martins, coordenador de comunicação do Centro de Operações do Rio, explica o sistema<sup>21</sup>:

<sup>20</sup> FERREIRA, Diogenes Viegas Mendes. *Smart cities: embarcando plataformas generalistas*. p.52. Disponível em: <https://www.ppgee.ufmg.br/defesas/1311M.PDF> Acesso em: 5 mai. 2019.

<sup>21</sup>MARTINS, Pedro Reis; HOJDA, Alexandre; BENÍCIO, Mila. *A Virada Digital*. Smart Cities e Smart Grids em uma Perspectiva Multidisciplinar. Rio de Janeiro: Interciência, 2018, p. 264.

O abastecimento de informações nas redes sociais é feito pela equipe de comunicação do COR de forma regular e contínua “24/7”, construindo uma relação com o cidadão de fonte oficial de informações sobre a operação urbana. Prova disso são os picos de audiência verificados nos perfis do *Twitter e Facebook* do COR, na ocorrência de uma situação emergencial na cidade, como, por exemplo, os protestos sindicais que impactaram a mobilidade em várias regiões do Rio, no dia 20 de junho de 2017. Nessa data, os comunicados do COR atingiram mais de três milhões de perfis.

Além de utilizar as redes sociais para informar a sociedade, o COR também forma parcerias com aplicativos móveis de mobilidade. Com o intuito de melhorar o trânsito urbano, o *Waze* – plataforma digital de GPS, auxilia o COR a monitorar o tráfego do Rio de Janeiro.

Além do *Waze*<sup>22</sup>, aplicativo de navegação por GPS baseado na comunidade, outros aplicativos móveis também fomentam o processo tecnológico urbano, tornando a cidade mais eficiente e limpa, principalmente no tocante a mobilidade. Novos empreendimentos de mobilidade urbana chegaram no Rio de Janeiro no final de 2018 e auxiliaram a mobilidade urbana com foco na facilidade e uso sustentável da cidade.

Dentre os empreendimentos, pode-se citar a *Grin* - Serviço de compartilhamento de patinetes elétricas. A *Grin* é uma empresa que oferece aluguel de patinetes elétricas por um preço acessível, a partir de R\$ 3.<sup>23</sup>

Com o programa devidamente instalado no smartphone, o usuário deve criar a conta, cadastrar um cartão de crédito, no qual será feita a cobrança pelo serviço, e encontrar as patinetes disponíveis.

Os novos produtos tecnológicos chegam ao mercado com o propósito de facilitar a vida urbana, bem como proporcionar melhor qualidade de vida aos indivíduos. O movimento de tornar a cidade inteligente, entretanto, perpassa pelo Poder Público, que transforma a iniciativa privada em uma grande aliada para transformar a cidade inteligente.

Um exemplo dessa interação entre Poder Público e iniciativa privada pode ser encontrada na Lei Complementar nº 111<sup>24</sup>, que dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor no Rio de Janeiro, que auxilia diretamente a implementação de novas tecnologias em prol do desenvolvimento urbano.

Isso porque, a referida Lei Complementar traz como princípio da política urbana municipal carioca, a cooperação entre os governos nas suas diversas instâncias, a iniciativa

<sup>22</sup> WAZE. Disponível em: <https://www.waze.com/pt-BR>. Acesso em: 5 mai 2019.

<sup>23</sup> SOUSA, Fernando. *Como funciona a Grin*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/03/como-funciona-a-grin-veja-preco-e-estacoes-do-servico-de-patinete.ghtml>. Acesso em: 5 mai. 2019.

<sup>24</sup> RIO DE JANEIRO. *Lei Complementar nº 111*, de 1º de fevereiro de 2011. Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4600307/4117400/lei\\_compl\\_111.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4600307/4117400/lei_compl_111.pdf). Acesso em: 12 mai. 2019.



privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização em atendimento ao interesse social.

Outrossim, a Lei Complementar nº 111 estabelece, também, que todas as diretrizes, objetivos, instrumentos, políticas públicas, bem como suas metas e ações, no âmbito do plano diretor municipal carioca, devem contemplar o entrecruzamento de forma matricial da variável ambiental e paisagística nos diversos processos de planejamento vinculados ao sistema integrado de planejamento e gestão urbana, objetivando garantir o desenvolvimento sustentável da Cidade.

Dessa forma, o benefício proporcionado pelo incentivo do desenvolvimento sustentável é mútuo: ganha o Poder Público, que conta com a tecnologia para tornar o ambiente urbano mais sustentável e com melhor infraestrutura; e ganha a sociedade, que passa a dispor de métodos mais eficientes e facilitadores do cotidiano.

Tornar as cidades inteligentes é tarefa árdua para o Poder Público, principalmente quanto aos recursos para adquirir plataformas tecnológicas. Entretanto, ainda que enfrentando alguns entraves políticos e financeiros, alguns municípios do Brasil conseguiram desburocratizar a cidade e torna-la mais eficiente.

## CONCLUSÃO

De acordo com a percuente análise do presente artigo se constatou que o Poder Público ainda encontra entraves políticos, financeiros e estruturais para inserir nos grandes centros urbanos a TIC- Tecnologia de Informação e Comunicação.

Diante dessa constatação, passou-se à aferição de que, embora o gestor público tenha conseguido implementar a tecnologia ao sistema estatal burocrático, ainda é primitivo quando comparado ao setor privado.

Isso porque, em relação ao setor privado, tem-se que a burocracia estatal interfere pouco ou quase nada quando se trata de tecnologia, principalmente porque, a maioria delas são importadas de outros grandes centros urbanos estrangeiros, e também porque o setor privado tem, intrinsecamente maior autonomia financeira e estrutural quando comparada ao Poder Público, que deve obedecer alguns ditames constitucionais e operacionais, disciplinados em Lei.

Todavia, ainda que com alguns entraves, o Poder Público tem conseguindo implementar as cidades inteligentes em centros urbanos tidos como referência nacional, como por exemplo, o Rio de Janeiro, que é referência nacional de *smart city* por ter logrado êxito na inserção da

tecnologia a alguns de seus serviços estatais.

Nesse sentido, ficou sedimentado no presente estudo que existe alguns problemas estruturais, políticos e econômicos para o setor público no que tange a inserção das tecnologias de ponta nos serviços públicos, que para serem inseridos em maior escala, precisam de maior apoio legislativo e procedimental administrativo.

Destarte todos os entraves enfrentados pelo Poder Público, tem-se que alguns Municípios conseguiram implementar a Tecnologia de Informação e Comunicação em alguns setores específicos, como por exemplo, infraestrutura e mobilidade urbana.

Sendo assim, se verificou que ainda faltam alguns ajustes procedimentais para que o setor público avance na inserção de tecnologias que contribuam para o melhor desenvolvimento urbano. O Poder Executivo, embora pleno no seu poder típico de governar, necessita de auxílio legislativo para romper com barreiras burocráticas e conseguir ser eficiente conforme disciplina o art. 37 da CRFB.

Com esse raciocínio, resta demonstrado que o Poder Público tem obtido êxito no desenvolvimento de cidades inteligentes, e implementado de maneira eficientes os recursos públicos, mormente no setor tecnológico. Entretanto, a burocracia estatal e a falta de leis que fomentem o inserção da tecnologia de ponta voltadas para os centros urbanos, dificulta a excelência e rapidez do setor público para tornar as cidades brasileiras mais inteligentes.

## REFERÊNCIAS

BENÍCIO, Mila. *A Virada Digital. Smart Cities e Smart Grids em Uma Perspectiva Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Interciência, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 05 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Licitações*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)> Acesso em: 12 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. RIO DE JANEIRO. *Lei Complementar nº 111*, de 1º de fevereiro de 2011. Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4600307/4117400/lei\\_compl\\_111.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4600307/4117400/lei_compl_111.pdf) Acesso em: 12 mai. 2019.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

CUNHA, Maria Alexandra et al. *Smart cities: transformação digital de cidades*. Rio de Janeiro Coleções FGV EAESP – Gvceapg. 2016.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio. *Sinopses para concursos - v.44 - direito urbanístico*. 4. ed. rev, ampl e atual; Salvador: Juspodivm, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen e Método, 2018.

## A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS SUAS REPERCUSSÕES NA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO E DA HEDIONDEZ E NA COMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES

Stella Fernandes Rodrigues Baltar

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** - O estudo da natureza jurídica dos institutos de Direito Penal implica diretamente nos efeitos práticos que tais institutos podem produzir no caso concreto. A adoção do feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio traz consequências não só para a fixação dos limites abstratos da pena, como também para a sua comunicabilidade entre os agentes no concurso de pessoas, além da possibilidade de cumulação da qualificadora com outras circunstâncias consagradas na legislação. Porém, a compreensão de tais consequências depende da análise do feminicídio como uma qualificadora de natureza objetiva ou subjetiva. A essência do trabalho é abordar essas possibilidades, verificar os efeitos da adoção de cada posição e apontar qual é a que melhor se adequa aos fins da norma.

**Palavras-chave** - Direito Penal. Circunstâncias do crime. Elementares do tipo. Homicídio qualificado. Feminicídio.

**Sumário** - Introdução. 1. Elementares do tipo e circunstâncias do crime: a classificação e o tratamento do feminicídio quanto aos elementos do tipo penal. 2. Divergências acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio: a subjetividade da motivação do agente e a objetividade da vulnerabilidade da mulher. 3. Consequências da classificação do feminicídio na (in)comunicabilidade no concurso de agentes, no concurso de qualificadores, na figura simultaneamente qualificada e privilegiada e na hediondez do crime. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza jurídica da qualificadora de feminicídio e a repercussão dessa classificação na (in)comunicabilidade no concurso de agentes e no reconhecimento de uma figura simultaneamente privilegiada e qualificada, com desdobramentos na hediondez do crime. Procura-se examinar as repercussões práticas e teóricas da sua classificação técnica enquanto objeto do estudo do Direito Penal. Considera-se que a divergência quanto à classificação do feminicídio gera certa insegurança jurídica, uma vez que os diferentes entendimentos podem acarretar em efeitos distintos.

Para tanto, no primeiro capítulo, aborda-se como a doutrina conceitua os institutos "circunstâncias do crime" e "elementares do tipo", e como os diferenciam. Analisa-se de que



forma a qualificadora do feminicídio é compreendida atualmente, considerando que o tipo penal do homicídio subsiste, na forma simples, mesmo sem a circunstância que o qualifica.

A partir da compreensão da primeira divergência, no segundo capítulo, busca-se apresentar como a doutrina e a jurisprudência classificam a natureza da qualificadora, isto é, se deve ser compreendida como de natureza objetiva, em razão de uma situação fático-objetiva da vítima, ou como de natureza subjetiva, em razão de um motivo do agente e de sua relação com a vítima. Pretende-se abordar qual natureza mais de adequa à finalidade da norma.

Por fim, no terceiro capítulo, pondera-se como deve ser punido o partícipe ou coautor do fato no concurso de agentes, diante das regras de (in)comunicabilidade dos dados do tipo no concurso de agentes, a depender da natureza subjetiva ou objetiva da qualificadora do feminicídio. Analisa-se se, tecnicamente, haveria a possibilidade de reconhecimento cumulado de outras qualificadoras com o feminicídio, bem como se seria possível a existência de uma figura simultaneamente privilegiada e qualificada nesse caso, e em como isso repercutiria no caráter hediondo do crime.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, elegendo-se um conjunto de proposições hipotéticas, consideradas viáveis e adequadas para o exame do tema, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do tema é qualitativa, pois, utiliza-se de bibliografia pertinente ao objeto em estudo, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

## 1. ELEMENTARES DO TIPO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: A CLASSIFICAÇÃO E O TRATAMENTO DO FEMINICÍDIO QUANTO AOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL

A violência contra a mulher é uma realidade endêmica na sociedade brasileira e sua cultura. A Lei nº 11.340<sup>1</sup>, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando prevenir, punir e erradicar aquela. Levando-se em conta a busca pela igualdade material entre os

---

<sup>1</sup> BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

gêneros, a Lei nº 13.104<sup>2</sup>, de 9 de março de 2015 ampliou a tutela jurídica protetiva à mulher, ao conferir tratamento mais grave à conduta de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Por meio do novo inciso VI do artigo 121, §2º, inseriu a figura do feminicídio no Decreto-Lei nº 2.848<sup>3</sup>, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), enquadrando o delito como uma espécie de homicídio qualificado.

O legislador pode eleger diversas formas de atribuir maior ou menor repreensão a uma conduta, levando em consideração os fatores que envolvem o delito. Primordialmente, opta-se por criminalizar ou não determinada ação ou omissão. A partir da previsão do tipo penal, é possível acrescentar elementos a ele, legislando sobre causas de aumento ou de diminuição, agravantes ou atenuantes, bem como qualificadoras e privilégios que o circundem. Cada forma de previsão, contudo, pode produzir efeitos distintos. Diante desse cenário, revela-se importante a abordagem de alguns conceitos básicos do Direito Penal, com o intuito de compreender as consequências penais da escolha legislativa em prever o feminicídio como uma qualificadora do homicídio.

O tipo penal é fundamentalmente composto por dados essenciais, sem os quais a figura típica não subsiste. Em outras palavras, ao criminalizar uma conduta, o legislador prevê fatores que, se ausentes, acarretam no desaparecimento do tipo (atipicidade absoluta) ou na transformação em outra figura típica (atipicidade relativa)<sup>4</sup>. Tais dados configuram as chamadas elementares do tipo.

A exemplo, é indispensável ao homicídio que a conduta de matar seja direcionada a “alguém”, isto é, a um ser humano. Logo, se tal ação for dirigida a um animal, o tipo homicídio não estará configurado, em razão da ausência da elementar “alguém”. Levando-se em conta que o ordenamento jurídico atual compreende os semoventes como coisas, a conduta de matar um animal pertencente a outrem poderá ser tipificada como dano (art. 163, *caput*do Código Penal<sup>5</sup>), mas jamais como homicídio.

Além dos dados essenciais que compõem as elementares do tipo, podem haver dados acessórios, sem os quais o tipo permanece existente na sua forma básica. Estes, por sua vez,

---

<sup>2</sup> Id. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>3</sup> Id. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*: (arts. 1º a 120). 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 374.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

configuram as chamadas circunstâncias do crime, que podem ou não estar previstas no tipo. Conforme afirma Rogério Sanches Cunha<sup>6</sup>, pelo critério da exclusão, a eliminação da circunstância do crime não altera a tipicidade da conduta.

Classicamente, reconhece-se diversas espécies de circunstâncias do crime. Em uma abordagem macro, elas se dividem em circunstâncias judiciais e legais. As judiciais estão basicamente previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal<sup>7</sup>, sendo utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena, mas também empregadas na análise do regime inicial de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, entre outros institutos penais e processuais.

Diferentemente, as circunstâncias legais encontram previsão em diversos dispositivos espalhados pela legislação penal, podendo ser gerais ou especiais. As circunstâncias legais gerais são compostas por agravantes e atenuantes, bem como por causas de aumento e de diminuição genéricas e aplicam-se, em regra, a todos os tipos penais. De outro modo, as circunstâncias legais especiais são as previstas especificamente para um tipo ou grupo de tipos penais, abarcando as causas de aumento e de diminuição específicas, e, para alguns autores, as qualificadoras e privilégios, conforme será abordado.

Tanto as causas de aumento, também chamadas de majorantes, quanto as qualificadoras exprimem circunstâncias do crime que tornam o delito mais grave. Como consequência, entende-se que a reprimenda deva ser mais rígida. Diferem-se no que tange à forma de asseverar a punição, conforme a escolha do legislador. Com as majorantes, há a previsão de uma fração de aumento a ser aplicada na terceira fase do cálculo da pena. A qualificadora, contudo, não traz previsão de fração de aumento, mas altera os patamares mínimo e máximo da pena em abstrato, a serem observados na primeira fase da dosimetria.

Como mencionado, a Lei do Femicídio o inseriu no Código Penal como uma qualificadora do homicídio. Dessa forma, o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, ao determinar a pena, não deve observar aquela prevista no tipo básico do homicídio- reclusão, de seis a vinte anos -, mas sim a pena mais severa da figura qualificada- reclusão, de doze a trinta anos, na primeira fase da dosimetria.

---

<sup>6</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 378.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

A despeito de tais definições, observa-se algumas divergências quanto aos conceitos apresentados, sobretudo acerca das qualificadoras como sendo uma circunstância do crime ou uma elementar do tipo. Isso porque é há corrente doutrinária que afirmação que, enquanto as elementares compõem o tipo básico do crime, as qualificadoras comporiam o tipo derivado, tratando-se de uma elementar. A exemplo, Nucci<sup>8</sup> afirma que a qualificadora "integro delito, no tipo derivado".

Nesse mesmo esteio, Fernando Galvão<sup>9</sup> ao tratar das elementares do crime cita como um dos exemplos “o caso da exigência da ocorrência de motivo fútil, no homicídio qualificado”, entendendo as qualificadoras como espécies de elementares do tipo. Zaffaroni e Pierangeli<sup>10</sup> também adotam tal entendimento ao abordar do assunto, definindo a qualificadora do abuso de confiança como um elemento do tipo do furto qualificado. Pacelli e Callegari<sup>11</sup>, por sua vez, acerca das qualificadoras, defendem que “não podem rigorosamente ser tratadas como circunstâncias, na medida em constituem outra e autônoma figura típica, para fins de balizamento das penas, instituindo novos pisos e tetos (limite máximo e mínimo)”.

Inclusive, aponta Fernando Capez<sup>12</sup> que há segmento doutrinário, liderado por Nelson Hungria, que entende devida uma outra classificação, em que as qualificadoras caracterizam as “circunstâncias-elementares”. Segundo essa corrente, a qualificadora seria uma figura híbrida entre as elementares do tipo e as circunstâncias do crime, no sentido de que, embora não sejam elementares, mas acessórias do tipo básico, seriam dados essenciais do tipo derivado, que possui pena própria. Segundo esse entendimento, as qualificadoras deveriam receber o mesmo tratamento jurídico que as elementares do tipo pela sua especial natureza, apesar de não se confundirem.

Tal classificação, porém, não é nem mesmo abordada por muitos doutrinadores, e é afastada por outros, como Cezar Roberto Bitencourt<sup>13</sup>, Rogério Greco<sup>14</sup> e Damásio de Jesus<sup>15</sup>,

---

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 783.

<sup>9</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 565.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. V. 1. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 618.

<sup>11</sup> PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 497.

<sup>12</sup> CAPEZ, op. cit, nota 4, p. 375.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1.22 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 775.

<sup>14</sup> GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

<sup>15</sup> JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 36. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 628.

que reconhecem a qualificadora como espécie de circunstância legal do crime. Nesse mesmo sentido, Capez<sup>16</sup> defende que:

[...] as qualificadoras são circunstâncias como outra qualquer, pois o que interessa é que, com ou sem a sua presença, o crime continuará existindo. Se a qualificadora fosse essencial, sem ela o delito desapareceria, o que não acontece. Assim, não existe circunstância elementar, o que, inclusive, configura uma contradição em si mesma (algo como um palmeirense-corinthiano). Ou o componente essencial, encontra-se no *caput* e será elementar, ou configurará a mera circunstância, sem nenhuma hierarquia. [...]

Destarte, para essa posição, a qualificadora do feminicídio seria uma circunstância legal específica do crime básico do homicídio. Isso porque, se a opção legislativa houvesse sido pelo feminicídio como um tipo penal autônomo, então o dado "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino" seria uma elementar do novo crime criado, assim como fez o legislador no crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal<sup>17</sup>). Todavia, a eleição, pelo legislador, do feminicídio como qualificadora implicaria, ainda que ausente a referida circunstância, a permanência da conduta "matar alguém", ou seja, o tipo básico do homicídio, que não desaparece nem se transforma em tipo distinto.

A natureza jurídica do feminicídio, contudo, não se esgota na sua caracterização como qualificadora, seja uma circunstância do crime ou uma elementar do tipo.

## 2. DIVERGÊNCIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO DO AGENTE E A OBJETIVIDADE DA VULNERABILIDADE DA MULHER

Os elementos do tipo, sejam elementares ou circunstâncias, a depender de seu conteúdo, podem ter natureza objetiva - material - ou subjetiva - pessoal. Conforme explica Damásio de Jesus<sup>18</sup>:

circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima. Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito com a pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.

---

<sup>16</sup> CAPEZ, op. cit., nota 4, p. 375.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>18</sup> JESUS, op. cit., nota 15, p. 481.

Assim, é exemplo de qualificadora de natureza objetiva ou material o emprego de veneno ou explosivo no crime de homicídio (art. 121, §2º, III do Código Penal<sup>19</sup>), já que diz respeito ao meio utilizado na realização do crime. Ainda, os crimes praticados contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, “h” do Código Penal<sup>20</sup>), são circunstâncias agravantes de caráter objetivo, por se referirem à qualidade da vítima.

Diferentemente, as qualificadoras do homicídio cometido mediante paga ou promessa de recompensa, por motivo torpe ou por motivo fútil (art. 121, §2º, I e II do Código Penal<sup>21</sup>) têm natureza subjetiva, tendo em vista tratar da motivação determinante do agente para a prática do crime. Da mesma forma, é subjetiva a agravante de reincidência (art. 61, I do Código Penal<sup>22</sup>), porque é condição pessoal que somente diz respeito ao agente.

Para parte da doutrina, como Cleber Masson<sup>23</sup>, a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva ou pessoal. Entende-se que a norma não qualifica o femicídio, isto é, o simples homicídio contra mulheres, de forma que não é suficiente a qualidade feminina da vítima. É relevante para a qualificadora que o homicídio contra a mulher seja praticado “por razões da condição de sexo feminino”. Para essa corrente, tais razões representariam a motivação do agente para a prática do crime, e portanto, o feminicídio seria uma qualificadora subjetiva, e não objetiva. A violência de gênero não seria meio de execução do crime, mas sim a sua razão, e portanto, justificaria maior reprimenda ao agente.

É importante salientar que o §2º-A do art. 121 do Código Penal<sup>24</sup> explicita o que seriam consideradas razões de condição do sexo feminino. Portanto, haverá feminicídio quando o crime envolver violência doméstica e familiar (inciso I) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II). Nesse sentido, para Masson<sup>25</sup>:

[...] o reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para configuração do feminicídio. O inciso I do § 2.º-A deve ser interpretado em sintonia com o inciso VI do §2.º, ambos do art. 121 do Código Penal. Em outras palavras, o feminicídio reclama que a motivação do homicídiotenha sido as “razões da condição do sexo feminino”, e daí resulte a violência doméstica ou familiar. O feminicídio constitui-se em circunstância pessoal ou subjetiva, pois diz respeito à motivação do agente. O homicídio é cometido por

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, [e-book].

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>25</sup> MASSON, op. cit., nota 23.

razões de condição de sexo feminino. Não há nenhuma ligação com os meios ou modos de execução do delito.

O entendimento de tal corrente, portanto, perpassa pela concepção de que o menosprezo ou discriminação à condição de mulher deva servir como uma motivação do homicídio. Ainda, que na situação de violência doméstica, para que haja a qualificadora, o agente deva estar motivado pela condição do sexo feminino da vítima na prática da conduta. Ademais, a situação de violência doméstica retrataria uma relação pessoal entre a vítima e o agente, o que também implicaria a classificação do feminicídio como de natureza subjetiva.

Todavia, essa posição não é a única na doutrina. Para Rogério Greco<sup>26</sup>, por exemplo, as circunstâncias dos incisos do art. 121, §2-A<sup>27</sup> não estão condicionadas a serem “em razão da condição do sexo feminino”. Em realidade, a violência doméstica ou familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher seriam situações em que efetivamente já estaria presente a razão de condição de sexo feminino. Isto é, o legislador teria optado por afirmar que, sempre que presentes as conjunturas dos referidos incisos, estará verificado o feminicídio, tratando-se os dispositivos de norma interpretativa.

A partir dessa mesma compreensão, surge corrente doutrinária, defendida por Nucci<sup>28</sup>, por exemplo, segundo a qual o feminicídio é uma qualificadora de natureza objetiva. Compreende-se que a expressão “por razões de condição do sexo feminino” não implicaria ser esta a motivação do agente. Na verdade, representaria a situação fático-objetiva em que a vítima se encontra em razão de ser mulher, sob o prisma da discriminação e violência de gênero.

Quanto à relação, os sujeitos envolvidos no delito podem ser namorados, cônjuges, irmãos etc. Quanto ao motivo, entende-se possível o ciúmes, sadismo, raiva e ódio do agente, dentre tantos outros. Todavia, a violência doméstica ou familiar e a discriminação de gênero seriam um contexto objetivo em que a vítima se encontra, e não mera circunstância acerca da relação entre o agente a vítima, nem acerca da motivação do crime. Quanto à violência doméstica e familiar, inclusive, o referido contexto está previsto objetivamente no artigo 5º da Lei Maria da Penha<sup>29</sup>. Nesse esteio, ensina Nucci<sup>30</sup>:

---

<sup>26</sup> GRECO, op. cit., nota 14.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>30</sup> Ibid.



viu-se o legislador conduzido a fundamentar a opção normativa de uma nova qualificadora na esteira nítida de conferir maior proteção à mulher, por ser do sexofeminino, vale dizer, a pessoa que, em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua redução à condição de serviçal do homem (seja marido, companheiro, namorado) é a parte fraca do relacionamento doméstico ou familiar. Esse é o prisma do feminicídio: matar a mulher por razões da condição de sexo feminino. Matar o mais fraco, algo francamente objetivo.

Justificada pela necessidade de tutela protetiva da mulher em situação vulnerável, em continuidade aos passos inaugurados pela Lei Maria da Penha, não seria razoável, para esse entendimento, que o feminicídio fosse enxergado como motivação do agente e não como circunstância objetiva da vítima. Considera-se que o elemento subjetivo do agente não foi a pauta imediata da Lei do Feminicídio. Acerca da intenção da norma, afirma Bitencourt<sup>31</sup>:

estamos diante de uma política repressora da criminalidade discriminatória da mulher, e precisamos, nessa área, de políticas preventivas buscando diminuir essa violência condenável e insuportável em um Estado Democrático de Direito, prevenindo sua ocorrência. [...] quando o Poder Judiciário é chamado a intervir na seara penal, já houve a perda de uma vida, que é em si mesmo inaceitável. Por isso, precisamos antes prevenir, orientar, educar, ou, em outros termos, impedir que se chegue a esse trágico desfecho, não apenas mudando toda uma herança histórico-cultural machista [...]

Parece que dessa mesma compreensão partilhou o Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup>, tendo o Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática, entendido pela natureza objetiva do feminicídio, conforme segue:

[...] o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise [...].

A adoção pela jurisprudência da natureza objetiva na qualificadora do feminicídio traz diversos efeitos, sobretudo na comunicabilidade da circunstância entre os agentes no concurso de pessoas, na possibilidade de cumulação do feminicídio com qualificadoras de natureza subjetiva, bem como na possibilidade de reconhecimento, pelo menos teórico, de um feminicídio privilegiado e a sua repercussão na hediondez do delito.

---

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. rev., ampla. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.707.113*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num\\_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0)>. Acesso em: 11 fev. 2019.

### 3. CONSEQUÊNCIAS DA CLASSIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NA (IN)COMUNICABILIDADE NO CONCURSO AGENTES, NO CONCURSO DE QUALIFICADORAS, NA FIGURA SIMULTANEAMENTE QUALIFICADA E PRIVILEGIADA E NA HEDIONDEZ DO CRIME

A classificação da natureza jurídica dos institutos jurídicos influi na produção de efeitos no caso concreto, ultrapassando a teoria. No Direito Penal, tal classificação é de importância ainda maior, tendo em vista os seus princípios norteadores. Destaca-se, dentre eles, a legalidade ou reserva legal, da qual decorre o sub-princípio da vedação da analogia *in malam partem*. Assim, os efeitos previstos legalmente a um instituto não poderão ser aplicados a outros, salvo se for em benefício do réu.

O artigo 30 do Código Penal<sup>33</sup> determina que, havendo concurso de agentes no cometimento do crime, não se comunicarão as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, exceto quando elementares do crime. Traz-se regra acerca da possibilidade ou não de a imputação de circunstâncias pertinentes a um só agente ou à prática do crime se estender para os demais réus envolvidos na infração penal.

Do dispositivo depreende-se, mais claramente, que as elementares do tipo sempre se comunicam entre os agentes no concurso de pessoas, sejam de caráter subjetivo ou objetivo. Ademais, as circunstâncias e condições de caráter objetivo sempre se estendem aos demais corréus, conforme interpretação *a contrario sensu*. Todavia, as circunstâncias e condições pessoais, quando não forem elementares do tipo, não se comunicarão entre os agentes. Evidente, portanto, a importância da identificação da natureza jurídica dos institutos enquanto elementares ou circunstâncias, objetivas ou subjetivas, para a verificação dos efeitos quanto à comunicabilidade entre os agentes.

Tendo o legislador optado por inserir o feminicídio como uma qualificadora do homicídio, para a corrente doutrinária que compreende as qualificadoras como elementares do tipo ou circunstâncias-elementares, sempre haverá a comunicação dos elementos acerca do feminicídio, tendo em vista que a norma penal ressalva as elementares quando dispõe sobre circunstâncias incomunicáveis. Dessa forma, seja a qualificadora objetiva ou subjetiva, os efeitos seriam os mesmos, por ser considerada elementar.

---

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

Para a parte da doutrina que compreende a qualificadora uma circunstância do crime como outra qualquer, porém, deve-se distinguir a característica objetiva ou subjetiva para a averiguação da comunicabilidade. Na hipótese de se entender o feminicídio como uma qualificadora subjetiva ou pessoal, ele não se estenderá para o corréu, diante da disposição legal pela incomunicabilidade das circunstâncias pessoais no concurso de agentes.

A exemplo, se o agente X decide matar sua esposa no contexto de violência doméstica, recebendo ajuda de seu melhor amigo Y na empreitada, o agente X responderia por homicídio qualificado por feminicídio, enquanto seu amigo Y responderia por homicídio simples, salvo se houvesse outra circunstância, além da violência doméstica, que pudesse tornar o crime qualificado. Todavia, se adotada a natureza jurídica do feminicídio como uma qualificadora objetiva, sempre haverá comunicabilidade entre os agentes. Nesse caso, no exemplo ilustrado, ambos responderiam por homicídio na forma qualificada pelo feminicídio.

Diante disso, tendo o Superior Tribunal de Justiça adotado o entendimento do feminicídio como qualificadora de natureza objetiva, decorre que tal circunstância sempre se estenderá aos agentes em concurso, ainda que não tenham nenhuma relação familiar ou afetiva com a vítima, nem realizem o tipo com motivação específica de menosprezo contra a mulher. Isso porque o que determina a qualificadora não são as subjetividades atinentes ao agente.

Não obstante, é de se observar que o Direito Penal brasileiro não admite a responsabilidade penal objetiva, de modo que somente haverá comunicabilidade das circunstâncias objetivas - e mesmo das elementares - ao corréu quando ele estiver ciente da sua ocorrência. Ensina Damásio de Jesus<sup>34</sup> que:

Hoje, a regra do art. 30, que trata da comunicabilidade das elementares e circunstâncias, deve ser interpretada à luz do art. 29, caput, parte final, do CP, segundo o qual pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

No contexto do feminicídio, assim sendo, a situação de violência doméstica ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher deve entrar na esfera de conhecimento do corréu. Assim, o amigo Y somente responderia pelo feminicídio se soubesse da relação familiar entre o agente X e a vítima.

---

<sup>34</sup> JESUS, op. cit., nota 14, p. 484.

Outra importante vertente acerca da classificação da natureza jurídica do feminicídio é quanto à possibilidade de cumulação de qualificadoras. Havendo, no contexto fático, uma multiplicidade de qualificadoras, deve-se levar em consideração somente uma delas na fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria de pena. As demais qualificadoras, porém, poderão ser consideradas na análise das circunstâncias agravantes, se houver enquadramento nos incisos dos artigos 61 e 62 do Código Penal, ou, de outro modo, na análise das circunstâncias judiciais.

Tratando-se de homicídio, dentre as qualificadoras encontra-se aquele cometido por motivo torpe (art. 121, §2º, I, parte final, CP<sup>35</sup>). Rogério Greco<sup>36</sup> define como torpe “[...]o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente”. Para os adeptos do feminicídio como circunstância ou elementar subjetiva, a qualificadora configura a própria motivação do delito, e o reconhecimento simultâneo com o motivo torpe representaria *bis in idem*, pois se puniria a motivação por duas vezes. Todavia, a compreensão do feminicídio como qualificadora objetiva permite o entendimento de que a motivação seja outra, podendo, inclusive, ser torpe.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>37</sup>, no julgamento do HC 433.898/RS, publicado no Informativo nº 625:

Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.

Assim, o STJ entende possível a coexistência entre as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe, como na morte em virtude de uma discussão banal provinda da relação marital entre agente e vítima, Nesse caso, uma delas será utilizada na fixação da pena-base e a outra como circunstância agravante, sem que se possa falar em dupla imputação pelo mesmo fato ou circunstância.

Por fim, outro efeito da classificação do feminicídio como qualificadora objetiva é a possibilidade de cumulação com a figura privilegiada. No crime de homicídio, a figura

---

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>36</sup> GRECO, op. cit., nota 14

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 433.898/RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num\\_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF)>. Acesso em: 12 fev. 2019.

privilegiada se refere a uma causa de diminuição de pena prevista no art. 121, §1º, CP<sup>38</sup>, reduzindo-se a sanção se o agente cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Tem-se que o privilégio do homicídio não guarda compatibilidade com as qualificadoras subjetivas, isso porque traz em seu bojo questões de motivação que abrandam a pena, que não poderiam ser conjugadas com motivos que a tornam mais grave, diante da incompatibilidade. Assim, para a corrente que entende o feminicídio como uma qualificadora pessoal, não é possível a conjugação com a figura privilegiada.

Em contraponto, afirma Cezar Roberto Bitencourt<sup>39</sup> que:

em algumas oportunidades o Supremo Tribunal manifestou-se afirmando que as privilegiados e as qualificadoras objetivas podem coexistir pacificamente; mas o fundamento dessa interpretação residiria na prevalência das privilegiadoras subjetivas sobre as qualificadoras objetivas, seguindo, por analogia, a orientado contida no art. 67 do Código Penal, que assegura a preponderância dos motivos determinantes do crime.

Assim, seria admissível, embora possa causar estranheza, a figura de um feminicídio privilegiado em razão do reconhecimento, pela jurisprudência, do feminicídio como qualificadora objetiva. Nucci<sup>40</sup> exemplifica uma hipótese ao descrever “o companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte”. Todavia a incidência do privilégio dependeria da análise dos jurados, tendo em vista a competência do Tribunal do Júri para o caso.

Reconhecendo-se a possibilidade de um feminicídio privilegiado, contudo, há desdobramentos acerca da hediondez do crime. O homicídio qualificado é crime hediondo, conforme prevê o art. 1º, I da Lei de Crimes Hediondos<sup>41</sup>. Todavia, conforme afirma Renato Brasileiro<sup>42</sup>, havendo o reconhecimento de privilégio, há uma incompatibilidade axiológica com a hediondez, deixando o crime de ter essa qualidade. Explica:

---

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>39</sup> BITENCOURT, op. cit., nota 31.

<sup>40</sup> NUCCI, op. cit., nota 28.

<sup>41</sup> BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>42</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39-40.

Primeiro, porque o art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90 (...) é claro ao afirmar que somente serão rotulados com hediondos o homicídio simples (...) praticado em atividade típica de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado. Não há (...) referência ao homicídio privilegiado. Segundo, porque seria absolutamente incoerente rotular como hediondo (leia-se, repugnante) um crime de homicídio cometido, por exemplo mediante valor moral ou social. Por fim, como as causas de diminuição de pena enumeradas no art. 121, §1º, do CP, têm natureza subjetiva, e as qualificadoras (...) reconhecidas neste homicídio qualificado-privilegiado devem, obrigatoriamente, ter natureza objetiva, há de se conhecer a natureza preponderante daquelas, aplicando-se raciocínio semelhante àquele constante do art. 67 do Código Penal [...]

Dessa forma, para o entendimento do feminicídio como qualificadora objetiva, é possível, tecnicamente, a ocorrência do feminicídio privilegiado, em razão do caráter determinante das motivações do crime, caso em que haverá um feminicídio não hediondo.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática principal, a existência de uma divergência acerca da classificação da natureza jurídica do feminicídio. A adoção, pelo legislador, do cometimento do homicídio contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, como uma qualificadora já inicia a multiplicidade de correntes. Não deve prevalecer, contudo, o entendimento que classifica as qualificadoras como circunstâncias elementares ou elementares do tipo. Isso porque a circunstância trazida pelo feminicídio não é essencial ao crime de homicídio. Fosse a intenção do legislador determinar a essencialidade do feminicídio para o tipo, teria previsto tipo independente, assim como fez no infanticídio. Conclui-se, portanto, pela qualificadora como uma circunstância do crime.

Em um segundo momento, foi abordada a divergência quanto à natureza subjetiva ou objetiva da qualificadora do feminicídio. O elemento que difere um homicídio qualificado por feminicídio de um homicídio simples contra mulher ou femicídio é distinto entre as duas correntes. Para uma, o homicídio será simples pela ausência de motivação do agente que envolva razões de condição do sexo feminino. Para outra, o homicídio será simples quando não estiver presente o contexto fático-objetivo da mulher em situação de vulnerabilidade por sua condição feminina.

Contudo, entende-se que qualquer motivação do agente que envolva razões de condição do sexo feminino implicará necessariamente em um contexto fático-objetivo da mulher em situação de vulnerabilidade por violência ou discriminação, não estando o motivo dissociado desse contexto, diante da inserção do crime realidade brasileira de uma sociedade

patriarcal. Compreende-se, assim, que, mesmo no entendimento do feminicídio como motivação, existe um pano de fundo do contexto fático-objeto no qual a mulher, em situação de vulnerabilidade, está inserida, o que indica a objetividade da qualificadora.

Ademais, a despeito do dissenso doutrinário, conforme tratado, o Superior Tribunal de Justiça classifica o feminicídio como qualificadora objetiva, afastando a ideia de que se trataria da mera motivação do crime. Conclui-se que é o entendimento mais acertado quanto ao objetivo da norma, que busca proteger a mulher em situação fática de vulnerabilidade por razões da sua condição feminina, em continuidade às proteções trazidas pela Lei Maria da Penha, e abarcando outras situações discriminatórias de gênero. Não há como pretensão imediata a análise subjetiva dos motivos do criminoso.

Diante disso, conclui-se, quanto as efeitos, pela possibilidade da cumulação da qualificadora de feminicídio com a qualificadora por motivo torpe, quando presente, de modo a agravar mais profundamente a sanção do agente em diferentes fases da dosimetria da pena. É esse o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado.

É também mais acertada tal classificação considerando outros efeitos produzidos por ela. Fosse circunstância subjetiva, não haveria comunicabilidade da qualificadora de feminicídio no concurso de agentes. Porém, entende-se que é juridicamente relevante a atuação de co-autor ou partícipe no feminicídio, quando ciente da circunstância, para além da configuração de homicídio simples.

Isso porque a intenção do legislador em coibir a violência doméstica e familiar e discriminação contra a mulher não se destina exclusivamente a tratar das relações interpessoais, mas sim abordar uma problemática estrutural e de extensão social de subjugação da figura feminina. Logo, também abarca co-agentes quando estiver presente tal subjugação em razão do gênero. Ressalta-se que a proteção é trazida pela norma sob o ponto de vista da situação fática da mulher, que não se altera para cada agente, a despeito das suas motivações no cometimento do fato delituoso.

Por fim, embora seja possível, teoricamente, a figura de um feminicídio privilegiado pela adoção da qualificadora como uma circunstância objetiva, deve-se levar em conta a situação especialíssima da violência doméstica. Isso porque, é o entendimento desta pesquisadora que tal contexto justifica um tratamento diferenciado que, por razões de política criminal, deve impossibilitar o reconhecimento do privilégio. Considera-se que o Superior



Tribunal de Justiça afasta a possibilidade do reconhecimento de diversos institutos penais nos casos de violência ou ameaça doméstica contra a mulher, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o princípio da insignificância (Súmulas 588 e 589, STJ).

Ademais, tem-se que o privilégio teoricamente possível no feminicídio envolveria o criminoso agindo sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. No contexto de tutela dos direitos da mulher em situação de violência familiar ou doméstica e discriminação de gênero, entende-se que não há plausibilidade no reconhecimento de um privilégio que possa transferir parte da culpa da violência ou discriminação sofrida à mulher, escusando parcialmente seu agressor da responsabilidade penal. Essa possibilidade serviria, perigosamente, para reforçar a compreensão equivocada de legitimação social da subjugação das mulheres, a qual a norma que tutela os direitos femininos justamente pretende combater.

É sob a perspectiva da finalidade de proteção à mulher que os institutos trazidos pelas normas protetivas a seus direitos devem ser interpretados. Daí o entendimento do feminicídio como qualificadora objetiva, passível de cumulação com o motivo torpe, mas que não permite a cumulação com o privilégio e, conseqüentemente, não admite o afastamento da hediondez, sendo sempre crime hediondo.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1.22 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.707.113*. Relator: Ministro Feliz Fischer. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num\\_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0). Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 433.898/RS*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num\\_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF). Acesso em: 12 fev. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 36. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, [e-book].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. V. 1. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



## LEI MARIA DA PENHA E AS VÍTIMAS TRANSGÊNEROS

Suzana Cristina Pereira Novais

Graduada pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher é tutelado pela Lei Maria da Penha. No entanto, é controverso o tema quanto à aplicabilidade da lei no âmbito das mulheres transgêneros que sofrem esse tipo de violência. Diante desse quadro, para dirimir o conflito, busca-se o auxílio do próprio texto normativo, por meio de uma interpretação da Constituição e da lei referida, como também, o entendimento extraído nos casos levados ao Poder Judiciário.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Lei Maria da Penha. Gênero feminino.

**Sumário** – Introdução. 1. Diferença entre gênero e sexo feminino e a terminologia adotada na Lei nº 11.340/06. 2. As decisões judiciais e o possível reconhecimento da mulher transgênero como legítima à proteção da Lei Maria da Penha. 3. Análise da necessidade de implementação de mudanças legislativas para garantir o combate à violência doméstica contra a mulher transgênero. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O artigo propõe discutir a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra transgêneros. A criação de uma tutela específica às mulheres, visando à proteção e igualdade do gênero, provocou um debate acerca da esfera de cuidado, se esta abrange também os transexuais do gênero feminino ou se há restrição à condição de mulher biologicamente constituída.

A pesquisa se dará pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador parte do pressuposto de suposições lógicas e adequadas para a análise do objeto da pesquisa, que, ao final será confirmada ou rejeitada argumentativamente.

Inicialmente, para isso, a pesquisa científica abordará a terminologia utilizada pela lei para dirimir o conflito aparente, contrapondo, inclusive, com o Código Penal. Isso porque, a escolha do termo utilizado (gênero ou sexo feminino) traz resultado objetivo para a questão quanto à possibilidade de aplicação da lei nessa esfera.

Apesar da clareza imposta na escolha terminológica utilizada, a doutrina e a jurisprudência muito debatem o tema. É comum que, por vezes uma escolha de palavra mal

feita pelo legislador, permita que juristas optem por uma adaptação do texto e façam uma releitura, sob outra perspectiva da palavra empregada. Assim, no segundo capítulo se discutirá se esse é o caso da lei em pauta por meio de uma análise dos debates e decisões dos Tribunais Superiores a respeito dessa controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais na prática.

Por fim, o terceiro capítulo do trabalho tecerá um estudo a respeito da efetividade lei debatida, de modo a garantir a tutela que se propõe a assegurar, sendo essa suficiente ao combate da violência doméstica exercida contra esse grupo, ou, se deveria haver adoção de outras medidas, bem como mudanças legislativas, para resguardar esse direito.

## 1. DIFERENÇA ENTRE GÊNERO E SEXO FEMININO E A TERMINOLOGIA ADOTADA NA LEI Nº 11.340/06

A necessidade de uma tutela especial às mulheres vítimas de agressão surge por meio de uma constatação histórica de supremacia do homem em detrimento da mulher. Isto é, a diferenciação por gênero existe desde os primórdios, que eram suficientes para determinar as funções, atividades e comportamento de cada indivíduo perante a sociedade<sup>1</sup>.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto a isonomia e a garantia dos direitos sociais, individuais e coletivos<sup>2</sup>, essa discriminação se mostra antagônica a própria existência dele. Apesar disso, ainda na prática tem-se resquícios desse ideal que impedem a concretização da igualdade, demonstrando em si um desequilíbrio para o exercício dos direitos. Nesse cenário é que se constatou que a mulher ainda vive um papel de coadjuvante social, muitas vezes por uma opressão moral ou física exercida pelo homem e pela sociedade.

Dessa maneira, reconhecendo a vulnerabilidade da mulher para com a sociedade é que se propõe medidas legislativas que visam colocar em pé de igualdade todos os indivíduos. Tem-se, portanto, na prática o princípio constitucional da igualdade material, que, como definiu Aristóteles “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade<sup>3</sup>”.

---

<sup>1</sup> Enquanto aos homens eram atribuído um papel de protagonista na sociedade, que o permitia de participar ativamente das atividades sociais, políticas e econômicas, as mulheres eram limitadas a desempenhar funções domésticas e familiares. Gradativamente, a mulher foi conquistando um maior espaço na sociedade e alterando essa realidade, conquistando, em tese, os mesmos direitos que os homens.

<sup>2</sup> Nesse sentido, art. 5º, II da CRFB/88.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 49.

Em que pese o reconhecimento das desigualdades existentes, é necessário mais do que constatar o fato, mas também buscar formas efetivas de mudar a realidade, tal como a edição de uma lei destinada ao combate da violência à mulher, como foi apresentado.

Par enfrentar essa proteção é fundamental, no âmbito da violência doméstica contra a mulher, a análise da terminologia empregada no texto legal. Isso porque, ainda que cotidianamente as pessoas utilizem ‘gênero’ e ‘sexo’ para dizer o mesmo, como semelhantes, é imprescindível conhecer a diferença entre esses termos para a possível aplicação da lei em questão.

Evidente que, apesar de se tratar de termos diferentes – que serão explicados a seguir – na maioria das vezes há uma correspondência entre sexo e gênero, o que justifica a confusão terminológica. Porém, essa premissa não é unânime.

A doutrina amplamente majoritária explica que o gênero é construído de acordo com os fatores culturais e sociais que influenciam e cercam o indivíduo, de modo a interferir no seu comportamento perante a sociedade<sup>4</sup>. Enquanto sexo é intrínseco ao aspecto biológico do ser humano. Como o gênero leva em consideração outros fatores que não somente o fator natural, permite composição diversa aos transexuais.

Dessa forma, o transexual, que biologicamente tem um sexo determinado – aspecto biológico –, pode possuir outro gênero conforme as interações sociais, chamado de transversalidade de gênero<sup>5</sup>. Arelado a isso, reconhece-se ao transexual a sua condição de minoria social, de modo a sofrer, assim como a mulher biológica, discriminação e sustentar uma posição de vulnerabilidade.

A partir da exposição da diferença terminológica resta analisar como o ordenamento jurídico brasileiro lida com a questão, em especial, a Lei Maria da Penha. Ou seja, o transexual que sofre agressão decorrente de violência doméstica estaria protegido também pela norma citada – lei específica – ou caberia somente aplicação do Código Penal – norma geral?

A emenda da Lei nº 11.340/06<sup>6</sup> discorre que o objetivo da norma é a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º

<sup>4</sup> FERRACINI NETO, Ricardo. O reflexo da nova perspectiva de gêneros e o direito. *In*: FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Emenda: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução

do art. 266 da Constituição Federal<sup>7</sup>. Por sua vez, o dispositivo constitucional enaltece que o Estado assegurará assistência à família através da criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Na lei específica não há especificação da mulher, se tratando de gênero ou sexo e a Constituição também silencia.

Contudo, o art. 5º da Lei Maria da Penha prevê “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e de dano moral ou patrimonial”. A partir do texto legal é possível perceber que, ao adotar a concepção de gênero<sup>8</sup>, a lei considera o conceito além do biológico, da mulher em sentido natural.

Nesse sentido, ao reconhecer a tutela para o gênero feminino, implicitamente a lei abrange sua aplicabilidade a todas as mulheres que assim se consideram, por fatores culturais e sociais, ainda que não biológicas. Resta evidente, portanto, que, pela terminologia adotada no texto normativo, seria possível aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais.

A adoção do termo gênero permite um debate diferenciado, admitindo a consagração de diferentes classes, ainda que todas do gênero feminino, na lei. Há de se reconhecer, então, que o desequilíbrio nas relações não é um fenômeno exclusivamente biológico, marcado meramente pela condição suportada do sexo feminino. Isto é, a diferença biológica não é suficiente para caracterizar a discriminação em que a mulher é submetida, mas também o fenômeno social que desempenha.

Logo, ao adotar a transversalidade na lei, permite-se uma maior equiparação de condição e paridade entre os gêneros, diminuindo a constatação histórica de supremacia do homem perante a mulher por meio da inserção em outros patamares sociais e da proteção legal concedida.

---

Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

<sup>8</sup> “Não há dúvidas também de que a busca de paridade entre os gêneros configure-se um bem jurídico que detenha interesse de universalização entre os sujeitos de direito receptores de uma norma. A própria definição de transversalidade, trazida desde a Convenção de Beijing de maneira expressa, incorpora a necessidade de um conceito de universalização, a ponto de ser defendida por meio de um ordenamento jurídico consistente e até, em situações de última *ratio*, pelo Direito Penal.” FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018. p. 204.

## 2. AS DECISÕES JUDICIAIS E O POSSÍVEL RECONHECIMENTO DA MULHER TRANSGÊNERO COMO LEGÍTIMA À PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme já assinalou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o sujeito ativo, ou seja, quem pratica o ato de violência, independe do sexo para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, basta que esteja presente a relação de vínculo em um contexto de violência doméstica, familiar ou afetiva. Explicita o STJ no Conflito de Competência 88027<sup>9</sup>: “Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.”

Apesar dessa questão ser pacífica quanto a isso para a doutrina e a jurisprudência, muito se debate no que tange o polo passivo do conflito. Isso porque a lei não silencia a questão, de modo que não deixa claro a vontade do legislador<sup>10</sup>, bem como há ausência de manifestação da Corte.

Todavia, os interpretes do direito buscam solucionar as entraves decorrente da discrepância entre a lei enquanto direito fundamentado, escrito, e a realidade social a que se submete. Faz-se necessário, portanto, que a melhor doutrina debata a norma para que se tenha a aplicação mais eficiente, que busque solucionar o fim em si mesmo, ou seja, validar o motivo pelo qual a norma existe: proteção dos direitos da mulher<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 277561/AL*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014; *HC n° 250435/RJ*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013; *HC n° 181246/RS*, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013; *HC n° 175816/RS*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; CC 88027/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008; RHC 046278/AL (decisão monocrática), Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, julgado em 09/06/2015, DJe 16/06/2015. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 551). Disponível em <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

<sup>10</sup> Ainda que a vontade do legislador ao tempo que editou a lei fosse proteger somente as mulheres biológicas entende-se que o Direito e, portanto, as normas, vivem em constante mutação. Por vezes é necessário fazer uma interpretação do texto legal de acordo com as mudanças que a sociedade sofre, para que se tenha uma norma condizente, que acompanhe a realidade social. Nesse sentido, por exemplo, é que se ampliou o conceito de família trazido na Constituição Federal em seu art. 226. Conclui-se, então, que mesmo que a vontade do legislador por hora era dar proteção apenas as mulheres nascidas em corpo feminino, atualmente, seria possível uma interpretação extensiva, reconhecendo também a identidade social da mulher como suficiente para aplicação da lei.

<sup>11</sup> BERENICE, Maria. *Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_658\)35\\_\\_violencia\\_domestica\\_e\\_as\\_unioes\\_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_658)35__violencia_domestica_e_as_unioes_homoafetivas.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2019.



Nessa seara, no que tange à Lei Maria da Penha é evidente o objetivo de amparar e proteger a condição em que a mulher é colocada e vista socialmente, herança patriarcal de uma construção história de uma sociedade machista. Diante da necessidade de zelo para com a mulher, reconhecendo a submissão que a essas é imposta, é que surgiu a contemplação da lei.

Não obstante, ao conferir maior proteção a esse grupo de pessoas, passou-se a questionar a que mulher a lei se refere. E, conforme dito, por não ser explícito na lei, busca-se auxílio dos mais renomados juristas para decidir quanto à possibilidade de aplicação da referida lei ao público transgênero, visto que se apresenta uma dicotomia entre o sexo biológico do indivíduo e o gênero social a qual esse pertence.

O primeiro grande caso que deu aso ao tema ocorreu no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 2016, onde uma transexual pedia proteção contra a mãe<sup>12</sup>. Consta no processo que a mãe não tolerava a condição de sua filha, fazendo-a passar por diversas humilhações, violências físicas e morais. Isso ocorria justamente pelo fato de haver uma separação entre o sexo biológico e o gênero social, em que, apesar de ter nascido com sexo masculino, a vítima se reconhecia socialmente como mulher.

No caso exposto é importante ressaltar ainda que a vítima não havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, de modo a tornar ainda mais relevante a decisão de reconhecer a aplicação da lei a também esse público<sup>13</sup>. A decisão foi proferida no sentido de se reconhecer o transgênero como apto a receber a proteção legal da Lei Maria da Penha. A justificativa que permite a correlação entre a violência sofrida pela pessoa de sexo feminino e a de gênero feminino somente é justamente baseada na ideia de que a violência ocorre em decorrência do gênero a que pertencem. Ou seja, as agressões existem justamente pela condição social que essas se encontram, sendo o gênero determinante para tal.

Explica Meneghel Guimarães: “há uma desvalorização do feminino, considerado subalterno e inferior, havendo rancor misógino frente às características femininas que as travestis ostentam”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004*. Relator Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, data de julgamento: 26/5/2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protége-mulher.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>13</sup> Poderia se questionar o reconhecimento da vítima como mulher somente por causa da realização da cirurgia de transgenitalização, posto que retiraria o órgão masculino do corpo e, por isso, se assemelharia ao corpo feminino. Entretanto, a jurisprudência, como explícito adiante, não reconhece a condição da cirurgia como causa identificadora do gênero a qual o indivíduo pertence. Ou seja, a retirada do órgão masculino não poderia servir de parâmetro para a aplicabilidade ou inaplicabilidade da lei.

<sup>14</sup> GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth. *Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero?*, p.223. Disponível em: < <https://www.academia.edu/21080709>>

Diante dessa realidade em que se reconhece a mulher biológica e a social no mesmo nicho de vulnerabilidade, de opressão e de dominação nas relações afetivas ou familiares é que se sustenta a possibilidade da lei para ambas. Nesse sentido, portanto, a jurisprudência vêm admitindo a identidade social como apta a reconhecer a proteção destinada aos indivíduos englobados pela Lei Maria da Penha, sendo eles mulher do sexo feminino, ou do gênero, como as transexuais e travestis.

Ilustra a discussão a decisão do processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2018<sup>15</sup>, que reconheceu a aplicação da Lei Maria da Penha e medidas protetivas a uma mulher transexual vítima de ameaças e lesões praticadas pelo seu namorado da época.

Cumprе ressaltar que, apesar dos exemplos trazidos de aceitação jurisprudencial aos casos de transexuais protegidas pela Lei Maria da Penha, a questão não é pacífica. Fato é que, ainda que minoritário, alguns juristas e doutrinadores sustentam a inaplicabilidade da lei específica a esses sujeitos. E quando juizes entendem dessa forma, os processos são redistribuídos para a Vara Criminal, de modo afastar completamente a possibilidade de garantir as tutelas consagradas na Lei.<sup>16</sup>

As justificativas que levam a alguns juizes entenderem pela impossibilidade de aplicação da lei decorrem do fato de que essa vulnerabilidade sofrida pela mulher decorre de elementos biológicos<sup>17</sup>, o que não é consoante com própria terminologia empregada na lei nem com o papel social que desempenham.

Majoritariamente, entretanto, argumenta-se no sentido já exposto, ou seja, pela aplicação da lei aos transgêneros. Os Tribunais justificam esse posicionamento com base no que bem argumenta o Desembargador George Lopes no caso do Distrito Federal<sup>18</sup>:

---

/Assassinatos\_de\_travestis\_e\_transexuais\_no\_Rio\_Grande\_do\_Sul\_crimes\_pautados\_em\_g%C3%AAnero>. Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão n° 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num\\_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>16</sup> O caso acima mencionado é um exemplo disso. Em primeira instância o juiz entendeu não se tratar de hipótese de aplicação da Lei Maria da Penha, e, portanto, não ser de competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e remeteu para a Vara Criminal. Ao recorrer a decisão foi reformada no sentido de reconhecer a competência do Juizado e a aplicabilidade da lei.

<sup>17</sup> Defendem que o texto normativo surgiu decorrente da fragilidade física da mulher quando comparada com o homem. Ou seja, restringe a aplicação da lei por um critério de força, em que o transexual nascido no sexo masculino não deteria tal vulnerabilidade. Quando, na verdade, a leitura da lei deveria ser no sentido de reconhecer além do critério físico, os aspectos históricos e culturais que fragilizam o gênero feminino.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão n° 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num\\_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual (sic), sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. (...) Negar incidência da Lei Maria da Penha, nesta hipótese, é observar a dupla fragilidade da vítima - por ser mulher e por ser transgênero - sem garantir-lhe qualquer forma especial de tutela.

Conforme o exposto, percebe-se que a jurisprudência de forma ampla entende pelo reconhecimento das mulheres transgêneros como legítimas a figurar no polo passivo de processo de violência doméstica e familiar com aplicação da Lei Maria da Penha. Entretanto, há de se reconhecer que não há um entendimento único, pacífico, adotado pela jurisprudência.

A consequência dessa divergência é o afastamento do princípio da segurança jurídica, visto que casos semelhantes, com indivíduos em situações iguais, podem ser decididos de forma antagônica. Ao contemplar a insegurança, isto é, não sendo estabelecido um padrão de julgamento aos casos iguais, a sociedade vive à margem de incerteza. Incerteza que viola diretamente direitos fundamentais necessário à garantia da dignidade da pessoa humana.

Extrai-se do princípio da segurança jurídica a possibilidade de estabilidade das decisões e de confiança legítima, em que se permite saber minimamente qual a postura é adotada pelo Estado.

Consoante a isso, tem-se violação ao princípio da isonomia, que pressupõe que pessoas em condições iguais recebam o mesmo tratamento, previsto na Constituição Federal<sup>19</sup>.

Resta evidente, portanto, a necessidade dos Tribunais Superiores em firmar uma decisão com efeito vinculante a respeito do tema. Para que sanar a controvérsia apresentada, de modo que os demais tribunais passem a seguir a orientação por eles precedida, os Tribunais possuem instrumentos para uniformização de sua jurisprudência, permitindo alcançar e garantir a segurança jurídica, a proteção à confiança e isonomia.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> BRASIL. op. cit., nota 7. Art. 5º, I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 2019, nº 141, mai. 2019.

### 3. ANÁLISE DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA GARANTIR O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER TRANSGÊNERO

Se a pretensão da Lei Maria da Penha é resguardar quem exerce o papel social de mulher, seja biológica ou de gênero, conforme a terminologia empregada no art. 1º e 5º<sup>21</sup>, a jurisprudência tem caminhado nesse sentido. Isto é, afirmativamente, as decisões judiciais veem promovendo socialmente a proteção isonômica de quem se considera e enxerga como mulher.

Dessa forma, da lei extrai-se uma interpretação extensiva para abraçar também o seguimento social de mulheres que biologicamente não nasceram em corpo feminino, aliando-se ao princípio corolário da dignidade da pessoa humana, as quais também buscam amparo e necessitam da tutela da lei pela mesma situação de vulnerabilidade em que se encontram.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) alertou que o Brasil registrou 60.018 estupros e 221.238 crimes enquadrados na Lei Maria da Penha ao longo de 2017. O número de estupros apresenta um crescimento de 8,4% em relação a 2016. Nos 12 meses do ano passado, foram registrados 4.539 homicídios de mulheres (alta de 6,1% em relação a 2016), dos quais 1.133 foram considerados feminicídio pela polícia. Por definição da lei, o crime é assim classificado quando ocorre em situação de violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher<sup>22</sup>.

Conforme demonstra a pesquisa da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2018 sobre a violência contra mulheres, o Brasil ocupa a 5ª posição no ranking mundial de feminicídio<sup>23</sup>, o que demonstra a importância do tema, vez que a Lei é de 2006 e tais dados são posteriores a ela. Na pesquisa consta que o Brasil possui uma taxa de 4,8 homicídios de mulheres em grupos de 100 mil habitantes<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério Público do Rio de Janeiro. *Feminicídio: análise, controvérsias e efetividade da responsabilidade penal*, 2018, Rio de Janeiro. Ministério Público do Rio de Janeiro, evento realizado em 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64205>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>23</sup> Os dados emitidos através de pesquisas da OMS acerca da violência contra as mulheres estão disponíveis através de endereço eletrônico. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>> Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. Nações Unidas Brasil. *ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Não obstante mostrar o elevado número de feminicídio ocorridos no Brasil por meio dos dados disponibilizados pela OMS e pelo MPRJ, as estatísticas de mortes de travestis e transexuais são alarmantes. Segundo um estudo da ONG Transgender Europe, o Brasil lidera o número de homicídios de travestis e transexuais no mundo, com quatro vezes mais registros que o segundo colocado no ranking<sup>25</sup>.

A partir dessa discussão a respeito da possibilidade de aplicação da lei às mulheres socialmente reconhecidas como tal e da necessidade de proteção é que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 8.032/2014<sup>26</sup>, destinado especificamente as minorias desse gênero. Visa-se, por meio desse projeto de lei, estabelecer legalmente a ampliação da proteção da Lei Maria da Penha aos transexuais e transgêneros que se identificam como mulher.

O projeto tem a finalidade de ampliar o escopo da lei, alterando o art. 5º da legislação citada, de modo a incluir por extenso um parágrafo que especifique a aplicação da norma às pessoas transexuais e transgêneros que se identificam como mulher.

Cumprido ressaltar que, apesar de que em tese a terminologia empregada na lei já mostrar possível essa aplicação a discussão não foi encerrada, de modo que uma alteração legislativa que possibilitasse a mudança da nomenclatura implícita utilizada para uma que explicitamente inclui mulheres transexuais encerraria a polêmica. Dessa forma, para efetivação de uma proteção mais incisiva independente, por hora, de uma decisão vinculante dos Tribunais Superiores sobre o tema a lei poderia sanar o debate com um rol taxativo definindo quem são as mulheres as quais a lei se refere.

Poderia se questionar a necessidade da tutela legal da alteração legislativa que inclui de forma incisiva a mulher social na pauta, visto que a jurisprudência majoritária vem reconhecendo o direito de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, e a princípio, mostraria a desnecessidade da norma para tutelar o tema. Contudo, mostra-se a seguir exatamente o contrário.

Como dito, a segurança jurídica é um princípio fundamental para assegurar que casos semelhantes sejam decididos de forma igual e recebam a mesma tutela do Estado. Com o intuito de padronizar, sem discussão, através da desnecessidade de análise do juiz do caso

---

<sup>25</sup> FORUM. *Lei Maria da Penha poderá proteger transexuais e transgêneros*. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/lei-maria-da-penha-podera-protoger-transexuais-e-transgeneros/>> Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>26</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.032/2014*, de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

concreto a respeito da aplicabilidade da Lei Maria da Penha a esses casos é que se mostra relevante o esclarecimento trazido no projeto de lei.

Assim, teria-se uma aplicação automática da lei, sem espaço para discricionariedade do magistrado, trazendo a máxima do princípio da segurança jurídica. Isso porque, o juiz é vinculado à lei, não podendo se eximir do que a lei determina, se ela permite a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos transgêneros, não será de seu cunho decisório essa análise<sup>27</sup>.

Diante dos fatos apresentados é evidente a necessidade de proteção da mulher social sem sexo feminino tal como a mulher de gênero e sexo feminino. E, ao fornecer a proteção ao primeiro, não se desqualifica a proteção trazida ao segundo. Em paralelo, se reconhece e incorpora a proteção da Lei Maria da Penha a tutela de ambos, sem a diminuição de direito algum.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a necessidade de garantir e resguardar os direitos fundamentais das mulheres transgêneros, tais como a vida, a igualdade e a segurança. Mostra-se evidente ao longo do trabalho que é cada vez mais frequente os casos de agressões e violência a essas em razão de sua condição social. Discutiu-se, portanto, a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha, destinada à proteção das mulheres vítimas de violência, às transgêneros, por meio de uma análise técnica da própria lei e sua aplicabilidade pelos magistrados.

Diante dessa realidade em que se reconhece a mulher biológica e a social no mesmo nicho de vulnerabilidade, de opressão e de dominação nas relações afetivas ou familiares é que se justifica, principalmente, a possibilidade de aplicação da lei para ambas. Nesse sentido, portanto, é que se admite a identidade social como suficiente ao ensejo a proteção do Estado na forma da Lei Maria da Penha.

Em uma análise técnica concluiu-se que o emprego da terminologia gênero na lei, em conformidade com a abrangência que esse traduz, por si só destina também a esse grupo de mulheres a legislação. Ou seja, a escolha pelo termo gênero permite incluir à tutela normativa as mulheres biológicas, como também, as mulheres transgêneros, sem exclusão ou restrição de direitos de qualquer uma delas, visto que a lei não as trata de forma diferente.

---

<sup>27</sup> Havendo previsão legal sobre a questão o magistrado não poderá deixar de aplicar a lei dentro da hipótese prevista pelo legislador. Tão verdade é que a vinculação do juiz com o texto normativo independe da arguição das partes do dispositivo, devendo aplicar até mesmo se os litigantes se mostrarem silentes quanto ao conteúdo.

Muito embora a possibilidade de amparo legal dos direitos dos transgêneros trazidos pela citada lei direcionam uma tutela mais específica é evidente que a violência por esses sofridas não se esgota dessa forma, haja vista o número discrepante de registros de agressões contra a mulher biológica, que recebe a proteção da lei desde a sua edição. Por outro lado, permitir a inclusão desses no texto normativo além de conceder a efetivação positiva do direito, proporciona a aplicação de medidas protetivas que visam a evitar uma possível tragédia irreversível até que se analise devidamente o processo e se obtenha o trânsito em julgado.

Não obstante a existência da palavra gênero como suficiente para incluir transgêneros no rol dos tutelados pela lei, foi realizada análise a respeito de possível alteração legislativa para encerrar o fato de forma mais explícita e, desse modo, sanar eventuais questionamentos futuros dessa possibilidade. Assim, permitiu-se considerar um rol taxativo na legislação que determinasse as mulheres merecedoras do amparo legal específico.

No que tange à aplicabilidade da lei na esfera judiciária, tem-se turbulenta discussão que não restou pacificada. Ainda que a quase totalidade dos entendimentos sejam no sentido de acolhimento do transgênero à Lei Maria da Penha, uma decisão vinculante dos Tribunais Superiores serviria como reafirmação desse direito e, de plano, tornaria mais eficaz e rápida a proteção de quem necessita do auxílio judicial.

E mais, uma decisão vinculante reafirma a concretude da segurança jurídica como valor fundamental estabelecido no Estado Democrático de Direito. Além de assentir maior confiabilidade no poder judiciário para julgar, vez que casos semelhantes recebem decisões parecidas, desperta coragem para as vítimas de violência enfrentarem a situação e denunciarem a situação inadmissível que se encontram, pois saberão que receberam o suporte judiciário.

Pode-se dizer que cumulativamente a alteração legal que determina o esclarecimento do termo empregado na lei como apto a proteger as mulheres transgêneros com o reforço dos Tribunais Superiores classificando quem seriam essas encerraria a discussão. Isso porque, ainda que separadamente uma ou outra das soluções apresentadas possam resolver em parte a problemática, não esgotam o assunto.

A alteração legislativa por si só poderia permitir que alguns magistrados fizessem um juízo de valor acerca de quem seriam os transgêneros abarcados pela lei, como por exemplo, somente aqueles que se submeteram a cirurgia de alteração de sexo, o que excluiria a proteção de tantos outros indivíduos que gozariam dessa premissa. Por outro lado, o entendimento da





Corte poderia transmutar de acordo com a mudança do corpo de Ministro que integram os Tribunais Superiores. Além do que, em ambos os casos os juízes de piso poderiam afastar a aplicabilidade da norma ou do entendimento por considerar inconstitucional.

Dessa maneira a legislação deixando a tutela mais evidente e o reforço imprimido pelo Tribunal dificultariam a inaplicabilidade da lei nos casos em tela, promovendo maior efetividade ao cumprimento dos direitos pertencentes a esse grupo social.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3A7ao.htm)> Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Rio de Janeiro. *Feminicídio: análise, controvérsias e efetividade da responsabilidade penal*, 2018, Rio de Janeiro. Ministério Público do Rio de Janeiro, evento realizado em 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64205>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.032/2014*, de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 277561*. Relator: Jorge Mussi. Alagoas, 6/11/2014. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 250435*. Relator: Laurita Vaz. Rio de Janeiro, 19/9/2013. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.p-df](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.p-df)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 181246*. Relator: Sebastião Reis Júnior, . Rio Grande do Sul, 20/08/2013. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão n° 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n° 0018790-25.2017.8.19.0004*. Relator Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, data de julgamento: 26/5/2017.

CERQUEIRA, Amanda P. Coutinho. *Reflexões sobre a abrangência da Lei n° 11.340/2006 e seu conseqüente potencial da efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6410](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6410)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/2006 comentada artigo por artigo)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uplods/35\\_viol%EAncia\\_dom%E9stica\\_e\\_as\\_uni%F5es\\_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uplods/35_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 2019, n° 141, mai. 2019.

FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018.

STREIT, Maíra. *Lei Maria da Penha poderá proteger transexuais e transgêneros*. 23/1/2015. Disponível em: <[www.revistaforum.com.br/lei-maria-da-penha-podera-protoger-transexuais-e-transgeneros](http://www.revistaforum.com.br/lei-maria-da-penha-podera-protoger-transexuais-e-transgeneros)>. Acesso em: 07 mai. 2019.

ONU. *Taxa de feminicídio no Brasil é quinta maior do mundo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscamsolucao/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.



## A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Suzane Emanuele Pio de Melo Silva

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – O Direito de Família vem evoluindo de forma significativa de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade, devendo o Direito estar sempre atento em relação a essas mudanças para que novos institutos possam ser tutelados do modo mais justo e equânime para as partes. A aferição do dano moral por abandono afetivo se submete a um grau elevado de subjetividade, havendo dificuldade pelo aplicador do Direito em delimitar a sua existência e extensão. A essência desse trabalho é esclarecer alguns dos principais pontos que tornam essa questão complexa e apresentar a melhor orientação para cada uma delas.

**Palavras-chave** – Direito de Família. Dano moral. Abandono afetivo. Incidência. Prazo prescricional. Provas.

**Sumário** – Introdução. 1. A possibilidade de a ausência de afeto ser considerado um ato ilícito ensejador de dano moral quando na concepção humana o afeto é um ato voluntário. 2. A hipótese de a legitimidade para a propositura da ação indenizatória se restringir aos adultos e não apenas às crianças e adolescentes. 3. A abordagem do dano moral por abandono afetivo diante da dificuldade de valoração dos fatos e das provas elencadas nos autos por quem alega o dano. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, busca-se esclarecer alguns pontos sobre o tema do dano moral por abandono afetivo que ainda pouco foram discutidos e esclarecidos no mundo jurídico.

A evolução da sociedade trouxe diversas mudanças no mundo jurídico, em especial no Direito de Família. Antigamente o conceito de família era bastante delimitado, havia um conceito estritamente patriarcal. Entretanto, com as mutações oriundas das relações humanas, abriram-se diversas interpretações para o conceito de família.

A prole era considerada um “bem” da família, mas que, porém, atualmente verificam-se diversos casos de abandono dos filhos em razão da desestruturação do núcleo familiar.

No caso precisamente do abandono afetivo que se converge na negligência com os filhos, esta é causada especialmente pela preterição de uma família em detrimento de outra ou até mesmo por egoísmo do ser humano.

Um dos fatos que vem sendo frequentemente verificado é o filho preterido em razão de um novo matrimônio de um dos cônjuges, e que em decorrência sofre grande abalo psicológico no que tange ao constrangimento perante o círculo social e familiar. Muitos desses indivíduos que sofrem esse trauma apresentam problemas de desenvolvimento pessoal no futuro, sendo evidente a dificuldade de manutenção de relações próximas com as pessoas.

A valoração jurídica desse tipo de dano (sofrimento) parece ser extremamente difícil do ponto de vista do magistrado, ao ter que analisar toda essa questão que é apresentada de forma exclusivamente subjetiva, e assim, adequar a pretensão da vítima de abandono afetivo à um fundamento jurídico sólido e de certa forma objetivo.

Atualmente o debate sobre a incidência do dano moral por abandono afetivo, apesar de haver entendimentos da doutrina e jurisprudência no sentido favorável, ou seja, acerca de sua possibilidade, ainda há resistência na aplicação deste instituto em razão de muitos entenderem que não se enquadraria em um conceito de ato ilícito.

No capítulo 1, será abordada a hipótese de a ausência de afeto ser um legitimador da incidência do dano moral por abandono afetivo, de forma que, por se tratar de um assunto de bastante complexidade e subjetividade, deve o aplicador do Direito ter certos cuidados na delimitação da ocorrência.

No capítulo 2, será tratado o ponto da legitimidade para a propositura da ação indenizatória cabível, sendo de suma importância para a evolução do Direito de Família, já que atualmente restringem-se a apenas crianças e adolescentes, isto é, está vinculada ao exercício do poder familiar.

Contudo, por se tratar de um tema bastante amplo, a legitimidade tratada neste trabalho estende-se para além da hipótese da pessoa sob o poder familiar, apontando a possibilidade de um jovem adulto ou adulto também ser parte legítima para pleitear a reparação.

Ademais, abordar-se-á sobre o prazo prescricional que ainda precisa de vasto debate em razão do olhar diretamente a um só aspecto (poder familiar), havendo a necessidade de ampliação dessa visão para que se possa ampliar o aspecto temporal para os indivíduos que jamais tiveram a tutela do Poder Judiciário devido ao fato de o instituto ser relativamente novo no mundo jurídico.

Por fim, o capítulo 3, será abordada a questão sobre as provas que também gera um grande debate, haja vista a dificuldade em relação à ponderação das provas apresentadas e muitas vezes a ausência delas pelo decurso de longo prazo.

A elaboração do presente artigo foi baseada em interpretação de norma constitucional e infraconstitucional (Código Civil) em razão da ausência de disposição expressa da legislação pátria sobre a hipótese de incidência. Além disso, foram utilizados julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, além de artigos e doutrina tratando direta ou indiretamente sobre os pontos propostos, a fim de aprimorar o estudo sobre o tema.

Dessa forma, todas essas questões devem ser discutidas e examinadas a fim de auxiliar o aplicador do Direito no seu ofício de prestar o melhor auxílio jurídico.

A presente pesquisa será elaborada pelo método de pesquisa exploratória, havendo a abordagem sobre determinados pontos do tema proposto, por meio de análise da jurisprudência, artigos e livros, a fim de esclarecer alguns pontos controvertidos e importantes para o adequado entendimento do caso.

A abordagem desta pesquisa será realizada de forma qualitativa, com o intuito de averiguar os pontos determinados do tema proposto com base na leitura dos documentos mencionados.

## 1. A AUSÊNCIA DE AFETO COMO UM ATO ILÍCITO ENSEJADOR DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO E A CONCEPÇÃO HUMANA DE QUE O AFETO É UM ATO VOLUNTÁRIO

A ausência de afeto como um ato ilícito ensejador do dano moral por abandono afetivo é um assunto relativamente novo e que vem sendo objeto de muitas controvérsias no mundo jurídico, em especial aos aplicadores do Direito, já que se trata de um tema extremamente subjetivo.

Na concepção humana, entende-se o sentimento como um ato voluntário, natural e gratuito, não podendo ser considerado espontâneo quando eivado de coação, simulação, deslealdade ou com qualquer outra característica que ludibrie o receptor, estando sujeito à caracterização de ilícito e à consequente responsabilização civil quando gerador de danos de ordem psíquica.

Neste sentido, é perceptível que ninguém é obrigado a demonstrar afeição por uma pessoa, ou ainda, fingir esse sentimento para tão somente agradar outrem. O ser humano deve ser livre para sentir, tendo apenas o dever de respeitar o próximo, de forma que a ausência de afeto não gere consequências devastadoras à outra pessoa.

Em um primeiro momento, não se verifica qualquer dificuldade em se abster de praticar a conduta forçada, já que é inerente ao ser humano a espontaneidade, ligada à própria boa-fé. O problema ocorre, porém, quando se trata de relações próximas, como a relativa ao âmbito familiar, especialmente a decorrente do vínculo de filiação.

O ordenamento jurídico pátrio impõe uma série de deveres de observância obrigatória aos pais, estando o abandono afetivo diretamente ligado<sup>1</sup> ao descumprimento de tais obrigações e que podem ser totais ou parciais.

A ausência de afeto por si só não é e não pode ser considerada um fato ilícito e punível.<sup>2</sup> Entretanto, essa afirmativa merece certa ponderação e maior destaque nas relações familiares.

É notória a ocorrência de diversos litígios nas relações de cônjuges e/ou companheiros, que influenciam demasiadamente no meio externo de convívio, e consequentemente, atingem os próprios filhos do casal, sendo estes considerados as maiores vítimas desses conflitos.

Em virtude da situação presumida de vulnerabilidade das crianças e adolescentes, muitos acabam sofrendo demasiadamente com o abandono de um dos pais, sendo preteridos em razão de um novo matrimônio ou, até mesmo, por egoísmo.

As consequências advindas do abandono repentino e injustificado, muitas vezes, refletem por toda a vida de uma pessoa, sendo que o atingimento da maioridade não cessa de forma automática as dores psíquicas e os traumas vividos. Não há injustiça moral maior do que permitir que um indivíduo, seja criança, adolescente ou um adulto sofra pelo abandono afetivo de quem deveria prover todo o amor do mundo.

Assim, todo e qualquer abandono afetivo que possa gerar consequências graves e irremediáveis merece absoluto amparo jurídico, a fim de corroborar a responsabilização civil do genitor ou genitora e o consequente dever de indenizar.

Nota-se que os requisitos genéricos da responsabilidade civil aplicam-se ao Direito de Família e, por conseguinte, no presente tema objeto de análise, já que o dever de indenizar é inerente ato ilícito propriamente dito, tendo esta consequência um caráter universal.

Neste sentido, cabe trazer à baila a definição sobre o dever de indenizar, formulada por Sérgio Cavalieri Filho<sup>3</sup>, e que pode se adequar perfeitamente no âmbito do Direito de

---

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 871.

<sup>2</sup> SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno – filial*. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021\\_09\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf) Acesso em 09 jun. 2019.

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.16.



Família:

Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

A responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família<sup>4</sup> acaba não sendo restrita ao vínculo marido e mulher ou companheiro e companheira, de modo que independe se os pais eram casados, se mantinham uma relação extraconjugal ou se a relação era não eventual, restringindo-se a responsabilidade, na hipótese deste trabalho, na relação própria entre pais e filhos.

É notório o dever constitucional, conforme o artigo 227 da Constituição Federal<sup>5</sup>, de ambos os pais em zelarem pela criação dos filhos, fornecendo-lhes, além de todo o amparo material, as mínimas condições de dignidade para que possam se desenvolver físico e psicologicamente de forma adequada. Tais obrigações são decorrentes do próprio poder familiar que não deve ser mitigado sob nenhuma circunstância à criança ou o adolescente em desenvolvimento.

Nota-se que, além do dever de sustento e guarda dos pais perante os filhos, há outros deveres inerentes ao poder familiar, tais como o carinho, o zelo, a atenção e outras atitudes que fogem do âmbito material, que merecem maior atenção dos aplicadores e estudiosos do Direito, já que a ausência destes podem gerar consequências irreparáveis ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Assim, não há óbice para a caracterização do ilícito a ausência do dever de indenizar, devendo ser ponderado caso a caso, evidenciados os danos psíquicos da vítima.

Outro ponto em discussão sob a análise desse instituto é a caracterização da natureza jurídica do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo.

As Turmas do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram algumas vezes sobre o tema, e inclusive, houve julgamentos de uma mesma Turma (4ª Turma) nos quais houve divergências em suas conclusões, o que corrobora a existência de controvérsia sobre o tema.

---

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia> Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 09 jun. 2019.



Em sede de julgamento do Recurso Especial (REsp nº 1579021/RS)<sup>6</sup>, foi discutida a possibilidade da incidência de dano moral por abandono afetivo, na qual a decisão foi no sentido negativo em razão da efetiva prestação do dever material, guarda e educação, sendo este fato considerado desestimulador da indenização requerida pela alimentada. Logo, conclui-se nesta hipótese que o dano moral por abandono afetivo seria suprimido em decorrência da prestação de alimentos, assumindo um caráter meramente patrimonial.

No julgamento supracitado, houve um voto vencido em sentido contrário do Ministro Marco Buzzi, no qual proferiu o seguinte entendimento:

Com o escopo de demonstrar a possibilidade de compensação dos danos decorrentes do abandono afetivo parental, ressalta-se que, muito embora não se possa conceber o sentimento do amor como fruto de um dever, há, no seio da família, determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem estar da prole – vulgarmente denominados ou identificados como elementos da mensuração do que se alude como amor entre pai e filhos –, possíveis, portanto, de caracterização como dever jurídico.

Por outro lado, no julgamento do REsp nº 1087561/RS<sup>7</sup> houve outro entendimento, inclinando-se em um sentido mais axiológico do dano:

[...] O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

Nota-se que o entendimento supracitado denota um caráter afetivo e moral à indenização devida em tais hipóteses, não restringindo-se apenas à efetiva prestação de alimentos.

Dessa forma, embora haja controvérsias sobre as hipóteses de cabimento do dano moral por abandono afetivo e os conflitos existentes nas jurisprudências dos Tribunais do país, o pensamento predominante é sobre o cabimento, havendo a necessidade de delimitações sobre os demais aspectos do tema a fim de fomentar uma segurança maior sobre a resposta do tema.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1579021/RS*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+moral+abandono+afetivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>7</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1087561/RS*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num\\_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF) Acesso em: 09 jun. 2019.

## 2. A LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA E A EXTENSÃO AOS ADULTOS E NÃO APENAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A legitimidade ativa para a propositura da ação indenizatória de dano moral por abandono afetivo é um ponto de suma importância para a adequada compreensão do trabalho ora proposto. A priori, remete-se à ideia de que crianças e adolescentes são partes legítimas para figurar no polo ativo da referida ação, por estarem sob o poder familiar de seus pais.

A presunção de legitimidade de crianças e adolescentes ocorre em decorrência de toda a proteção conferida a estas no ordenamento jurídico pátrio, seja a partir do artigo 226 e seguintes da Constituição Federal<sup>8</sup> e/ou pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)<sup>9</sup>, sendo estas sujeitos de direitos e pessoas em fase de desenvolvimento.

Nesse sentido, crianças e adolescentes estão inseridas em estado de vulnerabilidade, devendo ser observados os princípios mais importantes inerentes à máxima proteção destas, como o princípio da proteção integral, do melhor interesse e o da prioridade absoluta, no afã de preservar todo o processo de crescimento delas.

Não há dúvidas de que em razão da menoridade e por estar sob o poder familiar de seus pais, a legitimidade ativa das crianças e dos adolescentes se justifica.

Entretanto, a situação se altera em decorrência da cessação da menoridade, passando, a partir de então, incidir o prazo prescricional, ressalvado o direito de que a criança ou o adolescente pode, a qualquer momento durante a menoridade, por meio de representação do outro genitor ou responsável ingressar com a referida ação.

A prescrição tem íntima relação com a legitimidade ativa, já que de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1298576)<sup>10</sup>, o início do prazo prescricional ocorre quando do término/cessação do poder familiar, isto é, com o advento da maioridade. Cabe também lembrar que a cessação do poder familiar também ocorre quando há a emancipação.

Neste viés, cabe ressaltar o artigo 197, II, do Código Civil<sup>11</sup>, o qual preceitua que não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, de modo a justificar o prazo inicial como

<sup>8</sup>Idem. op. cit., nota 5.

<sup>9</sup> Idem. Lei nº 8.069/90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 09 jun. 2019.

<sup>10</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1298576. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

<sup>11</sup> Idem. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso em: 09 jun. 2019.

sendo a cessação do poder familiar.

O dano moral por abandono afetivo não deve ser considerado apenas como um simples fato ocorrido em determinado momento da vida do indivíduo. É necessária uma análise pormenorizada de modo a analisar as características da forma em que ocorreram os fatos, as pessoas envolvidas (tanto dentro da relação parental como as pessoas ao redor que presenciaram os fatos), a adequada identificação do início da situação e se esta perdura até o presente momento, bem como as consequências advindas e o contexto da situação envolvida.

Nota-se que individualizar toda a ocorrência dos fatos não é um trabalho de fácil realização pelo magistrado, havendo a imprescindibilidade de auxílio profissional, especialmente no âmbito da psicologia jurídica, que devem ser associados com o teor das provas produzidas e das testemunhas arroladas.

A apuração correta e devida é imprescindível para que se possa identificar o marco inicial da ocorrência do dano moral e o período o qual todo o dano foi suportado, ou no caso, se ainda está sendo suportado.

Conforme salientado anteriormente, o prazo prescricional entre ascendentes e descendentes não corre durante a vigência do poder familiar. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1579021)<sup>12</sup> se inclina no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória por abandono afetivo é de 3 (três) anos.

Seguindo este raciocínio, quando cessa poder familiar em decorrência da maioridade, o jovem adulto teria mais 3 anos para ingressar com a ação, e, por conseguinte, o emancipado teria o prazo de 3 anos a contar da data da emancipação.

Entretanto, o problema surge em virtude da natureza e da extensão do dano, a qual ponderação não deve ser feita limitando-se tão somente no referido prazo prescricional, pois a lesão suportada em razão de um abandono afetivo decorrente de um vínculo de filiação é demasiadamente complexa, podendo ter efeitos permanentes na vida de uma pessoa.

O atingimento da maioridade ou a emancipação, por si só não faz com que o indivíduo ingresse em uma esfera intocável, e que pelo fato de já ser um adulto ou ser considerado apto para os atos da vida civil, há de suportar toda e qualquer dor proveniente de abandono afetivo por um ou ambos os seus pais.

O término do poder familiar não extingue o vínculo parental, de modo que o que passa a haver é tão somente a ausência de obrigação (lato sensu) de prestar os alimentos,

---

<sup>12</sup> Idem. op. cit., nota 6.

presumindo-se que o adulto poderá se sustentar. Nesse ponto influi toda a questão financeira, mas e a psicológica, se findaria com a maioridade?

De acordo com a percepção humana, o abandono afetivo gerador do dano moral pode perpetuar no íntimo do indivíduo por tempo indeterminado, o que envolve um grau elevado de subjetividade, e conseqüentemente, se torna um desafio para o magistrado apurar a real expansão do dano no caso concreto.

Para uma aproximada elucidação da questão, há de ser novamente mencionada a questão do prazo prescricional, que para ampla jurisprudência seria o prazo trienal. Entretanto, por tudo que já foi exposto, o mais correto seria a extensão desse prazo, em virtude da complexidade que envolve a matéria, além de que o dano pode ter seus efeitos permanentes.

Apesar de vasto entendimento no sentido da aplicação do prazo trienal, cabe destacar o entendimento do ilustre professor Flávio Tartuce<sup>13</sup>, a respeito do prazo prescricional da referida ação, entendendo pela imprescritibilidade:

Com o devido respeito às posições expostas, entendo que, em casos de abandono afetivo, não há que se reconhecer qualquer prazo para a pretensão, sendo a correspondente demanda imprescritível. Primeiro, pelo fato de a demanda envolver Direito de Família e estado de pessoas, qual seja a situação de filho. Segundo, por ter como conteúdo o direito da personalidade e fundamental à filiação. Terceiro, porque, no abandono afetivo, os danos são continuados, não sendo possível identificar concretamente qualquer termo *a quo* para o início do prazo.

Ocorre que a imprescritibilidade da pretensão indenizatória em tal caso poderia atrair a denominada insegurança jurídica, já que possivelmente haveria muitas hipóteses de ser perquirido apenas o aumento de patrimônio em detrimento da real intenção com o cabimento da referida demanda, que é amenizar as conseqüências do dano de certa forma.

Todavia, a solução proposta pelo professor Flávio Tartuce<sup>14</sup> sobre a imprescritibilidade é a forma mais apropriada de procurar efetivar os direitos personalíssimos do indivíduo que sofre com a perpetuação das conseqüências do abandono afetivo praticado por um ou ambos os seus genitores.

Assim, a legitimidade ativa para a propositura da ação indenizatória por abandono afetivo não deve restringir-se somente àqueles submissos ao poder familiar de seus pais, mas também àqueles que ainda sofrem em virtude das condutas praticadas por seus genitores, sejam elas praticadas antes da maioridade ou após esta, incluindo-se desta forma, os adultos

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 13 fev. 2019

<sup>14</sup> *Ibidem*.

que se sentirem lesados.

O indivíduo não pode ser considerado um ser de transformação instantânea, isto é, enquanto está sob o poder familiar de seus genitores, sofre o dano moral por abandono de algum deles (ou dos dois), e depois da maioridade, passa a conseguir ter aptidão para ignorar as consequências das condutas praticadas. Isso, absolutamente não se demonstra ser razoável com o ser humano.

A questão é demasiadamente subjetiva para que a própria lei imponha um limite temporal, devendo-se analisar minuciosamente caso a caso, e contar com a razoabilidade do magistrado.

### 3. A ABORDAGEM DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DIANTE DA DIFICULDADE DE VALORAÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS ELENCADAS NOS AUTOS POR QUEM ALEGA O DANO

Há muita controvérsia acerca do plano probatório aplicado a este tema, já que para muitos, se trataria de algo de impossível constatação e de aferição no decorrer do tempo, por ter íntima relação com o plano da subjetividade de quem alega ter sofrido o dano.

Entretanto, conforme já salientado anteriormente, o dano moral por abandono afetivo realmente existe, sendo reconhecido em várias casos levados à tutela do Poder Judiciário, sendo, portanto, um fato verídico na vida de diversas pessoas, além de ter grande relevância para o mundo jurídico nos últimos anos diante da constante evolução do Direito de Família, e especialmente quando se trata do campo das provas.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra, em seu artigo 5º, LV da Constituição Federal<sup>15</sup>, a garantia para todos à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos à ela inerentes, de modo que o âmbito probatório deverá ser o mais extenso o possível, a fim de atingir o fim almejado, ora a comprovação das alegações elencadas nos autos.

Neste viés, assim como no exercício da ampla defesa, o oferecimento de provas também poderá ocorrer no momento do contraditório, quando a parte sentir a necessidade de por algum meio probatório, refutar as alegações e/ou provas da parte contrária.

Outrossim, não há dúvidas de que há de ser observada a extensão da produção de provas no que tange ao rito processual adotado. Isto, pois, apesar de haver a ampla defesa e o contraditório, há disposições legais que podem limitar a produção de provas, como, por

---

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

exemplo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis<sup>16</sup>.

Além disso, conforme a complexidade do tema e a dificuldade de valoração dos fatos e das provas anexadas, o rito ordinário é a melhor alternativa, pois neste não há limitação para a produção dos meios de prova, desde que admitidas em Direito.

A corroborar a importância da garantia à produção de provas no curso de um processo, cabe destacar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara<sup>17</sup>:

Pode-se afirmar que a prova é *a alma do processo de conhecimento*. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzido. É através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.

Acerca dos meios de provas a embasar uma ação indenizatória por dano moral afetivo, há diferentes graus de valoração das cargas probatórias de acordo com uma prova e outra.

A prova testemunhal, sem dúvidas, tem uma grande relevância para o deslinde da pretensão relativa ao tema proposto.

Com a prova testemunhal, pode ser verificada com precisão a autenticidade dos fatos narrados, já que se presume que as testemunhas arroladas estão em situação próxima com a realidade dos fatos narrados pela parte.

Importante salientar sob essa ótica que as testemunhas arroladas nos autos da ação indenizatória por abandono afetivo necessariamente tem que ter algum grau de proximidade com a vítima do dano a fim de que se possa corroborar os fatos, porém, é necessário que não haja qualquer interesse na causa, sob pena de se configurar a suspeição nos termos do artigo 447, §3º, do Código de Processo Civil<sup>18</sup>.

Cabe ressaltar que ainda que a vítima do dano moral por abandono afetivo tenha apenas pessoas próximas que tenham um grau de intimidade que se possa aferir que se trata de amigo íntimo, tais pessoas poderão ser ouvidas como meros informantes, não havendo prejuízo no tocante ao conteúdo a ser narrado, cabendo frisar que a convicção será a do magistrado quando decidir a lide.

<sup>16</sup> Idem. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>17</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p.228.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105/15*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2019.

Um dos princípios que devem reger a fase probatória nos autos é o princípio da verdade real, devendo ser fornecida à parte todos os meios lícitos a fim de comprovar as suas alegações. A ausência de oportunidade neste sentido somente acarretaria em um sentimento de inferioridade maior à tais pessoas, em virtude da alta complexidade e subjetividade que circundam a causa.

Não há controvérsia de que com a prova testemunhal, há extrema facilidade de comprovação dos fatos alegados, que em conjunto com o depoimento pessoal da parte, pode-se levar a certeza de que ocorreu o fato que originou o dano, ou ainda, esclarecer dados não conhecidos, complementar ou afastar a pretensão de quem alega.

O problema ocorre, porém, quando se trata de outros meios probatórios.

A prova documental não é sempre relevante sob essa ótica, já que esta muitas vezes, pode não refletir a veracidade dos fatos, como, por exemplo, a extração de meia conversa das partes, um documento forjado ou uma declaração realizada com vícios de vontade.

Cabe acrescentar sobre a prova documental é que muitas vezes esta somente é obtida após longo decurso do tempo, como, por exemplo, um indivíduo que sofre dano moral há muito tempo e somente consegue meios probatórios de forma recente, já que conforme mencionado anteriormente se trata de um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico, não sendo comum há alguns anos atrás.

Contudo, quando a prova documental for legítima, pode-se acrescentar ao rol de provas e conseqüentemente a narrativa dos fatos, passando a ser considerada, muitas vezes, uma prova inequívoca frente aos fatos alegados na peça inicial.

Em relação às provas realizadas por meio de mídia digital, isto é, relativa às gravações de vídeos, áudios e etc., podem ocorrer obstáculos por haver a possibilidade de esbarrar na questão de (i)licitude da prova em virtude da origem de sua obtenção.

Sob essa ótica, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (RE nº 583.397 RJ<sup>19</sup>) e o Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 19.136 MG<sup>20</sup>) admitem a gravação clandestina, ocorrida quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro realiza a gravação de uma conversa telefônica, e desde que o conteúdo não seja secreto ou haja dever legal de

---

<sup>19</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583.397 RJ* Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+583937%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+583937%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ag3r5jr>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>20</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 19.136 MG* Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RHC+19.136&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 fev. 2019.





sigilo, sendo considerada prova lícita em tal caso.

Entre tantos meios de produção de provas, outro ponto que deve ser aprofundado é a questão do laudo médico, sendo este um meio probatório documental, mas dotado de um critério especializado, por envolver profissionais da saúde que estão de certa forma, no exterior da controvérsia tratada.

Neste sentido, a utilização de laudos médicos é imprescindível para comprovar a evolução do dano, tendo enorme carga probatória para a comprovação do dano, especialmente quando oriundo de médico que já acompanha a parte ao longo de um grande período.

Insta salientar que o laudo médico pode ser utilizado em conjunto com o pedido de eventual perícia judicial formulado pelas partes.

Todavia, a perícia judicial não será capaz de adentrar com precisão na ocorrência dos fatos, porém, poderá fornecer como um meio complementar de aferir a veracidade do conteúdo do laudo médico.

O ramo da psicologia está estritamente ligado a este momento processual, pois essencial para esclarecer quaisquer obscuridade no campo subjetivo do autor.

Nota-se que a força probatória do laudo médico em conjunto com os outros meios de provas produzidos nos autos, inclusive, com o depoimento pessoal das partes é que será capaz de identificar a ocorrência do ato ilícito gerador do dano.

Além disso, a ocorrência do dano não está diretamente ligada ao fornecimento do afeto, tendo este aspecto um grau puro de subjetivismo, passando a ser desafio para o magistrado efetuar a medição do *quantum* de dano foi suportado pelo autor e a devida reparação do dano com as provas elencados nos autos.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de dificuldade em constatar a incidência do dano moral por abandono afetivo em determinados casos. O problema encontrado esbarra no campo subjetivo do operador do Direito que encontra certa dificuldade para visualizar o dano sofrido diante da narrativa de terceiro.

Muitos defendem que a ausência de afeto não seria um fato ensejador de dano moral, já que não se poderia determinar a obrigação do ser humano em ter afeto por terceiro. Entretanto, a relação humana bastante complexa nesse ponto, devendo o operador do Direito sempre olhar para os dois lados e tutelar o bem jurídico violado da melhor forma possível.

Em relação ao campo da prescrição, este ainda é um tanto controverso, havendo opiniões em sentidos diversos, como, por exemplo, no sentido da limitação da incidência do dano durante o poder familiar e por outro lado, a imprescritibilidade. Certo cuidado deve ser tido em razão da insegurança jurídica que pode apresentar-se caso venham decisões judiciais conflitantes.

No âmbito das provas, o ordenamento jurídico pátrio permite a ampla produção de provas, devendo esta prerrogativa ser utilizada o máximo pelas partes a fim de comprovar os seus fatos, além de auxiliar o juízo no seu convencimento.

Ficou evidente, por essas razões, que a preocupação deste pesquisador foi abordar os principais pontos ainda controversos, chegando ao entendimento de que o dano moral por abandono afetivo realmente existe e pode atingir diversas pessoas com idades diferentes, não limitando a sua incidência durante o poder familiar dos pais.

A relação no Direito de Família é tão complexa, já que envolve sentimentos do ser humano que não podem ou devem ser menosprezados. Logo, impor uma limitação na incidência desse tipo de dano seria violar o direito de reparação consagrado na Carta Magna.

Outro ponto a constatar é que para a adequada e mais precisa análise do instituto devem-se contar com os auxiliares da Justiça, além de terceiros que tenham proximidade com o caso, a fim de primar pela cooperação no momento de proferir uma decisão judicial.

O Direito deve estar sempre atento para os minuciosos detalhes que possam surgir sobre o tema, além de a jurisprudência ser mais flexível com aqueles outros indivíduos que não estão mais no poder familiar de seus pais, mas que, porém, ainda sofrem ou passaram a sofrer em virtude de algum fato ocorrido e que gerou o dano moral por abandono afetivo.

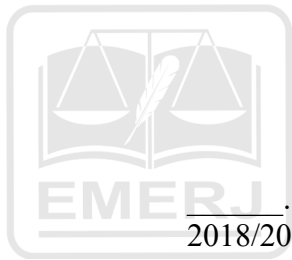
## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/11/0406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/11/0406.htm)> Acesso em: 09 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069/90*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105/15*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1579021/RS*. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+moral+abandono+afetivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1087561/RS*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num\\_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69004720&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 09 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1298576*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271298576%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271298576%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 583.397 RJ* Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+583937%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+583937%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ag3r5jr>>. Acesso em: 27 fev. 2019

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 19.136 MG* Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RHC+19.136&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p.228.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 871.

SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno – filial*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021\\_09\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf)> Acesso em: 09 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Do prazo de prescrição aplicável aos casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI264531,71043-Do+prazo+de+prescricao+aplicavel+aos+casos+de+abandono+afetivo>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliasSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>> Acesso em: 17 set. 2018.

## USURPAÇÃO OU CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: PODE O PODER JUDICIÁRIO ELENCAR REQUISITOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS NA LISTA DO SUS

Tathiana Teixeira Marques da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduando, *lato sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O direito fundamental à saúde possui aplicação plena e imediata, conforme arts.5º e §1º, 6º e 196 todos da CRFB/88. O dever de fornecer medicamentos é de responsabilidade solidária das três Esferas de Poder do Estado: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Caso o ente federativo não promova o fornecimento do medicamento de que necessita o administrado, torna-se plenamente possível que este busque a percepção do mesmo por meio da tutela jurisdicional. De fato, a intervenção judicial revela-se fundamental na efetivação de tal direito. Assim, a essência do trabalho é analisar os critérios elencados pelo STJ para o acesso a medicamentos não previstos na lista do SUS, enfatizando o viés técnico adotado pela Corte Especial de Justiça que objetiva a consagração desse direito universal.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional à Saúde. Dever do Estado. Fornecimento de Medicamentos. Requisitos Técnicos ou Políticos.

**Sumário** – Introdução. 1. O direito universal à saúde, o princípio da separação de poderes e a discricionariedade do administrador diante da reserva do possível 2. A criação do Sistema Único de Saúde com a elaboração de rol restritivo de medicamentos, compatibiliza-se com o acesso universal à saúde? 3. Requisitos técnicos ou políticos: breve análise dos critérios elencados pelo STJ para o acesso a medicamentos não previstos na lista do SUS. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a ineficácia do direito à saúde e, a consequente necessidade de intervenção judicial para que o Estado seja compelido a fornecer medicamento ao hipossuficiente financeiro que dele necessite.

O direito público subjetivo à saúde representa uma prerrogativa jurídica indisponível, sendo dever do Estado assegurá-lo a todos os cidadãos necessitados, indistintamente. Isso porque, o direito à saúde é fundamental e está consagrado na CRFB nos arts. 6º e 196.

Ressalta-se que a Lei Maior traça, expressamente, algumas diretrizes da preservação do direito à saúde, referindo-se ao atendimento integral do cidadão e à criação do Sistema Único de Saúde (SUS), atual órgão responsável pela elaboração dos atos normativos, dentre eles, a lista de medicamentos fornecidos pelo SUS.

Diante do exposto, há de se observar que uma das funções primordiais do Poder Judiciário é a de zelar pelo cumprimento de normas legais e constitucionais, com o fito de impedir a proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, do direito fundamental à saúde.

Detidos a esse cenário, no capítulo 1, a presente pesquisa se inicia por uma análise do direito universal e integral à saúde e a essencialidade desse bem jurídico, que tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa deve ser observada e atendida pelos entes estatais. De um lado, não se desconhece a limitação de recursos, vinculada ao princípio da reserva do possível. E, por outro lado, a necessidade de se resguardar o direito à vida e à saúde, porquanto, são diariamente ajuizadas ações com pedido de fornecimento de medicamentos, sobretudo no campo dos fármacos não constantes na lista do SUS.

O capítulo 2 elucida uma breve abordagem da Lei 8.080, de 19.09.1990, que instituiu o SUS. Em seguida, será feita uma análise em relação à restritiva lista de medicamentos fornecidos pelo SUS em confronto com necessidade de judicialização, a fim de se assegurar o direito universal à saúde, enfocando a responsabilidade estatal à luz da CRFB, na proteção e promoção da saúde.

Por fim, o capítulo 3, trata de um dos temas mais polêmicos nos debates nos Tribunais pátrios, de modo que, segue, com a abordagem comparativa dos critérios de escolha adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, para a concessão de medicamentos fora das listas do SUS, diante do altíssimo relevo jurídico-social de que se investe, em nosso Ordenamento Jurídico, o direito à saúde. Ressaltando o fato de a intervenção judiciária revelar-se, muitas vezes, como o último socorro de que se vale o cidadão, para garantir seu direito fundamental à saúde. Assim, irá se averiguar se essa concentração de atos emanados pelo judiciário visa mitigar a ineficácia das políticas públicas de saúde ou se afronta a independência dos Poderes.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo cuja abordagem se dá por meio da ponderação entre os bens jurídicos saúde e vida, de um lado; e, de outro, fatores econômicos, permeados pela análise dos critérios elencados pelo Poder Judiciário para o implemento de tal direito fundamental, que objetiva assegurar o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados.

## 1. O DIREITO UNIVERSAL À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR DIANTE DA RESERVA DO POSSÍVEL

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à coletividade pela própria CRFB/88<sup>1</sup>. Logo é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na carta Magna nos arts. 6º e 196. Nesse sentido, cabe transcrever:

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.

Não se ignora que a realização dos direitos sociais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado.

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 acerca dessas normas, o que, por vezes, acarreta alegações de usurpação de funções do Poder Público, pelo Judiciário. Contudo, adita-se que, à vista do disposto no art. 2º da Carta Política Central, a função primordial deste Poder da República é a de zelar pelo cumprimento de normas legais e constitucionais, de modo que tampouco há cogitar-se de violação ao Princípio da Separação de Poderes, quando a justa intervenção é a última trincheira a que se vale o cidadão enfermo, para guerrear por seu direito fundamental à saúde.

E a moderna interpretação do Direito Constitucional e do Direito Administrativo não mais comporta discricionariedade arcaica, com toques de “revelação”, no enfoque de Gustavo Binenbojn, ao comentar voto do Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 1.923-DF, comentário

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.



este lançado na Revista Consultor Jurídico<sup>2</sup>, ainda sendo pertinente a parcial e reduzida transcrição:(...) o voto do professor e ministro Luiz Fux cumpriu o importante papel de desmistificar a ideia de um regime jurídico-administrativo único, inflexível, e atemporal, entricheirado nas dobras da Constituição. Bem ao revés, ressei do voto uma visão pluralista e democrática do Direito Administrativo, comprometida tanto com seus princípios como com a realização eficiente de seus fins. A era do Direito Administrativo como religião já era.

Assim, novos paradigmas foram propostos, compatíveis com os marcos constitucionais do estado democrático de direito, dentre eles: I) a Constituição passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa; II) o interesse público e sua propalada supremacia sobre os interesses particulares deixa de ser absoluta, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; III) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchidos por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa.

É, pois, certo que o Direito Constitucional mudou (mutação constitucional, a espelhar a modificação da sociedade) e prepondera, o mesmo tendo ocorrido com o Direito Administrativo. Mas, não somente isso, temos que nos ater à proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais.

Embora as mudanças e o texto constitucional sejam claros, o Poder Público diante das várias obrigações, acaba por optar 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 a discricionariedade atribuída ao ente estatal no tocante às situações em que é observada a contraposição de valores constitucionais.

Inicialmente, deve-se destacar que a saúde como direito fundamental social, está intimamente ligada ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme entendimento de Rigo<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *A era do Direito Administrativo como religião já era*. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

<sup>3</sup>RIGO, Vivian. Saúde: direito de todos e de cada um. In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Nota dez, 2007, p.175.



Gouvêa<sup>4</sup> defende que toda a problemática dos direitos sociais gravita em torno da discricionariedade, vez que a efetividade dos direitos, a proporcionalidade na sua concessão, assim como o controle das políticas públicas pela moralidade, são restrições à ideia da discricionariedade, aumentando o seu controle por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, cabe apontar o posicionamento de Canela Júnior<sup>5</sup> que faz específica abordagem em relação ao que se deseja evidenciar neste capítulo.

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros nucleares de irradiação.

Percebe-se que ao ente estatal é atribuída uma margem balizadora quando há colisão de valores constitucionais. Não se pode perder de vista, que a saúde, está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e por esse motivo, a discricionariedade atribuída ao Estado deve ser cautelosamente analisada no caso concreto, sob pena, de caracterização de abusos por parte do Poder Público.

Nesse contexto, Carvalho Filho<sup>6</sup> defende que os critérios de escolha do administrador deverão estar limitados pela razoabilidade que, se não configurada, o administrador incorrerá em abuso de poder. Ademais, parece restar claro que a discricionariedade se reduz à margem legal deixada pelo legislador, ou, nas palavras de Binbenojm<sup>7</sup> na “moldura balizadora das decisões do órgão competente”. Portanto, se não houver previsão legal, não se pode interpretar a existência da discricionariedade, para a melhor compreensão, invoca-se o conceito de Mello<sup>8</sup> no sentido de que discricionariedade, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma

<sup>4</sup> GOUVÊA, Marco Marselli. *Balizamento da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 .p 328.

<sup>5</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.148.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Atlas, 2005, p.26.

<sup>7</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.198.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.48.



solução unívoca para a situação vertente. Dessa forma, a razoabilidade é um critério delimitador da discricionariedade.

A ponderação de valores, sobretudo no que tange ao direito à saúde, e de maneira mais específica ao fornecimento de medicamentos aos administrados por porte do Estado, deve ser analisada à luz CFRB/88.

Dessa forma, a Constituição, nas palavras de Canotilho<sup>9</sup>, constitui-se como um “sistema aberto de regras e princípios”. Isso quer dizer que a Constituição não se baseia apenas em regras, mas também em princípios, sendo que ambos constituem-se como espécies de normas.

As regras, conforme explica Barroso<sup>10</sup>, têm como principal valor a segurança jurídica, expressando decisões políticas do legislador que se materializam em uma determinação objetiva de conduta. Os princípios, por sua vez, “funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos”, são eles que “dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico” e, por seu conteúdo aberto, proporcionam uma atividade integrativa e construtiva do intérprete.

Já, quando há colisão entre princípios, não há como simplesmente deixar de aplicar um deles. Na opinião de Barroso, não há como determinar em abstrato a prevalência de um princípio sobre o outro. Para ele, somente no caso concreto, poderá dar-se maior importância a um princípio do que a outro, de acordo com a forma que assumem na situação específica.

Nesse sentido, quando da colisão entre princípios, o ensinamento de Barroso, reflete a solução que melhor coaduna-se aos preceitos constitucionais. Segundo ele deve o intérprete utilizar-se da técnica da ponderação, devendo-se analisar no caso concreto qual princípio deve prevalecer sobre o outro e proporcionando a maior intensidade possível aos princípios, visto que são “mandados de otimização”.

---

<sup>9</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1160.

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p.209.

## 2. A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COM A ELABORAÇÃO DE ROL RESTRITIVO DE MEDICAMENTOS, COMPATIBILIZA-SE COM O ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE?

Sabe-se que a assistência à saúde, em que pese ser livre à iniciativa privada, é dotada de relevância pública, conforme dispõe a primeira parte do art. 197 da Carta Magna e, por isso, sujeita-se à fiscalização, regulamentação e controle pelo Estado. Nesse sentido cabe transcrever:

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.

Ademais, ressalta-se que a implantação de tal serviço visa à promoção de um dever do Estado em atender adequadamente às necessidades dos cidadãos, consubstanciado na efetivação do direito fundamental à saúde.

Assim, a Constituição Federal, no art. 198, determina que a prestação dos serviços de saúde se dará por meio de um sistema único, com participação de todos os Entes Federativos.

Para isso, houve a elaboração da Lei 8.080<sup>11</sup>, de 19.09.1990, instituindo o SUS, e da Lei 8.142<sup>12</sup>, de 28.12.1990, dispondo sobre a transferência de recursos financeiros. Frise-se que o art. 4.º daquela Lei, traz em seu bojo um conjunto de ações e serviços de saúde. Além disso, os artigos 5.º e 6.º do mencionado diploma legal, estabelecem objetivos e atribuições para o Sistema Único de Saúde.

Registre-se, ainda, que o art. 7.º da Lei Federal 8.080 de.1990, dispõe sobre a necessidade de observância a diversos princípios, dentre eles, destacam-se os da universalidade, integralidade, igualdade de acesso, entre outros.

Fato é que, embora a redação do referido artigo seja clara, é cediço que a falta de recursos financeiros se apresenta como um dos maiores entraves para a plena implementação do SUS.

---

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei n° 8.080*, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei n° 8.142*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Outros problemas críticos da assistência à saúde, relacionam-se à necessidade de limitação para fornecimento de alguns fármacos, bem como a dificuldade gerada pelo desabastecimento periódico ou pela substituição de marcas no mercado

Com efeito, diante de tais restrições, a universalidade seria condicionada à existência, ou não, de recursos econômico-financeiros, o que não atende à norma explícita constitucionalmente de que “a saúde é um direito de todos”.

A Constituição Federal e a supracitada Lei do SUS preveem também a integralidade de assistência, de modo que os profissionais de saúde devem indicar procedimentos, exames e medicamentos pautados em protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico biológicos, respaldados pela comunidade científica.

Assim, objetivando a segurança, a eficácia e a qualidade dos fármacos no mercado, além da busca do menor custo possível, foram elaboradas listas, pelo Poder Público, para o fornecimento de medicamentos essenciais.

Contudo, há de ressaltar que o fato de dado medicamento não constar na lista oficial do SUS, não exime o Poder Público de fornecê-lo, desde que constatada a doença e demonstrado que a droga requerida é a única que melhor atende ao tratamento do administrado.

Logo, se a doença está diagnosticada e põe em risco a vida do paciente, não há fundamento legal para o Estado deixar de atendê-lo.

Neste contexto, deve-se ater o Poder Público à realidade dos fatos, de forma a promover equânime atendimento a todos. Sendo certo que a própria Constituição Federal apontou a proteção a tal bem.

Todavia, não são poucas as vezes que o direito prestacional à saúde mostra-se violado pelo Ente Público, o que estimula a população a socorrer-se cada vez mais do Poder Judiciário, a fim de ter assegurado o cumprimento de um direito constitucionalmente tutelado.

### 3. REQUISITOS TÉCNICOS OU POLÍTICOS: BREVE ANÁLISE DOS CRITÉRIOS ELENCADOS PELO STJ PARA O ACESSO A MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS NA LISTA DO SUS

De início, registre-se que, uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que se encontram previstos na Constituição Federal. E, derivado do direito à saúde está o direito de acesso aos medicamentos,

que gera, como anteriormente apontado, profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente quando se refere à interferência do Poder Judiciário nesta matéria.

Sobre essa atuação por parte do Poder Judiciário, Maulaz<sup>13</sup> afirma que:

Do Poder Judiciário exige-se uma aplicação construtiva do direito material vigente de modo a alcançar seus fins últimos na perspectiva do ordenamento jurídico positivo. No paradigma do Estado social, cabe ao juiz, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, a Justiça no caso concreto.

Com a ampliação da jurisdição constitucional e o conseqüente aumento da demanda judicial, vem ocorrendo a judicialização das relações políticas e sociais<sup>14</sup>.

Ainda, segundo Barroso<sup>15</sup>, as principais objeções à judicialização no Brasil se referem: (1) aos riscos à legitimidade democrática, pois poderia trazer risco à democracia, o fato de os juízes, agentes públicos não eleitos, desempenharem um poder político e de invalidar atos dos outros Poderes. Contudo, o autor afasta esta objeção sob o fundamento normativo de que é a Constituição que atribui esse poder ao Judiciário, sendo que este poder que torna concretas as decisões tomadas pelo constituinte, atribuindo sentido às expressões vagas, tornando-se, assim, co-participantes do processo de criação do Direito.

Além disso, o fundamento filosófico utilizado pelo autor se baseia no papel que a Constituição atribuiu ao Judiciário de proteger os direitos fundamentais, mesmo que isso seja contra a vontade da maioria. Nas palavras de Barroso, “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”, mas suas decisões só são legítimas se baseadas na Constituição e fundamentadas racionalmente (2) à politização da Justiça, que segundo Barroso “uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena”, salientando que, mesmo havendo mais de uma solução, o juiz deve buscar a decisão mais justa e correta, utilizando-se da argumentação racional, de modo que, assim, não apresentará riscos (3) e à capacidade institucional do Judiciário, o qual tem a palavra final na interpretação das normas constitucionais, mas nem sempre dispõe de informações e conhecimento necessário para avaliar o impacto de suas decisões. Quanto a tal fato, Barroso afirma que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”, devendo fazer

<sup>13</sup> MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17368>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

<sup>15</sup> Id. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica OAB*. Brasília, jan e fev/2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2019.

uma avaliação criteriosa de sua atuação e, por vezes, deixar aos demais poderes a tarefa de decidir.

Visando a pacificar o entendimento sobre o fornecimento de medicamentos não previstos na lista do SUS, no dia 25/04/2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento do recurso repetitivo (REsp n.º 1657156<sup>16</sup>/RJ), de Rel. Min. Benedito Gonçalves e, fixou os requisitos, a serem observados pelo Poder Judiciário, para a concessão de tais fármacos.

Nesse contexto, a egrégia Corte Especial Justiça exigiu a presença cumulativa dos seguintes requisitos: 1) 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; 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Sobre esse primeiro requisito, é importante que sejam feitas três observações: Primeiramente, ressalta-se que, na I Jornada de Direito da Saúde, organizada pelo CNJ, foi aprovado o enunciado 15<sup>17</sup> pormenorizando como deve ser este laudo médico. Veja a sua redação:

Enunciado 15: As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

Desse modo, a parte necessitada, quando for postular pedido judicial de medicamento deverá ficar atenta a isso.

Segunda observação, consiste no esclarecimento de que este laudo médico não precisa ser assinado por médico vinculado ao SUS: “[...] Ressalte-se, ainda, que não há no ordenamento, jurídico brasileiro qualquer exigência que condicione o fornecimento de medicamento à prescrição exclusivamente por médico da rede pública.<sup>18</sup> [...]”.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1657156-RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>17</sup>Idem. TRF2. *Jornada de Direito à Saúde*, de 15 de maio de 204. Disponível em: <[www10.trf2.jus.br/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.htm](http://www10.trf2.jus.br/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2018.

<sup>18</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1309793-RJ*. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

Assim, o laudo deve ser emitido pelo médico que assiste o paciente, seja ele público ou privado.

Terceira observação. O laudo médico deverá comprovar duas circunstâncias: 1ª) Imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento da doença; e 2ª) Ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Em outras palavras, o remédio postulado judicialmente deve ser imprescindível ou no mínimo necessário e aqueles que existem no SUS não podem substituí-lo.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade.

A alegada circunstância de que determinado medicamento não consta da lista de medicamentos do SUS deve ceder lugar às afirmações do médico que acompanha o paciente, quando afiança que todos os tratamentos disponibilizados pela rede pública e já os ministrados, mostraram-se ineficazes no combate da doença.

No mesmo sentido é o enunciado 14<sup>19</sup> da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ:

Enunciado 14: Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Já o segundo requisito consiste na devida comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar.

Frise-se que não se exige comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito.

O terceiro requisito exigido pelo STJ diz respeito a “existência de registro na ANVISA do medicamento”.

Assim, exige-se que o medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela ANVISA. Esta exigência decorre de imposição legal, tendo em vista o disposto no artigo 19-T, II, da Lei nº 8.080/90:

---

<sup>19</sup>Idem. TRF2. *Jornada de Direito à Saúde*, de 15 de maio de 2014. Disponível em: <www10.trf2.jus.br/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadas-de-direito-da-saude-do-cnj.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.



Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Constata-se, portanto, que está diretriz está em conformidade com o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que em seu voto no julgamento do RE n.º 657.718<sup>20</sup>/MG, que trata precisamente da questão do fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA, consigna a seguinte tese: “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”.

Fazendo uma interpretação teleológica do art. 19-T, verifica-se a intenção do legislador foi a de proteger o cidadão dos medicamentos experimentais, sem comprovação científica sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento, a fim de assegurar o direito à saúde e à vida das pessoas.

Com efeito, destaca-se que o REsp n.º 1657156<sup>21</sup>/RJ, além de observância obrigatória, evidencia-se como uma decisão paradigmática, porquanto essas balizas significam um passo importante para o aperfeiçoamento do direito sanitário. E, sua maior contribuição é refinar a técnica jurídica para a aplicação do mandamento constitucional de que saúde é direito de todos e dever do Estado.

Assim, uma vez delimitados tais parâmetros, o grande desafio passa a ser aplicá-los, salientando que as ações que se referem ao direito à saúde não devem possuir sentenças uniformes para demandas semelhantes, e sim, deve ser analisado cada caso concreto com suas peculiaridades e, por vezes, com ampla produção de provas, a fim de que se possa entregar a resposta jurisdicional da forma mais justa possível.

## CONCLUSÃO

O direito à saúde é um direito fundamental, dever do Estado, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que através de políticas sociais e econômicas

---

<sup>20</sup> Idem. Supremo Tribunal de Justiça. *RE. n.º 657.718-MG*,. Relator: Ministro Marco Aurélio Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>21</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1657156-RJ*,. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

visam a garantir o acesso universal e igualitário às ações, serviços, proteção e recuperação da saúde de todos os necessitados.

Dessa forma, por ser um direito que exige uma prestação estatal, acaba gerando grandes debates. Como visto, muitas vezes o Estado se mantém omissivo na efetivação desse direito. Assim, o Poder Judiciário para o fim de concretizá-lo, passa a ter que suprir a inércia do Poder Executivo.

Com a necessidade de se garantir a defesa desse direito constitucional, tem-se o conseqüente aumento da demanda judicial, acarretando a judicialização das relações políticas e sociais. As principais objeções são os riscos à politização da Justiça e a alegação de que o Poder Judiciário não poderia intervir nos assuntos de políticas públicas referente à saúde, pois depende de alocação política dos recursos estatais.

A partir desse enfoque, frequentemente surge o problema que é a colisão entre o direito à saúde e à vida em contraposição ao direito às finanças do Estado e o princípio da reserva do possível. No entanto, se de um lado se tem a falta de recursos estatais, do outro se têm a necessidade de se efetivar um direito social. Assim, a limitação orçamentária não deve se apresentar como uma barreira para a efetivação do direito à saúde, devendo ao menos ser garantido o mínimo existencial e necessário a cada pessoa, de modo a proporcionar uma solução mais justa e que assegure a dignidade da pessoa humana acima de tudo.

Todos esses temas são amplamente discutidos, também, na jurisprudência brasileira. Inclusive, o acórdão proferido no REsp 1657156-RJ, de Relatoria do. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 no Superior Tribunal de Justiça é considerado uma decisão paradigmática, estabelecendo parâmetros para a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam: 1) 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; 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Conclui-se que os critérios estabelecidos no referido julgado possuem um viés técnico, porquanto a alegada circunstância de que tal medicamento não consta da lista de medicamentos do SUS deve ceder lugar às afirmações do médico que acompanha o paciente, afirmando que todos os tratamentos disponibilizados pela rede pública e já ministrados mostraram-se ineficazes. Além disso, verifica-se que a necessidade do registro na Anvisa objetiva a proteção do cidadão de medicamentos experimentais, sem comprovação científica sobre a eficácia, a



efetividade e a segurança do medicamento, a fim de assegurar o direito à saúde e à vida das pessoas.

Assim, restou consignado que o fato de o medicamento não integrar a lista do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário zelar pela concretização do direito à saúde, vez que socorrer à justiça mostra-se como a única alternativa na efetivação desse direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. Retrospectiva 2008: a crise econômica mundial e o papel da regulação estatal, os vinte anos da constitucionalização do direito administrativo no Brasil, a emergência do direito administrativo global e outras questões. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 31-45, 2009.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Amazon Createspace, 2014.

\_\_\_\_\_. *Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois*. Reflexões críticas e desafios para os próximos 15 anos. In: Baptista, Patrícia; Brandão, Rodrigo. (Org.). *Direito Público. Coleção Direito UERJ 80 anos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 8, p. 385-409, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, p. 320-344, 2008.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica OAB*. Brasília, jan e fev/2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.090*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8090.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8090.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.142*, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *RE. nº 657.718-MG*,. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1657156-RJ*,. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1309793-RJ*,. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Atlas, 2005.

GOUVÊA, Marco Marselli. *Balizamento da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17368>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OHLAND, Luciana. *Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos*. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.



REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *A era do Direito Administrativo como religião já era.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

RIGO, Vivian. Saúde: direito de todos e de cada um.in: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde.* Porto Alegre: Nota dez, 2007.



## A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Taty Thuler Santos

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Gama Filho. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Advogada.

**Resumo** – os conflitos familiares apresentam-se de formas complexas e, por isso, precisam ser percebidos em sua dinâmica sistêmica, entendidos em um contexto interdisciplinar, e não isoladamente. Nos últimos tempos, o vertiginoso aumento da litigação em juízo, que reflete a multiplicação das antigas intervenções e também de novas solicitações junto à justiça, impôs ao judiciário uma nova postura com relação ao princípio do acesso à justiça, tudo de forma a alcançar uma justiça efetiva e adequada diante do duplo desafio quantitativo e qualitativo lançado ao sistema judicial moderno. Com vistas a alcançar tal intuito, a técnica da Constelação Familiar apresenta-se como uma nova metodologia para complementar a prestação jurisdicional, tendo como objetivo aumentar, nas audiências, seus índices de conciliação em processos. A finalidade do presente trabalho é demonstrar que a técnica auxilia no tratamento adequado dos conflitos familiares, que possuem muito mais aspectos de natureza emocional do que jurídicos. Ao permitir o restabelecimento do diálogo entre as partes, estas constroem consensualmente a solução, resolvendo de fato o conflito, contribuindo, por fim, para que se chegue a uma tutela judicial mais adequada e efetiva.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Conflitos Familiares. Acesso à Justiça. Autocomposição dos Conflitos. Constelação Familiar. Conclusão. Referências.

**Sumário** – Introdução. 1. A dinâmica dos conflitos familiares e sua visão sistêmica. 2. O princípio do acesso à justiça no Brasil e sua efetividade nas lides de família. 3. A humanização do direito e os benefícios da aplicação da técnica da constelação familiar na busca de uma solução adequada e eficiente no Direito de Família. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de aplicação da constelação familiar como mecanismo de solução consensual dos conflitos diante do princípio do acesso à justiça e da adoção do sistema de justiça multiportas. Visa-se a analisar a contribuição dessa técnica para uma melhor solução dos conflitos em questão, de forma a entender a dinâmica dos conflitos familiares, que vai muito além da violação objetiva de uma norma, bem como propor uma visão humanística do direito que permita uma solução adequada e eficiente da prestação jurisdicional.

Para o fim almejado, de forma a corroborar a tese sustentada e levando-se em



consideração que o tema ainda é muito incipiente, serão confrontados os entendimentos doutrinários, a legislação em vigor, bem como repertórios eletrônicos que enfrentem com coerência e responsabilidade as novas metodologias a serem aplicadas para atender às especificidades do direito das famílias

No atual contexto social, tem se percebido um movimento do Poder Judiciário brasileiro procurando na constelação familiar mais uma técnica para se complementar a prestação jurisdicional e possibilitar o acesso à justiça. A referida prática já foi reconhecida pelo CNJ, que se pronunciou no sentido de que a técnica auxilia no tratamento adequado dos conflitos, sendo utilizada em diversos estados antes das tentativas de conciliação.

No primeiro capítulo, analisa-se a realidade peculiar dos conflitos familiares, percebendo-se a necessidade de compreensão dessas relações tão complexas por meio de uma visão sistêmica que enxergue o contexto em que estão inseridas. Passa-se pela abordagem do conflito sociológico que antecede ao conflito jurídico, visualizando-se a inclusão do processo terapêutico como parte da solução para o correto enfrentamento dessas questões, que culminam no conflito jurídico, mas que podem ter a sua força motriz a partir da insatisfação no campo do relacionamento humano.

No segundo capítulo, questiona-se a atual oferta de justiça adotada pelo sistema de política judiciária, bem como a adequação do caminho eleito para o correto enfrentamento do cerne dos problemas relacionados aos conflitos familiares. Discute-se ainda, o princípio do acesso à justiça no Brasil.

No terceiro capítulo, discute-se a humanização do direito diante do sistema da justiça multiportas, que traduz novas metodologias para complementar a prestação jurisdicional, bem como a contribuição da constelação familiar para se chegar a uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva nos conflitos familiares.

Com o intuito de melhor apresentar o tema sob análise, a abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, pois a pesquisadora objetiva basear-se em doutrina especializada, além do uso da legislação e de artigos científicos publicados eletronicamente, de forma a corroborar com a tese sustentada. A metodologia utilizada é a bibliográfica - obras literárias e repertórios eletrônicos-, por revelar a importância científica do tema e seus importantes impactos no atual contexto social.





## 1. A DINÂMICA DOS CONFLITOS FAMILIARES E SUA VISÃO SISTÊMICA

Investigando a etimologia da palavra “conflito”, encontra-se que vem do latim *conflictu*, de *confligere*, que significa choque, embate de pessoas, oposição.

O conflito é inerente à condição humana. Partindo-se dessa premissa, alcança-se<sup>1</sup> que o conflito é uma constante no desenvolvimento das sociedades.

Diante da constatação da realidade da inevitabilidade dos conflitos, mostra-se de fundamental importância alastrar-se o olhar na direção de uma percepção mais apurada quanto à sua dinâmica, pois quanto mais se amplia o olhar para os conflitos, melhor será seu entendimento e as formas de lidar com os próprios.

É imperioso esclarecer que o conflito não deve ser enxergado como um fim, com uma conotação negativa, e sim como um meio de transformação para um estado melhor de coisas, de forma a ser comparado com uma ponte que liga o estágio de ignorância ao estágio de esclarecimento e mudanças, resultando na evolução do ser.

Já a palavra família possui sua origem no latim *familia*, que significava “grupo doméstico” ou o conjunto das propriedades de alguém, o que incluía os servos da casa. Família deriva de *famulus*, que significava “servo doméstico”.

Porém, é importante trazer à baila que o vocábulo apresentando apresenta-se como uma palavra polissêmica na área das ciências humanas, possuindo diferentes acepções conforme o segmento estudado.

A família representa o esteio que alicerça todo o arcabouço social. Foco a partir do qual irradiam-se as diferentes angulações do comportamento humano, ocasionando reflexos diretos e profundos no seio social, sua visão holística é de fundamental importância para que se construa uma sociedade mais humanizada e equilibrada.

Compondo o espírito da sociedade, a tutela da família pelo Estado é hoje reconhecida constitucionalmente e estudada como uma das principais preocupações hodiernas, pois a família contribui de forma significativa para a estrutura do Estado, que é um verdadeiro herdeiro das estruturas familiares.

Sendo a família o primeiro núcleo de formação do indivíduo, quando não lhe são dispensados recursos saudáveis a sociedade sofre um grande constrangimento, pois os conflitos

---

<sup>1</sup>VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 83.



familiares expandem-se na sua direção, gerando indivíduos agressivos e impiedosos, incapazes de respeitar os direitos alheios, adoecendo, dessa forma, toda a estrutura social.

Já quando observada e tratada de forma adequada, a família passa a emitir reflexos positivos para a sociedade, que contará, nesse contexto, com indivíduos prontos para se vincularem à jurisdição do Estado, conscientes dos seus próprios direitos e respeitosos com relação aos direitos alheios.

Observa-se, portanto, que do próprio seio familiar emergem-se oportunidades para se encontrar, de forma adequada, caminhos que permitam a oportuna resolução dos conflitos.

Nesse processo de busca da compreensão de fatores relacionados à subjetividade humana, a justiça brasileira vem procurando novos caminhos que facilitem a solução dos conflitos, estabelecendo parcerias importantes para aperfeiçoar a sua prestação jurisdicional e, de maneira efetiva, solucionar os conflitos que a ela chegam de forma recorrente.

Investigando a história, percebe-se que na família antiga a gestão dos conflitos era feita de forma mais privada. Com o fortalecimento do Estado, passou-se a ter um controle maior quanto à gestão desses conflitos.

No momento em que o Estado se apropria do poder de dizer o direito, ele acaba sendo legitimado como detentor de uma responsabilidade muito grande, responsabilidade essa que inclusive gerou uma certa dependência social em que vivemos na contemporaneidade, em que há uma explosão da litigiosidade, onde as pessoas transferem para o judiciário as questões mais banais do cotidiano, questões essas que deveriam ser resolvidas extrajudicialmente.

Diante desse contexto, a comunidade jurídica, como um todo, assume um novo papel: precisamos estar prontos para lidar com a afetividade. O judiciário não pode desprezar toda a singularidade desse sofrimento. É preciso conhecer a história do ser para que a comunidade jurídica perceba o que precisa dar a ele.

Segundo a magistrada Andréa Pachá<sup>2</sup>:

Poucas instituições mudaram tanto como as famílias nas últimas décadas. Se antigamente as varas de família só decidiam questões de alimentos, guarda, divórcio, separação, hoje o que se vê é uma demanda pela justiça das coisas mais banais do cotidiano.

---

<sup>2</sup>GLOBO. *Notícia fornecida pela juíza Andréa Pachá em entrevista concedida ao Programa Encontro com Fátima Bernardes, em março de 2017.* Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5936371/programa/>>. Acesso em: 23 set. 2018.



Conrado Paulino da Rosa<sup>3</sup> afirma que “os conflitos familiares são dotados de grande carga de emotividade e, muitas vezes, pela necessidade de manutenção do vínculo entre os litigantes, como por exemplo nos casos de relacionamentos entre pais e filhos após a dissolução da sociedade conjugal”.

Diferentes dos outros conflitos humanos que da mesma forma desembocam em processos, os conflitos familiares não se apresentam apenas como sofrimentos momentâneos ou isolados, mas também como prejuízos emocionais que podem se espraiar por toda a trajetória dos envolvidos, chegando inclusive a afetar estruturalmente a harmonia da sociedade, como já foi dito.

Nesses tipos de demanda, a causa do conflito não é apenas a violação objetiva de uma norma, ou seja, não se trata de um simples fenômeno jurídico, mas também o reflexo de uma manifestação de uma insatisfação de questões no campo do relacionamento humano.

Assim sendo, os conflitos familiares têm consequências bastante diferenciadas, uma vez que no Direito das Famílias não se trabalha com fatos racionais, e sim com sentimentos, por isso as decisões judiciais, na maioria das vezes, não colocam fim ao litígio, tão somente postergando sua solução para demandas posteriores. Os conflitos continuam e é apenas uma questão de tempo para se ter um novo processo objetivando-se rediscutir a questão.

Maria Berenice Dias<sup>4</sup> ressalta que nas questões familiares, que envolvem vínculos afetivos, as partes estão repleta de temores, queixas e mágoas, confundindo-se os sentimentos de amor e ódio, nesses casos a sentença judicial não alcança a pacificação social e, nas palavras da autora, “a resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica.”

É importante considerar que a manutenção de vínculo é uma questão necessária em muitos conflitos, pois os papéis conjugais acabam, mas os papéis parentais não.

Na visão da juíza Andrea Pachá<sup>5</sup>:

Nas Varas de Família, o magistrado, que não é um terapeuta e não tem formação para tal, se depara com um desamparo profundo de questões nas quais ele é absolutamente incompetente para resolver. Tem situações que independem do poder do juiz. Tem

<sup>3</sup>ROSA, Conrado Paulino da. *Mediação familiar: uma nova alternativa?*. Disponível em: <<https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/95869/mediacao-familiar-uma-nova-alternativa>>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>4</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 83.

<sup>5</sup>GLOBO. *Notícia fornecida pela juíza Andréa Pachá em entrevista concedida ao Programa Encontro com Fátima Bernardes, em março de 2017*. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5936371/programa/>>. Acesso em: 23 set. 2018.



buracos que não têm como preencher pela atuação da justiça, e sim somente pelos envolvidos

São por essas questões que os conflitos familiares precisam de uma atenção diferenciada por parte do Judiciário, importando em um tratamento especializado, comprometido e acolhedor, permitindo, dessa forma, um caminho de diálogo em que as pessoas precisam aprender a lidar com as afetividades.

Dentro dessa linha intelectual, o caminho de uma visão interdisciplinar para esses conflitos, no qual almeja-se resguardar a completude psicológica dos membros de uma entidade familiar que estão em uma perspectiva de enfrentamento, faculta aos envolvidos um olhar totalmente inesperado para as suas questões inter-relacionais.

Oportuniza-se, dessa forma, o auxílio necessário para que os envolvidos possam tomar consciência de processos escondidos, enxergando o que está por trás do problema e agindo pela sua solução, construindo uma nova alternativa para seus conflitos presentes e futuros, erigindo-se assim novos relacionamentos.

Portanto, a visão sistêmica dos conflitos familiares é uma condição essencial para se trabalhar com a questão dos afetos, na verdade hoje é uma verdadeira obrigação para um novo atendimento dos conflitos de família. O compromisso do direito deve ser com o ser humano, e não com sentenças que considerem números de processos, onde não se vê rosto nem história.

Esse diálogo entre os campos do saber, denominado de abordagem interdisciplinar, propicia a feliz união da área jurídica com outras áreas do conhecimento, como a psicologia, a filosofia e a sociologia, viabilizando, dessa forma, uma visão de ser humano para ser humano, estando em total sintonia com o processo de humanização do direito e o novo modelo multiportas de solução dos conflitos.

Mostra-se oportuno e muito conveniente trazer à reflexão que se deve buscar conhecer todas as teorias o melhor que se puder, dominar todas as técnicas possíveis nas áreas específicas de atuação, mas, acima de tudo, para melhor abordar um conflito familiar, é preciso apurar a percepção e a capacidade de sentir o outro em sua real necessidade. É preciso um olhar humano que vai além de todas as teorias, onde a arte da própria individualidade criativa é que irá decidir.

Pode-se concluir que a adequada e eficiente prestação jurisdicional depende da constatação dessa realidade peculiar das Varas de Família, que demanda, para uma solução efetiva de seus conflitos, um processo terapêutico como parte dessa solução.



## 2. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E SUA EFETIVIDADE NAS LIDES DE FAMÍLIA

Reconhecidamente de difícil definição, o conceito de acesso à justiça é dinâmico e engloba diferentes acepções. Em uma perspectiva ampla, conceitua-se o acesso à justiça considerando-o não apenas como sinônimo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como o faz a doutrina tradicional, mas também abarcando os aspectos internos e externos do processo, caracterizando-o, dessa forma, como um direito fundamental, um princípio e um valor superior na sociedade.<sup>6</sup>

Sob uma perspectiva interna do processo, o acesso à justiça é considerado como o direito de ação ou de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, representa a garantia formal de se pleitear a tutela jurisdicional. Já em uma perspectiva externa ao processo, para que se possa falar em acesso à justiça é necessário que, além do acesso formal garantido pelo ordenamento, haja um acesso efetivo, o que se traduz como o acesso a uma ordem jurídica justa.

O acesso à justiça é um direito garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 e regulamentado pela norma de Direito Processual.<sup>7</sup>

No âmbito internacional, o acesso à justiça está positivado no artigo 8º, 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>8</sup>, que dispõe no sentido de que toda pessoa possui o direito de ser ouvida por juiz ou tribunal competente, diante de acusação penal contra ela ou para que se determinem direitos seus direitos, com a observância das devidas garantias e no período de prazo razoável.

Já no sistema normativo jurídico pátrio, o acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), que traz a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.<sup>9</sup>

Pode-se extrair, a partir de uma interpretação do texto legal, que, como um direito fundamental assegurado constitucionalmente e basilado no princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>6</sup>SOUZA apud CAPELLETTI, Mauro et al. *Breves considerações sobre o acesso à justiça*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24200/breves-consideracoes-sobre-o-acesso-a-justica/1>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

<sup>7</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>8</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

<sup>9</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.



humana, todos possuem a garantia de acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito.<sup>10</sup>

O direito de acesso à justiça espalha-se por todo o ordenamento jurídico ao apresentar-se como suporte essencial para o exercício de diversos outros direitos indispensáveis, tais como o exercício da cidadania e a dignidade do indivíduo.

A partir do momento em que o Estado invocou para si a função pacificadora de dirimir conflitos, substituindo as partes e impondo suas decisões, começou a se discutir qual seria a forma mais adequada de se obter decisões justas, bem como o que representaria um amplo e efetivo acesso à justiça.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a expressão “acesso à justiça” visa estabelecer duas principais finalidades do sistema jurídico, quais sejam, a de reivindicar direitos e a de resolver litígios. Para os autores<sup>11</sup>, somente por meio de um sistema igualmente acessível a todos e que produza resultados individuais e socialmente justos se alcançaria tais finalidades.

Na busca por se perquirir a efetividade social do Direito e por quais meios alcançá-la, vários óbices foram detectados como impeditivos ou dificultadores do acesso à justiça.

Sob a ótica de Kazuo Watanabe<sup>12</sup>, vivencia-se no atual contexto social, diante da sobrecarga excessiva de processos, uma crise jurídica ocasionada pela falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade, o que afeta diretamente o desempenho do poder judiciário. Essa morosidade extrema, que faz com que o Poder Judiciário venha perdendo credibilidade frente aos cidadãos, é ocasionada pela adoção de forma predominante do mecanismo de solução adjudicada dos conflitos, que se verifica por meio de sentença do juiz, o que vem produzindo a denominada “cultura da sentença”.

Ocorre que a adoção de tal cultura pelo sistema de política judiciária, prestigiando a litigiosidade, desencadeia uma sobrecarga de serviços no Judiciário e assim a prestação jurisdicional mostra-se visivelmente afetada, ficando muito aquém da qualidade esperada pela sociedade, obstando, dessa forma, o acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada.

---

<sup>10</sup>TORRES, Ana Flavia Melo. *Acesso à Justiça*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4592](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592)>. Acesso em: 02 dez. 2018.

<sup>11</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

<sup>12</sup>WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2018.



Dentro desse contexto de litígio, destacam-se as demandas no âmbito do direito das famílias, que se apresentam em números bastante expressivos, fato advindo da infantilização da sociedade, onde as pessoas, imaturas, terceirizam as questões mais banais do cotidiano para o Estado resolver, substituindo o vínculo afetivo pelo processual. Tudo isso contribui e muito para o excesso de processos que vem sobrecarregando o funcionamento da justiça no país, prejudicando, por via de consequência, o acesso à justiça.

Especialmente nos conflitos familiares, permeados por elementos subjetivos relevantes, o sistema de justiça tradicional não se mostra eficaz. Nesta seara, o método adequado de resolução de conflitos não se alcança por uma sentença, e sim por uma construção consensual, sendo imprescindível que haja uma certa maleabilidade e uma revisão dos institutos processuais aplicados ao âmbito familiar.<sup>13</sup>

Nas lições de Kazuo Watanabe<sup>14</sup> sobre o princípio de acesso à justiça, pode-se extrair que:

[...] o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário [...]

Nesse viés, partindo-se de uma visão valorativa de justiça, o acesso à justiça não fica circunscrito ao judiciário e às suas instituições, avançando em direção à ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao sistema jurídico processual.

Com o objetivo de construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, tornando-o igualitário quanto ao seu acesso e com resultados individuais e socialmente justos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth anunciaram com muita propriedade os três principais óbices ao movimento de acesso à justiça.<sup>15</sup>

O primeiro impedimento diz respeito ao elevado valor das custas judiciais, o que impede o acesso à justiça por parte dos hipossuficientes econômicos, já o segundo obstáculo é de caráter organizacional e se refere à falta de aparato procedimental que faça valer os interesses transindividuais. O movimento continuou e o terceiro obstáculo identificado foi o processual, pois nem sempre o processo ordinário contencioso se apresenta como a solução mais eficaz,

---

<sup>13</sup>TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.18-26.

<sup>14</sup>WATANABE, op. cit., p. 2.

<sup>15</sup>CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 8.





mais adequada dos conflitos, bem como não pode ser enxergado como a única forma de solução de conflitos a ser considerada.<sup>16</sup>

Visando a um acesso efetivo à justiça, os autores apresentaram as denominadas ondas renovatórias como possíveis soluções para os impedimentos constatados. A primeira onda propõe a reformulação dos serviços de assistência judiciária, já a segunda a devida representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos e a terceira, diante da constatação da insuficiência dos mecanismos anteriormente apresentados para se chegar a uma ordem jurídica justa, identifica a necessidade de uma atuação extrajudicial, ou seja, do sistema se abrir a novas possibilidades ou alternativas para resolução de conflitos que não restritas ao ordenamento processual, o que se alcança por meio de uma política pública judiciária de solução pelos mecanismos de solução consensual dos conflitos, como por exemplo a mediação, a conciliação e a arbitragem, entre outros.<sup>17</sup>

Contemporaneamente, observa-se diariamente o surgimento de novos direitos, movimento inevitável fruto do aspecto dinâmico do processo social, a terceira onda continua se movimentando. Nesse contexto, a busca pelo efetivo acesso à justiça transborda e muito o limitado e acanhado âmbito do poder judiciário. Os desafios atuais e porvindouros exigem uma atuação conjunta e progressiva, guiada pela pluralidade e dialética. É de fundamental importância que os cidadãos adquiram mais independência e a sociedade seja preparada para um novo paradigma de tutela de interesses, o que se dá por meio da autocomposição de conflitos.

Diante da dificuldade manifestada pelo judiciário em administrar o seu sistema de justiça, baseado em uma cultura de litígio, que se mostra com um número cada vez maior de processos em trâmite, o judiciário se mostra impossibilitado de resolver, em um tempo razoável, todas as demandas a ele imputadas.

Para que se tenha uma confiança legítima por parte dos cidadãos na justiça das decisões proferidas pelo poder judiciário, culminando em uma percepção social positiva a respeito do acesso à justiça, é fundamental que se estude e aprimore soluções que sejam adequadas à resolução dos conflitos. Desse modo, caminhar-se-á seguramente para uma ordem jurídica justa.

---

<sup>16</sup>Ibid., p. 15-29.

<sup>17</sup>Ibid., p. 31-73.



### 3. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO E OS BENEFÍCIOS DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NA BUSCA DE UMA SOLUÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Considerando que a lei redesenhou a ideia de processo, privilegiando a autocomposição ao julgamento, o poder judiciário vem buscando construir, de forma conjunta e interdisciplinar, novas possibilidades de se alcançar a pacificação dos conflitos que são levados ao judiciário.

Atendendo ao comando imperativo do Novo Código de Processo Civil, que determina ao poder judiciário trabalhar com outras áreas do conhecimento para a autocomposição, e em total sintonia com o objetivo final das mediações e conciliações, a Constelação Familiar vem sendo considerada como um instrumento importante de auxílio na solução das controvérsias relacionadas a conflitos judiciais ligados a traumas familiares.

Cruz, Chiquetti, Therense, Oliveira, Neves e Levi<sup>18</sup> contribuíram com seus estudos para que a constelação familiar possa ser compreendida como:

[...] uma técnica de trabalho grupal de projeção de imagem de um conflito utilizando representantes, que poderão ser pessoas, bonecos ou objetos. Criada por Bert Hellinger, filósofo, pedagogo, teólogo e psicoterapeuta, nascido na Alemanha em 1925, caracteriza-se como um método em que um constelador, terceiro imparcial, guiará a formação da constelação familiar, permitindo localizar e remover bloqueios do fluxo amoroso de qualquer geração ou membro da família [...].

Na constelação familiar, as “ordens do amor”, descobertas por Hellinger, são desveladas, ordens estas que representam leis sistêmicas universais que regem as relações e padrões inconscientes de comportamento. Essas leis sistêmicas ou ordens do amor norteiam as constelações familiares e formam a base para se criar o direito sistêmico.

Agindo nas relações independentemente do conhecimento de sua existência e conteúdo por parte dos integrantes do sistema, essas três leis naturais, que atuam conjuntamente em todo sistema familiar, foram categorizadas por Hellinger como: lei do pertencimento, lei da hierarquia e lei do equilíbrio.<sup>19</sup>

Durante uma constelação, o objetivo é identificar quais leis podem estar sendo desrespeitadas inconscientemente, bem como reestabelecer a ordem do sistema, equilibrando-

---

<sup>18</sup>PITUCO apud CRUZ, Carlos Henrique Souza da et al. *Novas metodologias para atender às especificidades do direito das famílias: a mediação de conflitos e as constelações familiares*. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174620>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>19</sup>HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. *Constelações Familiares: O reconhecimento das Ordens do Amor*. Tradução Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 77.



se o todo e garantindo a pacificação do sistema familiar. A compreensão da dinâmica dos conflitos, seguida do reposicionamento dos envolvidos perante o sistema, possibilita o respeito às leis e permite a fluência da vida, bem como o desenvolvimento de objetivos.<sup>20</sup>

Para o juiz André Tredinnick<sup>21</sup>, titular da 1ª Vara de Família de Leopoldina, localizada no Fórum Regional da Leopoldina, Vice-Presidente do Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação da EMERJ e coordenador do projeto Constelação Familiar do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do TJRJ, o método da constelação familiar funciona como uma dinâmica vivencial que permite à pessoa se perceber inserida no mundo e naquele conflito que ela traz ao judiciário, sendo uma prática laica, não possuindo qualquer elemento metafísico ou religioso em sua composição [informação verbal].

Segundo o magistrado<sup>22</sup>, a prática adentra em um campo das informações e não objetiva submeter o outro, e sim proporcionar o suporte necessário para que o conflito familiar seja abordado de forma adequada, identificando-se traumas familiares e trabalhando-os de forma a evitar a repetição de comportamentos destrutivos [informação verbal].

Na perspectiva de Ruth Barbosa<sup>23</sup>, filósofa com especialização internacional em constelação familiar e organizacional pelo ISPABIAL e presidente da Associação Práxis Sistêmica, a primeira grande contribuição da constelação familiar para o judiciário consiste em sua efetividade para a mediação ou conciliação, o que colabora de maneira significativa para desafogar o poder judiciário, além do importante fator de a pessoa submetida à técnica ser vista de uma forma mais humana, e não apenas como um número em um processo.

A técnica vivencial começou a ser implementada no judiciário em 2012, na Bahia, pelo juiz de direito Sami Storch, a partir de então começou a difundir-se rapidamente por todo o país, e, ainda que incipiente o seu uso na seara jurídica, a prática vem se expandindo cada vez mais, já sendo

---

<sup>20</sup>STORCH, Sami. *Constelação Familiares e Judiciário: reflexões positivas*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

<sup>21</sup> Informações trazidas pelo juiz André Tredinnick em palestra proferida na 48ª reunião do Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação, com o tema “A Constelação Familiar como Mecanismo de Solução Consensual de Conflitos”, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em agosto de 2018.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup>VIRGILIO, Paulo. *Seminário discute aplicação da constelação familiar no Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-09/seminario-discute-aplicacao-da-constelacao-familiar-no-poder>>. Acesso em: 03 jan. 2019.



utilizada, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Tribunais de dezesseis Estados do Brasil, além do Distrito Federal, sempre antes das tentativas de conciliação.<sup>24</sup>

No Estado do Rio de Janeiro, o TJRJ, ao criar a casa da família, reconheceu institucionalmente a constelação familiar como uma forma de tratamento adequado aos conflitos de interesse, abrindo-se ao sistema multiportas, que permite, a depender da peculiaridade do conflito, um instrumento mais adequado à sua resolução.

O CNJ<sup>25</sup> se pronunciou no sentido de que a técnica em questão auxilia no tratamento adequado dos conflitos, apresentando dados que revelaram que em todos os casos nos quais a técnica foi aplicada foram obtidos resultados significativos, alcançando elevados índices de acordo.

Segundo o juiz Sami Storch<sup>26</sup>, a experiência inicial de aplicação da prática em Varas de Família resultou em soluções conciliatórias em índices superiores a 90% dos casos, sendo que, em um contexto mais atual, resultados equivalentes foram obtidos em outras comarcas do país.

Na cidade do Rio de Janeiro, a 1ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) de Santa Cruz e a Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Belford Roxo, na Baixada Fluminense, já aderiram à técnica. Entre os meses de abril e setembro de 2016, foi realizado um projeto piloto no Fórum Regional da Leopoldina. Conforme pesquisa elaborada pela Práxis sistêmica, no referido projeto, onde foram selecionados trezentos processos para as sessões de constelação familiar, o índice de acordo verificado com a aplicação da técnica foi de 86%.<sup>27</sup> Ademais, foi avaliado ainda o índice de aprovação da técnica pelos participantes ao final dos encontros, que foi feita por meio de um formulário, sendo que o resultado obtido foi de quase 80%.<sup>28</sup>

Todavia, apesar da existência da Resolução nº 125/2010<sup>29</sup> do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) esteando a técnica, não há diretrizes específicas para sua aplicação. A ausência

---

<sup>24</sup> FARIELLO, Luiza. *Constelação Familiar*: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>25</sup>MIRANDA, Juliana Lima de. *Direito sistêmico*: impactos psicossociais da constelação familiar no Judiciário. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590845&seo=1>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>26</sup>STORCH, op. cit.

<sup>27</sup>VIRGILIO, op. cit.

<sup>28</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>. Acesso em: 04 jan. 2019.

<sup>29</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 ago. 2019.



de legislação disciplinadora do assunto provoca diferentes tipos de abordagens pelo país, além de sua utilização estar subordinada à encampação da técnica por cada juiz ou vara judicial.

Conforme experiências compartilhadas pelo magistrado André Tredinnick<sup>30</sup>, o caminho adequado a ser trilhado para a regulamentação da técnica no poder judiciário deve considerar alguns parâmetros, exigindo-se: voluntariedade plena, adesão informada e participação não indutiva, bem como admitindo desistência a qualquer tempo [informação verbal].

Destaca o referido magistrado<sup>31</sup> que, ao detectar a vulnerabilidade ou a deficiência de qualquer ordem, o constelador deve suspender a prática e encaminhar aos cuidados do serviço social e psicológico vinculados ao órgão do poder judiciário em que atue, sendo também necessária a qualificação inquestionável do constelador, o que se alcança com uma formação adequada, supervisão mínima e avaliação comprovada em curso de notória especialização [informação verbal].

Por fim, acrescenta<sup>32</sup> que a técnica não pode tratar do processo específico do constelado e demais partes do processo, não pode implicar em julgamento, sugestão, conselho do constelador no caso concreto, devendo ser observado o sigilo da prática, ou seja, não existe a possibilidade do constelador ser chamado a depor em juízo. Ademais, o constelador voluntário ou o profissional que atua na prática possui as mesmas peculiaridades no tocante às suspeições e impedimentos [informação verbal].

Hodiernamente, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), trabalha-se na aplicação da técnica com uma equipe voluntária, mas pensa-se em um curso de formação para servidores na própria casa, de forma a possibilitar que eles tenham capacitação para fazer a técnica. Esse curso exigiria uma formação extensa, com cursos de no mínimo dois anos e supervisão constante. Para o magistrado André Tredinnick<sup>33</sup>, o ideal seria transformar a constelação familiar em uma política pública [informação verbal].

Diante do contexto apresentado, conclui-se que a constelação familiar aplicada ao judiciário representa o verdadeiro espírito do acesso à justiça, revelando-se uma técnica altamente qualificada para se alcançar soluções humanizadas e efetivas, produzindo resultados marcantes no aspecto qualitativo quanto à prestação jurisdicional ofertada. Estimulando as

---

<sup>30</sup>TREDINNICK, op. cit.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.



peçoas à pacificação, o judiciário reduz de forma expressiva as demandas, diminuindo gastos, aumentando a eficácia e a celeridade processual, além de, principalmente, humanizar a justiça.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa preocupou-se em demonstrar que a Constelação Familiar se apresenta como um saber emergente válido para ser aplicado ao Direito como mecanismo de solução consensual de conflitos.

A problemática essencial desenvolvida no presente trabalho girou em torno da realidade peculiar dos conflitos que tramitam nas Varas de Família, que, dotados de alta complexidade, necessitam de uma abordagem sistêmica para serem resolvidos de forma adequada.

Ao longo do primeiro capítulo restou demonstrado que, diferentes de todos os outros, os conflitos familiares envolvem questões subjetivas e complexas dotadas de grande carga de emotividade, onde se tem pouco de direito e muito de aspectos de natureza emocional. Nesses casos, o modelo adequado de tratamento que garantirá a legitimidade da decisão consiste em um trabalho de construção do consenso, pois enquanto trabalhados na forma clássica, o que se dá por meio de sentença, eles reincidirão no sistema.

No segundo capítulo, a temática central discutida foi o modelo de justiça tradicional ofertado pelo judiciário, que se mostra insuficiente quando o objetivo é a resolução das demandas que lhe são apresentadas, o que afeta de forma exponencial o acesso à justiça. Como solução apresentada para que se venha atingir resultados melhores do que os obtidos com as formas tradicionais de se operar o direito, constatou-se que é preciso que o judiciário se oxigene, contexto esse que se faz presente na expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos, a denominada Justiça Multiportas, onde o Poder Judiciário abre as suas portas para novas soluções, buscando construir os métodos adequados de solução dos conflitos por meio de uma interface de saberes.

No terceiro e último capítulo a preocupação foi em demonstrar que garantir a atividade jurisdicional não consiste na intervenção por parte do Estado em todo e qualquer conflito, e sim em intervir somente quando necessário. Nesse sentido, a Constelação Familiar foi muito bem escolhida dentre as áreas do saber, revelando-se como uma alternativa competente para se complementar a prestação jurisdicional.

Constatou-se que se trata de uma técnica consistente aplicada há quase cinquenta anos no mundo, que, ao ser empregada, possibilita o entendimento da trama dos conflitos e apresenta soluções adequadas à sua resolução, contribuindo assim para o aprimoramento da justiça, bem



como para a qualidade dos relacionamentos familiares, abrindo espaço para uma justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos.

Por fim, concluiu-se que a justiça tem muito o que aprimorar e expandir quanto à utilização da técnica em questão. Diante dos resultados altamente positivos obtidos com o método, o Poder Judiciário precisa refletir a respeito de providências a serem tomadas para a sua devida regulamentação, de forma que seu acesso seja generalizado. Dessa forma, caminhar-se-á, enfim, ao encontro de uma justiça mais humana, efetiva e acessível, garantindo-se o acesso à ordem jurídica justa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

FARIELLO, Luiza. *Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

GLOBO. *Notícia fornecida pela juíza Andréa Pachá em entrevista concedida ao Programa Encontro com Fátima Bernardes*, em março de 2017. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5936371/programa/>>. Acesso em: 23 set. 2018

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. *Constelações Familiares: O reconhecimento das Ordens do Amor*. Tradução Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.





MIRANDA, Juliana Lima de. *Direito sistêmico: impactos psicossociais da constelação familiar no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590845&seo=1>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

MOTA, Aline Mendes. *2018: o ano em que as constelações familiares se consolidaram no Brasil*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284924,41046-2018+o+ano+em+que+as+constelacoes+familiares+se+consolidaram+no+Brasil>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

PITUCO, Alice Pagnoncelli. *Novas metodologias para atender às especificidades do direito das famílias: a mediação de conflitos e as constelações familiares*. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174620>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Mediação familiar: uma nova alternativa?*. Disponível em: <<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/95869/mediacao-familiar-uma-nova-alternativa>>. Acesso em: 21 set. 2018.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves. *Breves considerações sobre o acesso à justiça*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24200/breves-consideracoes-sobre-o-acesso-a-justica/1>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

STORCH, Sami. *Constelação Familiares e Judiciário: reflexões positivas*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TORRES, Ana Flavia Melo. *Acesso à Justiça*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4592](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592)>. Acesso em: 02 dez. 2018.

TREDINNICK, André. palestra proferida na 48ª reunião do Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação, com o tema “*A Constelação Familiar como Mecanismo de Solução Consensual de Conflitos*”, ocorrida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), em agosto de 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012

VIRGILIO, Paulo. *Seminário discute aplicação da constelação familiar no Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-09/seminario-discute-aplicacao-da-constelacao-familiar-no-poder>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2018.



## ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA OMISSÃO ESTATAL E SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thais Antonia Medina Correia

Graduada pela Universidade Federal Fluminense- UFF. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ. Advogada.

**Resumo** – A concretização dos direitos fundamentais sempre foi um desafio para a Administração Pública brasileira, pois exige esforços legislativos, orçamentários, alocação de recursos, realização de escolhas e avaliação de prioridades. Por vezes, a complexidade desse sistema gera uma situação de omissão do poder público ou de ineficiência, o que resulta no desrespeito de diversos direitos. Quando essa conjuntura se torna caótica revelando uma violação constante de direitos fundamentais e evidenciando as falhas estruturais do sistema, configura-se o Estado de Coisas Inconstitucional e a atuação do poder judiciário é solicitada. Isso aconteceu diante da falência do sistema carcerário, mas pode ser configurada em outras estruturas sociais. Diante disso, surgiram questionamentos naturais sobre os limites do ativismo judicial e sua consonância com a manutenção do equilíbrio democrático.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Omissão Estatal. Estado de Coisas Inconstitucional.

**Sumário** – Introdução. 1. Políticas Públicas e sua relação com a omissão do Estado. 2. O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional a partir da ADPF nº 347. 3. As constantes violações aos direitos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 regulamenta diversos direitos fundamentais, sendo um instrumento programático, visionário e garantista. Mas esses direitos precisam ser concretizados e não somente regulamentados a fim de que estejam efetivamente presentes na vida dos brasileiros. Para isso, a administração estatal deve elaborar políticas públicas específicas para cada direito e quando se adentra nessa questão, a reserva do possível sempre surge como um impasse a esse objetivo.

Quando o poder público não consegue atuar na efetivação de políticas públicas para concretizar os direitos fundamentais e isso causa uma violação sistemática desses direitos atingindo várias pessoas, é possível que se instaure o Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional consiste na violação maciça e generalizada dos direitos fundamentais de um grupo de pessoas em decorrência da omissão ou ineficiência das políticas do Estado. Apesar de não haver previsão constitucional sobre essa conjuntura, o tema já foi abordado em decisões do Supremo Tribunal Federal sendo o caso mais emblemático o da ADPF nº 347, em que foi reconhecido o Estado de Coisas Institucional do sistema carcerário brasileiro.

Essa ADPF evidenciou a insuficiência das instituições democráticas e questionou a capacidade de os órgãos federais e estaduais conseguirem solucionar problemas estruturais. Ademais, destacou o protagonismo que a Corte detém ao ser considerada uma via capaz de modificar a situação atual frente a inocuidade dos outros poderes.

Nesse contexto, o presente artigo pretende abordar o tema de forma sucinta e sem a pretensão de esgotá-lo, mas apenas para apresentar suas características e aplicação no direito brasileiro, pois a ADPF nº 347 foi a primeira, mas provavelmente não será a última a compelir o STF a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional diante da omissão e da impotência da Administração Pública.

No primeiro capítulo, buscou-se estabelecer a relação entre a omissão do Estado na efetivação de políticas públicas e a violação aos direitos fundamentais dos cidadãos, evidenciando as consequências dessa conjuntura.

No segundo capítulo, será apresentada a ADPF nº 347 como precursora da instalação do Estado de Coisas Inconstitucional, uma consequência concreta da omissão das políticas estatais, apontando as medidas adotadas pelo STF para tentar solucionar a situação de maneira imediata, mostrando como essa atuação tem a intenção de abordar uma atitude conjunta, mas reforça o ativismo do Judiciário diante da ineficácia dos outros Poderes da República.

Por fim, o terceiro capítulo pretende demonstrar que diversos setores da sociedade carecem de políticas públicas e que a omissão do Estado conduz a inevitável conclusão de que o judiciário será chamado a se manifestar por meio de outras ADPFs a apresentar soluções, aumentando cada vez mais a discussão acerca do ativismo judicial, que precisa respeitar um equilíbrio democrático.

Para alcançar tais propósitos a abordagem do objeto será realizada por meio de uma pesquisa qualitativa com a análise de ampla bibliografia composta de sites, livros e legislação atualizada.



## 1.POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM A OMISSÃO DO ESTADO

Os direitos fundamentais como são conhecidos atualmente, representam o resultado de inúmeras teorias filosóficas e políticas aperfeiçoadas ao longo da história. A complexidade do tema dificulta a apresentação de um conceito exato sobre o que efetivamente é um direito fundamental e o que ele representa. Apesar da dificuldade, a Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> deixou absolutamente claro que a dignidade da pessoa humana representa a sua base de sustentação e é responsável pela emanção de diversas garantias e proteção ao cidadão.

Com a finalidade de explicar o desenvolvimento dos direitos fundamentais até os dias atuais a doutrina costuma dividi-los em gerações ou dimensões que mostram como tais direitos são variáveis de acordo com o momento histórico da sociedade<sup>2</sup>.

A segunda dimensão, que prevê direitos sociais a serem assegurados pelo Estado é uma das mais problemáticas a ser alcançada e sua materialização está diretamente relacionada ao papel do Estado com a implementação de políticas públicas:

[...] Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. (...) As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário<sup>3</sup>.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 prever de maneira ampla vários direitos sociais no art. 6<sup>o</sup>, visando a garantir a dignidade dos brasileiros, a realidade atual mostra que esse objetivo está cada vez mais frustrado e a falta de êxito está relacionada a incontáveis fatores que para serem analisados demandariam um estudo estrutural e profundo da máquina estatal

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135-136.

<sup>3</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2005, nº 240. p. 90. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>> Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

brasileira e de todos os seus setores.

Entretanto, é possível superficialmente verificar que para a materialização da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, são necessários componentes básicos como orçamento, alocação organizada dos recursos públicos e gestão administrativa.

O orçamento decorre das receitas tributárias originárias e derivadas; a alocação organizada de recursos públicos precisa de Leis Orçamentárias alinhadas com as necessidades reais da população; a gestão administrativa exige organização e harmonização de todos os entes federativos, órgãos administrativos diretos e indiretos e agentes públicos a fim de que a receita não seja desperdiçada e possa ser aplicada da maneira mais eficaz possível.

Apesar da importância singular de todos os direitos sociais previstos no art. 6º, CF<sup>5</sup>, inegavelmente existem alguns que merecem destaque em razão da sua característica vital, são eles saúde, educação e segurança pública. Essas áreas carecem de tanta atenção que com o passar dos anos se transformaram em temas demasiadamente complexos e que parecem exigir soluções complexas.

Nesse contexto, surge a necessidade de políticas públicas efetivas, capazes de tornar a previsão constitucional, em algo concreto na vida dos cidadãos. Isso significa que a Administração Pública deve concentrar esforços de maneira organizada, escolhendo seus programas governamentais e ações afirmativas de maneira objetiva. Entretanto, a dificuldade prática de concretizar a teoria da lei, somada a fatores como burocracia, contratação, licitação, necessidade de profissionais adequados dentre outros, acabam por gerar uma verdadeira omissão estatal.

Ao apontar a omissão do Estado como responsável pela falha dos direitos sociais, é importante esclarecer que não se trata de uma omissão puramente legislativa ou administrativa. Na verdade, existem comandos legislativos e existem projetos de políticas públicas para implementá-los. Entretanto, isso não é suficiente:

Muitas vezes, há lei e iniciativas administrativas para cumprimento dos comandos legais em favor da realização de direitos constitucionais, porém, o resultado é pífio, revelando-se a insuficiência na proteção estatal. A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais. Tal situação, em muitos casos, apresenta-se insistente, não demonstrando nem Legislativo nem Executivo capacidade institucional e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando

---

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1



proteção deficiente de direitos fundamentais, se caracteriza como um quadro permanente de falhas estruturais<sup>6</sup>.

Em inúmeros setores da sociedade, principalmente saúde, educação e segurança pública que são as necessidades mais prementes da população carente, há uma verdadeira falta de Estado. O Poder Público não consegue se fazer presente nessas áreas, o que gera uma falha institucional. Os motivos que geram essa omissão são demasiadamente complexos e exigem uma análise profunda a respeito da organização do Estado brasileiro, mas inevitavelmente, surge a discussão a respeito da Reserva do Possível, já superada para grande parte da jurisprudência no sentido de que, a escassez de orçamento não pode ser um impedimento para a efetivação dos direitos sociais.

Por outro lado, não é difícil constatar que essa omissão tem gerado uma violação maciça e constante dos direitos fundamentais. Tal conjuntura tem colaborado para o aumento da atuação do poder judiciário, que, por meio de suas decisões, vem solucionando conflitos particulares e coletivos para materializar os direitos fundamentais caso a caso.

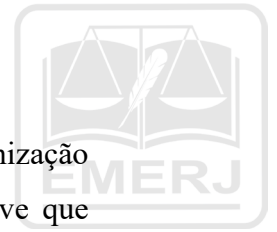
Nesse contexto, foi levado ao Supremo Tribunal Federal a situação relativa ao Sistema Carcerário Brasileiro que protagoniza um dos cenários com maior desrespeito contínuo e progressivo de inúmeros direitos sociais e fundamentais. O desprezo à dignidade humana é tão evidente e os possíveis mecanismos de solução são tão ineficazes, que foi preciso o ajuizamento de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para buscar uma medida judicial capaz de encontrar instrumentos para remediar a situação.

## 2. O CONCEITO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL A PARTIR DA ADPF Nº 347

A definição e a criação do conceito daquilo que hoje denomina-se “Estado de Coisas Inconstitucional” surgiu na Corte Colombiana<sup>7</sup>. Na ocasião, o judiciário colombiano definiu como uma situação em que a falta de atuação das autoridades públicas gera uma intensa e

<sup>6</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. 245 f. Tese (doutorado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>7</sup> A Corte Constitucional da Colômbia se pronunciou acerca do Estado de Coisas Inconstitucional nas seguintes decisões: *Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004. Essas decisões foram citadas pelo Relator Ministro Marco Aurélio no acórdão que decidiu sobre a Medida Cautelar na ADPF nº 347. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2019.



sistemática violação de direitos fundamentais e somente mudanças estruturais da organização do Poder Público são capazes de modificar tal conjuntura. Esse contexto é tão grave que legitima a interferência da Corte para determinar quais políticas públicas devem ser realizadas<sup>8</sup>.

Em síntese, o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>9</sup> afirma que:

[...] são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Aplicando esse conceito à realidade brasileira, é possível concluir que os requisitos apresentados pelo autor estão presentes quando se analisa a situação do sistema prisional, que guarda inúmeros problemas principalmente relacionados à superlotação das celas com a consequente impossibilidade de separação dos presos de acordo com o delito, a falta de higiene básica com a proliferação de doenças e deficiência no atendimento médico. Enfim, direitos sociais que compõe o mínimo existencial são amplamente violados nessas locações.

A Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados realizou uma pesquisa a respeito do tema nos anos de 2007 e 2008 e concluiu que o ambiente prisional é marcado por violência sexual, torturas, falta de água potável, corrupção, falta de uma estrutura profissionalizante e educacional, domínio do local por organizações criminosas, total falta de controle do Poder Público sobre essas estruturas<sup>10</sup>. Unidos a esses elementos degradantes, está a falha na aplicação das leis penais e processuais, que juntos formam tal cenário de violação sistemática de direitos.

Existem leis nacionais (como a Lei de Execuções Penais) e Tratados Internacionais (como por exemplo, Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos) que asseguram condições dignas para que o cumprimento da pena seja realizado com decência e vão além, pois preveem ensino profissionalizante e ressocialização dos presos à comunidade. Ocorre que a previsão legal fica apenas no campo teórico porque

---

<sup>8</sup> CAMPOS. Carlos Alexandre. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1). Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Idem, 2015, p. 32, a





propostas de melhoramento das condições atuais de encarceramento não são prioridade no campo político e isso leva ao cumprimento de penas cruéis e degradantes<sup>11</sup>.

Diante desse quadro, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347), requerendo que o Supremo Tribunal Federal adotasse diversas medidas na tentativa de encerrar o ciclo de degradação ao qual os presos estão reduzidos, pedindo que a Corte reconhecesse que o sistema prisional brasileiro representa verdadeiramente o conceito criado pela Corte Colombiana de Estado de Coisas Inconstitucional<sup>12</sup>.

Ao julgar a ação (em medida cautelar) o Supremo reconheceu a violação reiterada dos direitos fundamentais dos homens e mulheres que estão nos presídios brasileiros, pois verificou que os pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional estão presentes<sup>13</sup>. Ademais, diante dos pedidos realizados, adotou uma posição amparada no ativismo judicial, declarando que a situação configura um “litígio estrutural” necessitando, portanto, de “remédios estruturais”<sup>14</sup>.

No voto do relator, ministro Marco Aurélio, foi suscitado qual posição o Supremo deve adotar diante da inconstitucionalidade do sistema e ele conclui que reconhece a complexidade, principalmente teórica, de admitir interferência em políticas públicas e orçamentárias. Entretanto, conclui que diante da violação aos direitos e da dignidade, o Tribunal deve adotar uma posição mais impositiva e cita o precedente 592.581/RS<sup>15</sup> em que a Corte viabilizou a

---

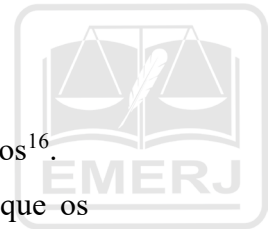
<sup>11</sup> A professora, mestre e doutora Ana Paula Barcellos faz uma interessante análise acerca dos motivos que levam ao tratamento desumano e cruel dos presos brasileiros. Ela conclui que “os compromissos formais com os direitos humanos acabam sendo construídos sobre uma base moral e filosófica que não é realmente compartilhada pela maior parte da sociedade [...]. A hipótese que se suscita aqui é a de que a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculada ao comportamento do indivíduo. Isso explicaria a permanência do caos no sistema prisional brasileiro, a despeito de toda a estrutura jurídico formal descrita acima”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2010, nº 254, p. 52. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>12</sup> Na apreciação da Medida Cautelar da ADPF nº 347, páginas 6 e 7, é possível verificar que o autor da ação sustentou que a situação do sistema carcerário no Brasil viola os principais direitos fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347*, p. 6-7. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>14</sup> CAMPOS, op. cit., 2015, b, nota 8.

<sup>15</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.



possibilidade de o Judiciário obrigar à União e os estados a realizarem obras em presídios<sup>16</sup>.

A relevância do voto do relator é ainda mais importante porque reconhece que os poderes da República falharam na tentativa de encontrar uma solução ao caso de encarceramento em massa. As políticas públicas voltadas para esse problema não são eficazes ou sequer existem, portanto, há efetiva omissão dos poderes públicos. Então, a atitude do STF para concretizar soluções acaba sendo fundamental.

Mas essa intervenção deve ser reconhecida nos moldes dos requisitos de um Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, apenas diante do cenário que exige uma mudança completamente estrutural do modelo de organização da Administração Pública. A doutrina Colombina que cunhou tal expressão foi clara ao determinar, nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que é necessário que existam “falhas estruturais”. Portanto, diante dos impasses políticos que geram a dificuldade e a improbabilidade de o governo superar a situação de inconstitucionalidade, há o aumento do ativismo judicial<sup>17</sup>.

A intervenção do Poder Judiciário por meio da atuação do STF deve ser de modo a dialogar com os outros poderes, com os estados, com as secretarias estaduais, com a União e todos os demais responsáveis pelos acontecimentos. Se as falhas são decorrentes de uma disfunção da estrutura da Administração, então a solução deve passar por toda a estrutura da Administração.

Assim, no voto do ministro Marco Aurélio<sup>18</sup>, ele destacou como deve ser a atuação do Supremo Tribunal Federal, determinando que:

A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente.

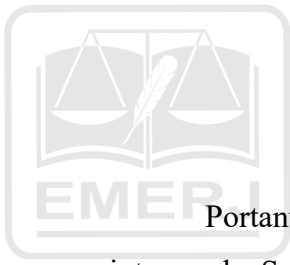
---

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., p.13, nota 7.

<sup>17</sup> CAMPOS, op. cit., 2015, p. 20-21, a

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., p.18, nota 7.



Portanto, o equilíbrio entre as instituições deve ser mantido e mesmo com a atuação intensa do Supremo é preciso evitar “unilateralismos decisórios” a fim de que exista, na verdade, um “ativismo judicial estrutural dialógico”<sup>19</sup>.

Nesse sentido, o Supremo decidiu acolher o pedido para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)<sup>20</sup> proibindo contingenciamentos. Isso é um movimento que indica ativismo e interferência no orçamento de um montante pertencente à União, mas que, diante do contexto acima mencionado, se mostrou necessário com o objetivo de iniciar um empreendimento para reparar a violação da dignidade dos que estão encarcerados.

Portanto, a calamidade em que se encontra o Sistema Carcerário Brasileiro, que submete homens e mulheres a uma condição degradante, humilhante, de deterioração da vida humana, sem nenhuma dignidade, com violações constantes de direitos humanos e sem nenhuma perspectiva ou sinais de desenvolvimento de uma solução, cria um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional. Essa inconstitucionalidade flagrante levou o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar e a adotar medidas estruturais com outras instituições importantes no Estado de Direito Brasileiro, com a finalidade de encontrar resultados eficazes para solucionar os problemas.

Ao analisar os pressupostos que levaram ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios, surge a inquietação a respeito de outros setores da sociedade que também revelam violações constantes dos direitos fundamentais decorrentes da omissão estatal no controle de suas políticas públicas e nas falhas estruturais da Administração. Desse pensamento indaga-se se é possível também qualificar como uma situação de inconstitucionalidade flagrante as falhas no sistema de saúde, no sistema educacional e na segurança pública, que representam as principais mazelas da sociedade brasileira atual.

---

<sup>19</sup> CAMPOS. op. cit., 2015, p. 22, a.

<sup>20</sup> BRASIL, op cit., nota 7. Sobre o tema, a Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, dispõe em seu artigo 1: “Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”. No voto do Ministro Relator Marco Aurélio na Medida Cautelar da ADPF 347, na página 21, ele ressalta que os recursos desse fundo têm sido mal aplicados e que relatórios do próprio Departamento esclarecem que a maior parte é contingenciada ou não utilizada.

### 3. AS CONSTANTES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme foi elucidado nas páginas anteriores, a configuração de um Estado de Coisas Inconstitucional exige que alguns requisitos, formulados pela Corte da Colômbia, estejam presentes, são eles<sup>21</sup>:

[...] situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Diante desses pressupostos, é possível analisar se outros direitos fundamentais estão sendo constantemente violados e ensejam a caracterização de uma inconstitucionalidade contínua.

No início do presente artigo foram apresentados direitos sociais previstos no art. 6 da Constituição Federal<sup>22</sup> que são essenciais para que o mínimo existencial seja garantido ao ser humano e sua concretização depende de políticas públicas. Contudo, a realidade mostra que as políticas públicas atuais não têm sido suficientes para defender direitos básicos. O que se pretende analisar é se as falhas na prestação de serviços essenciais podem configurar um Estado de Coisas Inconstitucional como ocorre com o Sistema Carcerário Brasileiro.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que existem diversos diplomas normativos e políticas públicas que são efetivamente implementadas para tentar melhorar o Sistema Único de Saúde com parcerias entre a Administração Pública e Organizações do Terceiro Setor, por exemplo, ou programas de disponibilidade de medicamentos gratuitos. Também existem reformas constantes no Ministério da Educação com aprimoramento do currículo escolar, propostas de financiamento de ensino superior, incentivo aos cursos técnicos de profissionalização e aperfeiçoamento. Da mesma forma, a segurança pública também é um setor que recebe incentivos, com programas de treinamento e destinação de recursos orçamentários para as corporações policiais.

Em segundo lugar, é possível admitir que esses três ramos de direitos são constantemente objeto de promessas políticas dos agentes públicos, pois a sua importância é de interesse de toda a população. Ademais, recursos públicos são destinados a essas áreas como tentativa de manter os programas sociais, expandi-los e melhorá-los<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL, op cit., p. 11, nota 7.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit, nota 1.

<sup>23</sup> BARCELLOS, op. cit., 2010, p. 50, b.



Essa perspectiva não pode ser vista com a mesma intensidade quando se analisa o Sistema Carcerário. A sua situação de violação de direitos é frequentemente esquecida das pautas principais dos projetos orçamentários e as políticas públicas eventualmente existentes para tentar modificá-lo não recebem tanta atenção das instituições e nem da população (apesar de grandes esforços do Ministério Público e da Defensoria Pública que provocam decisões judiciais importantes). Isso fica evidente quando se observa que o Fundo Penitenciário tem seus valores contingenciados e não utilizados. Conseqüentemente, há um sucessivo desrespeito aos direitos humanos.

Mas os direitos humanos também são desrespeitados quando as pessoas não têm atendimento médico de qualidade. Não se trata de uma eventual demora na fila em questão, mas de unidades superlotadas, sem leitos, sem medicamentos, sem profissionais capacitados, sem objetos básicos para atendimento. Da mesma forma, ocorre com o sistema educacional que não possui vagas em creches, nem educação de qualidade, com alunos sem conhecimentos mínimos de gramática e matemática.

Tudo isso decorre de uma falha estrutural e de uma incapacidade reiterada das autoridades, o que leva ao ativismo judicial, pois juízes são instados a se manifestar para conferir direitos básicos em demandas individuais. Ademais, a superação de tal conjuntura não parece ser possível com a simples edição de mais leis e com a manutenção das mesmas políticas atuais, pois a crise nos direitos fundamentais constitucionais não vislumbra sinais de melhora se as mesmas técnicas e procedimentos continuarem a ser usados.

Diante disso, por meio de uma adequação pura das circunstâncias factuais aos pressupostos, é possível caracterizar a saúde, a educação e a segurança pública como direitos fundamentais que também estão sujeitos a violações constantes e que podem representar um Estado de Coisas Inconstitucional, haja vista que os requisitos inicialmente apresentados podem ser aplicados nesses direitos.

Não obstante essa possibilidade, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto na medida cautelar da ADPF nº 347, sustentou de maneira contrária, defendendo que<sup>24</sup>:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., p. 12, nota 7.

Portanto, na opinião do Ilustre Ministro, os diversos problemas do país não necessariamente se encaixam no conceito de Estado de Coisas Inconstitucional. Ele afirma que, em comparação com a problemática do encarceramento, problemas da saúde pública, por exemplo, são sérios, mas que existe vontade política de resolvê-los e que apesar da falta de eficiência, não corre o risco de piora significativa. Por outro lado, os presos são desprezados na sociedade e a opinião pública não aceita que os gastos públicos sejam destinados para melhoria do encarceramento<sup>25</sup>.

Então, seria possível dizer que, apesar da deficiência na concretização de vários direitos fundamentais, como existem políticas públicas para solucioná-los, não estariam presentes os pressupostos suficientes para caracterizar como um estado inconstitucional. Existem falhas estruturais suficientes para essa caracterização no que tange a falta da prestação do serviço de saúde? Existe uma verdadeira improbabilidade de superação da situação pelo governo, diante da realidade caótica dos hospitais, das escolas públicas e da segurança pública?

Inegavelmente, os elementos usados pela Corte Colombiana e pelo STF apresentam um grau de subjetivismo e possibilitam que outras situações sejam ajustadas ao conceito. Mas, até o momento, apenas o Sistema Carcerário foi objeto de reconhecimento de inconstitucionalidade sistemática. Contudo, nada impede que diante de um caso gravíssimo de violações aos direitos fundamentais na área da saúde, da educação ou em qualquer outra, a Corte caracterize essa conjuntura novamente.

A realidade brasileira apresenta constantes violações a direitos fundamentais que se analisadas profundamente revelam que existe uma falha na administração e na estrutura como tais direitos são legalizados e implementados. Por esse lado, seria possível configurar um estado de inconstitucionalidade. Contudo, a caracterização dessa situação depende de sua adequação aos pressupostos que configuram essa realidade e apenas o Supremo Tribunal Federal poderá se manifestar a respeito.

Diante dessa possibilidade, surge novamente a indagação dos limites de atuação do Supremo na efetivação das políticas públicas com interferência no orçamento dos entes federativos, na linha de orientação do legislativo e do executivo.

Nesse sentido, como foi dito anteriormente, o Judiciário não pode adotar uma postura unilateral na resolução dessas disfunções, porque problemas estruturais demandam soluções

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 14 e 15.



capazes de englobar diversas instituições participativas na promoção do direito que está sendo violado.

Inclusive, quando a Corte Constitucional da Colômbia decidiu sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, adotou duas medidas diferentes para solucionar as questões e uma delas foi fracassada, enquanto a outra apresentou mais êxito.

Em sua obra, o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>26</sup> cita duas decisões da Corte Colombiana. Na Sentencia de Tutela (T) 153 de 1998, afirma que foi utilizada uma postura com pouca flexibilidade com falta de monitoramento das ordens, o que resultou na ineficácia das medidas, pois considerou que a sua autoridade seria o bastante para que os órgãos públicos cumprissem as decisões. Por outro lado, na Sentencia T-025 de 2004, a Corte estabeleceu ordens flexíveis e dirigidas a autoridades públicas com base no diálogo com os outros poderes, harmonizando o ativismo judicial da intervenção nas políticas públicas com propostas de outras instituições.

Foi um posicionamento semelhante ao da Corte Colombiana, que o STF adotou ao concluir pela concessão de algumas medidas cautelares na ADPF nº 347, e esse o espírito dialógico deve ser mantido em futuras decisões que possuam características semelhantes de condições de violação consistente de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o autor supracitado é um grande entusiasta da tese e define que<sup>27</sup>:

Para ser legítimo, o ativismo judicial deve ser dialógico. A superação do estado de coisas inconstitucional, pelo fato de este decorrer de falhas estruturais, apenas é possível por meio de “remédios estruturais”, dirigidos a um número abrangente de atores políticos e buscando coordenar as ações dessas autoridades na tarefa de assegurar a proteção eficiente de direitos. Para serem dialógicos, esses remédios estruturais, no entanto, devem ser caracterizados como ordens flexíveis, que fixem objetivos a serem alcançados sem excluir os espaços próprios de deliberação política e técnica dos outros poderes sobre os meios. Esta é a formulação definitiva da tese e que orientará a proposta de introdução do estado de coisas inconstitucional no Brasil.

Portanto, essa estrutura dialógica proposta pelo autor é um modelo de solução possível que conjuga o ativismo judicial com a atuação de diversas instituições republicanas e da sociedade civil, mantendo, assim, o equilíbrio democrático.

---

<sup>26</sup> CAMPOS, op. cit., 2015, b.

<sup>27</sup> Idem, p. 22, a.



## CONCLUSÃO

A estrutura administrativa pública brasileira é organizada dentro de um arranjo intrincado de órgãos, instituições, hierarquia, burocracia, competências, que muitas vezes, na prática, são difíceis de caminharem em harmonia.

Ao mesmo tempo em que existem previsões legais e administrativas acerca de diversos temas, o seu cumprimento nem sempre é suficiente para concretizar direitos, pois a falta de coordenação entre os Poderes e os órgãos conduz a uma estrutura que falha quando precisa proteger direitos fundamentais.

Quando se fala em política pública é preciso pensar em projetos específicos para concretizar serviços essenciais e de qualidade, com a finalidade de realizar as propostas constitucionais capazes de garantir direitos fundamentais. Nesse contexto, a complexidade da estrutura da administração brasileira exige mais insistência e empenho para que políticas públicas vençam os desafios orçamentários e burocráticos e, com isso, sejam concretizadas.

Esses fatores profundos e estruturais que são causas dessa ineficiência precisam ser corrigidos, porque têm gerado amplas violações aos direitos fundamentais, na medida em que estão prejudicando a implementação de políticas públicas. Consequentemente, essa realidade levou a instauração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário.

Apesar da cautela na inserção desse instituto estrangeiro ao direito brasileiro, suas premissas foram bem acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar da ADPF nº 347<sup>28</sup>. A partir da definição dos pressupostos, seria possível encaixar qualquer situação em que existam direitos fundamentais violados de maneira intensa e continuada, evidenciando a incapacidade permanente do Estado em prover uma solução.

Desse modo, não existem impedimentos, a priori, para que outros cenários sociais (como superlotação de unidades de saúde; analfabetismo generalizado; escassez de alimentação em miserabilidade; excessivas pessoas em situação de rua), também se tornem objeto de um Estado de Coisas Inconstitucional, e assim, sejam produto de medidas conclusivas do STF para correção das falhas. Em tese, essa classificação depende tão somente da existência de violações sucessivas de direito fundamental com adequação aos requisitos definidos pelo Supremo.

Por outro lado, não se pode generalizar o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional para abranger toda e qualquer situação de ofensa aos direitos fundamentais, sob pena de apequenar o instituto. Apesar de o Brasil ser um país com dificuldade de realizar políticas

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit, nota 7.



públicas cem por cento eficazes, muitas delas têm resultados positivos em abundância. Por isso, encaixar qualquer problema enfrentado dentro de um conceito tão poderoso como o cunhado pela Corte Colombiana, pode ser perigoso sob o risco de banaliza-lo.

Além disso, quando o Supremo decidiu reconhecer o sistema carcerário brasileiro como um Estado de Coisas Inconstitucional, ele definiu o quanto era importante e urgente que fossem adotadas medidas específicas para solucionar a questão e conseqüentemente, gerou um aumento do ativismo judicial. Por mais que a tese adotada tenha sido no sentido de instituir um diálogo entre as instituições, entre os órgãos federais, estaduais e os poderes Executivo e Legislativo para adoção de medidas conjuntas, houve um posicionamento mais ativo, e quando o Judiciário se comporta dessa forma, sempre é necessário que ele atue com cautela, pois o equilíbrio democrático não pode enfraquecer.

Portanto, posicionamentos muito participativos do Supremo, apesar de essenciais quando estamos diante de situações flagrantemente violadoras dos direitos fundamentais, constituem uma exceção, presente apenas quando existe uma falha estrutural, reiterada, persistente das autoridades públicas. O ideal é preservar um cenário em que todas as instituições atuam de maneira equilibrada e harmônica.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 240, p. 83-103, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>> Acesso em: 13 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 13 fev. 2019

BRASIL. Comissão Parlamentar de Inquérito – *Sistema Carcerário*. Disponível em: <[bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm)>. Acesso em: 13 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar 79 de 7 de janeiro de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2019.



.\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

.\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

.\_\_\_\_\_. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



## DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Thaís Bittencourt Alves Rosadas

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

**Resumo** – Os atos de improbidade administrativa são uma realidade no Brasil e, por isso, é preciso aperfeiçoar os mecanismos trazidos pela Lei nº 8.429/92. Em que pese a lei proibir transação, acordo e conciliação em seu âmbito, essa vedação já não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que deve-se valorizar os meios consensuais de resolução de conflitos. Nesse sentido, a possibilidade de aplicação da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa é uma alternativa eficaz para otimizar a eficiência da atividade estatal na repressão dos atos ímprobos. A essência do trabalho é analisar a vedação contida no art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa, bem como o instituto da colaboração premiada, sua aplicação na referida lei e seus possíveis benefícios.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Colaboração premiada. Improbidade administrativa. Meios consensuais de solução de conflitos

**Sumário** – Introdução. 1. Possibilidade de aplicação de meios consensuais na lei de improbidade administrativa. 2. A Colaboração Premiada como instrumento eficaz no combate aos atos ilícitos. 3. Da possibilidade de aplicação da colaboração premiada na lei de improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da aplicação da Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa. Procura-se demonstrar que tanto a Lei nº 8.429/92 como a Colaboração Premiada preocupam-se com o patrimônio público e com os princípios administrativos que dele derivam, razão pela qual esses dois sistemas podem e devem dialogar.

A Lei de Improbidade Administrativa foi criada com o propósito de coibir a prática de atos de improbidade administrativa e responsabilizar os agentes públicos que os pratiquem, exigindo do gestor público responsabilidade com o trato da coisa pública e observância dos princípios da eficiência e da moralidade administrativa.

Contudo, após 26 anos de sua criação, constata-se que a lei não acompanhou as mudanças pelas quais o ordenamento jurídico passou, especialmente no que se refere à resolução consensual de conflitos, uma vez que criada quando o Direito Administrativo era eminentemente sancionador e, por isso, a lei veda expressamente qualquer transação, acordo ou conciliação.

Na seara criminal, observa-se que a Colaboração Premiada desponta como um instrumento eficaz no combate à corrupção, ao permitir acordo entre acusado e Poder Público, o que possibilita a máxima aplicação do princípio da eficiência na persecução penal.

Nesse sentido, pretende-se discutir a viabilidade de aplicação da Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa, posto que os atos de improbidade administrativa são cada vez mais crescentes no Brasil e, não raro, envolvem uma cadeia de agentes com características piramidais, o que impede o conhecimento de todos os envolvidos e a aplicação da respectiva sanção. Além disso, essa investigação envolve um alto custo para a Administração Pública que poderia ser evitado com a Colaboração Premiada, concretizando-se os princípios da moralidade administrativa e eficiência almejados pela lei.

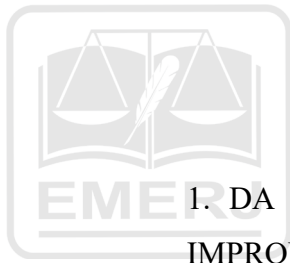
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho ponderando que a Lei de Improbidade Administrativa prima pela eficiência e que a vedação do seu art. 17 não só constitui óbice ao pleno alcance do princípio, como também já está ultrapassada em razão da evolução do Direito Administrativo consensual.

O segundo capítulo analisa o instituto da Colaboração Premiada, com o objetivo de aferir a sua utilização como instrumento eficaz no combate à corrupção, protegendo o patrimônio público e permitindo que a persecução penal alcance melhores resultados com menores custos.

O terceiro capítulo aborda a possibilidade de aplicação da Colaboração Premiada na Lei de Improbidade Administrativa. Procura-se defender a aplicabilidade do instrumento na Lei nº 8. 429/92 como forma de concretizar os princípios trazidos pela lei e que foram almejados pelo legislador, especialmente o da eficiência.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende selecionar proposições hipotéticas, as quais acredita serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, e que serão comprovadas ou contestadas com base em estudos e casos concretos.

Dessa forma, a abordagem do objeto dessa pesquisa será qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende valer-se de obras literárias pertinentes ao tema analisado, bem como artigos que possam auxiliar no desenvolvimento do raciocínio. Além disso, a pesquisa também se apoiará no uso da legislação e jurisprudência naquilo que for adequado.



## 1. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEIOS CONSENSUAIS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92<sup>1</sup>, publicada em 03 de junho de 1992, no Diário Oficial da União, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – LIA, representa um grande avanço do ordenamento jurídico brasileiro no combate à corrupção e permite a adequada responsabilização dos agentes públicos que cometam atos ímprobos.

Pautada pelos princípios administrativos constitucionais trazidos pelo art. 37 da Constituição Federal<sup>2</sup>, como a moralidade e impessoalidade, o objetivo da lei não se resume a reprovar o agente desonesto, que age de má-fé, mas também aquele que não age de forma diligente no desempenho de sua função pública, comprometendo o patrimônio público e o bom funcionamento da Administração Pública. Portanto, busca coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstrem pouco apreço pela atividade desenvolvida, desprestigiando a gestão pública<sup>3</sup>.

Nesse sentido, preocupada em coibir com maior rigor a improbidade administrativa no Brasil, a Lei nº 8.429/92 proíbe expressamente transação, acordo ou mediação nos processos de improbidade administrativa. Essa vedação trazida pela lei encontrava forte amparo no contexto histórico em que inserida no momento de sua promulgação, bem como consubstancia a visão do Direito Administrativo eminentemente sancionador à época.

Como ensina Thaís Bóia Marçal<sup>4</sup>, o Brasil experimentava os primeiros anos pós-ditadura militar e era um verdadeiro anseio da sociedade civil o respeito à Constituição e as leis criadas, bem como a responsabilização dos agentes quando da prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. Desse cenário, prossegue, “justifica-se a tônica de impossibilidade de acordos em ações de improbidade administrativa. A postura da Administração Pública era refratária. Não se tinha como princípio a lógica consensual e dialógica.”.

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 03 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 22. set.2018.

<sup>2</sup>Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 22.set.2018

<sup>3</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 924439. Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=924439&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22. set. 2018

<sup>4</sup>MARÇAL, Thaís Bóia. *Lei de improbidade precisa se adequar às novas necessidades*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-21/marcal-lei-improbidade-adequar-novas-necessidades>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Ocorre que passados seis anos de vigência da lei, o princípio da eficiência foi acrescentado ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal por meio da reforma administrativa feita pela Emenda nº 19/98<sup>5</sup>, erigindo-se ao patamar de princípio administrativo constitucional.

Por isso, à luz desse princípio constitucional, faz-se necessária uma releitura do Direito Administrativo em geral e, no que toca ao presente estudo, da vedação constante no art. 17, §1 da Lei nº 8.429/92<sup>6</sup>.

Pelo princípio da eficiência, a Administração Pública tem o dever de evitar o desperdício e a falha. Mas não se trata de impor a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica, porquanto eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica.<sup>7</sup>

Nas lições de Alexandre Aragão<sup>8</sup>, a eficiência não pode ser concebida apenas como maximização financeira, mas como o dever que o Estado tem de defender os interesses coletivos, obtendo a maior realização prática das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, não só no que se refere à aspectos de caráter econômico, como também para as liberdades dos cidadãos.

Assim, o princípio da eficiência exige que a atuação administrativa de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios ofereça à sociedade medidas administrativas que promovam, com maior intensidade e menores custos, os resultados legitimamente esperados, do ponto de vista econômico e da efetividade dos direitos fundamentais.

A doutrina contemporânea<sup>9</sup> entende que a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo vem sobressaindo como uma alternativa apropriada para incrementar a eficiência administrativa, prevista no art. 37, *caput*, da Constituição.

Como ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>10</sup>, ao lado dos tradicionais pactos públicos, há o surgimento de novas relações negociadas em que o consenso é visto como método para o mais fácil, célere e menos custoso para o atingimento de interesses públicos específicos de dever do Estado. Assim, a consensualidade desponta como consectário do princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal.

<sup>5</sup>Idem. *Emenda Constitucional* 19, de 04 junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 24.set.2018.

<sup>6</sup> Idem, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> MARÇAL, Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.205.

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.73.

<sup>9</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: 15. ed. Forense, 2009, p. 109.

<sup>10</sup> Ibid., p.108.



Nesse sentido, atualmente é possível conceber a existência do princípio da consensualidade no âmbito da Administração Pública. Tal princípio decorre do processo de constitucionalização e desponta como uma releitura do Direito Administrativo a partir da cláusula do Estado Democrático de Direito, encampada no art. 1º da Constituição Federal.<sup>11</sup>

A consensualidade surge, sobretudo, em razão do abandono da concepção clássica do Direito Administrativo, vigente a partir do século XIX, que tinha fundamento na Administração autoritária, com traços de desigualdade entre a Administração e os indivíduos e a atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes da autoridade sobre os mesmos.<sup>12</sup>

Rafael Carvalho de Oliveira Rezende<sup>13</sup> observa que o Direito Administrativo que antigamente se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje requer o respeito à legitimidade. Segundo ele, no Estado Democrático de Direito, a necessidade de atribuir maior legitimidade à atuação do Poder Público faz surgir novas formas de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (ex: consultas e audiências públicas), bem como o aumento de mecanismos consensuais de atuação administrativa (ex: Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, Termo de ajustamento de Gestão – TAG, arbitragem).

Nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup>, “um direito eficiente não mais pode ser aquele monopolística e pletoricamente produzido pelo Estado, cada vez mais se afastando da realidade de sua aplicação”. O direito eficiente é o que se identifica por sua capacidade de solucionar os problemas da população, de modo que não importa mais se sua fonte é ou não estatal ou, até mesmo, se se trata de uma fonte externa.

Observa-se, assim, que dentro de uma visão contemporânea do Direito Administrativo, pautado pelo princípio da eficiência, a Administração Pública deve buscar novos mecanismos aptos a concretizar as finalidades públicas com o menor custo possível, observando-se os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Dentro desse conceito de eficiência, surge a consensualidade, que adquiriu o status de princípio, como meio de efetivação, de forma célere e precisa, do que se espera da gestão pública.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p.40.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane de. *A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan.2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p303-322>>. Acesso em: 22.set.2018.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, op.cit., p.41.

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 41-47, jan. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42540>>. Acesso em: 24. set. 2018.

Especificamente nos atos de improbidade administrativa, os meios consensuais de solução de conflito permitiriam que a apuração dos atos ímprobos, com o conhecimento de seus agentes, e a efetiva aplicação de sanção aos que cometam atos de improbidade administrativa ocorressem de modo rápido, sem se descurar, por óbvio, das garantias fundamentais do acusado.

Ao escolher mecanismos de solução consensual, o Poder Público não negocia o interesse público, o qual é indisponível, mas escolhe os melhores meios e oportunidades para o atingimento do fim público. Isso porque o interesse público subdivide-se em substantivo e adjetivo. O primeiro diz respeito aos próprios fins buscados pela Administração, enquanto o segundo, adjetivo, se refere aos meios disponíveis para atingi-lo, sendo apenas o primeiro indispensável.<sup>15</sup>

Dentro dessa divisão do conceito de interesse público, o administrador deverá realizar uma ponderação entre os interesses públicos envolvidos em um determinado caso concreto, cotejando-os, para que obtenha uma solução mais justa da própria aplicação do Direito.

Dessa forma, o interesse público que determinou a vedação de transação, acordo ou mediação no âmbito das ações de improbidade administrativa, pode igualmente permitir a solução consensual quando for a solução mais adequada para o caso concreto, pautando-se na eficiência administrativa.

Portanto, constata-se que, a despeito da proibição trazida pelo art. 17, §1 da Lei nº 8.429/2, é possível sustentar a utilização de medidas consensuais como forma de resguardar o próprio interesse público e a concretização do princípio da eficiência. Ademais, também se revela cabível a declaração de inconstitucionalidade do artigo pelo Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>.

## 2. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO EFICAZ NO COMBATE AOS ATOS ILÍCITOS

Frederico Valdez Pereira<sup>17</sup> já observara que o mau funcionamento dos instrumentos probatórios tradicionais, como prova testemunhal, prova documental etc., deu azo à um quadro de “estado de necessidade de investigação” ou de “emergência investigativa” apto a permitir

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, op.cit., 2009, p. 99.

<sup>16</sup>Nesse sentido é a ADIN nº 5980 proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro, na qual alega que a absoluta vedação trazida pelo art. 17, §1 da Lei de Improbidade Administrativa gera absoluta ineficiência administrativa. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>>. Acesso em: 24.set.2018.

<sup>17</sup> PEREIRA apud DA SILVA, Marcelo Rodrigues. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109196/colaboracao\\_premiada\\_terceira\\_silva.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109196/colaboracao_premiada_terceira_silva.pdf)>. Acesso em: 25 mar.2019.

que as agências de repressão utilizassem a justiça penal negociada para resolver a ineficiência na apuração de determinados delitos complexos ou descobrir seus autores.

O fracasso de tais mecanismos tradicionais no combate à corrupção administrativa organizada está intimamente ligado à alguns elementos característicos, segundo Marcelo Rodrigues da Silva<sup>18</sup>. Como observa, o primeiro deles é a complexidade do *modus operandi*, mormente pelo dinamismo da corrupção organizada, bem como pela utilização de meios tecnológicos sofisticados. Como segundo elemento está a sofisticação estrutural, caracterizada pela atuação de agentes criminosos de modo quase empresarial, o que facilita a ocultação ou dissimulação da natureza, disposição, movimentação de bens, direitos ou valores, bem como pela hierarquia das organizações criminosas, atualmente substituídas pela atuação em redes de coordenação, com vinculação horizontal, o que torna mais dificultoso o conhecimento dessas redes pelo Estado. Além disso, há também o pacto de silêncio entre seus membros.

Dessa forma, percebe-se uma evolução do fenômeno da corrupção, uma vez que o seu exercício está cada vez mais bem estruturado, ordenado e profissionalizado. Essa corrupção, atualmente, envolve a parceria ilícita entre grupos políticos e grandes empresas, que atuam com uma clandestinidade refinada e possuem grande potencial lesivo, uma vez que as práticas acabam se normalizando na própria Administração Pública.

Ante à modernização da corrupção e frente às suas peculiaridades, o ordenamento jurídico brasileiro tem buscado meios mais eficientes de combate e comprovação de atos ilícitos. Atualmente, dentro de uma perspectiva centrada na figura do infrator colaborador, a colaboração premiada desponta como um importante instrumento nas investigações.

O grande objetivo da colaboração é, portanto, superar as dificuldades usualmente encontradas pelo Ministério Público e pela Polícia na busca de provas, aprimorando o modo de combate ao crime organizado. Isso porque essas organizações criminosas, como visto, se valem de estruturas sofisticadas para ocultar e perpetuar o desenvolvimento de suas atividades ilícitas, de modo que ao Estado cabe aperfeiçoar seus instrumentos de reprimenda, diminuindo a impunidade.

Nesse contexto, a colaboração premiada refere-se à um viés da justiça penal negocial eminentemente punitivo, despontando como meio de produção probatória, uma vez que a partir das informações prestadas pelo colaborador são deflagradas diligências para obtenção de mais provas que as endossem, de modo a desbaratar, com eficiência, grandes esquemas de corrupção.

---

<sup>18</sup> Ibid.

Por meio dela, busca-se a condenação de um maior número de agentes, onde o cooperador terá sua condenação atenuada.<sup>19</sup>

O ordenamento jurídico pátrio, em inúmeros dispositivos legais, reconheceu ao colaborador o direito a sanções premiaias. Contudo, foi com a Lei nº 12.850/13<sup>20</sup> que a colaboração premiada recebeu disciplina própria.

Nos termos da Lei nº 12.850/13<sup>21</sup>, trata-se de uma forma de redução de pena (de um terço a dois terços) e, excepcionalmente, há a possibilidade de conceder perdão judicial ao colaborador que delatar seus comparsas, sempre vinculados à eficácia da contribuição do agente na identificação dos autores e partícipes do crime, bem como na revelação da estrutura hierárquica da quadrilha, recuperação total ou parcial dos produtos criminosos, além da localização da vítima com sua integridade intacta.

Como observa Gustavo Badaró<sup>22</sup>, entre negar qualquer valor probatório à delação premiada ou dar-lhe valor pleno, é possível adotar um caminho intermediário: admitir a delação premiada, mas com valor probatório atenuado. Para o autor, foi dentro desse caminho intermediário, mas que não deixa de ser restritiva ante a regra geral do livre convencimento judicial, que a Lei nº 12.850/13 trouxe uma importante regra legal de valoração, no que diz respeito à utilização da colaboração premiada como elemento de formação da convicção judicial contra os coautores ou partícipes delatados, pois prevê que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 127.483/SP<sup>23</sup>, afirmou se tratar de um negócio jurídico processual, pois, além de ser definido pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, mesmo que se adicione a esse negócio jurídico o efeito substancial relativo à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

---

<sup>19</sup>SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109169/colaboracao\\_unilateral\\_premiada\\_santos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109169/colaboracao_unilateral_premiada_santos.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2019.

<sup>20</sup>BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *O Valor Probatório Da Delação Premiada*: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>23</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>>. Acesso em: 26 mar. 2019.



A colaboração premiada é aceita na fase investigativa, durante a tramitação do processo e, até mesmo, após a prolação da sentença e a validade do acordo depende da voluntariedade do agente, bem como de sua regularidade e legalidade, conforme art. 3º da Lei nº 12.850/13<sup>24</sup>. Portanto, a colaboração pode ser pré-processual, processual ou mesmo pós-processual, o que acontece até mesmo após o trânsito em julgado. Ademais, cabe ressaltar que o acordo firmado, existente e válido, só terá eficácia quando de sua homologação judicial.

No que diz respeito à eficiência desse instrumento para a Administração Pública, é possível afirmar que esta reside, especialmente, no fato da colaboração premiada ser fonte de provas, bem como na agilidade e economia de recursos na investigação e no trâmite do processo. Além da redução do tempo para aplicação da sanção e na participação do infrator, como elemento importante de prevenção geral e especial, buscadas pela responsabilização punitiva.<sup>25</sup>

Além disso, a colaboração premiada é igualmente interessante no que se refere à reparação do dano, pois incrementa as chances de recuperação dos valores desviados dos cofres públicos, que, comumente, são em expressiva monta. Os valores indevidamente gastos e consequentemente perdidos em atos danosos ao erário produzem efeitos não só a curto prazo, como também atrasam o desenvolvimento da própria sociedade.

Conforme relatório elaborado pelo FIESP<sup>26</sup> em março de 2010, a corrupção retarda o crescimento econômico de um país sobretudo porque, dentre outros motivos, reduz a eficácia dos recursos distribuídos pelo setor público; ocorre a alocação ineficiente dos recursos, já que os ativos financeiros são desperdiçados com atividades que apenas querem renda e são improdutivas; gera ineficiência na Administração Pública, pois os contratos licitados em que empresas corruptas saem vencedoras podem comprometer a qualidade dos serviços e da infraestrutura pública.

Dessa forma, considerando a clandestinidade refinada e a organização estrutural dos agentes corruptos, a Administração Pública deve se valer de instrumentos eficientes no combate aos atos ilícitos, sobretudo aos relacionados à corrupção, a fim de evitar que esses atos gerem danos aos cofres públicos e maculem o correto funcionamento estatal.

---

<sup>24</sup> Ibid, op. cit., nota 20.

<sup>25</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Estudo Técnico da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%202001-2017.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

<sup>26</sup> FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e proposta de combate*. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

Nesse sentido, sem adentrar no mérito da Operação Lava Jato e de seus erros e acertos, certo é que segundo dados fornecidos pelo Ministério Público Federal no âmbito da referida operação, cerca de R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação. Ademais, R\$ 3,2 bilhões de bens de réus já foram bloqueados.<sup>27</sup>

Portanto, inegável a importância do instituto atualmente, uma vez que confere agilidade na investigação criminal, maiores chances ao Ministério Público e a Polícia de conhecerem toda a cadeia de envolvidos nos atos ilícitos e, em muitos casos, assegura que os valores perdidos em atos danosos ao erário possam retornar aos cofres públicos.

### 3. DA APLICAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nas lições de Fredie Didier Jr e Daniela Santos Bomfim<sup>28</sup>, em que pese a Lei de Improbidade Administrativa proibir expressamente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa, isso não é razão para que não se reconheça a possibilidade de autocomposição no bojo da ação de improbidade administrativa, uma vez que o art. 17, §1<sup>29</sup> da Lei está obsoleto. À época da edição da Lei nº 8.429/1992<sup>30</sup>, o sistema do Direito Penal brasileiro não admitia qualquer solução negociada, de modo que a proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal.

Contudo, se atualmente é cabível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves com a colaboração premiada no processo penal, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Assim, a interpretação literal do art. 17, §1 da Lei nº 8.429/1992 levaria ao absurdo de se permitir possível negociar sanções reputadas como mais graves pelo sistema, uma vez que decorrentes da prática de crimes, mas não seria cabível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/resultado>>. Acesso em: 26 mar.2019.

<sup>28</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/32483221/A\\_colabora%C3%A7%C3%A3o\\_premiada\\_como\\_neg%C3%B3cio\\_processual\\_at%C3%ADpico\\_no\\_processo\\_da\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/32483221/A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_como_neg%C3%B3cio_processual_at%C3%ADpico_no_processo_da_improbidade_administrativa)>. Acesso em: 09 abr.2019.

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 03 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> DIDIER JUNIOR; BOMFIM, op. cit. nota 28.



Em igual sentido, é o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal<sup>32</sup>, no sentido de se admitir a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da ação de improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/92<sup>33</sup>, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa. Esse sistema já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal, de modo que se os acordos podem ser celebrados em uma seara, devem poder também ser aplicados em outra.

Há, ainda, um argumento dogmático defendido por Fredie Didier Jr<sup>34</sup> para a possibilidade de aplicação da colaboração premiada na Lei de Improbidade Administrativa, que é o art. 36, §4 da Lei nº 13.140/2015<sup>35</sup>, Lei da Mediação, cuja redação expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, há quem entenda<sup>36</sup> que com o advento do art. 36, § 4º da Lei 13.140/2015, houve a revogação implícita do art. 17, § 1º, LIA permitindo, por conseguinte, a realização de conciliação e mediação na seara da improbidade administrativa.

Ainda que não se admita ter havido a revogação implícita do art. 17, §1 da Lei nº 8.492/92 é preciso ter em vista que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante modificação ao adotar o regime da consensualidade no exercício da tutela jurisdicional, sobretudo em seu art. 190<sup>37</sup>.

Dessa forma, considerando que, como visto em capítulo deste artigo, os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 127.483<sup>38</sup> e como o novo Código de Processo Civil prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a

<sup>32</sup>MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42*. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442\\_Reduzido.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

<sup>33</sup> Idem, op cit., nota 29.

<sup>34</sup> DIDIER JUNIOR; BOMFIM, op. cit., nota 28.

<sup>35</sup>Idem. *Lei nº 13.140*. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 10 abr.2019.

<sup>36</sup> BASTOS, Fabrício Rocha. *Regime jurídico da consensualidade nos processos coletivos: a indisponibilidade do direito material transindividual pode ser um limitador?* Disponível em: <[http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/Regime\\_Juridico\\_Fabrcio\\_Rocha\\_Bastos\\_Caderno\\_IEP\\_MP\\_RJ\\_Junho\\_2018.pdf](http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/Regime_Juridico_Fabrcio_Rocha_Bastos_Caderno_IEP_MP_RJ_Junho_2018.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>37</sup>Idem. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 abr.2019.

<sup>38</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>>. Acesso em: 26 mar. 2019.



ampla realização de negócios processuais atípicos em seu art. 190, não haveria óbice para essa espécie de negócio jurídico processual no bojo da ação de improbidade administrativa.

Contudo, é importante que se diga que essa consensualidade deve se restringir aos aspectos ressarcitório (multa civil e ressarcimento ao erário) e desconstitutivo (anulação do ato ou do contrato administrativo) decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa, de modo que as demais consequências jurídicas previstas no art. 12, LIA<sup>39</sup> e art. 37, § 4<sup>o</sup><sup>40</sup> da Constituição Federal, como a proibição de recebimento de verbas públicas, proibição de contratação com o poder público, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens, não podem ser objeto de acordo, conciliação e transação são abrangidas pela cláusula de reserva de jurisdição.<sup>41</sup>

Além dos argumentos legais, é certo que a Lei de Improbidade Administrativa, quando de sua edição em 1992, consubstanciou-se em um verdadeiro marco fundamental no microsistema anticorrupção nacional à época. Contudo, é evidente a carência de eficiência em seu âmbito de aplicação, sobretudo em razão de questões estruturais, operacionais e burocráticas relacionadas à apuração oportuna e consistente dos atos irregulares que visa punir, bem como à morosidade na tramitação processual dos casos no Judiciário.<sup>42</sup>

Nesse sentido, a Administração Pública deve buscar meios e formas mais eficientes para a investigação de atos ímprobos nas ações de improbidade administrativa, de forma que seja possível não só a correta aplicação de sanções, como também a recuperação dos proveitos econômicos desviados, protegendo-se os cofres públicos.

A atuação estatal valendo-se da adoção do instituto da colaboração premiada, previsto no microsistema anticorrupção brasileiro, é um eficiente meio de otimizar a eficiência e a efetividade da atividade estatal na repressão dos atos ilícitos, pois permite melhores resultados nas investigações, sobretudo em infrações penais com poucos rastros ou com características piramidais, onde os mentores da fraude estão no topo e os subordinados na base da pirâmide e, ante à ausência de provas, os principais autores ficam impunes.

Dessa forma, permitir a aplicação do instituto da colaboração premiada nos processos de improbidade administrativa significaria concretizar os próprios princípios constitucionais

---

<sup>39</sup> Idem, op. cit., nota 29.

<sup>40</sup> Idem. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

<sup>41</sup> BASTOS, op. cit., nota 36.

<sup>42</sup> DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *Aspectos da aplicação adequada da lei de improbidade administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil*. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05\\_18\\_coletanea\\_de\\_artigos.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2019.



invocados quando da criação da Lei nº 8.492/92, especialmente o princípio da eficiência e o da moralidade administrativa.

Como estabelece Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>43</sup>, enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre a boa e a má administração. Assim, para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, é suficiente que empregue poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público que deveria alcançar.

Nesse sentido, a Lei de Improbidade Administrativa encontra no princípio da moralidade administrativa forte embasamento, uma vez que exige do administrador público fidelidade ao fim institucional de cada ato praticado na gestão da coisa pública. De igual forma, a lei também deve efetivar o princípio constitucional da eficiência, entendido não só como atributo técnico da administração, bem como em uma exigência ética a ser atendida, sendo uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos<sup>44</sup>.

Conjugar os mecanismos previstos na Lei nº 8.429 com a colaboração premiada permitiria a máxima efetivação de tais princípios, fortalecendo o caminho de combate às práticas de má gestão pública, bem como reduzindo os custos de uma investigação excessivamente demorada e custosa para o erário público.

Assim, ao lado da Lei de Improbidade Administrativa, que oferece mecanismos para sancionar civilmente e de forma relativamente eficaz condutas atentatórias ao erário ou contrárias aos princípios da Administração Pública, o controle e repressão dos atos ímprobos, especialmente aqueles ligados aos atos de corrupção, exigem a utilização de técnicas especiais de investigação, como a colaboração premiada, a fim de se alcançar resultados ainda mais satisfatórios nos processos de improbidade administrativa.

## CONCLUSÃO

Em que pese a Lei nº 8.429/92 dispor, em seu art. 17, quanto à impossibilidade de transação, acordo ou conciliação no bojo das ações de improbidade administrativa, defende-se que é preciso conciliar essa vedação com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro que, atualmente, possibilita a conciliação em âmbito penal e em direito administrativo.

---

<sup>43</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: 15. ed. Forense, 2009, p. 105.

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 117.

O princípio da consensualidade, decorrente do processo de constitucionalização, aplicado à Administração Pública tornou-se uma forma de potencializar o princípio da eficiência, concretizando as finalidades públicas com o menor custo possível. Contudo, isso não quer dizer que o interesse público se torna disponível, mas sim que há novas possibilidades e formas de atingi-lo.

Ademais, constatou-se que na seara penal o instituto da colaboração premiada é amplamente utilizado, de modo que não emprega-lo em uma ação por atos de improbidade administrativa se revelaria um verdadeiro contrassenso.

Nesse sentido, a possibilidade de aplicação do instituto da colaboração premiada na Lei nº 8.429/92 é uma forma de diminuir os custos e ampliar os resultados nas investigações dos atos ímprobos, conhecendo a cadeia de envolvidos em tais atos, bem como e, principalmente, facilitando a recuperação do dinheiro ilicitamente desviado dos cofres públicos.

Por isso, verificou-se que considerar e aplicar essa alternativa significa concretizar os próprios princípios que deram amparo a criação da Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo os princípios da eficiência e da moralidade administrativa, tornando a atividade estatal mais eficiente e menos custosa, assim como resguardando o dever de fidelidade ao fim institucional dos atos praticados na gestão do dinheiro público.

Por essas razões, essa pesquisa pretende sustentar que a colaboração premiada deve ser admitida na Lei de Improbidade Administrativa, a fim de permitir a solução consensual quando for a solução mais adequada para o caso concreto.

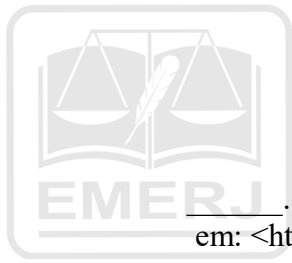
## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em: 26 mar.2019.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Regime jurídico da consensualidade nos processos coletivos: a indisponibilidade do direito material transindividual pode ser um limitador?*. Disponível em: <[http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/Regime\\_Juridico\\_Fabrcio\\_Rocha\\_Bastos\\_Caderno\\_IEP\\_MPRJ\\_Junho\\_2018.pdf](http://iep.mprj.mp.br/documents/221399/353479/Regime_Juridico_Fabrcio_Rocha_Bastos_Caderno_IEP_MPRJ_Junho_2018.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional 19*, de 04 junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 24.set.2018.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.429, de 03 de junho de 1992.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 22. set.2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.850, de 02 de agosto de 2013.* Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 26 mar.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 924439.* Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=924439&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22. set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 127483.* Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre.>>> Acesso em: 26 mar. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.* Disponível em: <[https://www.academia.edu/32483221/A\\_colabora%C3%A7%C3%A3o\\_premiada\\_como\\_neg%C3%B3cio\\_processual\\_at%C3%ADpico\\_no\\_processo\\_da\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/32483221/A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_como_neg%C3%B3cio_processual_at%C3%ADpico_no_processo_da_improbidade_administrativa)>. Acesso em: 09 abr.2019.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *Aspectos da aplicação adequada da lei de improbidade administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil.* Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05\\_18\\_coletanea\\_de\\_artigos.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e proposta de combate.* Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

MARÇAL, Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARÇAL, Thais Bóia. *Lei de improbidade precisa se adequar às novas necessidades.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-21/marcal-lei-improbidade-adequar-novas-necessidades>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Estudo Técnico da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 26 mar.2019.

\_\_\_\_\_. *Inquérito Civil n° 1.30.001.001111/2014-42.* Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442\\_Reduzido.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.* Rio de Janeiro: 15. ed. Forense, 2009.

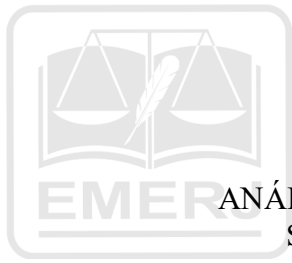
\_\_\_\_\_. Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 41-47, jan. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42540>>. Acesso em: 24. set. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane de. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan.2009. Disponível em: < <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p303-322>>. Acesso em: 22.set.2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109169/colaboracao\\_unilateral\\_premiada\\_santos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109169/colaboracao_unilateral_premiada_santos.pdf)>. Acesso em:22 mar.2019.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109196/colaboracao\\_premiada\\_terceira\\_silva.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109196/colaboracao_premiada_terceira_silva.pdf)>. Acesso em: 25 mar.2019.



## ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA PENA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Thaís de Andrade Silva Baeta Salvador

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – Muito se discute na Academia a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, extraído do artigo 129, I, da Constituição Federal. Além das exceções já incorporadas ao ordenamento jurídico ao longo dos anos, restaura-se mais uma vez a problemática acerca dessa mitigação diante das modificações no instituto da “Aplicação Imediata da Pena”. Assemelhado ao *plea bargain* norte-americano, já presente com a Lei nº 9.099/95, passa a constar também, com algumas alterações, do Projeto de Lei nº 8.045/10, que pretende a promulgação do Novo Código de Processo Penal. De um lado, amplia-se a justiça consensual em âmbito criminal, despertando o debate quanto à redução de garantias constitucionais; de outro, busca-se a simplificação procedimental, a efetividade e a redução do tempo do processo. Este trabalho propõe a análise do instituto à luz de um Direito Processual Constitucional, sem perder de vista as possibilidades operacionais de sua implementação.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Procedimento Sumário. Novo CPP. Aplicação Imediata da Pena. Transação Penal. Justiça Criminal Consensual. *Plea Bargain*.

**Sumário** – Introdução. 1. A ação penal e sua relação de instrumentalidade com o direito material. 2. Breve análise principiológica no contexto da justiça criminal consensual e a mitigação da obrigatoriedade da ação penal. 3. A Aplicação Imediata da Pena como instrumento de justiça criminal consensual no Direito brasileiro, e as modificações introduzidas no Projeto de Lei nº 8.045/2010. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar, à luz da Constituição da República, o instituto da aplicação imediata da pena e sua (in)compatibilidade com o Processo Penal brasileiro.

A aplicação imediata da pena é um instituto já presente na Lei nº 9.099/95, porém, trazido com algumas ampliações no projeto de Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010) que o insere no procedimento sumário. O instituto é inspirado na *plea bargaining*, própria do Direito anglo-saxão, sendo característica bem marcada no sistema estadunidense.

Apesar disso, a “barganha processual” não está na origem do processo penal dos países da *Common Law*. Trata-se de uma construção: autores apontam a ocorrência dos primeiros casos do que hoje é considerado *plea bargaining* entre os séculos XIII e XIX, de maneira dispersa e remota. Foi a partir do século XIX que o instituto começou a ser moldado e empregado nas práticas dos Tribunais, vindo a instaurar precedentes até hoje utilizados.

Este trabalho presta-se ao estudo da evolução da justiça consensual em âmbito criminal e até que ponto isso é positivo para o indivíduo e para a sociedade.

Em razão da discussão quanto à mitigação da obrigatoriedade da Ação Penal, que vigora na atuação do Ministério Público, o primeiro capítulo volta-se ao estudo da ação penal, que se instrumentaliza em um processo e possui íntima relação com o direito material.

Já o segundo capítulo, trata dos princípios mais afetos à justiça criminal negocial. Traz-se, brevemente, a análise das garantias mais caras ao Processo Penal Constitucional.

Por fim, o terceiro capítulo, analisa o instituto conforme previsto no projeto, tanto em seu texto anterior, quanto em sua recente alteração. Parte da verificação da opção pelas formas consensuais de resolução de conflitos em diversas áreas do Direito e do espraiamento para a justiça criminal. Inicia o exame pelo surgimento de institutos semelhantes no sistema da *Common Law*, passando por sua evolução e consequências sentidas nos dias atuais. Em sequência, verifica a influência desses institutos no ordenamento brasileiro, apontando as resistências da doutrina quanto à sua aplicação no processo penal brasileiro.

Com isso, objetiva-se desenvolver o debate e a reflexão, utilizando-se do método dedutivo, tomando por premissas gerais os princípios e normas do ordenamento pátrio, bem como a análise doutrinária dos instrumentos de negociação criminal. Paralelamente, traz-se a contribuição da doutrina a respeito de institutos semelhantes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, seu surgimento e sua evolução em países que já os adotam.

## 1. A AÇÃO PENAL E SUA RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE COM O DIREITO MATERIAL

O direito de ação é hoje constitucionalmente reconhecido como direito fundamental, conforme dispõe o art.5º, XXXV, da CRFB/88<sup>1</sup>.

De acordo com a evolução das teorias que o conceituam, o processo, que se materializa pelo direito de ação, didaticamente, é ramo autônomo do Direito.

No Brasil, positivou-se a Teoria Eclética da Ação de Enrico Tullio Liebman. Apesar de a doutrina processualista, dentre eles Fredie Didier Jr.<sup>2</sup>, preferir a conceituação da Teoria

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 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: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.



Abstrata da Ação, vigora a teoria de Liebman<sup>3</sup>, que traz o conceito clássico do direito de ação, com bases na Teoria Abstrata, mas limitando o seu exercício, condicionando-o.

Contudo, o ponto relevante dessas teorias é mostrar o caráter acessório e instrumental que o processo deve ocupar. Pensando em um Processo Constitucional, vale dizer que a ação, por seu caráter instrumental, presta-se à satisfação do direito material. Pode-se dizer, ainda, que é o instrumento por excelência capaz de concretizá-lo.

Esta é a forma pela qual se deduz a pretensão em Juízo. Extrai-se da Constituição que havendo lesão ou ameaça a direito, é ao Judiciário que se deve recorrer<sup>4</sup>.

A doutrina processualista já há muito debateu acerca da natureza jurídica do direito de ação. Atualmente, o entendimento dominante, capitaneado, entre outros, por Dinamarco, Grinover, Marques e Jardim<sup>5</sup>, é que trata-se de direito público subjetivo.

Partindo-se da Teoria Geral do Processo, “ação” pode ser assim conceituada: “Direito subjetivo público, autônomo e abstrato de exigir do Estado a tutela jurisdicional”<sup>6</sup>.

Para Chiovenda<sup>7</sup> o direito de ação é potestativo, já que além de poder exigir do Estado uma prestação jurisdicional, o sujeito pode exigir de todos os demais jurisdicionados.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior<sup>8</sup>, especificamente sob a perspectiva do réu em Processo Penal, entende tratar-se de direito potestativo do Ministério Público, que sujeita o réu a uma relação jurídica processual, sendo aquele obrigado a agir, em razão do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública.

Embora exista controvérsia doutrinária, o Processo Penal utiliza-se de elementos da Teoria Geral do Processo, acrescentando, contudo, peculiaridades atinentes à natureza do direito material que instrumentaliza. Segundo Marques<sup>9</sup>, a ação penal é assim conceituada:

[...] a ação penal é o instrumento de aplicação do Direito Penal objetivo no tocante a uma situação concreta consubstanciada na pretensão punitiva. A ação penal não é consequência dessa pretensão e, sim, o instrumento ou meio para que os órgãos jurisdicionais profiram uma decisão sobre a acusação formulada em juízo.

---

<sup>2</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.304-307.

<sup>3</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do novo Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.115-116.

<sup>4</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>5</sup>MARQUES et al apud GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 702.

<sup>6</sup>NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 66.

<sup>7</sup>CHIOVENDA apud DIDIER, op. cit., p. 284-285.

<sup>8</sup>LOPES JUNIOR apud NICOLITT, op.cit., p. 67.

<sup>9</sup>MARQUES apud GALVÃO, op. cit., p. 700.

Tendo em vista a possibilidade de privação de liberdade, um dos valores mais caros à Constituição, porque imanente a qualquer ser humano, o legislador constituinte cuidou de estabelecer de forma restrita a legitimidade para a efetivação desse direito.

Desse modo, surge a primeira e principal espécie de ação penal, a qual se aterá este trabalho: a pública; que pode ser incondicionada ou condicionada à representação. A incondicionada é, no entanto, a regra do Processo Penal, conforme art. 100, *caput*, do CP.

De forma expressa, pela Constituição é reservada a promoção da ação penal pública à instituição específica do Estado. É, portanto, do Ministério Público a legitimidade para propor a ação penal pública, sendo considerada uma função institucional, conforme art. 129, I, da CRFB/88 c/c art. 100, §1º, do CP<sup>10</sup>.

O sistema processual brasileiro é reconhecido na doutrina como misto, em razão de comportar tanto uma fase inquisitória, de investigação criminal, que é pré-processual, quanto uma fase contraditória, que é a fase propriamente processual. Predomina este último, eleito pela Constituição, quando atribui ao Ministério Público a função de formular a acusação.

Nas palavras de Frederico Marques<sup>11</sup>: “a ação penal, por isso, é uma resultante das garantias individuais que tornam o *ius puniendi* um direito de coação indireto, em virtude de ninguém poder ser condenado a uma pena criminal, a não ser através de sentença judiciária”.

A fase processual traz em si, portanto, o Estado numa posição equidistante, distinto do Estado-acusação; traz um Estado-juiz, cujo dever de imparcialidade se impõe.

Ultrapassada a fase investigatória, resta ao Estado-acusação as seguintes opções: denunciar; requerer arquivamento; requerer a devolução das peças investigativas à Delegacia; ou declinar, por entender que lhe falta atribuição.

Optando pelo oferecimento da denúncia, devem ser preenchidas as condições da ação. Neste ponto, o Processo Penal afasta-se da Teoria Geral do Processo, para acrescentar a justa causa (art.395, III, do CPP), condição criada por Afrânio Silva Jardim, que impõe a necessidade de lastro probatório mínimo – indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito – a fim de evitar ações penais temerárias.

Neste ponto surge a discussão propícia acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Uma vez constatado lastro probatório mínimo, o Ministério Público

---

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota1. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]. Idem, *Código Penal*. CP, Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>11</sup>MARQUES apud GALVÃO, op. cit., p. 702.

estaria obrigado a denunciar? Consequentemente, oferecida a denúncia, pelo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o Ministério Público não estaria obrigado a prosseguir com o seu andamento?

A obrigatoriedade impõe ao Ministério Público o dever de deflagrar a ação penal, por questões de política criminal. A princípio, não poderia optar por não denunciar. Vale ressaltar, por ora, que já existe no Direito brasileiro instrumentos de “mitigação” dessa obrigatoriedade, também chamada pela doutrina de “discricionariedade regrada”.

## 2. BREVE ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E A MITIGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Antes de aprofundar a análise do tema central, é importante analisar brevemente o instituto sob o prisma principiológico, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar tal análise; motivo pelo qual serão destacados os princípios mais pertinentes ao tema, começando por aqueles que são garantias constitucionais do indivíduo — penais e processuais penais — e chegando àqueles que orientam a ação penal, dentre eles o da obrigatoriedade.

Como aponta Galvão<sup>12</sup>, o constitucionalismo do final do século XX revelou a normatividade dos princípios de Direito. O autor segue, conceituando princípio da seguinte forma: “[é] a norma geral que fornece legitimidade às proposições jurídicas mais específicas, expressando o que lhes é substantivo. Em Direito, o substrato axiológico do princípio indica o caminho para a realização da justiça material”.

Como ensina Dworkin<sup>13</sup>, “os princípios também geram obrigações jurídicas, devendo, o magistrado, considerá-los na solução dos casos concretos”.

Para orientar o trabalho interpretativo-concretizador, deve-se partir do princípio, ou melhor, valor, verdadeiro fundamento da República<sup>14</sup> — art.1º, CRFB/88, que é axioma de todo o ordenamento: a Dignidade da Pessoa Humana ou Humanidade. Segundo Galvão<sup>15</sup>, é onde reside o “postulado maior da política criminal do Estado Democrático de Direito”.

---

<sup>12</sup>Ibidem, p. 134.

<sup>13</sup>DWORKIN apud Ibidem, op. cit., p. 134.

<sup>14</sup>“[...] diz-se que a dignidade humana é agredida sempre que o homem é reificado, ou seja, reduzido a um objeto. Trata-se da chamada fórmula-objeto de Dürig, [concretizada pelo] Tribunal Constitucional Federal alemão (...) de nítida inspiração kantiana. (...) a dignidade é o fim do próprio Estado, dessa maneira, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória do Estado, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo.” NICOLITT, op. cit., p. 114-115 e 117.

<sup>15</sup>“Sob o enfoque humanista, a justiça criminal não pode ser exageradamente repressiva, devendo preocupar-se mais com as consequências sociais da incriminação e da punição. Os altos custos do Direito Penal sempre devem

Partindo do axioma, verifica-se o Princípio da Não Culpabilidade, também conhecido como Princípio da Presunção de Inocência ou Estado Jurídico de Inocência ou Desconsideração Prévia da Culpabilidade.

como princípio de política criminal, (...) oferece o fundamento valorativo que limita a punição da pessoa física condenada pela realização do fato-crime. Só se pode aplicar pena à pessoa física quando e na medida em que se possa reprová-la e, assim, toda pena criminal pressupõe a culpabilidade de seu destinatário (*nulla poena sine culpa*). Substancialmente, a garantia significa que todo acusado tem direito a um efetivo julgamento e, somente se for definitivamente considerado culpado, poderá sofrer a pena. (...) representa, acima de tudo, proteção ao indivíduo contra os possíveis excessos no exercício do poder/dever de punir do Estado<sup>16</sup>.

Outro princípio de elevada importância num Estado Democrático, é o Princípio do Devido Processo Legal. Sua origem remonta ao texto da Magna Carta de 1215, inicialmente conhecido pela expressão *law of the land*, e posteriormente passou à expressão até hoje utilizada: *due processo of law*<sup>17</sup>. No Brasil só veio positivado expressamente na CRFB/88, embora já houvesse menções implícitas nas Constituições anteriores. No século XX, surge uma nova fase, o *substantive due process*. O devido processo legal é o processo justo:

[...] não basta um mero procedimento previamente estabelecido, não se trata de uma garantia meramente formal; ao contrário, a exigência traz em si a necessidade de que o processo respeite princípios materiais de civilidade jurídica partindo da posição terciária do juiz até a fundamentação das decisões. (...) o devido processo na realidade é um conjunto de garantias assim resumidas por Tucci: o acesso à justiça, o juiz natural, a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade, a motivação das decisões e o prazo razoável de duração do processo e, em se tratando de processo penal, acrescente-se a presunção de inocência<sup>18</sup>.

Como corolários do devido processo, aparecem os Princípios do Contraditório e Ampla Defesa. Tais princípios asseguram a necessidade de ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade de impugná-los.

O contraditório é intrínseco ao processo. Ou seja, na fase pré-processual, não há contraditório, porque o objetivo é tão somente a colheita de elementos de prova para lastrear a

---

ser justificados pela realização de um projeto socialmente construtivo. As disposições de um Direito Penal de índole humanitária devem considerar a responsabilidade da sociedade para com o criminoso, de modo a estabelecer a assistência necessária e suficiente para sua reinserção na sociedade, pois somente desse modo é que se satisfaz o interesse social. (...) A intervenção punitiva deve contribuir para a realização de um projeto socialmente construtivo e para proveito do próprio condenado.” GALVÃO, op. cit., p. 136, 138-139.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 148-149.

<sup>17</sup>NICOLITT, op. cit., p. 118.

<sup>18</sup>Ibidem, p. 120-121.

acusação, predominando o sistema inquisitorial; neste caso, o contraditório é diferido, aguardando o momento processual.

[...] o contraditório é a organização dialética do processo através de tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. (...) Para tanto, é essencial à existência do contraditório a equação ciência-e-possibilidade-de-resistência. O contraditório não se realiza com a efetiva resistência, o que é imprescindível é a possibilidade de resistir<sup>19</sup>.

Por sua vez, a ampla defesa compreende a defesa técnica, a autodefesa e o direito de presença e de audiência; configurando nulidade sua inobservância.

Numa ótica dialética, incumbe trazer a análise do Princípio da Duração Razoável do Processo, direito do jurisdicionado. Sua origem histórica está associada ao *due process of law*. Nicolitt<sup>20</sup> explica que: “Enquanto direito fundamental, tem natureza jurídica de direito subjetivo, público e autônomo, consistente no poder de exigir que o Estado preste a jurisdição em tempo razoável. O obrigado é sempre o Estado [...]”.

Oportunamente, de equivalente importância é a análise dos princípios processuais referentes à ação penal pública. São eles: princípio da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da indivisibilidade, da oficialidade, e da intranscendência; destacando-se os dois primeiros.

O princípio da obrigatoriedade, que tem gerado grande discussão, é o que impõe a promoção da ação penal pelo Ministério Público, quando preenchidos os requisitos legais. Trata-se de dever institucional.

A questão central é a mitigação desse princípio. A doutrina, ao tratar da transação penal, divide-se em duas orientações, por todos: de um lado, Ada Pellegrini Grinover<sup>21</sup> sustenta que houve mitigação, pois o Ministério Público deixa de denunciar para propor uma medida alternativa, surgindo a chamada “discrecionabilidade regulada” ou “regrada”; de outro, Afrânio Silva Jardim<sup>22</sup> afirma que não houve mitigação, pois há atuação do Ministério Público, já que perante o Judiciário, presentes os pressupostos legais, faz uma imputação com proposta de aplicação de pena.

---

<sup>19</sup>Ibidem, op. cit., p. 128-129.

<sup>20</sup>Ibidem, p. 135-136.

<sup>21</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995*, de 26/09/1995. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p.95.

<sup>22</sup>JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.53.

No mesmo sentido do anterior, o Princípio da Indisponibilidade, revela a preocupação com o interesse público, que orienta a atuação do Ministério Público. Por essa razão, proposta a ação penal, o Ministério Público não pode desistir do seu andamento.

Segundo Afrânio<sup>23</sup>, o pedido na denúncia é indisponível, mas o Ministério Público pode opinar pela absolvição, por exemplo, se assim entender, afirmando que se operasse “a eficácia de desistir do pedido feito na denúncia, a hipótese não seria de absolvição, mas sim de extinção do processo sem resolução do mérito”.

Assim, diante desse panorama, é possível adentrar na discussão propriamente dita do estudo. Considerando tais princípios, de elevado valor para o Direito Penal e Processual Brasileiro, é cabível falar em instrumentos de negociação de culpa?

### 3. A APLICAÇÃO IMEDIATA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO DIREITO BRASILEIRO, E AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO PROJETO DE LEI Nº 8.045/2010

A justiça consensual vem ganhando relevo na sociedade. Após um período de judicialização das questões sociais, questiona-se o protagonismo do Poder Judiciário e a aceitação das partes quanto ao “direito imposto”.

Nesse contexto, como alternativa, a doutrina e a jurisprudência, acompanhadas por algumas alterações legislativas graduais e pontuais, vêm privilegiando a justiça consensual.

Como a finalidade é propiciar às partes a construção da decisão, muda-se a perspectiva; o papel do Poder Judiciário passa a ser o de controlar a legalidade e validade dos atos praticados no bojo do processo, certificando-se da aplicação correta do Direito, promovendo um ambiente seguro para a formação do consenso.

A justiça consensual já possui larga aplicação no Direito Privado, tendo recebido um reforço no Direito brasileiro com o CPC/15. Contudo, no Direito Público, os avanços ainda são tímidos, principalmente no tocante à seara criminal, cujos contornos são mais sensíveis.

A justiça consensual criminal pode ser assim conceituada: “trata-se, (...) de um acordo com interferências sobre o processo e o procedimento”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup>Idem. Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em: 01 jun 2019.

<sup>24</sup>“A diferença entre consenso e negociação pode ser admitida no sentido de (...) representarem diferentes graus de autonomia da vontade conferida às partes. A negociação seria a forma mais extrema de solução consensual do



Numa breve análise do contexto histórico de seu surgimento, verifica-se, no Direito estrangeiro, a existência de mecanismos semelhantes, que serviram de influência ao Direito brasileiro. A origem é própria dos países da Common Law, mas com o tempo, os países da Civil Law passaram a importar o fenômeno, com as adaptações necessárias<sup>25</sup>.

Em razão do positivismo predominante nos países de tradição romano-germânica, a justiça consensual tem aplicação mais restrita, afastando-se da ampla negociação entre acusação e defesa, característica do *plea bargain* norte-americano. Dessa forma, prevalece o princípio da obrigatoriedade da ação penal, só cabendo à lei excepcionar sua aplicação<sup>26</sup>.

No Brasil, os primeiros institutos de justiça criminal consensual vieram com a Lei nº 9.099/95, em razão da previsão constitucional<sup>27</sup>. Observa Barbosa Moreira: o Brasil, seguindo o modelo internacional, passou a dispor sobre a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Desses três, mais se aproxima da *plea bargain* norte-americana a transação penal<sup>28</sup>; não por outro motivo, é o instituto cuja aplicação mais polêmica tem gerado desde então, porém com a percepção de alguns resultados positivos:

acolheu-a o Brasil na CF de 1988, cujo art. 98, I, (...) consagrou a possibilidade, nos termos a serem definidos em lei, da transação nos pleitos concernentes a "infrações

---

processo. A justiça negociada, portanto, a nosso ver, expressa uma das manifestações do consenso no âmbito do processo penal, tendo no *plea bargaining* americano o seu exemplo por excelência." LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009, p.32. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 15 abr 2019.

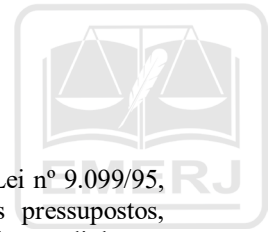
<sup>25</sup>"[...] embora (...) já se verificasse desde longa data nos países integrantes do sistema common law, sua expansão como instrumento de resolução de conflitos e introdução em diversos ordenamentos jurídicos pertencentes ao civil law é fenômeno mais recente, característico da segunda metade do séc. XX. É fundamental (...) [distinguir] os modelos seguidos pelos Estados Unidos e pelos países da Europa continental e América Latina. O modelo norte-americano particulariza-se pela liberdade de negociação entre o ministério público e a defesa, com maior possibilidade de barganha sobre o conteúdo dos acordos. Já os institutos consensuais que se propagaram pelos países de civil law (...) [têm] restrições legais mais rigorosas resultantes do processo adaptativo do consenso às legislações nacionais." Ibidem, p.30-33.

<sup>26</sup>"Na verdade, a lei brasileira está mais próxima dos modelos italiano (arts.439 e 556 do CPP) e português (arts. 392 et seq do CPP), que excepcionam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal apenas em casos legalmente previstos, onde o Ministério Público deve observar determinadas condições, dentre elas a proibição de propor penas privativas de liberdade." GORDILHO, Heron José de Santana. *Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA*. *NOMOS Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Ceará. 2008, p.69. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6431/4682>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; [...].

<sup>28</sup>Idem. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.





penais de menor potencial ofensivo". (...) reporto-me ao art. 76 da Lei nº 9.099/95, que regulou a imposição da pena, desde que concorram certos pressupostos, mediante o consenso das partes - alvitre cujo âmbito se viu expandido por diplomas subseqüentes, como o CNT baixado pela Lei nº 9.503/97, e a chamada Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605, de 12.02.1998). De acordo com estudo criterioso, a que se procedeu em São Paulo, o sistema está produzindo bons resultados na esfera dos Juizados Criminais Especiais<sup>29</sup>.

Não obstante a polêmica, os adeptos da justiça consensual mencionavam a timidez da previsão da justiça consensual criminal brasileira, visto que a transação penal admitida pela legislação alcançava apenas os delitos de menor potencial ofensivo. Para ampliar o alcance da justiça negociada, surge, no bojo no projeto de lei<sup>30</sup> que institui o novo Código de Processo Penal, previsões mais próximas do modelo consensual que se conhece no mundo.

Vale destacar, ainda, que recentemente foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Ministério da Justiça o denominado “projeto de lei anticrime” (PL nº 882/2019), que visa a reforma do sistema penal e processual penal brasileiro, e que propôs, dentre outras alterações, a inserção do art.395-A no atual CPP<sup>31</sup>, a fim de instituir, com abrangência ampla, o acordo penal para aplicação imediata das penas após o recebimento da inicial acusatória.

Embora o texto do PL nº 8.045/2010 ainda esteja sob análise e discussão, destacam-se algumas novidades, dentre elas, a opção expressa do legislador pelo sistema acusatório (art.4º), a previsão da figura do juiz das garantias (art.14, caput), e o aumento da cognição na fase pré-processual, facultando-se a apresentação de prova pelo investigado (art.13).

No tocante à justiça consensual, a grande novidade está no art.283<sup>32</sup> do texto apresentado pelo Senado Federal, que trata do procedimento sumário, e que institui a chamada “aplicação imediata da pena”.

---

<sup>29</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norteamericano e sua influência. *RDP Revista de Direito Público*, n. 4, Doutrina. 2000, p.11. Disponível em: <[http://idclb.com.br/revistas/19/revista19%20\(18\).pdf](http://idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(18).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019

<sup>30</sup>“O PL 8045 é fruto do projeto de Lei n. 156/2009, de autoria do Senador José Sarney (que por sua vez é baseado no anteprojeto elaborado por uma comissão externa de juristas criada em 04 de junho de 2008 (...) com o objetivo de reformar essa legislação). (...) após aprovação no Senado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados (...) para ser submetido à revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal. Na Câmara, o projeto recebeu o número 8.045/2010.” RIBAS, Ewerton Rodrigo. Análise crítica ao Projeto de Lei nº 8045/2010, o novo Código de Processo Penal, e a fase investigatória. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15898](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15898)>. Acesso em: 29 ago 2018.

<sup>31</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 882 de 2019*. Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E2673E77981446D07359AC57E3EE0C52.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E2673E77981446D07359AC57E3EE0C52.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 01 jun 2019.

<sup>32</sup>Idem. *Projeto de Lei nº 8.045*, de 2010. DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO. Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Quanto ao art.283, o PL atual vem com algumas alterações do anteprojeto apresentado pelos juristas. Em documento<sup>33</sup> que reúne os pareceres de diversos órgãos colaboradores do Processo Penal brasileiro, apenas o Instituto de Advogados Brasileiros (IAB) sugere que o artigo seja suprimido. Os demais não sugerem alterações.

Vale ressaltar que em 2018 a Comissão Especial da Câmara dos Deputados em parecer sobre o projeto do Senado, sugeriu novo texto, introduzindo modificações no original, quanto ao instituto objeto deste trabalho, inclusive; que passou a ser tratado no art.308<sup>34</sup>.

Verifica-se que o projeto propõe procedimento semelhante ao que já se pratica nos países que adotam a justiça criminal negociada. A título de exemplo, cita-se as experiências dos EUA, com a figura da *plea bargain*, e da Itália, com o *patteggiamento*.

A experiência desses países, que já possuem a previsão do instituto desde o século passado, vai revelar que existem críticas ao que se opera e como se opera. Os autores destacam que o instituto surgiu como exceção e logo se transformou em regra, em razão da multiplicidade da criminalidade de pequeno e médio porte. Em razão da aplicação cada vez mais recorrente, destacam a importância do estudo quanto às reformas.

Importante notar que a criação do *patteggiamento* italiano revela a mesma crise que vive o Processo Penal brasileiro, e abre caminho à discussão da justiça criminal consensual:

na Itália, desde 1989, vigora um código de processo penal de tipo acusatório. (...) O legislador de 1988 criou um esquema comum de processo penal em que todas as garantias constitucionais foram reconhecidas, mas também longo e dispendioso. Por isso, a lareira deste esquema comum, criou também alguns procedimentos alternativos com função de deflação, ou seja: muito mais rápidos mas — como não poderia não ser — com menos garantias para os arguidos, induzidos a solicitá-los em função dos benefícios que, em troca de uma fisiológica perda de proteção, os mencionados procedimentos proporcionam<sup>35</sup>.

Pela semelhança entre os institutos da transação penal da Lei nº 9.099/95, inserida no âmbito do procedimento sumaríssimo, e o trazido pelo PL nº 8.045/10, no âmbito do

---

<sup>33</sup>NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA. IBCCRIM. Proposta do IAB, parecer de fev. 2010. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/CPP\\_PL8045.zip](https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/CPP_PL8045.zip)> Acesso em: 08 mar 2019.

<sup>34</sup>Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos. Idem, Câmara dos Deputados. COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 8045, DE 2010, DO SENADO FEDERAL, QUE TRATA DO "CÓDIGO DE PROCESSO PENAL" E APENSADOS, 2018, Brasília. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em: 06 mai 2019.

<sup>35</sup>ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no Direito italiano (o chamado *patteggiamento*). *Julgar*, Coimbra, v. 19, jan./abr. 2013, p.221-222. Disponível em: < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

procedimento sumário, ambos de aplicação imediata da pena; especialmente se considerada a redação sugerida pela Comissão Especial da Câmara que faz referência ao instituto como “transação penal”, é de se prever que trará à tona toda discussão<sup>36</sup> que envolve a transação penal já positivada no ordenamento, aplicando-se ao novo instituto as soluções já encontradas, e prevalecendo as orientações majoritárias até então firmadas.

As críticas à justiça consensual refletem o confronto entre garantias fundamentais e celeridade e eficiência.

Nicolitt<sup>37</sup> já criticava, ao tratar do princípio da duração razoável do processo e da análise das duas teorias que discutem de quem é a legitimidade para estabelecer o prazo máximo razoável, defendendo a posição de que não deve ser o legislador, mas o julgador em cada caso concreto, sem que isso viole o princípio da legalidade: “A tônica da legislação de emergência no Brasil tem sido a preocupação com celeridade e eficiência em detrimento das garantias”. Destaca, ainda, a necessidade de uma reforma total do sistema:

nesse contexto, o devido processo legal passou a ser visto como um empecilho à eficiência na repressão penal e não mais como uma garantia individual em face do poder punitivo estatal, sendo a justiça penal consensual “vendida”, portanto, como uma solução à crise, quando, na realidade, em nada contribuirá para a sua superação, uma vez que para tanto mostra-se necessária uma reforma total, tendo em vista que ainda vivemos sob a égide de um sistema criminal maculado por uma cultura essencialmente inquisitória.

Mirella Marie Kudo<sup>38</sup>, Defensora Pública, por ocasião do 21º Seminário Internacional de Ciências Criminais-IBCCRIM, faz duras críticas à proposta, destacando importante lição de Geraldo Prado, na qual o autor realça as ofensas a garantias fundamentais e princípios caros ao sistema acusatório introduzido pela Constituição de 1988. Prado refere-se à justiça penal negocial como “uma verdadeira ‘mercantilização processual’”.

A Defensora<sup>39</sup> situa o PL nº 8.045/2010 no contexto das críticas da doutrina que já existiam com relação à justiça criminal consensual, revelando a deficiência do sistema, que não pode se valer disso para minimizar garantias:

---

<sup>36</sup>“da análise dos países estrangeiros incluídos nesse estudo, nota-se que as críticas ao modelo consensual são bastante parecidas, referindo-se, entre outros aspectos, ao aumento dos poderes do órgão acusador, à aplicação de pena sem aferição de culpabilidade, aos riscos para a defesa do imputado, aos episódios de coerção, à debilidade do controle jurisdicional e à renúncia a garantias constitucionais [...]” LEITE, op. cit., p.249.

<sup>37</sup>NICOLITT, op. cit., p.138.

<sup>38</sup>KUDO, Mirella Marie. *Justiça criminal negocial*: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do Processo Penal democrático. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS-IBCCRIM, 21. São Paulo. 2015. p.2. Disponível em: < [http://www.dpu.def.br/images/Paper\\_Mirella\\_Kudo\\_Paper.pdf](http://www.dpu.def.br/images/Paper_Mirella_Kudo_Paper.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>39</sup>SHIMIZU e VASCONCELLOS apud Ibidem, p.6-7.

[...] a ampliação dos espaços negociais (...) não resolverá o grave problema da superlotação em estabelecimentos prisionais brasileiros, eis que representará (...) a ampliação do poder punitivo estatal, sobrecarregando, ainda mais, um sistema carcerário fruto de um sistema penal com caráter de aparato genocida<sup>10</sup>. (...) os mecanismos de barganha representam (...) "o deslocamento da responsabilidade na persecução penal, pois a realização do acordo é expressão da ineficiência estatal em oferecer a adequada prestação jurisdicional, o que é contrabalanceado pela coação do imputado à renúncia do direito ao julgamento"<sup>12</sup>, o que acarreta, invariavelmente, ofensa irremediável aos princípios fundamentais do processo penal democrático (...) ignorando-se seu papel de instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

De outro lado, para os adeptos da justiça criminal consensual, como destaca Rosimeire<sup>40</sup> em sua tese de doutorado na USP, a crise de eficiência no âmbito da justiça penal revela sentimento de impunidade e insatisfação, que atinge diversas sociedades pós-modernas, nas quais a vida social mais dinâmica e mutável é responsável pela crise da justiça, da qual é consequência a crise do processo penal. Assim, introduz o tema para além das críticas que o rodeiam, analisando-o sob uma perspectiva participativa, sem reduzi-lo a mero oportunismo.

A autora<sup>41</sup> reconhece haver argumentos prós e contras relativos ao instituto, mas ressalta que isso não afasta a possibilidade de ser usado como sistema alternativo em algumas espécies de delitos. Partindo da análise da Lei nº 9.099/95, menciona a efetividade que traz ao processo, porque “estabelece tratamento jurídico adaptado a um tipo específico de criminalidade, contribuindo para que a reação ao delito seja proporcional e adequada”.

No mesmo sentido, outros autores sustentam que a justiça criminal consensual já é uma realidade, sendo reconhecida e aplicada pelos Tribunais estrangeiros, de modo que é mais frutífero discutir as reformas necessárias a partir das experiências já vivenciadas, a fim de aperfeiçoar o instituto, a tentar expurgá-lo do sistema.

Por fim, percebe-se que a edição do projeto de lei anticrime antecipou o debate na sociedade e realçou o debate acadêmico sobre o tema. Em interessante análise sobre a proposta do Ministério da Justiça, o Defensor Público Franklyn Roger<sup>42</sup>, expôs a preocupação sobre a importação da legislação estrangeira sem a observância da compatibilidade ou não

---

<sup>40</sup> “[...] a persecução é encerrada mediante acordos entre a acusação e a defesa (...) a solução resulta da vontade dos sujeitos intervenientes e não de um ato impositivo do órgão julgador após a análise de fatos e provas, como ocorre no processo penal clássico. (...) considerada prática que tem por finalidade precípua assegurar rapidez ao processo, diminuir a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais e obter eficiência a qualquer custo, a justiça consensual envolve discussões que vão muito além da perspectiva meramente utilitarista. (...) instiga questionamentos sobre as condições e os limites em que se pode adotar um modelo de processo mais participativo, conciliador, integrador, bem como em que medida esse modelo contribui para a renovação do ordenamento jurídico penal e para a (...) efetividade do processo.” LEITE, op. cit, p.12-13.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.249.

<sup>42</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Projeto de reformas levará CPP a um estrangulamento irreversível. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/franklyn-roger-projeto-reformas-estrangular-cpp?imprimir=1>>. Acesso em: 01 jun 2019.

com o sistema nacional e sobre o efeito de “estrangulamento” que o projeto de reformas pode causar ao CPP. Porém, destacou a importância das novidades no PL nº 8.045/2010, capazes de fornecer a estrutura necessária para se cogitar, no Brasil, da aplicação da justiça negociada:

se o sistema processual penal brasileiro possuísse uma estruturação com a presença de um juiz de garantias (proposta do projeto de novo CPP), investigação defensiva (proposta do projeto de novo CPP e provimento de pouca efetividade recém-editado pela OAB) e contraditório prévio ao recebimento da denúncia como regra geral, seria possível encarar com bons olhos a possibilidade de um acordo de aplicação imediata da pena.

Assim, a doutrina encontra-se dividida, desde a previsão da transação na Lei nº 9.099/95, e agora não seria diferente. Existem os prós e os contras do sistema de justiça negociada; o confronto entre o que alcança e o que afasta. Em comentário ao instituto como disposto no projeto de CPP, acrescenta Antonio Scarance<sup>43</sup>:

trata-se de solução semelhante à adotada em muitos países da Europa e da América Latina. Entre nós, embora decorridos quase 15 anos da Lei nº 9.099, ainda há forte resistência ao consenso em matéria penal e, com maior veemência, ao acordo envolvendo pena privativa de liberdade. A questão se circunscreve, em suma, na aceitação de uma entre duas orientações antagônicas. Para uma, o devido processo penal não permite privação de liberdade sem prévia produção de prova. Para outra, é possível a existência de solução consensual mediante procedimentos simplificados com prestígio à autonomia de vontade do acusado, desde que haja aquiescência de seu defensor.

Entretanto, faz-se necessário pensar em alternativas diante do cenário atual, em que há nova dinâmica na prática de crimes; multiplicidade da criminalidade de pequeno e médio porte; medidas cautelares, principalmente prisões preventivas, longas; ampla possibilidade recursal, cujo manejo objetiva a prescrição; entre outros fatores. Nesse sentido:

é claro que, abstratamente, o processo comum é preferível ao procedimento negociado. Mas não há como negar que diante de uma realidade concreta como a do processo atual — que produz sanções que não o são efetivamente (tal como a pena suspensa) ou respostas que não são quanto ao mérito da causa (tal como a prescrição, que frequentemente torna inútil todo o trabalho desempenhado, deixando as vítimas dos crimes sem uma proteção efetiva dos seus direitos) — o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa que, mesmo com todos os seus defeitos e limitações, é imprescindível num sistema acusatório<sup>44</sup>.

Deve-se, então, buscar a adequação do sistema à finalidade do Direito Penal, *ultima ratio*, que tem no processo sua materialização.

---

<sup>43</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. Procedimentos do código originário ao código projetado. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 54-61, set. 2011, p.60.

<sup>44</sup>ANGELINI, op. cit., p.229.

Esta pesquisa buscou tratar de um instrumento de justiça criminal consensual, previsto no PL nº 8.045/2010, que pretende a aprovação do novo Código de Processo Penal, inserindo o instituto denominado “Aplicação Imediata da Pena” no capítulo do Procedimento Sumário, como uma alternativa ao processo criminal tradicionalmente conhecido.

Ao longo do trabalho, percebeu-se a evolução da justiça criminal consensual, que vem ganhando adesão nos ordenamentos estrangeiros nas últimas décadas. Internamente, o ordenamento brasileiro já previa instrumentos semelhantes, nos quais já se notava a presença da negociação de culpa, especialmente na transação penal da Lei nº 9.099/95.

O consenso, como forma de autocomposição de conflitos, atingiu também a esfera penal. No entanto, essa repercussão sempre gerou grande questionamento: até que ponto se admite a relativização de garantias fundamentais, em nome da efetividade processual?

Nesse sentido, desenvolveu-se o presente trabalho. Primeiro, ao tratar da ação penal como único instrumento capaz de realizar o direito material, buscou-se afastar qualquer forma de aplicação de pena que prescindia do processo. Por meio do processo são asseguradas garantias fundamentais, o que foi melhor explorado no segundo capítulo, quando tratou-se dos princípios, mitigados pela justiça criminal consensual.

Toda essa discussão é trazida à tona novamente ao direito brasileiro, com a possibilidade de adoção desse instrumento, seja no projeto de lei que visa a reforma do CPP em vigor, seja no projeto que é objeto deste estudo que visa a aprovação do novo Código.

Dessa forma, o terceiro capítulo, ao explorar o instituto, apresentou com base em estudos dos instrumentos estrangeiros que se assemelham à aplicação imediata da pena, que se vê neles verdadeira alternativa ao modelo tradicional.

Sem perder de vista as críticas contundentes de relativização de garantias fundamentais ao se optar pela negociação de culpa, o que para alguns autores caracteriza verdadeiro retrocesso, contrariando o sistema acusatório; para outros autores apresenta-se a necessidade de se cogitar uma alternativa de processo.

Como visto, o modelo tradicional de processo é o ideal, que deve ser sempre almejado. No entanto, existem causas de menor complexidade, cujo modo de execução e conjunto probatório permitiriam falar numa alternativa de processo.

Assim, em um procedimento simplificado, com a devida assistência, acompanhamento de defesa técnica, supervisão jurisdicional, preenchimento dos requisitos, poderia ser oferecido ao réu a opção de entrar em consenso sobre sua condenação.



O tema é muito polêmico e causa estranheza, suscitando acirrados debates. Entretanto, apesar de ter surgido como exceção no direito estrangeiro, já é uma realidade.

Por fim, como é sabido, o sistema apresenta falhas e cabe à comunidade jurídica, em meio aos debates, amadurecer o tema, aprofundando a análise das alternativas que se apresentam, corrigir os excessos e estudar a viabilidade de sua implementação.

## REFERÊNCIAS

ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no Direito italiano (o chamado patteggiamento). *Julgar*, Coimbra, v. 19, p. 221-229, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 8045, DE 2010, DO SENADO FEDERAL, QUE TRATA DO "CÓDIGO DE PROCESSO PENAL" E APENSADOS, 2018, Brasília. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em: 06 mai 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 882, de 2019*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E2673E77981446D07359AC57E3EE0C52.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E2673E77981446D07359AC57E3EE0C52.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019)>. Acesso em: 01 jun 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.



FERNANDES, Antonio Scarance. Procedimentos do código originário ao código projetado. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 54-61, set. 2011.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Parte geral. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GORDILHO, Heron José de Santana. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. *NOMOS Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Ceará, v.29, nº 1, p.55-71, jan/jun 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6431/4682>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995*, de 26/09/1995. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em: 01 jun 2019.

KUDO, Mirella Marie. *Justiça criminal negocial: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do Processo Penal democrático*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS-IBCCRIM, 21. São Paulo. 2015. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/Paper\\_Mirella\\_Kudo\\_Paper.pdf](http://www.dpu.def.br/images/Paper_Mirella_Kudo_Paper.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norteamericano e sua influência. *RDP – Revista de Direito Público*, nº 4, p.227-245, out/nov. 2000. Disponível em: <[http://idclb.com.br/revistas/19/revista19%20\(18\).pdf](http://idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(18).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA. IBCCRIM. Proposta do IAB, parecer de fev. 2010. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/PPP\\_PL8045.zip](https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/PPP_PL8045.zip)> Acesso em: 08 mar 2019.

RIBAS, Ewerton Rodrigo. Análise crítica ao Projeto de Lei nº 8045/2010, o novo Código de Processo Penal, e a fase investigatória. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, nº 135, abr. 2015. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15898](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15898)>. Acesso em: 29 ago 2018.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Projeto de reformas levará CPP a um estrangulamento irreversível. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/franklyn-roger-projeto-reformas-estrangular-cpp?imprimir=1>>. Acesso em: 01 jun 2019.

## IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NA DESAPROPRIAÇÃO DE TERRAS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

Thamiris Jandre André

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – A desigualdade social que permeia a divisão de terras brasileiras é instrumento idôneo, que enseja a reforma agrária. Contudo, não há atualmente meios efetivos para sua realização. É possível perceber que a Constituição Federal de 1988 trouxe mecanismos para intensificar a busca pela regularização fundiária, dentre os quais o princípio da função social da propriedade rural. Esse princípio traz em seu bojo a ideia de que uma propriedade deve ser produtiva, atingindo o uso pleno da terra. O que justificaria amplamente a ideia da redistribuição de terras, através da qual é possível ver famílias produtoras, que não detêm a posse de terras, passando a ter o acesso às propriedades rurais produtivas.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Função social de propriedade. Desapropriação rural.

**Sumário** – Introdução. 1. O princípio da função social da propriedade com base na literatura contemporânea. 2. Análise dos requisitos do princípio da função social da propriedade e a consequente desapropriação em razão do descumprimento. 3. Aquisição da propriedade rural por meio da regularização fundiária. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No âmbito social e fático, o Brasil conta com inúmeras propriedades rurais sem utilização e produtividade, o que gera a grande desigualdade fundiária que se apresenta ao longo dos anos. A Constituição Federal, quando de sua criação, veio trazendo em seu texto mecanismos para atenuar essas desigualdades.

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de desapropriação de terras rurais para fins de reforma agrária, caso não atendam ao princípio da função social da propriedade. Procura-se demonstrar do que se trata o mecanismo, quais são suas implicações, consequências, e até a efetiva aplicação desse princípio previsto na Constituição Federal.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se o princípio da função social da propriedade rural possui sua efetividade garantida na atualidade. Nesse sentido, a União possui a prerrogativa de desapropriar terras improdutivas e mal utilizadas com o fito de redistribuí-las de forma mais



igualitária. Para que essa redistribuição seja possível, é necessário que se atenda aos requisitos previstos no texto Constitucional.

Contudo, a questão que se busca discutir neste projeto se refere a avaliar se o princípio da função social da propriedade rural brasileira tem contribuído, ou não, para a realização da reforma agrária.

O tema da desapropriação de terras por descumprimento da função social evidencia-se como mais um dentre variados assuntos que estão compreendidos de forma bem fundamentada e socialmente avançada, na nossa Constituição, e que, não se configuram como benefícios práticos para a população.

Para a melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito do princípio da função social da propriedade, substanciado pela jurisprudência e leis infraconstitucionais, bem como se esta definição tem acompanhado a evolução da situação fundiária nos dias atuais. Pretende-se também demonstrar os requisitos constitucionais para realização da desapropriação de terras, e como ele é visto pelo beneficiário e pelo expropriado. Por fim, irá abordar como o princípio da função social pode ser meio de aquisição da propriedade rural.

Inicia-se no primeiro capítulo, com a apresentação da definição do princípio, e a discussão acerca da sua efetiva aplicação, conforme previsto na Constituição Federal. Segue-se apresentando, no segundo capítulo, os requisitos constitucionalmente previstos para a realização da desapropriação, bem como a análise de como a desapropriação é encarada pelos dois pontos de vista, isto é, pelo beneficiário da redistribuição de terras e pelo expropriado.

O terceiro capítulo da pesquisa pondera sobre como o princípio da função social da propriedade pode ser meio formal de acesso à propriedade, ou seja, a forma como é encarado, seja como meio de melhor distribuição de terras ou somente um dos elementos.

A pesquisa é desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo, no qual o pesquisador escolhe um conjunto de proposições hipotéticas, que melhor se adequem ao objeto da pesquisa, com o objetivo de acolhê-las ou rejeitá-las de forma argumentativa ao longo do projeto. Desta forma, o objeto da pesquisa jurídica mostra-se necessariamente qualitativo, vez que o pesquisador se baseia em bibliografia pertinente ao tema em discussão, analisada e fichada na fase expropriatória da pesquisa, para sustentar sua tese.

## 1. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COM BASE NA LITERATURA CONTEMPORÂNEA

Neste primeiro capítulo, tem-se a pretensão de analisar o princípio da função social na sua contemporaneidade teórica. Entretanto, antes de adentrar neste princípio, cumpre realizar algumas definições, como é o caso da propriedade, ou imóvel rural. Assim como é importante abordar os aspectos históricos, que culminaram na evolução desse princípio.

O imóvel rural tem como definição aquela dada pelo Estatuto da Terra, no art. 4º, inciso I, que prevê: “imóvel rural, o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”.<sup>1</sup>

Com a incorporação do princípio da função social ao texto constitucional, foi possível ver que o Estatuto da Terra adotou o critério da destinação. Assim sendo, o imóvel rural seria aquele que mesmo localizado fora da área urbana, tivesse destinação de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Contudo, o Código Tributário Nacional<sup>2</sup>, no seu art. 29, adotou o critério da localização, no qual fica claro que incide Imposto Territorial Rural naqueles imóveis situados fora da zona urbana do município.

A partir de então a controvérsia tornou-se mais acentuada. Após a vigência do diploma legal acima citado, foi editado o Decreto nº 59.428/66<sup>3</sup>, restabelecendo o critério da destinação que havia sido dado pelo Estatuto da Terra. Porém, não houve entendimento pacífico sobre o tema, vez que o referido decreto era hierarquicamente inferior à lei. Foi baixado, então, o Decreto nº 57/66<sup>4</sup>, que em seu art. 15, revoga o critério da destinação. Porém, mais tarde, foi editada a Lei nº 5868/72<sup>5</sup>, que previa no seu art. 6º o critério da destinação, independentemente da localização.

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 4504*, de 30 de novembro de 1964. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>2</sup>Idem. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>3</sup>Idem. *Decreto nº 59.428*, de 27 de outubro de 1966. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D59428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59428.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>4</sup>Idem. *Decreto nº 57*, de 18 novembro de 1966. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0057.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>5</sup>Idem. *Lei nº 5868*, de 12 de dezembro de 1972. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5868.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

Para acabar com a celeuma (ou reacender ainda mais a discussão), o Supremo Tribunal Federal, proferiu acórdão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.850-MG<sup>6</sup>, e declarou inconstitucional o art. 6º, da Lei nº 5868/72, sob o argumento de que o Código Tributário Nacional é lei hierarquicamente superior, em razão de ser lei complementar.

Posteriormente, houve a edição de duas leis que demonstram que não há pacificação no entendimento. A Lei nº 8.629/93<sup>7</sup>, que regulamenta os arts. 184 a 186 da Constituição Federal, e possui como entendimento que o imóvel rural é aquele situado fora da zona urbana, adotando o critério da localização (art. 4º, inciso I). Já a Lei nº 9393/96<sup>8</sup>, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural insistiu no critério da localização. Contudo, ambas as leis são hierarquicamente inferiores à Lei Complementar nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

Diante disso, para fins desta pesquisa, será adotado o entendimento previsto no Estatuto da Terra, no qual o critério adotado é o da destinação do imóvel, independentemente de sua localização.

Ademais, por prédio rústico, entende-se que uma propriedade territorial, seja rural ou urbana, que tem como destinação o cultivo. Deve ser em área contínua, que é aquela continuidade na utilidade do imóvel, mesmo que haja uma interrupção por acidente, ou seja, um rio que corta a propriedade, por exemplo. Neste caso, há continuidade.

Após realizadas as considerações acerca da discussão sobre o que critério definidor do imóvel rural, bem como os adjetivos que o definem, passaremos a analisar os aspectos do princípio da função social da propriedade.

Para Benedito Ferreira Marques<sup>9</sup>, “a função social do imóvel rural é o centro em torno do qual gravita toda a doutrina do Direito Agrário”. Para estudar o Direito Agrário é necessário compreender tal princípio, bem como o papel por ele desenvolvido nas atividades agrárias.

No Brasil, é possível dizer que o princípio da função social da propriedade constitui o centro do Direito Agrário. Este fato é explicado diante da necessidade constante de reforma agrária no país, em razão do grande índice de concentração de terras nas mãos de poucos, sem cumprimento da função social.

---

<sup>6</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 93.850-MG*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015459&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>7</sup>Idem. *Lei nº 8629*, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8629.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>8</sup>Idem. *Lei nº 9393*, de 19 de dezembro de 1996. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9393.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9393.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>9</sup>MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.

Há posições doutrinárias mais radicais que chegam a afirmar que a propriedade é a função social, o que faz questionar o procedimento de expropriação previsto, vez que se não cumprida a função social não haveria a propriedade, por serem uma mesma coisa. Todavia, os entendimentos menos radicais mostram a transformação feita pelo princípio no conceito de propriedade, inserindo um elemento estrutural.

Segundo Benedito Ferreira Marques<sup>10</sup>, é possível dizer que: “o princípio da função social, com a dimensão constitucional que ganhou e com prestígio que ingressou na doutrina, mostra-se inquestionável. Aliás, o instituto da desapropriação agrária, que constitui o principal instrumento para a realização da Reforma Agrária em nosso País, tem nele sua principal inspiração.”

Assim, torna-se oportuno destacar as previsões constitucionais acerca da função social, incluindo aí previsões no rol de direitos fundamentais.

No art. 3º, da Constituição Federal estão elencados os principais objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles, no inciso III, a redução das desigualdades sociais e regionais. É possível traçar um paralelo entre esta disposição constitucional e a função social da propriedade, vez que esta última é instrumento hábil a justificar a reforma agrária, que seria um meio eficaz para a redução das desigualdades sociais.

No rol de direitos fundamentais também é possível encontrar referências à função social. No art. 5º, inciso XXII é garantido a todos o direito de propriedade, bem como no inciso XXIII prevê que a propriedade atenderá a função social. Conjugando esses dois dispositivos acima citados é possível perceber uma definição da função social. Será garantido o direito à propriedade a todo aquele que dever a sua devida função.

O princípio da função social previsto em nosso ordenamento é fruto de um processo histórico, que se iniciou com Aristóteles, que previa que aos bens deveria ser dado uma destinação social. Essa ideia foi impulsionada pela Igreja Católica, com Santo Tomás de Aquino, trazendo a ideia do bem comum, ou seja, o homem poderia adquirir bens materiais, até para manter sua sobrevivência, mas deveria manter também o dever do bem comum.

É possível ver essa evolução conceitual da propriedade como direito, no Código de Napoleão<sup>11</sup>, em que passou a ter caráter de direito absoluto. Com isso, influenciou diversos códigos civis, incluindo o brasileiro.

---

<sup>10</sup>Ibid., p. 35.

<sup>11</sup>FRANÇA. *Code Civil des Français*, de 1804. Disponível em < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

No Brasil, o princípio da função social, atualmente, está solidificado no texto constitucional, em diversos dispositivos, como art. 5º, XXIII (já citado), art. 170, III, bem como art. 186. Apesar disso, a concepção da função social não é novidade em terras brasileiras. No período colonial, com a concessão das Sesmarias já era possível ver a preocupação com o cumprimento da função social, ante às obrigações impostas aos sesmeiros.

Destaca-se em nosso ordenamento o Código Civil de 1916, tendo como inspiração o Código de Napoleão. Desde então, ideia da função social sofreu grande impulsão, chegando inclusive a integrar o texto constitucional da época, na Constituição Federal de 1934, com a expressão “bem-estar social”. Na Carta de 1946 foi renovada a expressão, e a função social não perdeu mais seu espaço no texto magno.

Com isso, Benedito Ferreira Marques entende que a melhor expressão seria a de função social do imóvel rural, pois nem sempre quem trabalha na terra é o proprietário, podendo ser o possuidor. E assim sendo, ao utilizar a expressão “propriedade imobiliária rural” ou simplesmente “propriedade rural” estaria se remetendo ao proprietário, e este não se confunde com o possuidor.

Para concluir a conceituação do princípio, utilizo por base o ensinamento de Silvia C. B. Opitz<sup>12</sup>, na qual o princípio da função social “é o princípio geral que protege o direito de propriedade, que se estende à terra urbana ou rural”.

## 2. ANÁLISE DOS REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CONSEQUENTE DESAPROPRIAÇÃO EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO

Inicialmente, cumpre destacar que o procedimento de desapropriação de terras por descumprimento da função social é previsto no art. 184, da Constituição Federal. O referido procedimento tem início com um processo administrativo realizado pelo INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), com o intuito de fiscalizar a propriedade, notificando o proprietário para tanto.

Ressalta-se que essa notificação do proprietário, prevista no art. 2º, da Lei nº 8629/93, é requisito essencial, uma vez que sua ausência caracteriza vício insuperável. A partir dela é

---

<sup>12</sup>OPITZ, Silvia C. B., OPITZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 236.



possível garantir ao proprietário da terra o acompanhamento dos procedimentos e informações gerais sobre o imóvel.

Existem imóveis rurais que não são passíveis de desapropriação, quais sejam: aqueles que comprovarem estar sendo objeto de implantação de projeto técnico e científico, conforme art. 7º, da Lei nº 8629/93<sup>13</sup>, e a pequena e média propriedade rural, caso o proprietário não possua outra propriedade, na forma do art. 185, da Constituição<sup>14</sup>. Contudo, no que diz respeito a este último, em caso de múltipla propriedade, ou seja, pequenas e médias propriedades de uma mesma pessoa, ou em condomínio com terceiros, podem ser objeto de desapropriação.

Constatado pelo INCRA que a terra não cumpre sua função social, isso implica na justa e prévia indenização do proprietário em títulos de dívida agrária, que podem ser resgatados a partir do segundo ano de sua emissão, sendo que as benfeitorias úteis e necessárias são indenizadas em dinheiro. A Constituição de 1988 trouxe a previsão de que no caso de desapropriação de imóveis rurais, seria necessário a indenização prévia, de modo a permitir a incidência de juros compensatórios sobre os valores pagos, e dificultar a transferência imediata e a imissão na posse do Poder Público de forma imediata. De todo modo, há necessidade de realizar uma análise acerca dos requisitos legais, os quais configuram a função social.

O art. 2º, parágrafo 1º, alínea “b”, do Estatuto da Terra<sup>15</sup> traz o requisito do aproveitamento racional e adequado do imóvel. Esse requisito corresponde a níveis satisfatórios de produtividade, e que podem ser aferidos por índices de utilização e eficiência. Para a utilização é feita a aferição em 80% de uso do imóvel, ao passo que a eficiência deve atingir 100%. Atingidos tais níveis, é possível dizer que temos uma “propriedade produtiva”. Desta forma, todo imóvel rural, podendo ser pequena e média propriedade, deve atingir os níveis de produtividade exigidos, uma vez que se trata de requisito para cumprimento da função social.

Segundo Benedito Ferreira Marques<sup>16</sup>, o segundo requisito se desdobra em dois, quais sejam: a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, que exigem respeito à vocação natural da terra. Esse requisito se apresenta com intuito de manter tanto o potencial produtivo da terra, quanto suas características de meio natural e de qualidade dos recursos ambientais, para que dessa forma haja um equilíbrio ecológico da propriedade, bem como saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

---

<sup>13</sup>BRASIL. *Lei nº 8629*, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8629.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>14</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>15</sup>Idem. *Lei nº 4504*, de 30 de novembro de 1964. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>16</sup>Ibid. p. 40.



Contudo, tal requisito não se mostra fácil de comprovar, pelo contrário, se trata de questão complexa, em razão da extensa legislação sobre o tema. Com isso, é possível se verificar essa vasta gama de legislação com as disposições trazidas pela Constituição Federal, ao tratar do tema, conferindo atribuições para que cada ente da federação legisle a respeito da matéria.

Em razão da estreita ligação do direito ambiental com o direito agrário, o art. 225, parágrafo 3º da Constituição<sup>17</sup> prevê que condutas lesivas ao meio ambiente ensejem ao infrator sanções penais e administrativas. Neste caso, a desapropriação enquadrada como sanção que é, estaria em sintonia com as disposições da função social.

Um terceiro requisito diz respeito às disposições que regulam as relações de trabalho. Trata-se de requisito com abrangência ampliada, a qual não se limita apenas aos contratos de relação trabalhista, apesar da necessidade de observação constante das leis sobre o tema, mas também incluem os contratos coletivos e agrários.

Contudo, quanto aos contratos agrários, há ressalvas importantes. Isto pois, houve limitação legal ao incluir somente os contratos de arrendamento e parceria, e existem no ordenamento outros contratos, como o contrato de comodato, e o de concessão de uso, que poderiam ser utilizados visando o uso temporário do imóvel rural. Ademais, destaca-se que quem cede o uso e gozo de um imóvel rural a outrem, também transfere a este os ônus de cumprimento da função social, e neste caso, inclui-se as disposições acerca das relações de trabalho.

O quarto requisito, previsto no art. 2º, parágrafo 1º, alínea “a”, do Estatuto da Terra<sup>18</sup>, diz respeito ao bem estar do proprietário e trabalhadores rurais. Nessa disposição legal, é possível alinhar o pensamento de que não só os proprietários devem ser detentores de bem estar, mas também os possuidores. Para o Direito Agrário, há um grau de importância atribuído àquele que efetivamente explora a terra, ou seja, aquele que detém a posse. De todo modo, esse requisito preocupa-se também com os conflitos existentes acerca de disputa de posse e propriedade de imóveis rurais, e com isso seu cerne se concentra na busca da paz.

Como dito acima, o procedimento de desapropriação deve observar etapas, com a existência de um processo administrativo, ou até mesmo judicial, a depender do caso, bem como o pagamento de indenização prévia e justa. Porém, isso somente pode acontecer, caso não seja

---

<sup>17</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>18</sup>Idem. *Lei nº 4504*, de 30 de novembro de 1964. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

verificado o cumprimento da função social, pela inobservância dos requisitos acima descritos, de forma simultânea.

O Brasil é um país agraciado com abundância de terras, no entanto, não há uma divisão justa. Grande parte dessas terras estão concentradas nas mãos de poucos privilegiados, e por outro lado, uma grande parcela da população luta por acesso à terra. A desapropriação por descumprimento da função social surge como um dos meios de solucionar esse problema.

Com a utilização efetiva do princípio da função social para desocupação de terras improdutivas, não haveria necessidade de se criar novos mecanismos. O referido princípio encontra amparo na ordem constitucional, o que esvaziaria a procrastinação em relação à solução do problema enfrentado.

Há pouco foi falado que um dos critérios para aferir a função social de uma propriedade seriam as disposições acerca das relações de trabalho. De fato, se há trabalho escravo ou exploração de trabalho de menores, descumpre-se automaticamente a função social, bastando a desapropriação. Contudo, o mesmo não diz respeito à confiscação de imóveis, no caso de cultivo de plantas psicotrópicas, havendo necessidade de alteração no texto constitucional.

De todo modo, ainda há uma grande questão a ser verificada, pois, para a desapropriação ir adiante, deve haver a comprovação de que a função social está de fato sendo desatendida. Na realidade prática, a aferição precisa dos requisitos não tem sido tarefa fácil. O INCRA e o IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) cuidam da avaliação referente à parte econômica e ecológica. Entretanto, há verdadeira dificuldade em delimitar quem deve cuidar do viés social.

Benedito Ferreira Marques<sup>19</sup> defende que as instituições financeiras, quando do pedido de crédito rural teriam a oportunidade de verificar a presença dos requisitos:

[...] É inquestionável que o acesso às linhas de financiamento constitui, para o produtor rural, o momento de maior interesse. O crédito rural apresenta-se, neste contexto, como a melhor oportunidade para a comprovação dos requisitos da função social. E não se faz necessário editar nenhuma lei a mais para tal exigência, posto que a Lei nº 4.829, de 5.11.65, que institucionalizou o crédito rural, comete ao Conselho Monetário Nacional a atribuição ampla para disciplinar toda e qualquer operação de crédito rural (cf. art. 14). Basta uma Resolução, como tantas que tem sido baixadas por aquele órgão, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil. Na hipótese, a instituição financeira onde o produtor rural fosse buscar financiamento passaria a exigir a comprovação do cumprimento dos requisitos da função social, mediante certidões do INCRA, a respeito de produtividade; do IBAMA, a respeito do requisito vinculado à ecologia; da Justiça do Trabalho, referente à comprovação quinquenal que estava prevista no art. 233, da Constituição Federal. O requisito concernente ao bem-estar do proprietário e dos trabalhadores rurais, de difícil comprovação, poderia ser aferido pelos órgãos de extensão rural [...].

---

<sup>19</sup>Ibid. p. 42.



Desta forma, conclui-se que, a não fiscalização efetiva do cumprimento da função social nas propriedades existente no país, deixa em situação de vulnerabilidade as propriedades rurais. Ademais, o texto constitucional, juntamente com a legislação esparsa, oferece meios para fazê-lo. Deixadas a esse modo, essas referidas disposições acabaram se tornando mais uma letra morta no ordenamento brasileiro.

### 3. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL POR MEIO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Antes de adentrar na conceituação e características da regularização fundiária, se faz necessário tecer comentários acerca do processo histórico da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Uma das primeiras previsões sobre desapropriação veio através da influência portuguesa, na Constituição Imperial de 1824<sup>20</sup>— depois seguida pela Constituição Republicana de 1891<sup>21</sup>—, em que era garantido o direito de propriedade em sua plenitude, e, caso fosse necessário o uso da propriedade particular, esta seria indenizada. Posteriormente, existiu uma lei, em 1826, que disciplinava a desapropriação por utilidade pública.

O art. 113, item 17 da Constituição de 1934<sup>22</sup> trouxe a seguinte previsão:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Esse dispositivo trouxe significativas mudanças, uma vez que introduziu a ideia de interesse social, garantindo que a indenização deveria ser paga de forma prévia, e justa. Por outro lado, a Constituição de 1937<sup>23</sup>, retrocedeu o entendimento, trazendo as disposições previstas na Constituição de 1824 e 1891.

<sup>20</sup>BRASIL. *Carta de Lei de 25 de março de 1824*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>21</sup>Idem. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>22</sup>Idem. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 15 de mar. 2019.

<sup>23</sup>Idem. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.



Após o retrocesso da Carta de 1937, a Constituição de 1946<sup>24</sup> trouxe mudanças significativas, inovando quanto ao pagamento da indenização, que deveria ser prévia, justa e em dinheiro, bem como uma vinculação do uso da propriedade ao bem-estar social, o que possibilitava uma justa distribuição, e a desapropriação por interesse social. Esta última novidade legislativa somente foi regulamentada em 1962, com a edição da Lei nº 4.132<sup>25</sup>, trazendo os casos em que era permitido a desapropriação por interesse social.

Já a Constituição de 1967<sup>26</sup> manteve o mesmo entendimento, não trazendo nenhuma inovação ou avanço neste campo. Por fim, atualmente, a Constituição Federal<sup>27</sup>, traz em seu texto a disposição do art. 184, que prevê sobre a desapropriação para fins de reforma agrária.

O conceito de reforma agrária não foca apenas na distribuição de terras, sendo algo mais abrangente, pois prevê adoção de outras medidas de suporte aos seus beneficiários. O §1º, do art. 1º, do Estatuto da Terra<sup>28</sup>, conceitua a reforma agrária como um conjunto de medidas, que objetivam a melhor distribuição de terras, para atender os princípios da justiça social e do aumento da produtividade.

Merece destaque, no disposto do artigo acima, a expressão “melhor distribuição”, ou seja, evidencia-se que o Brasil é um país com vasta desigualdade, principalmente de terras, e a reforma agrária possui um caráter corretivo, a fim de buscar a justiça social.

Existem atualmente dois métodos de promover a reforma agrária: o método coletivista e o método privatista. O primeiro prevê uma nacionalização da terra, ou seja, ela passa primeiramente para as mãos do Estado. Possui seu fundamento na doutrina socialista. Já no segundo método, admite-se a propriedade privada, possuindo a terra aquele que nela trabalha, seja uma pequena, média ou grande propriedade. Esse método baseia-se na doutrina Aristotélica, na qual os bens existem para a satisfação do homem. Este último método é o perseguido pelo Brasil, em suas tentativas de reforma agrária.

Ressalta-se que a reforma agrária tem as seguintes características: é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, bem como possui peculiaridades a depender do país em que se executa; é transitória, e no Brasil, é prevista como tarefa a ser executada

---

<sup>24</sup>BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>25</sup>Idem. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L4132.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4132.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>26</sup>Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>27</sup>Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

<sup>28</sup>Idem. *Lei nº 4504*, de 30 de novembro de 1964. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2019.



paulatinamente; passa por um redimensionamento de áreas mínimas e máximas; e por fim, é necessário a existência de uma política agrícola eficiente.

Quanto a esta última característica, mostra-se a mais difícil de ser resolvida, pois não basta haver uma política agrícola, esta deve ser eficiente, e ainda, deve ser combinada com a reforma agrária, conforme previsão na Constituição Federal, no art. 187, §2º. Como dito acima, a reforma agrária não é um fim em si mesma, é preciso que se dê condições mínimas para que os beneficiários dela possam se desenvolver.

Como já dito, a reforma agrária tem como objetivo a promoção da justiça social e o aumento da produtividade, conforme é possível identificar em diversos dispositivos do Estatuto da Terra:

Art. 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Outro exemplo claro dos objetivos da reforma agrária está no Decreto nº 55.891/1965<sup>29</sup>:

Art. 1º A Reforma Agrária a ser executada e a Política Agrícola a ser promovida, de acordo com os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, na forma estabelecida na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, terão por objetivos primordiais:

I - A Reforma Agrária: a melhor distribuição da terra e o estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, que atendam aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade, garantindo o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Com isso devem ser feitas considerações acerca do principal meio de implementação da reforma agrária no Brasil, a desapropriação de imóveis, que não cumprem a sua função social

Em 2016, o Decreto nº 8.738<sup>30</sup> trouxe regras acerca dos procedimentos administrativos para a seleção das famílias beneficiárias da reforma agrária, estabelecendo, inclusive sobre regras rígidas, com o objetivo de inibir a transferências das propriedades concedidas a terceiros. Esse mesmo decreto, no art. 2º, trouxe novo conceito à reforma agrária, dizendo que formavam um grupo de medidas a fim da melhor distribuição de terra, com acesso à políticas públicas, para promover o desenvolvimento econômico e social das famílias

<sup>29</sup>BRASIL. *Decreto nº 55.891*, de 31 de março de 1965. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55891.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

<sup>30</sup>Idem. *Decreto nº 8.738*, de 03 de maio de 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8738.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8738.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

beneficiárias. Contudo, esse avanço legislativo sobre o tema não se encontra mais em vigor, tendo sido revogado pelo Decreto nº 9.311/2018<sup>31</sup>.

Benedito Ferreira Marques cita Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>32</sup> para realizar uma conceituação de desapropriação, qual seja, “um procedimento administrativo mediante o qual o poder público, compulsoriamente e por ato unilateral, despoja alguém de um bem, adquirindo originariamente, mediante indenização prévia e justa”.

É possível uma simples conclusão quanto à desapropriação: trata-se de uma transferência forçada de propriedade, do particular para o Poder Público. E com isso, a indenização prévia e justa serve como um elemento neutralizador dessa coerção.

Como já visto mais acima, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária sempre esteve presente no ordenamento constitucional, e partir daí, torna-se evidente que a competência para desapropriar para este fim é da União. Além disso, é o Poder Executivo Federal, segundo o Estatuto da Terra, no art. 20, quem determina a zona prioritária para fins de reforma agrária.

Antes da existência da Carta Magna de 1988, era exigido que fossem estabelecidas essas zonas prioritárias. Porém, após a Carta, somente ficaram estabelecidos poucos parâmetros para a desapropriação, uma vez que são insuscetíveis de desapropriação, a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra; a propriedade produtiva; e também aquele imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico que atenda requisitos estabelecidos em lei.

A desapropriação segue aliada à ideia de garantia de propriedade. É garantida a propriedade, desde que cumprida a sua função social, ressaltando a possibilidade de subtração, com a garantia de direito de indenização. É possível entender que a desapropriação é um importante instrumento na luta contra a desigualdade fundiária, e na busca da promoção da reforma agrária. Contudo, é um instituto falho, que merece ser contemplado com uma legislação efetiva, bem como políticas agrícolas eficientes.

---

<sup>31</sup>BRASIL. *Decreto nº 9.311, de 15 de março de 2018*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9311.htm#art51](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9311.htm#art51)>. Acesso em: 18 mar 2019.

<sup>32</sup>Ibid. p. 137.



Esta pesquisa constatou que há uma inércia do Poder Público em resolver as demandas de redistribuição de terras. O embate materializa-se na previsão constitucional acerca do instituto e a falta de regulamentação infraconstitucional sobre o tema.

É possível notar que a Constituição Federal ao trazer previsão da aplicação do princípio da função social da propriedade, busca iniciar na prática o instituto da reforma agrária. Ressalta-se que a Carta Magna possui como pilar a dignidade humana, a qual seria possível alcançar, ao menos no tocante à posse de terras, por meio da aplicação do princípio discutido neste artigo.

O Brasil é dotado de amplitude de terras, que poderiam ser redistribuídas, como meio de diminuir as desigualdades existentes. Não há que se falar aqui que esse seria o único meio de acabar com as mazelas do país, porém seria um dos meios de se começar um processo que busca a vida plena e digna, amparada constitucionalmente.

Ao longo da história jurídica do Brasil, é possível notar a presença do instituto da função social, se intensificando recentemente. Há previsões em diversas Constituições, inclusive da época Imperial.

A aplicação do princípio da função social tem o objetivo de assegurar uma propriedade plena, com uso da terra, e de todas as suas funcionalidades. Quando não se atende a tal requisito, significa que a destinação da terra não é atendida, e deve-se buscar que seja. Assim, torna-se possível a desapropriação por interesse social. Essa desapropriação por interesse social é aquela que pode ensejar a reforma agrária, colocando determinado módulo rural a disposição do Estado, para que este realize uma nova distribuição.

Importante destacar a presença da indenização prévia e justa nas desapropriações por interesse social. A desapropriação é um ato forçado, em que o Poder Público exige um imóvel de propriedade particular, a fim de que se dê uma nova destinação. Com isso, a indenização prévia e justa figura como um elemento neutralizador dessa coerção sofrida.

Apesar desses mecanismos existentes no texto constitucional, na prática não tem se verificado a sua aplicação prática. Evidencia-se a falta de uma maior fiscalização por parte do Estado, a fim de buscar aferir se a função social vem sendo atendida no território brasileiro.

Falta também, e principalmente, uma legislação que possibilite a efetivação das disposições constitucionais. Em 2016, foi sancionada uma lei, com base na qual, seria possível selecionar famílias, para obter propriedades rurais, por meio da regularização fundiária. Foi um

avanço quanto ao tema. Contudo, essa mesma lei foi revogada em 2018, sem que fosse colocado em prática nenhuma de suas disposições.

Este pesquisador chegou ao entendimento de que o Brasil carece de legislação acerca da reforma agrária, mas também carece muito de fiscalização por parte do Estado. É possível que haja atenuação nas desigualdades no país, utilizando-se do mecanismo da função social para desapropriação de terras inapropriadamente utilizadas, colocando-as em poder de quem possa torná-las produtivas. Cumpridos os requisitos legais, e constitucionalmente previstos da desapropriação de terras improdutivas através do princípio da função social, atender-se-ia simultaneamente a dois fins: a produtividade das terras e a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Carta de Lei de 25 de março de 1824*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D59428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59428.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 57, de 18 novembro de 1966.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0057.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 55.891, de 31 de março de 1965.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55891.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.738, de 03 de maio de 2016.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8738.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8738.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.311, de 15 de março de 2018.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9311.htm#art51](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9311.htm#art51)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 10, de 10 de novembro de 1964.* Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-10-9-novembro-1964-364969-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L4132.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4132.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4504, de 30 de novembro de 1964.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5868, de 12 de dezembro de 1972.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5868.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8629, de 25 de fevereiro de 1993.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8629.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9393, de 19 de dezembro de 1996.* Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9393.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9393.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Pet 12.315 – ES (2018/0208524-3)*. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86568797&num\\_registro=201802085243&data=20180821&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86568797&num_registro=201802085243&data=20180821&tipo=0)>. Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 221640-SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 93.850-MG*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015459&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANÇA. *Code Civil des Français, de 1804*. Disponível em < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OPITZ, Silvia C. B., OPITZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Gilda Diniz. *Lei 8.629/93 comentada por Procuradores Federais*. 1. ed. Brasília: INCRA, 2011.

## DIREITO DAS CRIANÇAS COM A MÃE PRESA À LUZ DOS ESTATUTOS DA PRIMEIRA INFÂNCIA E DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Thays Teixeira de Faria Zancanaro

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo** – O sistema jurídico tem a família como um grande pilar do desenvolvimento social e individual. A criança, em sua condição especial, possui necessidade de proteção integral, visto que na primeira infância é quando ocorre a construção do caráter, o que enfatiza a necessidade de criação de políticas públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. O encarceramento é uma medida bastante grave – ainda mais nos estabelecimentos penitenciários brasileiros. Por outro lado, o objetivo constitucional da pena é a ressocialização, é a reinserção do agente no convívio social. Para que esse objetivo seja alcançado a família desempenha papel fundamental, pois dá apoio ao apenado. Do ponto de vista dos filhos, a convivência com genitores privados de liberdade deve desenvolver um senso de responsabilidade, solidariedade e afeto. A lei de Políticas Públicas para a primeira infância estabelece a necessidade de apoio amplo as famílias, a partir de uma série de intervenções e ações, como programas de promoção de paternidade e maternidade responsável, dando prioridade as famílias que estão em situação de vulnerabilidade e de risco. Diante disso, o objetivo do presente estudo é defender os direitos das crianças que possuam a mãe presa por meio de criação de políticas públicas efetivas que atendam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e proteção integral a criança em especial condição de pessoa em desenvolvimento.

**Palavras-chave** - Direito da Criança e do Adolescente. Mães presas. Prisão domiciliar.

**Sumário:** Introdução. 1. Garantias e violações ao direito da criança em caso de mães presas 2. Do sistema carcerário feminino 3. Solução para deficiência estrutural no sistema prisional brasileiro que expõe crianças e mães a experimentarem situação degradante. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda as garantias e violações aos direitos fundamentais das crianças cujas mães se encontram privadas de sua liberdade. O objetivo do presente estudo é identificar as transgressões aos direitos dessas crianças e discorre sobre as consequências da prisão de suas mães, a fim de promover melhorias para o atendimento das mães e das crianças e, assim, assegurar o respeito aos direitos fundamentais das crianças que estão temporariamente com suas genitoras nos presídios.

O tema ganhou relevância em outubro de 2017, quando a Ministra Carmen Lúcia, presidente do Conselho Nacional de Justiça, determinou a criação do Cadastro Nacional de

Presas Grávidas e Lactantes e a elaboração de um protocolo de recomendações ao sistema prisional para cuidados padronizados à saúde das detentas gestantes, das lactantes e de seus recém-nascidos nas prisões.

O primeiro capítulo trata dos direitos fundamentais da criança e dos motivos pelos quais violações a estes direitos atingem nocivamente aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, a formação de uma sociedade justa, livre e solidária e, ainda, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução de desigualdade social, assim como preconiza o artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, apresentam-se as penitenciárias femininas visitadas pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, o número de mães encarceradas nesses presídios, bem como, a quantidade de mulheres que, por estarem amamentando, têm os filhos também aprisionados. Assim, será possível identificar as deficiências em nosso sistema prisional e as violações aos direitos fundamentais destas crianças, propondo as devidas melhorias a fim de assegurar direitos básicos às crianças que estão nesta situação.

Por fim, no terceiro e último capítulo, ressalta-se a necessidade de padronização das normas a serem seguidas na esfera do tratamento dispensado às mães e às crianças nessas condições, e também a articulação dos vários setores da sociedade, implementando uma infraestrutura mínima para que não sejam suprimidos os direitos básicos como realização de pré-natal e cuidados com a saúde dos bebês das presas, obrigatoriedade do registro dos filhos de grávidas em estabelecimentos penais e a presença de um juiz da Vara da Infância e da Juventude nas unidades prisionais que estiverem abrigando bebês de detentas.

Para tanto, o presente trabalho será realizado por meio de apresentação de casos concretos e baseados em livros e documentários especializados no tema em questão, se pautará, inclusive, pela abordagem qualitativa, pelos objetivos descritivo e explicativo e pela metodologia do tipo bibliográfica, porquanto respaldada na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Por fim, irá destacar a importância de se salvaguardarem os direitos fundamentais das crianças, a despeito da pena imposta a sua genitora, para manter-se o Estado Democrático de Direito.

## 1. GARANTIAS E VIOLAÇÕES AO DIREITO DA CRIANÇA EM CASO DE MÃES PRESAS

Em 1988 com a promulgação da Constituição Federal<sup>1</sup>, pela primeira vez na história brasileira, a questão da criança e do adolescente é abordada como prioridade absoluta e a sua proteção passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado. A partir daí, as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direito, com isso, a Constituição<sup>2</sup> em seu artigo 227, consagrou os direitos fundamentais desses seres, nascendo a Doutrina da Proteção Integral da Criança.

A doutrina jurídica da Proteção Integral<sup>3</sup>, assenta-se em três princípios, quais sejam: a criança e o adolescente deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos; passam a ser destinatários de absoluta prioridade e são respeitadas com condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Com a nova doutrina as crianças e os adolescentes ganham um novo *status*, como sujeitos de direitos e não mais como menores objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonados ou delinquentes.

Esses direitos sugerem uma limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Por outro lado, o Estado por meio de prestações positivas, passa ter responsabilidade de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. Os direitos elencados no supracitado artigo 227 constituem direitos fundamentais de suma relevância, não somente pelo seu conteúdo como também pela sua titularidade. Com a necessidade de materializar o preceito constitucional, e uma forma de tornar concreta essa garantia surgiu a necessidade da criação de um Estatuto, o que ocasionou a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>4</sup>.

O surgimento dessa legislação que passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos é imprescindível, pois evita que os preceitos constitucionais fossem reduzidos a meras intenções. Sendo crianças e adolescentes titulares de direitos próprios e especiais, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, tornou-se necessária a existência de uma proteção especializada, diferenciada, integral.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>ASSIS, Simone Gonçalves de et al. *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p 12.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.



O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>5</sup> prevê que os menores gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, assegurando, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Como garantir esses direitos se a mãe do menor estiver cerceada de sua liberdade em sistema prisional?

O referido Estatuto, em seu artigo 3º e 5º dispõem inclusive sobre a proteção integral da criança como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, e que devem 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. Logo, nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A Constituição Federal<sup>6</sup> nos termos do art. 5º, XLV, estabelece o Princípio da Intranscendência da Pena, em que a pena não poderá passar da pessoa do condenado, logo somente este, e mais ninguém, poderá responder pelo fato praticado. Ocorre que, essas crianças acabam respondendo junto de suas mães. Certo que, essas crianças com mãe presa não foram condenadas, assim não deveriam estar sob a jurisdição da execução penal, e sim da Vara da Infância e da Juventude para que aos direitos destas crianças sejam respeitados e de forma alguma a pena de suas mães venham recair sobre elas.

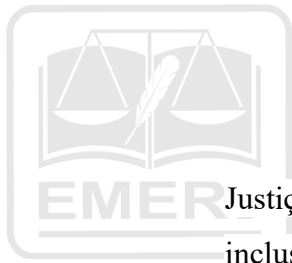
Inicialmente, o sistema penitenciário foi pensado para homens. Somente depois surgiram as prisões femininas e, à medida que o número de mulheres encarceradas aumentou, cresceu também o número de recém-nascidos nesse meio. Não há registros históricos acerca do encarceramento feminino; por isso as raízes dos institutos penais aplicáveis são muito semelhantes ao que se teve para os homens. As prisões femininas são, em regra, adaptações das prisões masculinas e, dessa forma, não atendem às necessidades específicas das mulheres, principalmente em relação ao exercício de ser mãe.

No Brasil, há uma política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino. Essa política, por sua vez, é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias. De acordo com o Conselho Nacional de

---

<sup>5</sup>Ibidem.

<sup>6</sup>Idem, op. cit., nota 1.



Justiça<sup>7</sup> há no Brasil 622 mulheres presas que estão grávidas ou amamentando, e destaca, inclusive, que algumas dessas mulheres são mantidas algemadas até durante o parto.

Em fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641)<sup>8</sup> coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.<sup>9</sup>

Para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar deve ocorrer sempre que possível, observando-se o caso concreto que envolvam mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, enquanto perdurar tal condição. Excetuam-se os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

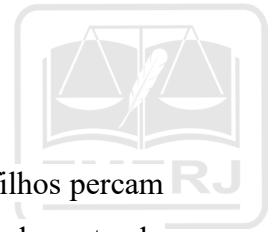
Nesses casos, a prisão domiciliar não pode ser vista como um benefício para a mulher, já que o filho não tem culpa dos crimes praticados pela mãe. O que está em pauta, como prioridade, é a integridade e os interesses dessas crianças. Por outro lado, não é possível descartar a possibilidade de essas mães detentas, por vezes, não tratarem bem os seus filhos. Nestas hipóteses, não seria justo mantê-las em prisão domiciliar, sendo que o principal propósito, que é cuidar da criança, não seria atendido. É pensando nisso que o Estatuto da

---

<sup>7</sup>Idem. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>8</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ricardo Lewandowski. Acesso em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>9</sup>Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DecretoLei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.



Criança<sup>10</sup> prevê que mulheres que tenham cometido crime contra os próprios filhos percam a sua guarda, mais uma vez, a lei assegura o direito da criança como prioridade, descartando fielmente a possibilidade de se pensar que a prisão domiciliar pode beneficiar apenas a mãe.

É necessário enfatizar a questão da maternidade na prisão, apresentando um maior aprofundamento e compreensão do significado de ser mãe para as mulheres reclusas, o direito de amamentação, a infraestrutura das penitenciárias para sustentar a relação materna, o período mínimo e máximo adequado para a separação da criança e da mãe encarcerada, o dever do Estado e os direitos que devem ser garantidos para ambos nessa situação.

A melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam as crianças que estão com suas mães no ambiente prisional estarão resolvidos. Em contrapartida, para os casos que não é possível a decretação da prisão domiciliar é necessário que o Estado atue garantindo que as penitenciárias femininas tenham condições mínimas para receber estas crianças, sem que ocorra violação de seus direitos.

## 2. DA PRECARIEDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO

O histórico do crescimento do número de mulheres encarceradas no Brasil iniciou-se de forma tímida, tomando grandes proporções nos últimos anos. A criminologia tradicional<sup>11</sup> tinha a visão centrada em uma questão puramente biológica, o que impulsionava uma tendência de ser menor a taxa de criminalidade feminina do que a masculina. De acordo com essa visão, a mulher não havia evoluído tanto como o homem, razão pela qual, tenderia a cometer menos delitos. Dessa forma, as mulheres não apresentavam de forma concreta, tampouco em igual proporção, os mesmos sinais de degenerescência vislumbrados no homem criminoso, o que motivou a criação de prisões mistas, face a desnecessidade de criação de prisões específicas femininas, em virtude da falta de quórum feminino.

Nos primórdios, as mulheres eram detidas por questões morais e religiosas, e os maiores índices de crimes cometidos estavam relacionados aos delitos de prostituição, vagabundagem, homossexualidade e bruxaria. No início do século XX, nasce a figura da mulher criminosa denominada como “a vítima”, que não é determinada pelo delito, e sim

---

<sup>10</sup>Idem. op. cit., nota 4.

<sup>11</sup>ROSA, A. M. da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitatus, 2015, p 23.

pela vitimização e ingenuidade encontradas no caráter feminino, o que as tornava cúmplices de seus parceiros, desempenhando a lealdade que lhe era esperada. Fato relevante na história do cárcere feminino no Brasil, tendo em vista que, atualmente, está é a figura mais presente nos casos de prisões relacionadas a mulheres.

No que diz respeito à prática de crimes cometidos por mulheres até o século XX, estavam sempre ligados à maternidade e à moral familiar. Hoje, os crimes passaram do âmbito privado para o público, razão pela qual prevalecem os crimes relacionados ao tráfico e consumo de droga, posteriormente roubo e furto e, em seguida, homicídio qualificado.

O discurso criminológico clássico<sup>12</sup>, ao tentar preservar a moral e o patrimônio familiar pelo sistema penal, criou a classificação das punições de determinados crimes, marco inicial em que a mulher passa a ser vista como criminosa igualando-se penalmente, no que tange à punição de seus delitos, ao homem.

Com o crescimento do número de mulheres encarceradas, foi necessária a criação de uma diretriz legal que regulamentasse a prática de encarceramento das mulheres em alas separadas dos homens, o que não ocorria até o ano de 1941. Surge então, a primeira norma legal, trazida no art. 29, §2º do Código Penal<sup>13</sup> de 1940, que determinava que as mulheres deveriam cumprir a pena em estabelecimento especial ou em sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, e que ficariam sujeitas a trabalho interno.

Basta uma análise superficial para se verificar a enorme deficiência nas legislações que regulam as situações referentes à mulher presa. Ante a escassez das disposições legais sobre essa particularidade dentro do sistema penitenciário no Brasil, a realidade que as mulheres presas enfrentam é bem distante dos ditames previstos em lei. Embora a Lei de Execução Penal<sup>14</sup> – em seu artigo 83, § 2º e 3º – legisle sobre os estabelecimentos penais destinados a mulheres, indicando que estes devem ser equipados de berçários aptos para que as condenadas possam manter-se perto de seus filhos, inclusive, possuírem o direito de amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade, as unidades prisionais brasileiras não possuem cela ou dormitório adequados para gestantes. O que agrava ainda mais a situação é que, até o presente momento, o Brasil ainda possui prisões mistas, o que gera perigo não só

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, E. R. Las clases peligrosas: el fracaso de um discurso policial prepositivista. Florianópolis: *Revista Sequencia*, 2005. p 15.

<sup>13</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

<sup>14</sup>Idem. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.



para detentas, bem como, para seus filhos, agentes penitenciárias e profissionais de saúde que deveriam prestar acompanhamento pré-natal, perinatal e pós natal às gestantes.

A falta de estrutura gera grande sofrimento às mulheres encarceradas, pois o deficiente regime de privação de liberdade, por si só, compromete o período da maternidade, bem como o direito ao adequado desenvolvimento do recém-nascido durante os primeiros meses de vida. A ausência de regulamentação e de políticas públicas voltadas à situação das mulheres presas vai de encontro ao disposto no artigo 5º, inciso L, Constituição da República<sup>15</sup>, que dispõe, que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A garantia de acesso à maternidade por parte das mulheres presas ainda é muito precária. Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça realizou vistorias<sup>16</sup> em estabelecimentos carcerários femininos por toda região do Brasil e registrou os números de presas gestantes, de presas lactantes e bebês encarcerados. Mesmo sendo bem menor a população carcerária feminina do que o público masculino, aquela está longe de alcançar o objetivo de reintegração social e possui problemas ainda maiores, por conta da especificidade que enfrenta seu público.

Este registro é realizado a fim de que o Poder Judiciário possa identificar cada uma dessas mulheres e verificar o tratamento que recebem nos presídios, acompanhando-as de forma permanente. O referido acompanhamento se faz indispensável, uma vez que, entre as questões específicas que abrangem a mulher presa está, além da gravidez e da amamentação, a situação dos bebês e das crianças encarceradas.

Ao investigar tais instituições, principalmente, no que tange à assistência à mulher grávida ou ainda a que possua filhos recém-nascidos ou deficientes, é visível a distância entre a realidade em que essas mães e crianças vivem e os direitos e garantias propostos pela letra de lei e pelos estatutos específicos.

Por isso, é comum verificar que o tratamento de gênero dispensado a essa classe prisional foge integralmente aos padrões legais propostos, o que gera maus tratos, tortura de ordem física, psíquica e moral. Tudo isso prejudica, por consequência, o retorno dessas mulheres ao seio familiar e social.

A questão é ainda mais delicada em relação as crianças que permanecem encarceradas com suas mães, visto que aquelas, em sua especial condição de pessoa em desenvolvimento;

---

<sup>15</sup>Idem.op.cit., nota 1.

<sup>16</sup>Idem. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasil, jun. 2014. Infopen Mulheres. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/relatorio-infopen-mulheres>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

possuem a necessidade de uma maior atenção para a tutela de seus direitos fundamentais, a fim de se alcançar a dignidade da pessoa humana de forma mais plena possível. Bem por isso, a Constituição da República<sup>17</sup>, em seu artigo 227, determina que os direitos das crianças e adolescentes sejam atendidos com prioridade absoluta.

As crianças só podem permanecer nos presídios até completarem dois anos; depois disso, os cuidados são terceirizados a familiares e, em sua falta, os filhos das detentas são direcionados a abrigos. Fato é que toda a estrutura familiar depende destas mulheres, todavia a falta de criação de sistemas prisionais aptos a atender à necessidade das mães presas e seus filhos geram, conseqüentemente, inúmeras situações que trazem sequelas para sociedade, tais como: crianças que fogem dos abrigos onde foram abandonadas por seus familiares e permanecem em situação de rua; menores infratores que, sem a educação de um lar, optam pela criminalidade.

Pelo exposto, faz-se necessário enfatizar a questão da maternidade na prisão, apresentando um maior aprofundamento e compreensão do significado de ser mãe para as mulheres reclusas, o direito de amamentação, a infraestrutura das penitenciárias para sustentar a relação materna, o período mínimo e máximo adequado para a permanência da criança em ambiente prisional, o momento ideal para a separação da criança e da mãe encarcerada, o dever do Estado e os direitos que devem ser garantidos para ambos nessa situação. A falta de políticas públicas alimenta um sistema em que as mulheres continuam longe de casa sem prover o sustento e a educação dos filhos, gerando efeitos negativos a toda sociedade.

### 3. SOLUÇÃO PARA DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO QUE EXPÕE CRIANÇAS E MÃES A EXPERIMENTAREM SITUAÇÃO DEGRADANTE

No Brasil há um quantitativo maior de presídios mistos do que os presídios voltados especificamente para a prisão feminina. De acordo com o relatório realizado em 2014 pelo “Infopen Mulheres”<sup>18</sup>, 90% das unidades mistas são consideradas inadequadas para as mães presas, bem como 49% das unidades voltadas somente para mulheres também deixa a desejar quando o assunto é adequação prisional para mães encarceradas no Brasil. Além disso, a presença de berçário e/ou centro de referência para mulheres nas unidades mistas era de 3%,

---

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>DEPEN/INFOPEN. *Infopen Mulheres*, 2018. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2019.

enquanto que, nos presídios específicos para mulheres, esse percentual era de 32%. E, ao se tratar da existência de creches, as penitenciárias mistas declararam não possuir esse recurso nas suas unidades. Em contrapartida, 5% das unidades femininas afirmaram possuir creches, o que ainda é um percentual baixo frente à necessidade de atendimento aos filhos de mulheres encarceradas, já que a maioria das presas – aproximadamente 64% – revelaram ter, pelo menos, um filho.

É notório que as penitenciárias brasileiras, de modo geral, não estão aptas para receber gestantes, pois carecem de melhor estrutura para acolher de forma digna os filhos menores das reclusas, assim como as próprias mães. Essa situação acarreta diversos problemas que afetam o desenvolvimento infantil, criando uma dificuldade adicional aos filhos das detentas.

De um modo geral, as consequências para a saúde das mães e das crianças são enormes: quando são separadas, elas sofrem mais problemas de saúde mental, como depressão e hiperatividade, comportamento agressivo, retraimento, entre outros. Para algumas mães, os filhos podem ser um estímulo para buscar a recuperação e dar perspectiva ao seu futuro. Ainda assim, os números de depressão pós-parto são muito mais altos do que em mulheres em liberdade. A taxa de transmissão vertical de doenças também é maior. Como exemplo, a sífilis, que por sua vez, é uma doença facilmente curável. Todavia, por falta de acompanhamento médico pré-natal e pós nascimento, mães e crianças podem ser levadas à morte se não tratada a tempo.

A FGV DAPP<sup>19</sup> divulgou os principais efeitos negativos que ocorrem as crianças que possuem mães presas. Destacou que a falta de estrutura adequada para o acolhimento e cuidados destas crianças e a ausência da mãe nos primeiros meses de vida, bem como o possível contexto de violência que pode existir em ambientes prisionais, podem comprometer o desenvolvimento infantil de diversas formas, tais como: Problemas na formação do córtex pré-frontal de um indivíduo<sup>20</sup>, que causa implicações diretamente no desenvolvimento das suas habilidades cognitivas, que gera um hiato no desenvolvimento dessas habilidades em crianças em situação de vulnerabilidade social em comparação com crianças em situação mais privilegiada;

---

<sup>19</sup>FGV DAPP. *Encarceramento Feminino Policy Paper*. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>20</sup>CUNHA, F.; HECKMAN, J. (2006). "*Investing in Our Young People*." Disponível em: <<http://www-news.uchicago.edu/releases/06/061115.education.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.



Ademais, a proximidade física de fatos violentos aumenta o efeito perverso que a sua exposição exerce sobre crianças e adolescentes. Ou seja, quanto mais próximo das crianças é o ato violento, maior é a probabilidade de elas apresentarem sintomas negativos advindos dessa exposição;

Essas crianças estão, em geral, menos sujeitas a práticas parentais de reiteração de interações sociais ligadas à realização de tarefas e, frequentemente, entram na escola com menos horas acumuladas de leitura acompanhada<sup>21</sup>. Isso gera um impacto direto nas habilidades desenvolvidas pelas crianças, antes mesmo de atingirem a idade escola.

É necessário efetivar o status de prioridade absoluta trazido pela Constituição Federal e reforçado com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes, a relação dos pais com os filhos era baseada no pátrio poder, sendo estes considerados como meros objetos de direito. Atualmente, crianças são vistas como sujeitos de direitos, em razão da doutrina da proteção integral, em que todos devem observar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, com absoluta prioridade. Não só por isso, mas como preconiza a Carta Maior, a sociedade deve ser justa e livre, crianças não podem crescer em ambiente hostil, tampouco desenvolver-se longe de suas genitoras, pois o afeto, educação, saúde são pilares para a construção e desenvolvimento de uma pessoa.

O problema das mulheres e mães nas prisões é discutido em todo o mundo e é regido pelas Regras de Bangkok das Nações Unidas, aprovadas em 2010. Este conjunto de recomendações visa respeitar os direitos e a saúde das mulheres presas e de seus filhos. Entre as diretrizes da legislação sobre o assunto estão o princípio da intranscendência penal, pelo qual ninguém deve pagar pelos crimes de outra pessoa, e o interesse superior da criança, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança. No entanto, estes princípios não são respeitados no caso de crianças pequenas que têm suas mães presas. Nessas situações, a pena se estende a toda a família.

As regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a

---

<sup>21</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019

elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

Para a minimização dos efeitos negativos que surgem com as prisões de gestantes e mães, devido a sua especial vulnerabilidade nesse momento, foram criadas regras que orientam o tratamento de mães e filhos nos sistemas prisionais. Primeiramente, as Regras evidenciam a atenção adequada aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças no recinto prisional, permitindo que recém ingressas possam contatar parentes próximos e acesso a assistência jurídica para que até mesmo antes de seu ingresso, considerando o melhor interesse das crianças, seja permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade.

No momento do ingresso, também devem ser registrados o número e os dados pessoais dos filhos das mulheres que ingressam nas prisões. Os registros deverão incluir, sem prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda. Sendo toda informação relativa à identidade das crianças confidencial e o uso de tais informações deverá sempre obedecer à exigência de garantir o melhor interesse das crianças.

Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Caso haja parto num estabelecimento penitenciário, tal fato não deve constar do respectivo registro de nascimento. Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

Em casos de visitação, os funcionários da prisão deverão demonstrar competência, profissionalismo e sensibilidade e deverão preservar o respeito e a visitas dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou crianças visitando presas. As que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos. Deverão, inclusive, ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos filhos. E, em caso de sanções disciplinares para mulheres



presas, jamais deverá incluir a proibição de contato com a família, especialmente com seus filhos.

Em locais em que as crianças tenham possibilidade de acompanhar suas mães, os funcionários serão conscientizados sobre as necessidades de desenvolvimento das crianças, e, deverão se submeter a treinamentos básicos sobre atenção à saúde da criança, para que em caso de emergência, respondam com prontidão e efetividade as situações não planejadas.

O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

Decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. Mulheres presas cujos filhos estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles. As crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.

Enquanto algumas dessas regras não podem ser cumpridas em razão da falta de estrutura, organização e políticas públicas, em outubro de 2018, o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, por meio Habeas Corpus 143.641<sup>22</sup>, reiterou

---

<sup>22</sup>COELHO, Gabriela. *Ministro cobra cumprimento de hc coletivo*. ConJur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.



que seja com concedidos habeas corpus coletivos em favor de todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que sejam gestantes ou mães de crianças até 12 anos.

Esta é uma medida necessária para a redução de danos aos filhos dessas mulheres, visto não haver possibilidade de pôr fim as penitenciárias mistas, tampouco construir novos estabelecimentos ou reproduzir reformas capazes de tornar o sistema penitenciário local totalmente hábil para acolhimento de crianças. Assim, tratando-se de presas com condenação não definitiva, o entendimento fixado pela maioria dos Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> é o de que se conceda o benefício da prisão domiciliar à paciente até o trânsito em julgado da condenação.

O benefício da concessão de prisão domiciliar às mães que aguardam julgamento só foi possível, pois em 2016 o legislador editou a lei 13.257<sup>24</sup> e adaptou a legislação brasileira aos ditames internacionais relativos a direitos humanos da mulher presa. Todavia, apesar de estar em curso uma implementação gradual do habeas corpus coletivo, seus efeitos ainda são deficitários, visto que muitas decisões judiciais têm insistido em contrariar as determinações do acórdão.

Logo, é necessário que seja realizado o cumprimento do referido habeas corpus de forma mais célere e efetiva possível, pois tratam-se de pessoas mais vulneráveis de nossa população. A ausência de cumprimento efetivo do habeas corpus coletivo apenas fomenta a política cruel de encarceramento a que o Estado brasileiro sujeita a sua população, que em especial, atinge mulheres negras e pobres, assim como seus filhos, que desde a primeira infância, já são sujeitos às privações de experiências de vida indispensáveis para o pleno intelectual, social e afetivo.

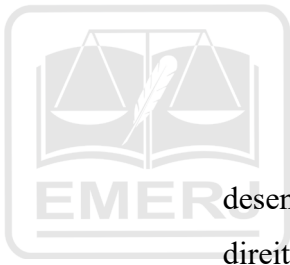
## CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados na elaboração deste artigo, constatou-se a necessidade de projeção, efetivação e proteção do sistema de garantias de direitos de crianças que possuem suas mães presas. Tendo em vista, a especial condição de pessoa em

---

<sup>23</sup>POMPEU, Ana. *Supremo concede HC coletivo a todas as presas grávidas e mães de crianças*; ConJur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei nº 13.257*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2019.



desenvolvimento, a criança, possui a necessidade de maior atenção para as tutelas de seus direitos fundamentais, na medida em que a Constituição da República estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos dogmas de nossa sociedade.

A proteção constitucional de crianças toma por base a prioridade absoluta. Em geral, associa-se esse princípio ao Poder Executivo, que é responsável pela formulação de políticas públicas. Entretanto, o Executivo não atua de forma completamente independente, pois é preciso estabelecer marcos legais e diretrizes para sua atuação, papel este que cabe ao legislativo. Portanto, a prioridade absoluta deve ser lida como imposição de um dever também ao Congresso Nacional, que deve ter sempre como pauta o aperfeiçoamento da esfera de proteção de direitos infanto-juvenis.

O número de mulheres presas no Brasil aumentou significativamente, o que torna indispensável criação de estabelecimentos aptos para recebê-las, e lhes permitam agir de forma a cumprir os deveres e direitos abarcados pelo poder familiar. Destarte, a criança possui direito à convivência familiar e comunitária, que é elencado no rol de direitos fundamentais e tem o caráter prestacional, ou seja, contem deveres de fazer ou de dar impostos ao Poder Público e aos pais e responsáveis. São direitos de segunda geração, cuja a tutela é oponível a quem quer que não os respeite.

Sob esse prisma, além da necessidade de criação de políticas públicas que evitem o crescimento no número de mulheres mães presas no Brasil, faz-se necessário a execução de medidas que tem por foco a afastar possíveis riscos ao desenvolvimento psíquico da criança, como exemplo, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos previstos no art. 318, inciso V, com previsão originária nas Regras de Bankog – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, de 2010.

Não obstante, como observado na doutrina e jurisprudência analisadas, a falta de criação de políticas públicas específicas para esse grupo social específico (mães presas e seus filhos) gera um verdadeiro ciclo de violência, descaso, negligência de direitos.

Nesse sentido, não basta apenas a execução de medidas que possibilitem a permanência das mães com seus filhos. É imprescindível ir além, pois a força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao ser humano. Assim, deve-se pôr a criança a salvo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Trata-se de dever imposto a todos os membros da sociedade e ao Poder público. Crianças, por gozarem de proteção absoluta, não de ser protegidos contra atos que violem seus direitos da personalidade e sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Simone Gonçalves de et al. *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos do direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; OLIVEIRA, Catarina Almeida; ERHARDT JUNIOR, Marcos. *Famílias no Direito Contemporâneo*. Bahia: JusPODIVM, 2010.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: A difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. IN: *Famílias no direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*, Org.: Fabíola Santos Albuquerque; Marcos Ehrhardt Junior; Catarina Almeida Oliveira. São Paulo: Jus Podivm, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasil, jun. 2014. Infopen Mulheres. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/relatorio-infopen-mulheres>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal Simplificado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABREIRA, Carlos Cabral et al. *Direitos da criança, do adolescente e do idoso doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CURY, Munir Amaral e Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ISHIDA, Válder Kenji, *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*, 16 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, A. M. da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2015.

ZAFFARONI, E. R. *Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista*. Florianópolis: Revista Sequencia, 2005.



## CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E OS RISCOS DE INVERSÃO DA REGRA DO ADIMPLEMENTO INTEGRAL E REGULAR

Vanessa Alves Washington de Souza

Graduada pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, as relações contratuais passaram por uma profunda modificação. Isso porque, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso de direito ganham extrema relevância, determinando a releitura dos princípios contratuais clássicos, a fim de que o direito civil atenda seus pilares de eticidade e socialidade. O presente trabalho busca analisar os impactos dos princípios constitucionais modernos no instituto do adimplemento, de modo a justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial nas relações contratuais, analisar quais parâmetros devem ser observados pelo julgador, bem como discutir o eventual risco de subversão da regra de pagamento regular e integral da prestação avençada.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Obrigações e Contratos. Adimplemento. Teoria do Adimplemento Substancial. Requisitos e Limites.

**Sumário** – Introdução. 1. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no direito brasileiro. 2. Parâmetros para a aplicação da teoria do Adimplemento Substancial. 3. Aplicação da teoria e o risco de subversão da regra de cumprimento regular e integral da prestação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de fixação de critérios para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como o risco de subversão da regra de cumprimento integral e regular da prestação.

Com a elaboração do Código Civil de 2002, ganha relevância o princípio da boa-fé objetiva, colocando-o como um critério norteador do exercício regular de direitos legal ou constitucionalmente previstos. Sendo assim, as obrigações, que antes eram vistas como uma relação jurídica de cunho pessoal, patrimonial e estático, passaram a ser entendidas de forma dinâmica, flexibilizando-se a máxima do *Pacta Sunt Servanda*, um dogma para o CC/16.

De igual maneira, ganha importância o princípio da função social, também aplicável às obrigações e aos contratos, atualmente analisada tanto em sua vertente externa, como também interna, de modo a limitar a relatividade e a zutonomia da vontade.

Nesse contexto de imposição de deveres laterais e implícitos, foi introduzida a Teoria do Adimplemento Substancial ou Inadimplemento Mínimo, hoje consagrada como uma teoria doutrinária e jurisprudencial. Entretanto, diante da inexistência de previsão legal, a aplicação do instituo não se dá de forma uniforme pelos tribunais, surgindo a necessidade de se estabelecer parâmetros mínimos de aplicação.

O trabalho foca a temática dos critérios para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, que hoje permeia grande parte das ações judiciais, em razão da impossibilidade de cumprimento das prestações na forma ajustada e o aparente conflito entre os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

Por fim, objetiva-se discutir os fundamentos presentes no ordenamento jurídico para a adoção da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como a possibilidade e necessidade do estabelecimento de critérios para sua aplicação. Isso porque, sua utilização de forma livre pelos tribunais traz o risco de decisões contraditórias e de subversão da ordem de adimplemento regular e integral das obrigações.

Para tanto, parte-se das seguintes reflexões: é possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro, tendo em vista a ausência de previsão legal? Sendo possível aplicá-la, existem critérios a serem utilizados pelo magistrado? A aplicação da teoria coloca em xeque a regra geral de cumprimento das obrigações na forma ajustada, significando um risco à segurança jurídica?

Inicia-se o primeiro capítulo defendendo a possibilidade de aplicação da teoria, em que pese a inexistência de previsão legal, tendo por fundamento o princípio da boa-fé objetiva, a preservação da confiança, a vedação ao abuso de direito e a função social interna dos contratos.

No segundo capítulo, analisam-se os parâmetros para embasar a aplicação da teoria e que critérios poderiam ser estabelecidos, levando-se e conta as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de cautela na aplicação teoria do adimplemento substancial, a fim de que a lógica de cumprimento integral e regular das obrigações livremente contraídas não seja invertida.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e

adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem será necessariamente qualitativa, portanto, 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 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O direito civil clássico sempre foi pautado pela importância da Autonomia da vontade, princípio do qual decorrem as cláusulas gerais da Liberdade Contratual, da Força obrigatória dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*) e do Consensualismo.

Entretanto, com a superveniência da Constituição Federal de 1988, o princípio da função social ganhou extrema relevância, impondo a interpretação de todo o direito de acordo com os valores fundamentais da sociedade. Tal impacto provocou diversas inovações do direito civil moderno, sobretudo com a edição do CC/02, que positivou os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da confiança e da vedação ao abuso de direito.

Percebe-se, portanto, que o direito civil contemporâneo é encarado de forma funcionalizada. Isso porque, os novos princípios impõem a observância de deveres anexos de comportamento leal, a fim de que as legítimas expectativas das partes não sejam frustradas e de que os direitos sejam exercidos consoante a finalidade que justifica sua existência e a tutela jurídica, conforme esclarece Fernando Noronha<sup>1</sup>.

Nesse contexto se insere a Teoria do Adimplemento Substancial também denominada de Inadimplemento Mínimo.

Tal instituto surge no direito inglês, no caso *Boone versus Eyre*. Segundo Bussata<sup>2</sup>, em sua versão originária, a teoria considerava a distinção entre as *conditions* (obrigações principais) e as *warranties* (obrigações secundárias), de forma que o descumprimento daquelas levava à extinção do contrato, enquanto o descumprimento destas poderia ensejar tão somente a indenização por perdas e danos.

---

<sup>1</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.16.

<sup>2</sup> BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39.

Posteriormente, a temática foi introduzida no direito brasileiro pelo professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva<sup>3</sup>, para quem o instituto se caracteriza por “um adimplemento tão próximo do resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.

Atualmente, portanto, a teoria do inadimplemento mínimo configura-se como um limitador ao direito potestativo do credor de extinguir o contrato, quando o devedor cumprir parcela relevante e substancial do acordado. Dessa forma, conforme leciona Bussata<sup>4</sup>, o desfazimento do vínculo contratual somente será admitido quando o descumprimento for relevante, de modo que a finalidade do contrato reste elidida, ou sua função econômica reste anulada.

Apesar da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como fundamento os princípios da boa-fé objetiva (art. 133 e 422 do CC), da função social dos contratos (art. 421, CC), da vedação ao abuso de direito (art. 188 do CC) e ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC)<sup>5</sup>.

Os novos princípios contratuais exigem uma reinterpretação das regras clássicas relativas aos institutos da obrigação e do inadimplemento. A visão tradicional das obrigações como prestações pessoais patrimoniais de conteúdo estático, formal e abstrato foi substituída pela noção de “relação obrigacional”, segundo a qual a prestação deve ser analisada no caso concreto à luz dos deveres laterais impostos pela boa-fé e pelas legítimas expectativas das partes.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería<sup>6</sup> afirmam que, atualmente, “a obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados”. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva<sup>7</sup> fala em “obrigação como processo” que “tenciona-se a sublinhar o ser dinâmico da obrigação”.

---

<sup>3</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Apud: BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, V.9, p. 60, nov.1993.

<sup>4</sup> BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007., p.51.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm)> Acesso em: 26 fev. 2019.

<sup>6</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. 2012, p.3.

<sup>7</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.10.

Consequentemente, a noção de adimplemento também passa por uma reanálise, não podendo este ser entendido como o cumprimento da prestação tal qual como ajustada. Isso porque, o respeito aos deveres anexos da boa-fé durante toda a relação obrigacional é elemento essencial do adimplemento, razão pela qual a violação a tais deveres pode ensejar a violação positiva do contrato por qualquer das partes. Dessa maneira, para a caracterização do inadimplemento, faz-se necessária a busca da real causa concreta do negócio jurídico, de acordo com os interesses perseguidos pelas partes.

Neste contexto, quando a prestação não mais se mostrar útil ao credor, à luz do princípio da boa-fé objetiva e da função social, surgirá para o credor o direito potestativo de resolução do contrato, nos termos do art. 475 do CC<sup>8</sup>. Em contrapartida, toda vez que subsistir a viabilidade de cumprimento da prestação, independente do juízo arbitrário do credor, o devedor terá direito subjetivo ao cumprimento.

Nesse sentido, lecionam Cristiano Chaves Faria e Nelson Roselvald<sup>9</sup> que:

frequentemente, será com base na viabilidade de cumprimento da prestação, mesmo que intempestiva, que situaremos a mora. Em contrapartida, o inadimplemento absoluto poderá aferir-se naquelas situações em que a boa-fé objetiva indica que a prestação perdeu a sua utilidade econômica para o credor, sendo impraticável a manutenção da relação jurídica, pois não há espaço para o adimplemento.

(...)

é certo que o interesse econômico do credor determina a conversão da mora em inadimplemento absoluto, mas não se pode cogitar de arbítrio do credor. Só há inadimplemento absoluto se o atraso gerou o desaparecimento da necessidade do credor na obtenção da prestação. Em suma, toda vez que devedor deseje pagar e objetivamente a prestação ainda se revela viável ao credor, deverá este aceitá-la. O adimplemento é um direito subjetivo do devedor e o magistrado deverá garanti-lo quando possível.

Certo é que as cláusulas gerais do direito civil moderno (sobretudo o princípio da boa-fé) mitigam, em parte, a autonomia da vontade e a máxima do Pacta Sunt Servanda. Por essa razão, o direito à resolução unilateral do contrato por parte do credor não pode ser exercido quando subsistir a viabilidade da prestação, mesmo que importe no descumprimento da obrigação originariamente pactuada. Isso porque, neste caso, o direito seria exercido de forma contrária à finalidade para qual foi criado, importando no abuso de direito.

Do mesmo modo, não se mostra razoável que o credor possa pleitear a resolução do contrato, na hipótese de o devedor já ter adimplido substancialmente a obrigação. Tratando-se de

---

<sup>8</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.537, 545.



descumprimento ínfimo, a ser analisado no caso concreto, a prestação ainda se revela útil ao credor, motivo pelo qual somente incidem os encargos da mora. Possibilitar a resolução unilateral significaria um desequilíbrio ainda maior, rompendo definitivamente com o sinalagma das prestações avençadas.

Sobre este ponto, esclarece Andrea Cristina Zanetti<sup>10</sup>, que, a teoria do adimplemento substancial configura-se “como um limite, à faculdade resolutória dada ao credor, (...), já que o descumprimento em questão não possui gravidade suficiente para colocar em risco ou corromper o sinalagma contratual”.

Ademais, segundo o disposto no Enunciado nº 361 da IV jornada de direito civil do CJF, “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”.

Portanto, apesar a inexistência de previsão legal, a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátria como um limite ao exercício abusivo de direitos pelo credor, em nome de princípios basilares do direito civil contemporâneo, quais sejam, o princípio da boa-fé objetiva, da função-social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento ilícito.

## 2. PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Após a introdução da temática do adimplemento substancial, a jurisprudência pátria passou a adotar a teoria no julgamento de casos concretos, a fim de resguardar os novos princípios regentes das relações contratuais, sobretudo o da Boa-fé Objetiva (artigo 422 do CC/02) e o da Função Social do Contrato (art. 421 do CC/02). Entretanto, diante da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico quanto ao instituto, surgiu a necessidade de se estabelecer critérios mínimos para embasar a aplicação da teoria.

---

<sup>10</sup> ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Sao Paulo: Saraiva, 2012, p.295.



No direito brasileiro, por sua vez, a iniciativa para traçar tais critérios partiu da 4ª Turma do STJ, conforme salienta Augusto César Lukascheck Prado<sup>11</sup>. No julgamento do REsp nº 76.363<sup>12</sup>, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a Corte estabeleceu três diretrizes para a aplicação da Teoria do Inadimplemento Mínimo, quais sejam: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante ínfimo em se considerando o total do negócio; c) a possibilidade de conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Partindo dessas premissas, a jurisprudência brasileira sempre adotou critérios quantitativos para determinar se o direito potestativo do credor de pleitear a resolução do contrato estaria obstado pelo instituto de inadimplemento mínimo. Dessa forma, a teoria teria aplicabilidade tomando-se como parâmetro exclusivamente o valor total do contrato, o número de parcelas ou até mesmo o percentual de parcelas adimplidas.

Ocorre que, tais critérios quantitativos não são utilizados de maneira uniforme pela jurisprudência, na medida em que, na prática, a relevância do percentual ou valor do contrato adimplido é definido por cada magistrado com base em suas convicções.

A título exemplificativo, como exposto pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.158.505<sup>13</sup>, bem como ressaltado por Augusto César Lukascheck Prado<sup>14</sup>, alguns precedentes do STJ aplicam a teoria do adimplemento substancial tendo por base o critério quantitativo nos casos de: a) atraso na última parcela (REsp nº 76.362/MT); b) inadimplemento de 2 parcelas (REsp nº 912.697/GO); c) inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem (REsp nº 469.577/SC); d) inadimplemento de 10% do valor total do bem (AgRg no AgREsp nº 155.885/MS); e e) inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido (REsp nº 1.051.270/RS).

Mais especificamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também apresenta decisões conflitantes, no tocante ao número ou percentual de parcelas adimplidas para configurar

---

<sup>11</sup> PRADO, Augusto César Lukascheck. *Direito Civil Atual* - STJ avança na delimitação do adimplemento substancial (parte 2). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substancial-parte>> Acesso em: 27 dez. 2018

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 76.363*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

<sup>13</sup> Idem. *REsp nº 1.581.505*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

<sup>14</sup> PRADO, op. cit..



a substancialidade. Observa-se, assim, a aplicação do instituto nos casos de: a) adimplemento de 77,77% do contrato (AI nº 0065160-79.2014.8.19.0000<sup>15</sup>); b) pagamento de 8 das 40 parcelas (AI nº 0066830-16.2018.8.19.0000<sup>16</sup>); c) adimplemento de 65% do valor do contrato (Apelação nº 0010846-91.2013.8.19.0042<sup>17</sup>). Percebe-se ainda decisões entendendo pela inaplicabilidade nos casos de: a) adimplemento de 75% do valor do contrato (Apelação nº 0996034-21.2011.8.19.0002<sup>18</sup>); b) valor contratado de R\$ 2.890.000,00 e valor inadimplido de R\$ 370.000,00 (AI nº 0063553-26.2017.8.19.0000<sup>19</sup>); c) inadimplemento de 33 das 48 parcelas (Apelação nº 0005131-34.2014.8.19.0042<sup>20</sup>).

Dessa forma, a utilização de critérios meramente quantitativos implica a existência de decisões contraditórias entre diferentes magistrados, no julgamento de casos semelhantes, sobretudo quando o percentual adimplido se enquadra entre 60 a 70% do valor total do negócio jurídico.

Sob este ponto, vale lembrar as críticas formuladas pelo professor Anderson Schreiber<sup>21</sup> à jurisprudência pátria, nos seguintes termos:

[...], o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual.

Ademais, a adoção exclusiva do critério valor enseja uma incongruência axiológica, na medida em que o instituto seria aplicado de forma dissociada da real causa que ensejou seu surgimento.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI nº 0065160-79.2014.8.19.0000. Relator: Teresa Cristina Sobral. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.002.45246>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>16</sup> Idem. AI nº 0066830-16.2018.8.19.0000. Relator: Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.88775>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>17</sup> Idem. Apel nº 0010846-91.2013.8.19.0042. Relator: Jaqueline Lima Montenegro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.40837>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>18</sup> Idem. Apel nº 0996034-21.2011.8.19.0002. Relator: Sirley Abreu Biondi. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.29622>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>19</sup> Idem. AI nº 0063553-26.2017.8.19.0000. Relator: Carlos Jose Martins Gomes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.79186>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>20</sup> Idem. Apel nº 0005131-34.2014.8.19.0042. Relator: Maria Aglae Tedesco Vilardo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.72077>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

<sup>21</sup> SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, ano 8, V. 32, p. 3-37, out./dez., 2007.

É certo que o estabelecimento de um percentual fixo para a aplicação da teoria pode justificar a extinção do contrato de forma arbitrária pelo credor, quando, no caso concreto, a prestação ainda era útil ou mesmo sua não aplicação quando a prestação se mostrava inútil, o que, por si só, configura um abuso de direito tanto por parte do credor (na primeira situação), como do devedor (na segunda situação).

Contudo, deve-se ter em mente que o instituto do inadimplemento mínimo tem por objetivo coibir o abuso de direito, consistente na utilização arbitrária pelo credor de seu direito potestativo de pleitear a extinção do contrato. Sendo assim, mostra-se imprescindível a adoção de critérios qualitativos, para que, a partir da análise do caso concreto, se verifique a utilidade da prestação à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança.

Nesse sentido, leciona Anderson Schreiber<sup>22</sup> que:

[...], a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito (...), mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (...), e, de outro, os efeitos do seu não-exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela de seu interesse.

Sendo assim, conforme esclarece Augusto César Lukascheck Prado<sup>23</sup>, a doutrina aponta diretrizes que devem guiar o julgador, a fim de garantir uma análise qualitativa da substancialidade no caso concreto, tais como: a) o grau de satisfação do interesse do credor; b) a comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato; c) o esforço e a diligência do devedor em adimplir integralmente; d) a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspondentes; e) a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor com efeitos menos gravosos ao devedor; e f) a ponderação entre a utilidade da extinção da relação jurídica obrigacional e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.

No mesmo sentido caminha o direito alienígena, como exposto por Otavio Luiz Rodrigues Junior<sup>24</sup>. Isso porque, os doutrinadores ingleses elencam como requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação.

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> PRADO. op. cit.

<sup>24</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

Em consonância com as lições doutrinárias acima mencionadas, recentemente o STJ avançou no debate quanto à fixação de critérios para o reconhecimento do inadimplemento mínimo, mais especificamente no julgamento do REsp nº 1.158.505/SC<sup>25</sup>. Nessa ocasião, o ministro relator reconheceu a impossibilidade de se fixar um patamar numérico em abstrato, a partir do qual o adimplemento seria considerado relevante, exigindo-se uma análise concreta do contrato.

Salientou o relator que:

[...] ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

Desse modo, apesar dos diversos precedentes que atrelam o adimplemento substancial a critérios quantitativos, atualmente, percebe-se uma evolução da jurisprudência pátria, marcada pelo reconhecimento da insuficiência de tal critério e da necessidade de uma análise qualitativa do caso concreto, atentando-se à função do negócio jurídico em questão, como também à satisfação do interesse do credor com o menor prejuízo ao devedor.

### 3. A APLICAÇÃO DA TEORIA E O RISCO DE SUBVERSÃO DA REGRA DE CUMPRIMENTO REGULAR E INTEGRAL DA PRESTAÇÃO

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o artigo 475 do CC/02<sup>26</sup> permite ao credor pleitear a resolução do contrato no caso de inadimplemento por parte do devedor. Trata-se de um direito potestativo garantido ao prejudicado, em razão da violação da regra geral do *Pacta Sunt Servanda*, isto é, do cumprimento regular e integral da prestação a qual as partes se obrigaram.

Entretanto, a Teoria do Adimplemento Substancial se apresenta como um limitador a esse direito potestativo do credor, quando a parcela inadimplida for tão ínfima que não tenha o condão de frustrar a função perseguida pelas partes com o negócio jurídico. Nesse caso, permitir ao credor

---

<sup>25</sup> BRASIL., op. cit., nota 13.

<sup>26</sup> BRASIL., op. cit., nota 5.

a resolução unilateral do contrato importaria no exercício abusivo do direito e violação ao princípio da boa-fé.

Considerando que a regra é o adimplemento, indaga-se a teoria do inadimplemento mínimo importaria em violação dessa regra e, conseqüentemente, ao princípio da segurança jurídica.

De acordo com Jorge Reinaldo Vanossi<sup>27</sup>, o princípio da segurança jurídica pode ser conceituado como “o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos”. Nesse sentido, ao permitir que a teoria do adimplemento substancial mitigue as conseqüências do inadimplemento, tal princípio poderia ser abalado.

Contudo, deve-se ter em mente que a visão da obrigação como uma prestação de conteúdo estático, tal qual avençada pelas partes foi superada. Atualmente, fala-se em relação obrigacional, na medida em que o conteúdo da obrigação é dinâmico, cujo contorno é definido pelo comportamento das partes durante todo o contrato, à luz dos princípios da boa-fé e da confiança.

Dessa maneira, a forma pela qual o inadimplemento era encarado também foi alterada. Isso porque, muitas vezes, o cumprimento da prestação exatamente tal qual pactuada pode configurar um inadimplemento, na modalidade de violação positiva do contrato, quando descumpridos os deveres anexos da boa-fé ou frustradas as legítimas expectativas criadas pela conduta das partes.

Partindo da nova noção da obrigação e do adimplemento, tem-se que o artigo 475 do CC/02 não garante, a priori, a resolução unilateral pelo credor, quando, por critérios objetivos e em abstrato, a obrigação pactuada não for cumprida. Pelo contrário, o direito potestativo previsto no supracitado artigo só deve ser garantido quando a prestação não mais se mostrar útil e apta a desempenhar a função do negócio jurídico, levando-se em conta os princípios da boa-fé, da confiança e da função social dos contratos.

Nesse sentido, a teoria do adimplemento substancial garante a própria segurança jurídica, pois obsta o direito potestativo de resolução unilateral quando ele for exercido de forma abusiva, dissociada da causa do negócio jurídico e ao mero arbítrio do credor.

Isso porque, o instituto impõe uma análise específica do caso concreto, dos interesses envolvidos e do grau de utilidade da prestação e prejuízo do devedor. Permitir a resolução unilateral quando a parcela inadimplida é ínfima, importaria em um desequilíbrio ainda maior do que aquele

---

<sup>27</sup> VANOSSI apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros. p. 378.

causado pelo descumprimento originário. Conseqüentemente, o direito estabelecido pelo artigo 475 seria exercido de forma abusiva, violando os princípios da boa-fé e da função social.

Assim, caso existam soluções que melhor atendam a função do negócio jurídico e que melhor se coadunem com o comportamento das partes e com os deveres anexos da boa-fé, a extinção do contrato pelo credor não deve ser garantida, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Registre-se, entretanto, que a Teoria do Adimplemento Substancial deve ser aplicada com cautela, sob pena de se desvirtuar sua função. Tratando-se de uma exceção à regra do artigo 475 do CC/02<sup>28</sup>, ela deve ser interpretada restritivamente, somente se aplicando quando presentes seus requisitos e as circunstâncias do caso concreto exigirem.

Cabe ao julgador, a partir de uma análise quantitativa (valor ou percentual pago) e qualitativa (circunstâncias do caso concreto) verificar a insignificância ou relevância do adimplemento, de modo a preservar a causa originária do negócio jurídico e a ponderar o interesse das partes.

Sobre este ponto, vale transcrever importante trecho do voto do ministro Antonio Carlos Ferreira, no julgamento do REsp 1.581.505<sup>29</sup>, analisado no capítulo anterior:

O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

Sendo assim, conclui-se que a Teoria do Adimplemento Substancial não se apresenta como um risco aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da função social, mas sim como um garantidor deles.

Portanto, sempre que o devedor descumprir uma parcela ínfima do contrato, mostrando preocupação e adimplir o restante, e, de outro lado, a prestação ainda se mostrar útil ao credor, o

<sup>28</sup> BRASIL., op. cit., nota 5.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.581.505. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 fev. 2019.

direito potestativo previsto no artigo 475 do CC/02<sup>30</sup> deve ser afastado, privilegiando-se outras soluções que preservem o equilíbrio entre as partes. Dessa forma, são preservados os princípios regentes das relações contratuais modernas, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social externa e interna, confiança e a vedação ao abuso de direito.

Consequentemente, não há que se falar em subversão da regra de cumprimento regular e integral da prestação. Presentes os requisitos quantitativos e qualitativos, estará evidenciada a insignificância do inadimplemento e, cumulativamente, a utilidade e eficácia da prestação remanescente para o credor, razão pela qual a causa e a função do negócio jurídico celebrado será mantida.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a inexistência de previsão legal quanto ao instituto do adimplemento substancial, o que gera duas controvérsias fundamentais. A primeira, relativa aos requisitos de aplicabilidade da teoria e a segunda referente ao risco de subversão da ordem de cumprimento regular e integral das obrigações.

Não há dúvidas de que a teoria do adimplemento substancial é hoje consagrada doutrinária e jurisprudencialmente, tendo por fundamento os novos pilares das relações contratuais, quais sejam os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e da preservação da confiança.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, atualmente, é necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos e subjetivos para a aplicação da teoria, a fim de evitar a existência de decisões conflitantes e a inversão da regra geral do adimplemento.

Diante da inexistência de previsão legal, a jurisprudência aplica o instituto para obstar a resolução unilateral dos contratos quando o devedor já cumpriu um determinado percentual do valor total contratado. Entretanto, a definição desse quantum parte da convicção de cada magistrado no caso concreto, o que, na prática, importa na coexistência de decisões incongruentes.

Ao longo dessa pesquisa, constatou-se a existência de diversas decisões contraditórias quanto à aplicação do inadimplemento mínimo quando o percentual adimplido se encontra entre

---

<sup>30</sup> BRASIL. *op. cit.*, nota 5.



60% a 70% do valor devido. Por essa razão, concluiu-se pela insuficiência do critério quantitativo para embasar a aplicação do instituto.

O Adimplemento Substancial tem por objetivo coibir o abuso do direito de resolução unilateral do contrato, quando a parcela inadimplida for ínfima. Entretanto, a substancialidade do adimplemento deve ser verificada no caso concreto, levando-se em consideração não só o valor pago, mas também a causa do negócio jurídico, a utilidade da prestação para o credor, o grau de prejuízo para o devedor com a resolução do contrato e a existência de soluções alternativas que igualmente atendam aos interesses das partes.

Partindo dessa visão, constatou-se uma mudança na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que avançou no tema da delimitação do instituto, reconhecendo a insuficiência do critério quantitativo. Sendo assim, é imprescindível a adoção de critérios qualitativos e subjetivos pelo magistrado, para determinar a caracterização do adimplemento substancial.

Defendeu-se ainda que, a partir da adoção conjunta dos parâmetros quantitativos e qualitativos, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica ou em risco de subversão a regra de cumprimento regular e integral das obrigações.

Isso porque, os novos princípios contratuais, sobretudo o da boa-fé objetiva, implicaram a mudança na forma pela qual as obrigações e o adimplemento eram encarados. Atualmente, a obrigação é vista como uma prestação de conteúdo dinâmico, que se altera de acordo com o comportamento das partes durante a relação contratual, com as legítimas expectativas criadas e com os deveres laterais impostos pela boa fé.

Por essa razão, uma obrigação somente se considera adimplida quando, à luz dos princípios da boa-fé, da vedação ao abuso de direito e da função social dos contratos, o devedor atende às legítimas expectativas do credor e à causa do negócio jurídico. Em contrapartida, o cumprimento da prestação tal qual originariamente pactuada pode significar violação positiva do contrato quando os mencionados princípios não forem atendidos.

Partindo dessas premissas, argumentou-se que, quando o devedor deixa de cumprir uma parcela ínfima do contrato, porém, a parcela restante ainda se mostra útil ao credor, não poderia este último exigir a resolução unilateral do contrato. Permitir tal faculdade importa em um desequilíbrio maior do que o gerado pela conduta do devedor e, conseqüentemente, no exercício abusivo do direito.



Dessa maneira, conclui-se que a Teoria do Adimplemento Substancial foi introduzida justamente para garantir o princípio da segurança jurídica, orientando as consequências das condutas das partes contrato, à luz dos novos princípios contratuais.

Evidenciou-se, contudo, que, por ser uma exceção ao direito potestativo do credor de exigir a extinção do contrato, o adimplemento substancial deve ser aplicado com cautela. Neste ponto, revela-se de suma importância a observância dos parâmetros qualitativos e quantitativos em cada caso concreto, a fim de configurar a substancialidade do adimplemento.

Concluiu-se, portanto, que, observados os critérios mínimos de aplicação da teoria, não há que se falar em risco de subversão da regra de cumprimento regular e integral, na medida em que, diante da insignificância do inadimplemento e da persistência da eficácia da prestação remanescente, a causa do negócio jurídico e o interesse das partes estarão garantidos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução. *Revista do Advogado*, n. 98, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

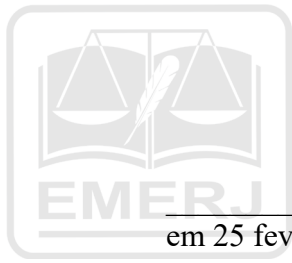
ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZZARINI, Joel Felipe. Aplicação da teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*, nº 400, 2001.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, V. 9, 1993.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/1104/06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/1104/06.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 20 fev. 2019.



. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 25 fev. 2019.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.537 e 545.

FURTADO, Gabriel. *Mora e Inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

IMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 838, 2005.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. nº 43, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRADO, Augusto César Lukascheck. *Direito Civil Atual - STJ avança na delimitação do adimplemento substancial (parte 2)*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substancial-parte>> Acesso em: 27 dez. 2018.

RENERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. nº 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. In: Temas de direito civil, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. nº 11, jan./mar. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *A Tríplice Transformação do Adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras)*. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, ano 8, v. 32, p. 3-37, out./dez., 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1.976.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.



## ESTUDO DE CASO: ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA E A SUA RECATEGORIZAÇÃO EM PARQUE NATURAL MUNICIPAL

Victor de Moraes Lopes

Graduado pelo IBMEC. Advogado.

**Resumo** – O município de Niterói, através da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Sustentabilidade, com base na legislação federal do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, protagoniza no âmbito municipal a recategorização de uma unidade de conservação, modificando a Área de Proteção Ambiental da Água Escondida, em unidade de conservação de proteção integral, ora denominada de Parque Natural Municipal da Água Escondida. A recategorização de unidade de conservação deve respeitar diversos requisitos legais e jurisprudenciais até que seja publicada a efetiva recategorização, como por exemplo a desapropriação de áreas particulares. Nesta pesquisa tem-se como objetivo analisar de forma rápida o cumprimento dos requisitos no caso concreto, bem como os desafios a serem enfrentados pelo ente municipal recategorizador.

**Palavras-chave** – Direito ambiental. Áreas de Proteção Ambiental. Unidades de Conservação. Recategorização

**Sumário** – Introdução. 1. As áreas de proteção ambiental da água escondida. 2. Como recategorizar as áreas de águas escondidas 3. Qual o regime aplicável para desapropriação e o orçamento fiscal municipal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da recategorização da Área de Proteção Ambiental da Água Escondida em Parque Natural Municipal da Água escondida, unidade de conservação regulada pela Lei Nacional 9985/00, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

Procura-se demonstrar que a recategorização da unidade de conservação proposta alinha-se com a recente política da Prefeitura Municipal de Niterói em criar e ampliar unidades de conservação da categoria de proteção integral.

Inicia-se o primeiro capítulo do abordando as unidades de conservação, sua criação e suas formas de alteração.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a competência formal e material dos entes municipais para alterarem as unidades de conservação. Isso porque, trata-se de lei federal que regula o tema, o que por si só, enseja dúvida quanto a competência municipal para alterar e recategorizar os espaços ambientais.

O terceiro capítulo pesquisa aborda a perda patrimonial dos proprietários quando da recategorização dos espaços ambientais, e de que forma o ente municipal cumprira com a

indenização ou se esta será indevida, diante das análises de precedentes dos tribunais superiores.

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.

## 1. AS ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA ÁGUA ESCONDIDA

Trata-se de recategorizar uma área uso sustentável (Área de Proteção Ambiental) para uma área de proteção integral (Parque Natural Municipal).

A recategorização, por si só, implica, de forma prática, o aumento da proteção ambiental, entretanto, entende-se ser importante destacar os conceitos para que fique cristalina a necessidade de mudança.

Nas unidades de uso sustentável dar-se-á exploração de maneira a garantir perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. O Objetivo é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais<sup>1</sup>

Precisamente, a Área de Proteção Ambiental (APA) é uma extensa área natural destinada à proteção e conservação dos atributos bióticos (fauna e flora), estéticos ou culturais ali existentes, importantes para a qualidade de vida da população local e para a proteção dos ecossistemas regionais.

O objetivo principal de uma APA é a conservação de processos naturais e da biodiversidade, através da orientação, do desenvolvimento e da adequação das várias atividades humanas às características ambientais da área.

Como unidade de conservação da categoria uso sustentável, a APA permite a ocupação humana. Estas unidades existem para conciliar a ordenada ocupação humana da área e o uso sustentável dos seus recursos naturais. A ideia do desenvolvimento sustentável direciona toda e qualquer atividade a ser realizada na área.

---

<sup>1</sup> AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 9. ed. Rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018, p. 285.

As APAs podem ser estabelecidas em áreas de domínio público ou privado, pela União, Estados ou Municípios, sem a necessidade de desapropriação das terras privadas. No entanto, as atividades e usos desenvolvidos nestas estão sujeitos a regras específicas.

As condições para a realização de pesquisas científicas e a visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade, enquanto nas propriedades privadas, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.<sup>2</sup>

Já nas unidades de Proteção Integral deverá ser observada a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferências humanas, se admitindo, em regra, apenas o uso indireto dos atributos naturais, ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.<sup>3</sup>

Precisamente, os parques constituem unidades de conservação, terrestres e/ou aquáticas, normalmente extensas, destinadas à proteção de áreas representativas de ecossistemas, podendo também ser áreas dotadas de atributos naturais ou paisagísticos notáveis, sítios geológicos de grande interesse científico, educacional, recreativo ou turístico, cuja finalidade é resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos científicos, educacionais e recreativos.

Assim, os parques são áreas destinadas para fins de conservação, pesquisa e turismo. Podem ser criados no âmbito nacional, estadual ou municipal, em terras de seu domínio, ou que devem ser desapropriadas para esse fim.

A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 3385/2019*. Art.172. As Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público e definidas, dentre outras, conforme a Lei Federal 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC, segundo as seguintes categorias: (...). Disponível em: [http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao\\_pmn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf](http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao_pmn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf). Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 9985*. Art.7, § 1º. O objetivo básico das unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9985-18-julho-2000-359708-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>4</sup> Ibidem.

A necessidade de recategorização está na pressão urbana existente no seu entorno, provenientes de diversas comunidades e de alguns bairros de classe média, com a presença de pontos de descarte e queima de lixo, presença de animais de pastoreio e ocorrência de frequentes incêndios de vegetação, portanto, a recategorização poderá favorecer a recuperação destas encostas, instituir marco legal para ações de fiscalização ambiente e o fortalecimento do ecoturismo na região.

Comparando a proteção conferida a área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural Municipal, é de fácil visualização a necessidade de alteração como forma de garantir a proteção ao meio ambiente, o fortalecimento legal para a fiscalização ambiental impedir o aumento da degradação na região, bem como o fortalecimento da área de pesquisa ambiental, educação ambiental e turismo na nova unidade de conservação.

## 2. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA RECATEGORIZAÇÃO DO ESPAÇO AMBIENTAL PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

As Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público e definidas, dentre outras, conforme a Lei Federal nº 9.985<sup>5</sup>, que institui o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC, regulamentado parcialmente pelo Decreto nº 4340<sup>6</sup>, prevendo doze modalidades de unidades de conservação.

A Área de Proteção ambiental da Água Escondida foi criada pela Lei Municipal nº 2621<sup>7</sup>, portanto para que haja sua recategorização, esta deve ser feita por projeto de lei, atendendo-se ao comando constitucional e legal que exige instrumento normativo de mesmo nível hierárquico.<sup>89</sup>

O Parque Natural Municipal da Água Escondida modificou os limites originais, baseando-se na inclusão de novas áreas que não eram compreendidas na Área de Proteção Ambiental, de modo que, à luz do que dispõe as normas legais supramencionadas, que exigem norma de mesmo nível hierárquico, o processo é válido. Ressalto ainda que o processo administrativo iniciado no âmbito da SMARHS tem o número de 250/175/2018.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> BRASIL. *Decreto nº 4.340 de 22 de agosto de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm). Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 2621*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/263/2621/lei-ordinaria-n-2621-2008-cria-a-area-de-protecao-ambiental-da-agua-escondida-e-autoriza-a-criacao-de-parque-municipal-em-area-que-abrange-parte-dos-bairros-de-fatima-do-pe-pequeno-cubango-fonseca-e-sao-lourenco>. Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. op. cit. nota 5.

<sup>9</sup> BRASIL. op. cit. nota 2.



Ressalta-se que é de competência legal da Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Hídrico e Sustentabilidade de Niterói – SMARHS, propor a criação e a recategoria de Unidades de Conservação – UC, nos termos do art. 29, X, Lei nº 2602<sup>10</sup>.

Portanto, não existe vício formal orgânico, porquanto todos os entes possuem competência constitucionais para instituir em seus territórios espaços territoriais especialmente protegidos, conforme artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, artigo 23, VI e VII e art. 24, VI, e art. 30, incisos I e VII, todos da Constituição Federal<sup>11</sup>.

No que tange a conformidade material com a Constituição Federal e com o Plano Diretor recém aprovado, descarta-se vício.

Ao revés, trata-se de projeto que dá concretude ao dever do Estado insculpido nos art. 2º, 3º e 5º, parágrafo 5º, do Plano Diretor de Niterói<sup>12</sup>.

Passada a análise dos aspectos formais e materiais do processo e do projeto de lei, é importante mencionar que a recategorização opera efeitos práticos que engendram uma maior e melhor proteção legal do meio ambiente.

Inicialmente, se tem uma área uso sustentável (Área de Proteção Ambiental) para uma modifica-se para uma área de proteção integral (Parque Natural Municipal), o que já bastaria para demonstrar de forma prática o aumento da proteção ambiental, entretanto, entende-se ser importante destacar os conceitos para que fique cristalina a necessidade de mudança.

Nas unidades de uso sustentável dar-se-á exploração de maneira a garantir perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. O Objetivo é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais. <sup>13</sup>

Precisamente, a Área de Proteção Ambiental (APA) é uma extensa área natural destinada à proteção e conservação dos atributos bióticos (fauna e flora), estéticos ou culturais ali existentes, importantes para a qualidade de vida da população local e para a proteção dos ecossistemas regionais. O objetivo principal de uma APA é a conservação de processos naturais e da biodiversidade, através da orientação, do desenvolvimento e da adequação das várias atividades humanas às características ambientais da área.

<sup>10</sup>BRASIL. *Lei nº 2602* de 14/10/2008. Art.29, X. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/260/2602/lei-ordinaria-n-2602-2008-institui-o-codigo-municipal-ambiental-de-niteroi-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 225. Art.23. Art.24. Art. 30.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. op. cit. nota 2.

<sup>13</sup> AMADO, op. cit. nota 1, p. 285.

Como unidade de conservação da categoria uso sustentável, a APA permite a ocupação humana. Estas unidades existem para conciliar a ordenada ocupação humana da área e o uso sustentável dos seus recursos naturais. A ideia do desenvolvimento sustentável direciona toda e qualquer atividade a ser realizada na área.

APAs podem ser estabelecidas em áreas de domínio público ou privado, pela União, Estados ou Municípios, sem a necessidade de desapropriação das terras privadas. No entanto, as atividades e usos desenvolvidos nestas estão sujeitos a regras específicas. As condições para a realização de pesquisas científicas e a visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade, enquanto nas propriedades privadas, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.

Já nas unidades de Proteção Integral deverá ser observada a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferências humanas, se admitindo, em regra, apenas o uso indireto dos atributos naturais, ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.

Precisamente, os parques constituem unidades de conservação, terrestres e/ou aquáticas, normalmente extensas, destinadas à proteção de áreas representativas de ecossistemas, podendo também ser áreas dotadas de atributos naturais ou paisagísticos notáveis, sítios geológicos de grande interesse científico, educacional, recreativo ou turístico, cuja finalidade é resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos científicos, educacionais e recreativos.

Assim, os parques são áreas destinadas para fins de conservação, pesquisa e turismo. Podem ser criados no âmbito nacional, estadual ou municipal, em terras de seu domínio, ou que devem ser desapropriadas para esse fim.

A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

Comparando a proteção conferida a área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural Municipal, é de fácil visualização a necessidade de alteração como forma de garantir a proteção ao meio ambiente, o fortalecimento legal para a fiscalização ambiental impedir o

aumento da degradação na região, bem como o fortalecimento da área de pesquisa ambiental, educação ambiental e turismo na nova unidade de conservação.

### 3. QUAL O REGIME APLICÁVEL PARA DESAPROPRIAÇÃO

A criação ou recategorização de uma unidade de conservação deverá ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. Cabe ressaltar, que ambos requisitos são indispensáveis, sob pena de invalidade, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF:

Quando da edição do Decreto de 27.02.2001, a Lei nº 9.985/00 não havia sido regulamentada. A sua regulamentação só foi implementada em 22 de agosto de 2002, com a edição do Decreto nº 4.340/02. O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. O parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida na lei. O Conselho não tem poderes para representar a população local. Concedida a segurança, ressalvada a possibilidade da edição de novo decreto.<sup>14</sup>

Nos autos da presente recategorização consta amplo estudo técnico das vantagens e obstáculos para a realização da mudança, bem como conta com data, hora e ampla divulgação da Audiência Pública, com o propósito de debater a recategorização do Parque Municipal da Água Escondida, cumprindo com o requisito de publicidade do poder público (art. 37, caput, CRFB)<sup>15</sup> e com os requisitos específicos presentes da lei do sistema nacional das unidades de conservação - SNUC<sup>16</sup>.

Assim, mesmo que a comunidade local se manifeste em consulta pública o não desejo na recategorização da unidade de conservação, essa manifestação popular será persuasiva, não vinculando o poder público. Sobre a natureza da consulta pública, convém colacionar decisão do STF:

É importante salientar que a consulta pública, não obstante se constitua em instrumento essencialmente democrático, que retira o povo da plateia e o coloca no palco dos assuntos públicos, não tem, aqui, a natureza de um plebiscito. Algumas manifestações contrárias à criação da estação ecológica não têm a força de inviabilizar o empreendimento, até porque a finalidade da consulta pública é apenas

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24184 DF*, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 13/08/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00022 EMENT VOL-0214 1-04 PP-00735. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770655/mandado-de-seguranca-ms-24184-df/inteiro-teor-100486810>. Acesso em: 06 ago.2019.

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit. nota 11.

<sup>16</sup> BRASIL. op. cit. nota 03.

‘subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para a unidade. (art. 5º do Decreto 4.340/2002). Isso quer dizer que a decisão final para a criação de uma unidade de conservação é do chefe do Poder Executivo. O que este se obriga a fazer, segundo a lei, é apenas ouvir e ponderar as manifestações do povo, o que, segundo a nota técnica de fls. 512/513, parece haver ocorrido.<sup>17</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou que a ampliação dos limites territoriais de unidade de conservação, como é também o presente caso, necessita de consulta pública e de estudos técnicos no que concerne ao acréscimo, conforme decisão da Suprema Corte.

Portanto, conforme se demonstra os requisitos prévios são essenciais a recategorização e foram cumpridos por aquela secretaria conforme constam nos autos do processo, existe robusta evidência de seu cumprimento, a consulta pública foi amplamente divulgada, com a ata da mesma no corpo do processo, assim como, o extenso laudo técnico que fundamentou o pedido de recategorização da área de preservação ambiental em parque natural municipal.

Quanto as necessárias desapropriações, o decreto nº 3.365<sup>18</sup>, normativa legal que trata de desapropriações por utilidade pública, estabelece que, mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados e segundo o qual, há determinação para que, após a expedição do decreto declarando a utilidade pública, a desapropriação ocorra no prazo de cinco anos, sob pena de caducidade do respectivo decreto declaratório.

O decreto nº 3.365 em seu artigo 10<sup>19</sup>, afirma que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Ocorre que as Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público (lei ou decreto), mas apenas extintas, reduzidas ou recategorizadas por lei, nos termos do artigo 225, § 1.º, III, da Constituição Federal<sup>20</sup>.

A Constituição Federal prevê nesse dispositivo que a criação de UCs constitui medida essencial e imprescindível para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais da coletividade brasileira ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Portanto, apenas lei poderá promover alterações nessas áreas protegidas, ficando clara, portanto, a intenção constitucional de dificultar a possibilidade de redução da área de uma UC, da sua extinção ou da redução do seu nível de proteção por recategorização dessa UC.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 25.347*. Disponível em: [https://ww w.agu.gov.br /page/content/imprimir/id\\_conteudo/126852](https://ww w.agu.gov.br /page/content/imprimir/id_conteudo/126852). Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL. *Decreto – lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03 /dec reto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /dec reto-lei/del3365.htm) Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> BRASIL. *op. cit.* nota 11.

Já o art. 11, §1º da Lei nº 9.985/2000<sup>21</sup>, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), não previu prazo para a desapropriação das áreas que menciona, por exemplo, a categoria de Parque Nacional, portanto, apesar da necessidade de desapropriar algumas áreas particulares dentro do Parque Natural Municipal de Água Escondida, não se tem prazo legal ou na jurisprudência, entendendo o STF, pela possibilidade da instituição de Unidade de conservação de propriedade pública sem que se tenha efetivado todas as desapropriações na área em comento.

Outro ponto que merece atenção se refere à potencial “reabertura” do prazo prescricional de desapropriação para as áreas particulares inseridas na área que se pretende a recategorização.

Dispõe o artigo 12, §1º da Lei Federal nº 9.985 de 2000<sup>22</sup> ao tratar do Parque Municipal, afirma que é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

O que se verifica da confrontação do regime jurídico aplicável às duas unidades de conservação, isto é, à Área de Proteção Ambiental e ao Parque Natural, ainda que aquela carecesse de maiores especificações normativas, é que, enquanto a primeira admite a presença de áreas públicas ou privadas em seu perímetro, o Parque Natural, por expressa opção legislativa, somente admite áreas de titularidade pública.

Disso decorre que, enquanto na Área de Proteção Ambiental as desapropriações seriam apenas indiretas, isto é, o Poder Público só teria o dever de indenizar o particular que tivesse o conteúdo econômico de sua propriedade esvaziado em razão das limitações incidentes devido à Área de Proteção Ambiental e apenas a partir da impulsão do próprio particular, no Parque Natural apenas se admitem propriedades públicas, o que impõe, necessariamente, inclusive por expresse comando legal, que o Poder Público proceda à desapropriação direta das propriedades.

Outra consequência disso é que, enquanto sob o regime da Área de Proteção Ambiental o pleito indenizatório (desapropriação indireta) se submeteria a prazo prescricional, no caso da instituição do Parque Natural o decurso temporal qualquer que seja ele, não teria o condão de afastar o dever do Poder Público de transferir, mediante desapropriação direta, para si a titularidade da propriedade.

Se por um lado é certo que quando uma limitação administrativa é de tal intensidade que chegue a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade o prejudicado tem direito a

---

<sup>21</sup> BRASIL. op. cit. nota 03.

<sup>22</sup> Ibidem.

pleitear do Poder Público indenização, por outro, também é certo que a pretensão só surge e, portanto, se inicia o prazo prescricional, quando evidenciado o esvaziamento.

Considerando que a grande característica da limitação administrativa é a sua generalidade - uma vez que não é imposta a destinatários específicos e sim a toda uma categoria de bens -, não obstante condicione a plenitude do exercício do direito de propriedade, não demandaria, segundo a orientação doutrinária prevalecente, o pagamento de nenhum tipo de indenização ao proprietário. Eventual prejuízo daí decorrente seria para todos (proprietários de determinada categoria de bens) e em favor de todos (do interesse coletivo).

Assim é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

No caso das limitações administrativas, o Poder Público (...) pretende condicionar as propriedades à verdadeira função social que delas é exigida, ainda que em detrimento dos interesses individuais dos proprietários. Decorrem elas do *ius imperii* do Estado, que, como bem observa Hely Lopes Meirelles, tem o domínio eminente e potencial sobre todos os bens de seu território, de forma que, mesmo sem extinguir o direito do particular, tem o poder de adequá-lo coercitivamente aos interesses da coletividade.<sup>23</sup>

De fato, o reconhecimento da natureza jurídica das áreas de preservação permanente como limitações administrativas faz concluir pela inexistência do direito à indenização, em regra. Ainda afirma José dos Santos Carvalho Filho:

Se quisermos caracterizar a natureza jurídica das limitações, poderíamos dizer que se trata de atos legislativos ou administrativos de caráter geral, que dão o contorno do próprio direito de propriedade. (...) Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta.<sup>24</sup>

Entretanto, em determinadas circunstâncias, é possível que a limitação administrativa impeça de maneira significativa o exercício dos direitos inerentes ao proprietário, de modo a implicar no esvaziamento do próprio conteúdo do direito de propriedade e na eliminação de seu uso econômico ou do direito de alienação. Nesses casos, evidentemente, surge o dever de o Poder Público indenizar os prejuízos do proprietário ou possuidor:

<sup>23</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.483.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Apelação cível e reexame necessário. Desapropriação indireta. Ausência de alegações finais. Prejuízo não comprovado. Preliminar de nulidade afastada. Ação indenizatória movida contra município. Imóvel em área de preservação permanente. Impossibilidade total de edificação instituída por lei complementar e decreto municipais. Aquisição do bem anterior à restrição. Esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel verificado. Indenização devida. Honorários advocatícios. Redução ao patamar de 5% previsto no art. 27 do decreto-lei n. 3.365/1941. Recurso parcialmente provido. Remessa desprovida.<sup>25</sup>

Inclusive, é jurisprudência dos Tribunais Superiores que inexistente obrigação de indenizar quando da conduta do poder público não decorrer o esvaziamento econômico da propriedade. Assim, a criação de uma unidade não significa, necessariamente, imediata desapropriação a exigir anterior previsão orçamentária.

Portanto, por se entender que sequer seria possível afirmar que o prazo prescricional de desapropriação indireta em razão da instituição da Área de Preservação Ambiental teria, de fato, iniciado e por se tratar inclusive de modalidades distintas de desapropriação, a recategorização da unidade de conservação não parece esbarrar neste aspecto pragmático.

Contudo, o fato do Parque Municipal impor a desapropriação das áreas particulares nele inseridas deve ser levado em consideração para fins de escolha da unidade de conservação mais adequada para proteger a região, uma vez que, se por um lado se deve resguardar o meio ambiente, de outro não se pode desconsiderar o grande gravame que tal medida enseja ao direito de propriedade privada, de guarida constitucional, assim como os impactos orçamentários da medida para o Poder Público.

Em que pese as desapropriações nas áreas particulares dentro da área do parque, conforme explicitado acima, existem ainda as propriedades limítrofes, ou seja as comunidades já instaladas nas áreas contíguas ao Parque Natural Municipal que deverão ser incluídas àquele espaço ambiental integralmente protegido.

Tal inclusão deverá ser realizada pelo plano de manejo do Parque Natural Municipal criado. No caso em tela, a minuta do projeto de lei que propõe a recategorização traz um prazo de 5 (cinco) anos para a entrega pelo órgão gestor (SMARHS) do devido plano.

É importante ressaltar que são necessárias consultas contínuas a população diretamente afetada pela modificação da proteção de uma área que muitos nem mesmo sabiam se tratar de unidade de conservação.

Deve-se ainda ser levado em consideração as questões ambientais, ou seja, a efetiva modificação na prática de uso sustentável para proteção integral, as questões socioeconômicas, históricas e culturais que caracterizam a região. Portanto, os costumes

---

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n° 2012.056073-0*, Rel. Des. João Henrique Blasi. Florianópolis, julgamento 19 nov. de 2013, DJE de 03/12/2013. Acesso em: 14 ago. 2019.



históricos das áreas modificadas, devem ser observados e em alguns casos mantidos no plano de manejo.

O PNM Água escondida abrange mais de 62 (sessenta e dois) hectares, dentro de um Município totalmente urbano e de dentro da região metropolitana, quando aprovada na Câmara Municipal será a maior área protegida da parte central da cidade.

Pelo exposto, o plano de manejo de importante fragmento ambiental protegido torna-se de maior importância como forma de garantir o potencial para atividades relacionadas a pesquisa científica, proteção do patrimônio arquitetônico e paisagístico, educação ambiental e fomento ao turismo, sempre integrado às necessidades das comunidades do entorno.

O importante fragmento quando tiver seu plano de manejo em elaboração deve-se ter em mente que trata-se de um espaço verde urbano, e por isso está conectado a diversos seres vivos. Assim, quando for preciso realizar uma intervenção em uma área, é importante planejá-la, para evitar ou minimizar os danos sobre ela mesma e sobre os outros seres vivos que com ela interagem, incluindo os seres humanos.<sup>26</sup>

No caso em comento, a escolha é adequada uma vez que a grande maioria dos imóveis presentes na área do Parque são públicas e, a recategorização tem como interesse a preservação ambiental, o fortalecimento do ecoturismo e o incremento na proporção do ICMS ecológico.

Os municípios são entes dotados de autonomia política, administrativa e financeira, uma das formas que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante financeiramente os Municípios, bem como a descentralização do poder público é pelo repasse de 25% (vinte cinco por cento) do valor arrecado pelo Imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal – ICMS – nos termos do art. 158, IV, CRFB<sup>27</sup>.

O ICMS ecológico é uma das formas de os Municípios receberem uma parcela maior desse repasse, inicialmente, ele surgiu como forma de premiar os entes municipais pela restrição de uso de solo em locais protegidos (Unidades de conservação), como é o caso da instituição do Parque da Água escondida, pois haverá limitações ao uso afim de garantir sua preservação.

Entretanto, não só isso, mas também um mecanismo tributário que possibilita um maior repasse em razão do atendimento de determinados critérios ambientais estabelecidos

---

<sup>26</sup>CEMIG. *Manual de Arborização Cemig Bioversitas*. Disponível em: [http://www.cemig.com.br/sites/imprensa/pt-br/Documents/Manual\\_Arborizacao\\_Cemig\\_Biodiversitas.pdf](http://www.cemig.com.br/sites/imprensa/pt-br/Documents/Manual_Arborizacao_Cemig_Biodiversitas.pdf). Acesso em: 06 ago. 2019.

<sup>27</sup> Brasil. op. cit., nota 11.

em leis estaduais. Conclui-se que não houve a criação de um novo imposto, mas a redistribuição da parcela de 75% (setenta e cinco por cento) que pertencem aos Estados.

Municípios que preservam suas florestas e conservam sua biodiversidade ganham uma pontuação maior nos critérios de repasse e recebem recursos financeiros a título de compensação pelas áreas destinadas à conservação, e, ao mesmo tempo, um incentivo para a manutenção e criação de novas áreas para a conservação da biodiversidade.

O Paraná foi o primeiro estado brasileiro a instituir o ICMS Ecológico, em 1989. A seguir vieram os Estados de São Paulo (1993), Minas Gerais (1995), Amapá (1996), Rio Grande do Sul (1997), Mato Grosso do Sul, Pernambuco e Mato Grosso (2000), Tocantins (2002), Acre (2004), Rio de Janeiro, Ceará (2007) e Rondônia (1997).<sup>28</sup>

Em Niterói houve uma crescente mudança de pensamento quanto as áreas verdes da cidade capitaneada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Recursos hídricos e Sustentabilidade, em 2013 ocupava a 19º posição no ranking dos municípios estabelecidos com os critérios do ICMS ecológico. Até a ultima publicação de resultado feita pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, Niterói passou a ocupar a quarta posição com a criação de parques como o do caso em tela.

Finalmente, convém trazer entendimento do MPF na nota técnica no 4ª CCR n.º 8/2017, em que se tratando de unidade de conservação, não se justifica a exigência de declaração individualizada pelo Estado de utilidade pública, pois a manifestação de vontade do Poder Público em adquirir compulsoriamente os imóveis que integram a unidade de conservação já foi expressamente manifestada pelo legislador na Lei n.º 9985/00<sup>29</sup>.

Nesses termos:

Por outro lado, o decreto ou a lei que criam uma unidade de conservação, cumprem a função de indicar a relevância ambiental do espaço que ganha especial proteção e, portanto, evidenciar sua utilidade difusa. E embora seja um ato geral, também tem a função de permitir a individualização das áreas passíveis de desapropriação. Portanto, exigir para cada imóvel incidente no território da unidade de conservação novo ato de “manifestação de vontade do Poder Público” fere a razoabilidade, além de afrontar direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, bem como o princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Ademais, criada uma unidade de conservação, seja por ato do Poder Executivo ou do Legislador, é inconcebível se cogitar de prazo de caducidade do ato normativo que a criou. Ressalto ainda que, pelo próprio conceito de caducidade, não há como sustentar o argumento de que, com o decurso do prazo, o ato “caducaria apenas para fins de desapropriação.

<sup>28</sup>OEKO. *O que é icms ecológico*. Disponível em: < <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28048-o-que-e-o-icms-ecologico/>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>29</sup>BRASIL. op. cit. nota 03.

Portanto, percebe-se que no caso concreto, todos os requisitos legais foram atendidos e a recategorização é legal e respeita todos os parâmetros constitucionais, mas não só isso, respeita o orçamento público buscando formas de incrementá-lo, tudo isso protegendo áreas verdes de interesse intergeracional.

## CONCLUSÃO

Até a presente data a recategorização ainda não teve seu processo concluído, apesar de avançar rapidamente pelo poder executivo municipal, entretanto, muitos desafios ainda precisaram ser enfrentados para que a recategorização produza seus efeitos integralmente.

É mister que a Câmara Municipal de Niterói entenda a necessidade que se faz pela recategorização e aprove a minuta de projeto de lei conforme foi encaminhado pela Secretaria de Meio Ambiente de Niterói.

O processo administrativo 250/175/2018, atualmente, está no gabinete do Prefeito do Município de Niterói sendo analisado, sendo aprovado pelo alcaide, o mesmo será encaminhado por mensagem executiva a Câmara Municipal.

Ademais, importante se faz importante mencionar que o plano de manejo, documento técnico obrigatório, tem o prazo estipulado na minuta de projeto de lei de 5 (cinco) anos e, é imprescindível que seja cumprido o prazo, pois é nele que estarão incluídos o zoneamento da unidade de conservação, a forma de integração dos municípios de Niterói com seu novo parque municipal, bem como a forma de integração da comunidade que rodeia o parque afim de criar a consciência de preservação ambiental e garantir a maior efetividade da recategorização quista pela Prefeitura de Niterói.

Além disso, tem-se que observar a presença de áreas particulares nos limites internos do Parque Natural Municipal da Água Escondida e deve se materializar na forma mais rápida possível as desapropriações dessas áreas. Apesar de como se viu anteriormente não existir nenhum prazo que determine as desapropriações e inclusive existirem alguns parques que estas nunca foram concretizadas, essa gestão deve primar pelo respeito aos moradores locais e efetivar o pagamento das indenizações.

O cumprimento de todos os requisitos, mesmo aqueles que não tenham prazo efetivo pra cumprimento colaboram na aceitação do Parque (Unidade de conservação) pela população, uma vez que existe o sentimento de respeito dos gestores com os geridos. Portanto, a rápida concretização do projeto de lei, do plano de manejo para a área e o pagamento das indenizações só tem a beneficiar a conservação da região.

Por fim, com a análise do processo administrativo que deu ensejo a recategorização pretendida ficou evidente o cuidado e a diligência do setor de áreas verdes da Secretária do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Sustentabilidade de Niterói no cumprimento da exigências legais, em participar a população da cidade e local das necessárias alterações à vista da preservação da área do futuro Parque Natural Municipal da Água Escondida.

No processo ainda foi identificado a participação dos vereadores do município, os representantes eleitos da população, da Ordem dos Advogados do Brasil seccional de Niterói e das associações de moradores das regiões atingidas.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018.

ANTUNES, P.B. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto Municipal nº 11.744/14*. Cria e Amplia unidades de conservação da categoria de proteção integral. 2014. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/decreto/2014/1174/11744/decreto-n-11744-2014-cria-o-programa-niteroi-mais-verde-parque-municipal-de-niteroi-parnit-e-o-sistema-municipal-de-areas-de-protecao-ambiental-simapa-e-das-outras-providencias.html>> Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei de Licitações*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)> Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Federal nº 4771/65*. Código Florestal, 1965. Brasília. Distrito Federal. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Federal nº 6938/81*. Política Nacional de Meio Ambiente, 1981. Brasília. Distrito Federal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 14 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Federal nº 9985/00*. Sistema Nacional de Unidades de Conservação, 2000. Brasília. Distrito Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9985-18-julho-2000-359708-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 06 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Municipal nº 2602/08*. Cria o Código Municipal de Meio Ambiente de Niterói.



2008. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2008/260/2602/lei-ordinaria-n-2602-2008-institui-o-codigo-municipal-ambiental-de-niteroi-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 06 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Municipal* nº 3385/2019. Aprova a política de desenvolvimento Urbano do Município de Niterói e institui o Plano Diretor de Niterói. 2019. Disponível em: [http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao\\_pmnn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf](http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao_pmnn/2019/Leis/Lei%203385%20Plano%20Diretor.pdf). Acesso em: 06 ago. 2019.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio. *Sinopses para concursos*. v.44. Direito urbanístico. 4. ed. revista, ampliada e atualizada; Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen e Método, 2018.

SANTOS, Carvalho Filho José dos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.



## CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Vitor Medeiros dos Reis

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

**Resumo** – o presente artigo pretende discutir o controle de juridicidade sobre os atos administrativos discricionários realizado pelo Poder Judiciário, analisando sua adequação ao ordenamento jurídico em vigor, bem como a necessidade de serem estabelecidos parâmetros objetivos para nortear sua aplicação. Por meio de uma pesquisa do tipo qualitativa, eminentemente bibliográfica e com utilização precípua de fontes indiretas, enfrentam-se as principais críticas encontradas na doutrina sobre esse tipo de controle. Busca-se, assim, defender que o Poder Judiciário, ao analisar a juridicidade de determinado ato administrativo discricionário, não está adentrando no mérito administrativo propriamente dito, mas, tão somente, verificando se a opção eleita pelo administrador reside no espectro de escolhas possíveis, que são aquelas que não agridem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo. Ao final, serão propostos parâmetros argumentativos a serem observados julgadores na fundamentação de suas decisões, para que se permita que esse controle seja realizado de forma objetiva, racional e apartada de qualquer personalismo ou subjetividade.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Atos administrativos discricionários. Controle judicial. Controle de juridicidade. Controle de legalidade. Pós-positivismo.

**Sumário** – Introdução. 1. Controle judicial dos atos administrativos ao longo da história: violação do Princípio da Separação dos Poderes? 2. Contributos possíveis do Pós-Positivismo para um controle racional dos atos administrativos discricionários. 3. Busca de *standards* argumentativos objetivos para a racionalização do controle de juridicidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a juridicidade dos atos administrativos discricionários. Procura-se demonstrar que a inexistência de parâmetros objetivos no ordenamento jurídico pátrio para a realização desse tipo de expediente enseja insegurança jurídica e tensões entre os Poderes da República, de modo que se faz necessário estabelecer bases concretas que permitam um controle jurisdicional racional e afastado de personalismos.

A temática do controle judicial dos atos administrativos discricionários sempre fora tratada no âmbito doutrinário pátrio de maneira simplista, uma vez que os principais autores clássicos se limitavam a afirmar que ao Poder Judiciário somente seria possível analisar os aspectos relativos à legalidade de tais atos. Assim, verificada a subsunção do ato administrativo aos requisitos puramente formais previstos nas regras da legislação em vigor, restaria exaurida



a função dos juízes, porquanto o conteúdo do ato, chamado de mérito administrativo, consistiria em um espaço reservado exclusivamente ao administrador público.

Contudo, a partir da influência do ideário jusfilosófico pós-positivista, a doutrina passou a realizar uma análise mais aprofundada do tema, utilizando-se, para tanto, dos princípios, categoria que fora alçada ao *status* de norma jurídica em decorrência da adoção daquele referencial.

Dessa forma, verificou-se que, além de analisar o preenchimento dos requisitos trazidos pelas regras, seria possível ao Poder Judiciário examinar a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo com os princípios vigentes no ordenamento, constitucionais e infraconstitucionais, para, somente então, concluir pela validade ou invalidade do ato administrativo em questão. A partir de então, alterou-se, inclusive, a nomenclatura desse tipo de controle pelo Poder Judiciário: superava-se a clássica expressão “controle de legalidade” e passava-se a falar em “controle de juridicidade”, englobando-se, assim, não somente as regras, mas, também, os princípios e o ordenamento jurídico como um todo, em uma noção amplamente sistêmica.

Entretanto, esse alargamento de possibilidades de controle não foi acompanhado, no seio doutrinário, do desenvolvimento de parâmetros suficientemente objetivos para sua realização. Por consequência, passou-se a admitir que os magistrados realizassem essa tarefa, mas não foram criadas bases concretas para racionalizar e padronizar esse controle.

Com isso, emergiram na sociedade numerosos debates acerca da legitimidade do Poder Judiciário para realizar esse tipo de controle e, com isso, surgiram verdadeiras tensões entre os Poderes da República. Disseminaram-se, ainda, argumentos no sentido de que tal expediente representaria invasão do Judiciário sobre o mérito administrativo e violaria a separação e a independência entre os Poderes. Essas tensões atingiram seu ápice quando a nomeação de um Ministro de Estado pela ex-presidente da República, Dilma Rousseff – ato administrativo discricionário – foi suspensa pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que atentaria contra o Princípio da Moralidade.

A presente pesquisa se apresenta relevante à esfera jurídico-política, pois, ao oferecer à comunidade parâmetros objetivos para a realização do controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, pretende-se dirimir as tensões observadas entre os Poderes da República e, igualmente, oferecer possíveis soluções às controvérsias surgidas em sede doutrinária a partir da expansão desta temática entre os trabalhos dos modernos autores de Direito Administrativo.





Inicia-se o primeiro capítulo verificando-se se o controle de juridicidade realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários representa invasão do mérito do ato administrativo, de maneira a enfrentar as eventuais críticas observadas em numerosas obras acadêmicas sobre o tema, relativas à violação do Princípio da Separação dos Poderes.

No segundo capítulo, realiza-se pequena incursão pelo ideário jusfilosófico pós-positivista, examinando algumas propostas desse referencial teórico que auxiliam o objetivo da pesquisa de busca por parâmetros objetivos para o controle de jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Já no terceiro capítulo, considerando as conclusões obtidas nas seções anteriores, sistematizam-se parâmetros norteadores a fim de permitir que o controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários seja realizado de forma objetiva, racional e desvinculada de qualquer individualismo dos julgadores.

A pesquisa desenvolvida é do tipo qualitativa, eminentemente bibliográfica e com utilização precípua de fontes indiretas, tendo em vista a necessidade de se analisar como a temática em questão fora abordada nos livros e tribunais pátrios ao longo dos anos, permitindo-se a solução das controvérsias indicadas e adequada proposição dos critérios sistematizados inferidos.

## 1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS AO LONGO DA HISTÓRIA: VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Tornou-se célebre no âmbito doutrinário pátrio a classificação pentapartite dos elementos dos atos administrativos, baseada no art. 2º da Lei nº 4.717 de 1965<sup>1</sup>. Assim, sob essa perspectiva, os pressupostos de todo ato administrativo girariam em torno da competência (medida de atribuição do órgão administrativo responsável pelo ato); objeto (conteúdo do ato, revelando o efeito imediato pretendido pelo agente na esfera fático-jurídica); forma (maneira pela qual o ato se exterioriza, consistindo seu revestimento exterior); motivo (situação fático-jurídica que ensejou a realização do ato); e finalidade (resultado mediato almejado com a emissão do ato, representando o interesse coletivo que o administrador pretende perseguir).

Seguindo a tradicional doutrina<sup>2</sup>, os elementos competência, forma e finalidade estariam sempre definidos em lei - expressão tomada em seu sentido *lato*. Em contraposição, os

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 129.



elementos objeto e motivo, em algumas hipóteses, poderiam não estar delineados nas previsões normativas. Nesse contexto, abrir-se-ia ao administrador a possibilidade de proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e oportunidade suscitados por esses pressupostos.

Diante desse cenário, os atos administrativos que permitem essa certa liberdade de atuação, ou seja, que não trazem consigo o desenho dos elementos motivo e o objeto de forma expressa na legislação, passaram a ser designados por discricionários. Da mesma forma, a esse espaço de livre avaliação de conveniência e oportunidade convencionou-se chamar mérito administrativo. Em contrapartida, os atos que possuem todos os seus pressupostos plenamente descritos em lei receberam a designação histórica de vinculados, não havendo que se falar, portanto, na existência de mérito administrativo nesses últimos.

Desse modo, a discricionariedade, entendida como margem decisória do administrador em razão de ausência de especificação legislativa plena, passou a figurar como um dos componentes centrais da história do Direito Administrativo. Essa realidade foi justificada sob o argumento de que não haveria possibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas que ensejariam a necessidade de atuação dos administradores públicos, mormente diante dos rápidos avanços tecnológico-informacionais que revolucionavam diariamente o cotidiano dos administrados.

A afirmação dessa categoria no centro dos sistemas administrativos foi acompanhada da sedimentação da doutrina segundo a qual esse espaço de livre atuação seria completamente imune ao controle jurisdicional. Conforme aponta Binenbojm<sup>3</sup>, isso se deve, principalmente, à generalização da percepção da discricionariedade como um plexo de competências decisórias externas ao direito, e que, portanto, não guardariam com esse qualquer relação.

Por conseguinte, nesse quadrante histórico inicial, diante de um ato discricionário, deveria o magistrado centrar sua análise em aspectos meramente formais (legalidade do ato). As razões que ensejaram o ato (motivo) seriam absolutamente insindicáveis pelo Judiciário, por fazerem parte do mérito administrativo. Novamente na conclusão de Binenbojm<sup>4</sup>, “considerava-se este o limite naturalmente imposto pelo princípio da separação dos poderes do Estado ao controle judicial dos atos da Administração”.

---

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 211.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 214.



Essa divisão estanque e incomunicável de tarefas entre Administrador e Judiciário, deixando o mérito administrativo como espaço essencialmente livre, influencia ainda numerosas obras administrativas na atualidade. Pode-se identificar, por exemplo, na lição de Carvalho Filho<sup>5</sup>:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. (...) E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

Nesse diapasão, foram elaboradas teorias que visavam a aperfeiçoar esse controle de legalidade dos atos administrativos, realizado, como dito anteriormente, sobre os elementos vinculados do ato (competência, forma e finalidade). Citam-se, a título de ilustração, as Teorias do Desvio de Finalidade e do Excesso de Poder, ligadas, respectivamente, aos pressupostos de finalidade e competência.

Observou-se, contudo, que essas técnicas de controle dos elementos vinculados dos atos administrativos se mostravam insuficientes para frear arbitrariedades perpetradas sob o manto da insindicabilidade do mérito administrativo pelo Judiciário.

A mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública surgiu, então, a partir da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais e legais), como aponta Binjenbojm<sup>6</sup>. Essa normatividade dos princípios representa um dos principais contributos do Pós-positivismo ao Direito Administrativo, conforme se apontará no capítulo seguinte.

Com tal novo olhar jusfilosófico, verificou-se que a discricionariedade, embora livre de regras específicas, estaria sempre sujeita à observância de outro tipo de normas, quais sejam, os princípios. Assim, haveria, de fato, uma margem de escolha ao administrador, porém essa seleção de conduta deveria se dar dentro da moldura da juridicidade, isto é, necessariamente observando os princípios incidentes à hipótese e o ordenamento jurídico como um todo.

A partir da noção de vinculação à juridicidade, opera-se uma relevante redução nesse campo de liberdade do administrador: ele continua livre de regras estabelecidas previamente pelo ordenamento, podendo escolher a conduta que se lhe apresente como oportuna e conveniente, mas não tem mais disponíveis, no rol de escolhas possíveis, aquelas que representem violação a algum princípio contemplado pela ordem jurídica.

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 129.

<sup>6</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 219.



A esse respeito, Oliveira<sup>7</sup> destaca:

É oportuno notar que o reconhecimento da existência do princípio da juridicidade é uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta a ampliação do controle judicial dos atos administrativos, uma vez que a atuação administrativa, para ser considerada válida, deve compatibilizar-se com os princípios consagrados na Constituição da República (moralidade, eficiência, razoabilidade etc).

É importante asseverar, nesse ponto, que a incorporação da Teoria dos Princípios não conduz à invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, como propagado em algumas obras, mas, apenas, à redução do leque de possibilidades de escolha do administrador, isto é, da discricionariedade. Ao analisar a juridicidade de determinado ato administrativo, o Poder Judiciário não estará adentrando no mérito administrativo propriamente dito, mas, tão somente, verificando se a opção eleita pelo administrador reside no espectro de escolhas possíveis, que são aquelas que não agredem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo. Nesse exato sentido, Di Pietro<sup>8</sup> arremata:

A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. (...) Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade.

De igual forma, supera-se a vetusta ideia de violação da Separação de Poderes: ao analisar a juridicidade do ato, o Poder Judiciário não está se imiscuindo na tarefa do Administrador de analisar a conveniência e oportunidade, mas, tão somente, exercendo a função que lhe é atribuída de guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da Carta<sup>9</sup>, zelando pelo ordenamento jurídico como um todo sistêmico.

Ademais, a noção de Separação de Poderes é compreendida, modernamente, privilegiando-se a noção de *checks and ballances* (ou freios e contrapesos): os poderes estatais existem autonomamente, mas devem atuar de modo a evitar os excessos um dos outros. Ao

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2017, p. 425.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 233.

<sup>9</sup> BRASIL, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 08 mar. 2019



invalidar as decisões do administrador que se situavam no bojo das opções incompatíveis com o ordenamento, o Judiciário está simplesmente evitando uma atuação abusiva por parte da administração, atuando sob o espírito de harmonia anteriormente delineado.

Embora a adoção da tese de normatividade dos princípios tenha contribuído para permitir um controle de juridicidade mais eficiente sobre os atos administrativos discricionários, as bases que devem nortear esse controle fulcrado em princípios ainda se encontram em desenvolvimento no Brasil, fazendo com que se observem, frequentemente, decisões de invalidação de atos discricionários baseadas em utilizações atécnicas, desarrazoadas e personalistas.

É justamente essa a problemática que se enfrentará à frente nessa pesquisa, buscando-se oferecer parâmetros objetivos para que esse controle seja realizado de forma racional no âmbito jurisdicional.

Para tanto, faz-se necessário realizar, previamente, uma breve incursão no arcabouço teórico do Pós-positivismo, a fim de se buscar contribuições desse ideário ao objetivo referido, desiderato a que se passa a partir desse ponto.

## 2 CONTRIBUTOS POSSÍVEIS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO PARA UM CONTROLE RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Para que se possa sistematizar os critérios necessários a orientar o controle judicial dos atos administrativos discricionários, é preciso, antes, buscar instrumentos jusfilosóficos que sustentem tal expediente.

Assim, proceder-se-á, a partir deste ponto, à investigação de possíveis contributos do Pós-positivismo aos objetivos da pesquisa em curso.

Conforme clássicas lições de Filosofia do Direito, vigorava na comunidade jurídica internacional, até o término da Segunda Guerra Mundial, a concepção jusfilosófica do Positivismo Jurídico. Com base na obra kelseniana<sup>10</sup>, esta corrente propugnava que o fenômeno jurídico fosse analisado de forma livre de quaisquer influências externas, como a Moral.

Assim, sob essa perspectiva, para aferir a validade das normas jurídicas, bastaria observar se fora seguido regularmente o processo de sua edição. Se fora respeitado o respectivo

---

<sup>10</sup> Não se imiscuirá, nesta pesquisa, na polêmica observada em seio doutrinário sobre o suposto desvirtuamento das lições de Hans Kelsen em relação ao ideário Positivista. Limita-se, aqui, a reproduzir a concepção majoritária, no sentido de que a obra kelseniana foi utilizada como sustentáculo da análise do Direito apartada de influências externas.



processo legislativo, qualquer norma seria plenamente válida. Não se poderia avançar e analisar se o conteúdo de tal norma seria compatível com outros elementos externos, como eventuais valores vigentes na sociedade, uma vez que a análise do fenômeno jurídico deveria se dar de maneira pura, isto é, afastada de componentes extra-jurídicos.

Com base nesse cenário, as tradicionais lições jusfilosóficas apontam que os regimes totalitários europeus da primeira metade do século XX utilizaram essa concepção então vigente como sustentáculo de seus governos, o que teria permitido as atrocidades então ocorridas. Isso se deve ao fato de que o ideário autoritário então disseminado era plenamente válido sob o aspecto jurídico, justamente por não se averiguar seu conteúdo com base elementos externos, bastando, para tanto, que fosse resultante de um processo legislativo regular.

Ao término da Segunda Grande Guerra, convencionou-se, contudo, que o fenômeno jurídico não poderia ser analisado de forma centrada somente em si mesmo, devendo receber a influência de outros fatores, notadamente externos, a fim de permitir um saudável intercâmbio com outros fenômenos histórico-sociais.

É nesse contexto que surge a corrente jusfilosófica do Pós-Positivismo Jurídico, propugnando, essencialmente, que o Direito não se resume à literalidade de suas proposições regularmente postas, devendo guardar relação, ainda, com outros elementos externos a ele, notadamente os valores, de maneira a influenciar o próprio Direito Posto e a atuação prática e interpretativa dos seus operadores.

O Pós-positivismo encontra clássica definição na obra de Barroso (2005)<sup>11</sup>:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Com base em tais apontamentos, torna-se nítida a preocupação pós-positivista com a introdução dos valores, como a Moral e a Justiça, na análise do fenômeno jurídico. Para cumprimento de tal desiderato, essa vertente filosófica lançou mão dos princípios jurídicos, reputando-os normas jurídicas ao lado das próprias regras. Os princípios seriam, portanto, verdadeiros veículos por meio dos quais os valores se irradiariam pelo ordenamento jurídico,

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 mar. 2019.



permitindo que os Operadores do Direito deles se utilizassem em suas atividades e interpretações.

Nesse aspecto, o Pós-Positivismo oferece seu primeiro grande contributo à presente pesquisa: sendo normas jurídicas, os princípios podem ser utilizados como instrumentos aptos a orientar o controle dos atos administrativos, mormente por veicularem valores que servem adequadamente à análise de compatibilidade com o ordenamento.

Diante do prestígio axiológico - fundado na normatividade dos princípios - trazido pelo Pós-Positivismo, os ordenamentos jurídicos sofreram uma verdadeira revolução: em diversas hipóteses, o direito codificado, há muito vigente, poderia receber novas interpretações, sob a influência dessas novas categorias, o que poderia levar a novas e distintas soluções daquelas tradicionalmente propostas. Clássicos institutos jurídicos receberiam análises atualizadas, que alterariam sobremaneira seus próprios elementos basilares.

Como receptáculo principal dessa categoria principiológica, o pós-positivismo protagoniza o documento constitucional: de mero instrumento formal e simbólico, o texto da Constituição passa a gozar de inequívoca normatividade, conforme a obra de Hesse<sup>12</sup>, sendo o parâmetro principal para a reinterpretação de todo o ordenamento a ela inferior, em fenômeno classicamente designado por filtragem constitucional. Não se trata de mera análise de compatibilidade formal, como encarado no período positivista, mas de adequação essencialmente material: o direito infraconstitucional se adequa ao sistema de valores e finalidades norteadoras do projeto constitucional?

Constata-se, então, o segundo grande contributo pós-positivista: o referencial de controle deixa de ser composto somente por disposições normativas formais encontradas em diplomas existentes no ordenamento, podendo ser integrado também por vetores axiológicos derivados expressa ou implicitamente do projeto constitucional.

Ainda que tardiamente<sup>13</sup>, tais mudanças atingiram o Direito Brasileiro, determinando profundas transformações em diversos de seus ramos. No Direito Civil, a título de ilustração, passou-se a designar por direito civil-constitucional o novo modelo de Direito Privado resultante da filtragem das clássicas disposições patrimoniais e existenciais sob o influxo dos princípios e valores constitucionais. No Direito Tributário, clássicos expedientes relacionados

---

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>13</sup> Esse novo olhar para o fenômeno jurídico somente ganhou destaque no âmbito pátrio a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao passo que, na Europa continental, originou-se do constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, conforme BARROSO, op. cit.





às exações sofreram modificações estruturais a partir da influência de pressupostos constitucionais valorativos, como a Dignidade da Pessoa Humana.

Como não poderia ser diferente, o Direito Administrativo, foco da presente pesquisa, também fora profundamente impactado. As análises desse ramo do Direito passaram a ter como foco não mais o proceder da Administração Pública, mas, sim, os impactos dessa atuação sobre os administrados. Diversos de seus institutos sofreram modificações, como, por exemplo, a própria análise ora em curso, relativa ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Nessa perspectiva se faz o terceiro grande contributo do referencial pós-positivista à presente investigação: o controle dos atos discricionários passa a ter como finalidade precípua a concretização e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não mais mera aferição de observância de ritos procedimentais e burocráticos.

Além dessas novas análises propugnadas, o Pós-Positivismo preocupa-se, também, em combater a subjetividade na aplicação do Direito, o que vai ao encontro do objetivo desta pesquisa, conforme indicado na parte introdutória da presente pesquisa.

Dentre as principais proposições teóricas pós-positivistas que visam a refutar o subjetivismo na aplicação do Direito, tem-se a do “Direito como integridade” de Dworkin<sup>14</sup>. Melquíades Duarte e Medeiros dos Reis<sup>15</sup> resumem a construção dworkiana:

Para ele - utilizando-se da metáfora do “romance em cadeia” – os juízes seriam autores de apenas um capítulo em uma longa obra coletiva sobre um determinado Direito. Eles se encontrariam, então, comprometidos à leitura do que fora produzido pelos seus antecessores para buscar continuar sua tarefa de maneira harmônica e redigir um capítulo – dotado do que ele denomina integridade – com os princípios existentes e reconhecidos pela comunidade.

Contudo, a principal proposta teórica do Pós-positivismo que ataca o subjetivismo na aplicação do Direito resulta das análises Alexy<sup>16</sup> sobre a Teoria Geral do Discurso Racional Prático. Conforme se extrai da obra, como um todo, os aplicadores do Direito teriam o dever de fundamentar sua atuação, em cada caso concreto, de modo que a devida exposição de argumentos e justificação permitiram o controle da sua racionalidade.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 291.

<sup>15</sup> MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa - PB. Livros do XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014. p. 220-249.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.179.



Por óbvio, a proposta de Alexy<sup>17</sup> apresenta contornos ainda mais sofisticados, estabelecendo um verdadeiro método racional de regras, mas o cerne de sua proposição reside justamente nesse ônus argumentativo atribuído aos aplicadores do Direito.

O referido ônus argumentativo é a quarta grande contribuição do Pós-positivismo, uma vez que é a partir desse dever de fundamentação em cada caso concreto é que se pretende alcançar o objetivo da presente pesquisa, qual seja, racionalização do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Para tanto, pretende-se não somente atribuir aos julgadores, ao realizar tal controle, o dever de fundamentar – uma vez que o art. 93, IX da Constituição<sup>18</sup> e o art. 489, §1º do atual Código de Processo Civil<sup>19</sup> já o fazem, mas, também, oferecer-lhes parâmetros argumentativos que possam servir como verdadeiros guias ao realizar-se tal justificação.

Dessa forma, a partir de todos os contributos anteriormente inferidos - quais sejam, realização de controle jurisdicional a partir de vetores axiológicos ou normas, que podem inclusive ser principiológicas, insculpidas expressa ou implicitamente no projeto constitucional, com foco na concretização e observância dos direitos e garantias fundamentais dos administrados -, é que se passa a sistematizar os parâmetros a serem observados pelos julgadores ao se desincumbirem de seu ônus argumentativo.

### 3 BUSCA DE *STANDARDS* ARGUMENTATIVOS OBJETIVOS PARA A RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DE JURIDICIDADE

A partir deste ponto, com base nas conclusões obtidas nas seções anteriores da presente pesquisa, passa-se a propor parâmetros argumentativos que sirvam aos magistrados como verdadeiras orientações gerais durante a realização do controle dos atos administrativos discricionários, a fim de racionalizar tal expediente, afastando possibilidades indesejáveis de personalismos e subjetividade.

Previamente à sistematização aludida, mister se faz um alerta: a referência aos princípios como parâmetros de controle, a seguir encontrada, não exclui a possibilidade de utilização como

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>19</sup> Id. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2019.



referencial de de outros vetores incorporados ao ordenamento títulos diversos, como os chamados postulados, na clássica definição proposta na obra de Ávila<sup>20</sup>.

Sistematizam-se, a seguir, os parâmetros argumentativos propostos, a serem enfrentados pelos magistrados na sequência em que apresentados. Trata-se de verdadeiro caminho a ser percorrido durante a argumentação, a fim de se aferir a viabilidade do controle pretendido.

Inicialmente, deve o magistrado analisar se norma ou vetor axiológico invocado como parâmetro de controle encontra previsão expressa no ordenamento - constitucional ou infraconstitucional -, detalhando, em caso afirmativo, a sede em que contemplado.

Caso o parâmetro não esteja expresso no ordenamento, deverá o juiz analisar se a existência implícita do referencial é consagrada na doutrina e/ou jurisprudência dos Tribunais Superiores, isto é, se sua aceitação é majoritária em sede doutrinária e/ou jurisprudencial. Se tratar-se de um princípio ou vetor amplamente controvertido, cuja aceitação não encontra ampla ressonância na doutrina e jurisprudência, sugere-se a não realização do controle pretendido, considerando que a ausência de pacificação em torno do tema poderá acarretar sensível déficit de legitimidade do expediente, contaminando-o com grau não recomendado de subjetivismo.

Se superadas tais questões, deve o magistrado expor detidamente as definições consagradas desse princípio encontradas na doutrina e jurisprudência, abordando, ainda, qual a amplitude de sua incidência. Não poderão ser omitidas quaisquer divergências entre doutrinadores e/ou Tribunais Superiores sobre a definição ou amplitude, justamente para se permitir posteriores revisões sobre a utilização desse parâmetro.

Se existirem essas divergências, cabe ao juiz analisar se o princípio invocado está sendo utilizado com base na definição e amplitude majoritariamente aceitas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Se a vertente manejada pelo julgador não corresponder àquela predominante nos textos acadêmicos ou decisões dos tribunais, novamente se recomenda a interrupção do caminho argumentativo ora proposto, sob pena de inquinar-se a decisão novamente com nível inadequado de personalismo e subjetivismo.

Na sequência, caso ultrapassados todos os obstáculos argumentativos anteriores, deve o julgador indicar quais os aspectos observados na situação fática que supostamente atraem a incidência desse princípio, isto é, quais os elementos do caso concreto que determinam a imperiosa aplicação do parâmetro invocado.

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 163.



Nesse contexto, não poderá deixar o magistrado de explicar se a suposta ligação entre a situação fática e a incidência do princípio resulta da sua interpretação pessoal sobre o caso concreto ou se, ao contrário, tem-se por desnecessária qualquer juízo de valor aprofundado, porquanto existentes elementos na hipótese que evidenciam de maneira cristalina a relação entre o caso concreto e o princípio invocado.

Caso tal ligação resulte simplesmente da íntima convicção do magistrado, ou seja, da interpretação que ele, por si só, empreende sobre o caso concreto, não deve ter sequência o caminho argumentativo ora delineado. Isso ocorre, pois, embora o ordenamento pátrio faculte ao magistrado decidir com base em sua íntima convicção como regra geral, tal possibilidade deve ser afastada na presente hipótese, afinal, um controle do Poder Judiciário fundado sobremaneira em subjetividade, personalismo e voluntarismo, sobre ato de outro Poder, caracterizaria, em última análise, um desequilíbrio entre as funções, desrespeitando os limites dos *checks and balances* referidos alhures.

Note-se que não se está a contradizer a tese defendida no primeiro capítulo da presente pesquisa. A análise jurisdicional sobre a compatibilidade dos atos administrativos discricionários em relação à moldura desenhada pelo ordenamento não representa, por si só, violação à Separação de Poderes, desde que tal controle seja feito de maneira objetiva e racional. Na presente hipótese, ter-se-ia, ao contrário, um controle manifestamente arbitrário, porquanto não fulcrado em inequívocos elementos objetivos e, sim, em mera convicção pessoal.

Por consequência, diante da inexistência absoluta de elementos concretos que demonstrem de maneira cristalina a relação entre a situação fática e a incidência pretendida do princípio, o que demandaria doses excessivas de interpretação judicial, não se faz recomendado o controle pelos órgãos jurisdicionais.

Porém, caso existam elementos concretos que demonstrem, por si só, a ligação entre a situação fática e o princípio invocado, como eventual interceptação telefônica em que o administrador combine benefícios com determinado sujeito previamente à tomada do ato administrativo - em nítida violação do Princípio da Moralidade administrativa -, faz-se possível prosseguir-se o caminho argumentativo ora proposto.

Vencidos esses óbices de argumentação, o juiz deverá analisar, ainda, se os elementos concretos utilizados em sua fundamentação foram obtidos de maneira lícita, conforme garantia fundamental do art. 5º, LVI da Constituição<sup>21</sup>. Cite-se, a título ilustrativo, a interceptação telefônica aludida no parágrafo anterior, que deverá ter sido resultante de ordem judicial

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



emanada pelo juiz competente, sob pena de sua imprestabilidade para invalidação de qualquer ato administrativo. Não se poderá invocar qualquer argumento para afastar a referida ilicitude, nem mesmo a propagada superioridade do interesse público sobre o privado, uma vez que o interesse público, nessa hipótese, residiria justamente na observância da garantia fundamental de vedação das provas ilícitas e ilegítimas.

Exauridas todas essas etapas, deverá o julgador averiguar se o controle em curso não está invadindo o mérito administrativo, isto é, se não está usurpando a atribuição do administrador de realizar os juízos de conveniência e oportunidade.

Deverá ser demonstrado, detidamente, se a decisão está efetivamente averiguando se a conduta concreta do administrador respeitou o espectro de condutas possíveis, isto é, se tal atitude corresponde a uma das condutas que eram facultadas pela moldura do ordenamento jurídico, ou se, ao contrário, está-se substituindo ao administrador em suas escolhas. Na última hipótese, por óbvio, faz-se inviável o controle pretendido, sob pena de usurpação de competência. Sob outra perspectiva, porém, caso se demonstre que o Poder Judiciário está simplesmente exercendo a tarefa que lhe é constitucionalmente atribuída de guardião da Constituição e do ordenamento como um todo, far-se-á plenamente adequado o controle em curso.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ausência de consenso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a juridicidade dos atos administrativos discricionários.

Evidenciou-se, ao longo da pesquisa, que, modernamente, além de analisar a legalidade dos atos administrativo, seria plenamente possível ao Poder Judiciário examinar a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo com os princípios vigentes no ordenamento, constitucionais e infraconstitucionais, em uma noção amplamente sistêmica, para, então, concluir pela validade ou invalidade do ato administrativo em questão.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que, ao analisar se a conduta eleita pelo administrador público, em determinado caso concreto, respeitou o espectro de condutas possíveis – que são aquelas que não agridem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo –, o Poder Judiciário não está adentrando no mérito administrativo propriamente dito. Isso se dá, pois o órgão jurisdicional não estará realizando juízos valorativos sobre critérios de



conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, mas, tão somente, exercendo a tarefa de guardião do ordenamento, que lhe é constitucionalmente atribuída, ao afastar condutas que não se situem dentro da moldura erigida pelos princípios, valores e demais elementos componentes do todo sistêmico do ordenamento jurídico.

Firmada a plena possibilidade do controle de juridicidade sobre os atos administrativos discricionários, observou-se, porém, a ausência de parâmetros objetivos no ordenamento para a realização de tal análise pelo Poder Judiciário. A inexistência de bases objetivas para a realização desse controle enseja fortes tensões entre os Poderes da República, uma vez que, em diversas ocasiões, essa tarefa não é empreendida de forma racional, estando impregnada de doses excessivas de personalismos.

A fim de permitir posterior sistematização desses necessários parâmetros objetivos, passou-se a examinar, no segundo capítulo da presente pesquisa, o referencial teórico pós-positivista, em busca de possíveis contribuições a tal desiderato. Concluiu-se, então, que a concepção jusfilosófica do Pós-Positivismo oferece quatro principais contributos ao objetivo desta pesquisa.

Como primeiro desses grandes contributos, observou-se que a referida escola filosófica estabelece a normatividade dos princípios como forma de veiculação de valores no ordenamento jurídico, sendo aqueles, portanto, instrumentos hábeis para analisar-se a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo discricionário com os limites possíveis estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O segundo contributo reside na constatação de que o parâmetro para o controle jurisdicional dos atos administrativos pode basear-se não somente nas normas formalmente expressas nos diplomas, mas, também, no conteúdo material e seus vetores axiológicos insculpidos no projeto constitucional.

A terceira contribuição estabelece a necessidade de respeito e concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos como diretriz principal de todos os ramos jurídicos, a partir do fenômeno da filtragem constitucional dos vetustos institutos. Assim, a finalidade precípua do controle dos atos administrativos deve ser a garantia de observância dos direitos fundamentais dos administrados. Muda-se o foco do proceder da Administração Pública – mera observância de ritos procedimentais e burocráticos – para concentrarem-se as análises sobre os impactos de tal atuação sobre os administrados.

Por fim, a quarta grande contribuição obtida consiste na possibilidade de reduzir o subjetivismo na aplicação do Direito, ao atribuir, aos operadores, o ônus argumentativo em cada caso concreto. Por meio da necessidade de justificação das condutas nos casos concretos,



permite-se a racionalização de tais decisões, sendo esse dever argumentativo incidente também sobre os julgadores que analisarão a juridicidade dos atos administrativos discricionários.

Com base nas conclusões obtidas nas seções anteriores, buscou-se estabelecer, no último capítulo, alguns *standards* argumentativos a serem seguidos pelos magistrados na fundamentação de suas decisões, como verdadeiro caminho a ser percorrido nas decisões, a fim de concluir-se, ao final, pela validade ou invalidade do ato administrativo em análise.

Por meio dos parâmetros argumentativos sistematizados, pretende-se evitar decisões de controle de atos administrativos discricionários baseadas em meros argumentos genéricos e abertos, havendo, em verdade, verdadeiro sequenciamento argumentativo ensejador de sua racionalização. Da mesma forma, objetiva-se a afastar decisões de controle resultantes de subjetivismo excessivo, propugnando como razoáveis somente aquelas baseadas preponderantemente em elementos concretos.

Ademais, com a adoção de tais parâmetros nas fundamentações das decisões judiciais de controle, permite-se que outros órgãos jurisdicionais possam revisar, objetivamente, tais decisões, reapreciando-as a partir das razões expostas. Assim, eventuais excessos cometidos podem ser devidamente revistos e corrigidos.

Por meio da presente proposta, pretende-se que o controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários, pelo Poder Judiciário, não mais enseje tensões entre os Poderes da República. É imperioso que esse expediente seja realizado com bases objetivas, concretas e racionais e que esteja livre de personalismos e subjetivismos. Trata-se de uma forma de concretizar a noção de Separação de Poderes como equilíbrio da República, atuando cada um destes como verdadeiro freio e contrapeso dos demais.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 mar. 2019.





BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 08 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 08 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa - PB. Livros do XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014. p. 220-249.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2017.

## O ASPECTO MORAL DAS LIMINARES CONCEDIDAS PARA CIRURGIAS FRENTE AS FILAS CIRÚRGICAS

Wallace da Costa Soares

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo** – Este artigo busca analisar a moralidade das liminares concedidas para cirurgias frente as filas cirúrgicas diante da incapacidade do sistema público de saúde em prover atendimento igualitário e imediato a toda a sua população. Assim, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema para discutir se a intervenção Estatal, através de seu sistema judiciário, na priorização das cirurgias pelo poder executivo fere a moralidade, pois quando o poder judiciário concede uma liminar a um indivíduo da população, outro verá postergado o atendimento de sua demanda. Destaca-se a solidariedade dos entes federados insculpida no art. 198, da CRFB/88, para garantir o direito e o acesso à saúde a todos os cidadãos. Porém, observa-se que as dificuldades enfrentadas pelos entes podem inviabilizar a operacionalização da política de saúde e deixando, assim, de cumprir com a garantia trazida no art. 5º, o direito a igualdade, onde poucos privilegiados têm acesso à saúde. Com o estudo, pode concluir que diante da atual realidade, apesar de moralmente não ser a melhor solução, não se pode esperar do poder judiciário solução diversa das que são apresentadas diante do crescente processo de judicialização da saúde. O que se precisa ter em mente é que o judiciário dentro de sua atribuição, não pode deixar de garantir o acesso ao direito devido àqueles que dele se socorre, portanto sob o aspecto de sua finalidade e razão de ser, age sim o judiciário dentro da moralidade.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional, Conflitos Morais, Direito à Saúde, Judicialização da Saúde.

**Sumário** – Introdução. 1. O direito fundamental a saúde e a responsabilidade dos entes federativos 2. A atuação e o papel do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais 3. A moral e a intervenção judicial frente as filas cirúrgicas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar o aspecto moral das liminares concedidas para cirurgias frente as filas cirúrgicas, dentro de um contexto de judicialização da saúde. Neste prisma, procura-se compreender qual a moralidade na atuação direta do judiciário diante da incapacidade do sistema público de saúde em prover atendimento igualitário e imediato a toda a sua população.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a intervenção Estatal por meio de seu sistema judiciário na priorização das cirurgias pelo poder executivo fere a moralidade, uma vez que no momento em

que o poder judiciário concede uma liminar a um indivíduo da população, outro verá postergado o atendimento de sua demanda.

Atualmente vive-se uma crise no sistema de público de saúde, o que se percebe é que, apesar de sua obrigação constitucional de promover saúde a sua população, cada vez menos o Estado é capaz de prover acesso igualitário aos serviços de saúde. Neste contexto, uma parcela da população se socorre no judiciário para fazer valer seu direito fundamental, aumentando cada dia mais o número de demandas judiciais em busca de medicamentos, internações, cirurgias, entre outros serviços que deveriam ser garantidos gratuitamente pelo Estado. A este fenômeno se denominou “judicialização da saúde”. Por outro lado, resta, àqueles que não buscam o judiciário, uma espera angustiante, onde por muitas vezes, morrem sem conseguir receber a devida assistência.

O enfoque do trabalho é a temática do ativismo judicial existente na seara constitucional. Há um aparente conflito, pois ainda que o Estado juiz esteja honrando seu papel de garantidor da lei, fazendo valer e cumprir princípios constitucionais, grande parcela da sociedade não acessa a esfera jurisdicional não sendo assistida e ficando esquecida em filas intermináveis. Desta forma, é de suma importância, avaliar como nossos tribunais vêm resolvendo as questões de natureza moral nas demandas de saúde, especificamente nas demandas relativas a intervenções cirúrgicas.

A situação apresentada favorece as seguintes reflexões: Qual o limite da atuação do Estado Juiz na definição de critérios para definir prioridades no atendimento cirúrgico? Diante da crescente judicialização da saúde, como os Juízes vêm fundamentando suas decisões em pedidos liminares no campo de acesso as intervenções cirúrgicas? Como se avaliam moralmente essas decisões quando enfrentadas comparando-se aqueles que são atendidos pelo Estado juiz e aqueles que não se acolheram no Judiciário?

Para melhor compreensão do tema, objetiva-se discutir, de maneira crítica, a compatibilidade entre o direito e a moral na presente judicialização da saúde. Como foco principal, pretende-se abordar a atuação do magistrado nas demandas de saúde, formulando limites a essa atuação, com a ponderação entre o que pode ser feito pelo poder judiciário sem se abandonar os critérios já adotados pelo poder executivo. Pretende-se ainda averiguar os limites da atuação Judicial diante de um sistema de saúde que não está capaz de atender as demandas da população; compreender como se forma a convicção dos magistrados quando decidem pelo deferimento de uma liminar que permite desconsiderar os critérios adotados pelo executivo para determinar a ordem cirúrgica e analisar a moralidade do deferimento de liminares frente a existência de uma fila de espera cirúrgica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da presente Carta Constitucional no tocante ao direito à assistência à saúde o qual se materializa no Sistema Único de Saúde (SUS). Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a saúde é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a atuação e o papel do poder judiciário na efetivação de tal direito. O terceiro capítulo pesquisa busca uma reflexão moral sobre a ponderação entre indeclinabilidade da prestação jurisdicional, o princípio da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de burla à fila cirúrgica.

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 artigo, 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 o pesquisador 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.

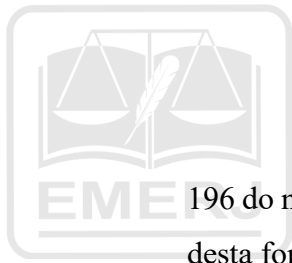
## 1. O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>1</sup>, a saúde é conceituada como: “um estado completo de bem-estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade”. Ou seja, o conceito de saúde se estende desde as ações preventivas e de promoção realizadas por meios de programas sociais e educacionais passando pelo atendimento ambulatorial até as ações mais complexas como as intervenções cirúrgicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) é a lei maior que dita toda a estrutura jurídico-normativa de uma sociedade. Ela é assertiva ao assegurar o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, instituídas em normas de caráter imperativo, autoaplicáveis e impondo responsabilidade solidária dos entes federativos. O art.

---

<sup>1</sup>OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.> Acesso em: 21 set. 2018.



196 do mandamento constitucional<sup>2</sup> traz que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado”, desta forma deixando clara a obrigação dos Entes Federativos em prover a saúde igualitária da população. Já o art. 5º, caput, da Carta Magna<sup>3</sup> garante 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[...]”.

A lei maior, no seu artigo 6º, trouxe a saúde como um direito social<sup>4</sup>, sendo tal medida resultado do reconhecimento do princípio da dignidade humana como marco balizador do atual sistema jurídico. Pedro Lenza, em sua obra, ao trazer o conceito de saúde entende ser esta “um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>5</sup>. E ainda, conforme disposição do art. 197 da CRFB/88, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo desta forma, “o poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução, ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”<sup>6</sup>.

Sendo assim, vista a saúde como um direito fundamental e tendo seu mínimo existencial indicado na Constituição, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que por ser um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, é um modelo seguido por várias nações<sup>7</sup>. O SUS vem para permitir que o Estado ponha em prática ações que preconizem o atendimento da saúde da população dentro do conceito trazido pela OMS, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação ambulatorial de hipertensão e diabetes até cirurgias complexas como o transplante de órgãos, garantindo-se, com tais ações o acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país<sup>8</sup>.

Neste mesmo sentido, é compreendido que as ações e serviços públicos de saúde são partes integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema

---

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>3</sup>Ibid

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1232-1233

<sup>6</sup>BRASIL, op., cit., nota 2.

<sup>7</sup>Id. *SUS é referência internacional, diz Banco Mundial*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2013/12/sus-e-referencia-internacional-diz-banco-mundial>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>8</sup>MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 23 set. 2018.

único, organizado de maneira descentralizada entre os Entes da Federação, com direção simples em cada esfera de governo, como preconiza o artigo 198 da CRFB/88<sup>9</sup>. No entanto, instrumentalizá-lo é de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo que o executam por meio de políticas públicas<sup>10</sup>.

Pela dicção dos artigos 6º e 196 da carta constitucional, depreende-se a competência comum, e não subsidiária, dos entes federativos para a realização material de que tratam os mencionados artigos, ou seja, compete-lhes empenhar-se na proteção da saúde da população, promovendo as medidas necessárias para a efetivação do direito social.

Sobre o tema, importante observar o que dispõe o Enunciado nº 65, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>11</sup>:

DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.

Não há dúvidas quanto ao dever solidário dos entes federados, por força da regra constitucional, de garantir o direito e o acesso à saúde a todos os cidadãos. Este entendimento é reforçado quando se observa o parágrafo primeiro do artigo 198 da CRFB, que afirma que o SUS será financiado “com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”<sup>12</sup>.

Neste diapasão as dificuldades enfrentadas pelos entes podem encaminhar para a inviabilização da operacionalização da política de saúde e deixando, assim, de cumprir com outro mandamento constitucional ditado pelo art. 5º, o direito a igualdade, onde poucos privilegiados têm acesso à saúde. Importante destacar que diante da proteção constitucional, faz-se mais do que garantir direito à saúde, garante-se o próprio direito à vida. De certo que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida ou fazer prevalecer o interesse do Estado, não resta alternativa senão garantir ao cidadão carente de recursos o direito ao tratamento médico adequado.

Neste cenário, cabe ao Poder Judiciário interferir na política pública quando não existe lei ou ação administrativa implementando os mandamentos constitucionais, de forma a,

---

<sup>9</sup> BRASIL, op., cit., nota 2.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 65*. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL, op., cit., nota 2.



subsidiariamente, cumprir com a intenção do legislador originário e garantir a efetividade dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Porém, se por um lado cabe ao órgão jurisdicional garantir o direito daquele que o movimenta, não pode o julgador abdicar de observar que não pode tal prestação prejudicar a outros cidadãos que a ele não se socorreram. Este ditame vem da concepção doutrinária da dupla vertente dos direitos sociais. Pedro Lenza, sobre o tema traz que:

A dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros, devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.<sup>13</sup>

Pensando-se, justamente nesta dupla vertente dos direitos sociais é que se encontra o objeto deste estudo.

## 2. A ATUAÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreende-se que em um Estado constitucional democrático cabe ao poder Judiciário interpretar a constituição, de forma a resguardar e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico. Sendo assim, aos Juízes cabe interpretar e dar sentido as normas, bem como realizar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, quando há colisão entre eles.

Quando se analisam processos que discutem a efetiva implementação de políticas públicas, a efetividade da ação governamental ou o poder discricionário da administração pública, os Juízes e Tribunais se encontram constantemente com a dificuldade de equalizar a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário e elementos como direitos fundamentais, direitos humanos e garantias sociais básicas. O princípio da separação dos poderes também costuma estar presente nessa ponderação.

Não existe uma solução pré-determinada para essas controvérsias, sendo necessário, em grande parte das vezes, uma discussão mais profunda que traz a tona um relevante tema atualmente no Brasil, o ativismo dentro do Poder Judiciário. Com conotações políticas, econômicas e sociais, o conceito de ativismo envolve a ideia da atribuição de proatividade à atuação da Justiça, em perspectiva expandida da estrita aplicação da lei.

---

<sup>13</sup> LENZA, op., cit., p. 1233.



Assim, tem papel de destaque os direitos fundamentais sociais. O Brasil, como país em desenvolvimento, ainda está no início da trajetória de conquista do verdadeiro Estado Social. Reflexo deste atraso observa-se nas desigualdades sociais, violência, miséria, pobreza, déficit no tratamento da saúde e na educação. O que se observa é que na busca pela redução das consequências do atraso no desenvolvimento, promulgou-se uma Constituição abrangendo tantos direitos sociais que traz em si a missão de desprender esforços importantes para estes direitos alcançassem satisfatória efetividade.

Observação importante a se fazer é de que para implantar direitos sociais, no seu aspecto positivo, depende necessariamente de recursos financeiros. Barcellos<sup>14</sup>, explica que para a efetivação de ações estatais com a finalidade de prover os Direitos Fundamentais dependem de recursos financeiros, sendo que estes são limitados. Sendo tal observação, não apenas uma tese jurídica e sim um reflexo da realidade fática. Portanto, faz-se necessária a decisão política acerca de como e onde serão destinados os recursos públicos para fins de efetivação destes. O problema da limitação de recursos financeiros é agravado no cenário brasileiro atual em virtude da crise econômica, política e social que vivenciamos, a qual é de notório conhecimento. Desta forma o autor<sup>15</sup> defende que estas escolhas “recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”, ou seja, ainda que sejam estas decisões políticas, haverá sempre grande influência legislativa sobre elas.

Neste contexto cabe a atuação do Estado Juiz, uma vez que este atua como garantidor e efetivador do cumprimento à legislação, em especial a constitucional. Esta atuação, quando pautada no direito à saúde, será de forma a realizar o controle judicial dos atos e omissões administrativas, não cabendo nesta matéria a alegação de discricionariedade e separação dos poderes, pois são atos vinculados por conta de políticas sociais implementadas em prol de direitos sociais constitucionalmente garantidos<sup>16</sup>.

Em sua obra, Barroso<sup>17</sup> destaca as principais causas da judicialização no Brasil, o autor considera, inicialmente, a redemocratização do país materializada pela Constituição de 1988, que trouxe inúmeros direitos fundamentais e reavivou a cidadania, gerando uma maior busca

---

<sup>14</sup> BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

<sup>15</sup> Ibid.-

<sup>16</sup> MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 880-883

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95

por parte das pessoas em proteger seus direitos, aumentando a demanda judicial; por outro lado, temos uma constitucionalização abrangente, tornando constitucional diversas matérias como o direito à saúde, aumentando a busca pela efetividade destes direitos que antes ficavam apenas na esfera da legislação ordinária; por fim, a crescente função judiciária, principalmente por meio do STF, que tem aspectos tanto do sistema difuso como do concentrado, de modo que do juiz ao STF, todos interpretam a Constituição, além do fato de que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.

Destaca-se também que a jurisprudência vem compreendendo ser descabida a alegação de reserva do possível, quando se trata de questão relacionada a assistência a saúde. Uma vez que, em respeito ao princípio da dignidade humana e do direito a vida não prospera a alegação de impossibilidade de prestação Estatal por conta de incapacidade financeira. Neste sentido Carvalho Filho<sup>18</sup> trata do princípio da reserva do possível afirmando que:

a moderna doutrina denomina reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível.

Neste mesmo raciocínio vêm se decidindo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça que considera que:

A saúde é direito social constitucionalmente reconhecido e, como tal, apresenta uma dupla vertente. Se, por um lado é dotado de natureza negativa, cabendo ao Estado e a terceiros o dever de abstenção da prática de atos que prejudiquem os destinatários da norma, por outro, reveste-se de natureza positiva, fomentando-se, assim, um Estado prestacionista. Sob tal diretriz, compete ao Estado, em sentido lato, garantir a saúde de todos. A Súmula nº 65 do TJRJ fixou a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, em apreço aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, bem como à Lei nº 8.080/90, podendo a prestação ser exigida de qualquer dos entes federativos. [...]. (TJ-RJ - APL: 00035859420138190068 RIO DE JANEIRO RIO DAS OSTRAS 2 VARA, Relator: Rogério de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 04/07/2017, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 06/07/2017)

Portanto, da leitura do supra exposto compreende-se que é função do poder judiciário exigir do Estado, representado pelo poder executivo, que atue de forma a fornecer ao cidadão o atendimento a sua necessidade relativa a saúde, evitando assim, a inércia do poder administrativo e assegurando o atendimento da garantia constitucional, descabendo-se a sustentação de carência de dotação orçamentária. Porém, o grande cerne da questão é até que

---

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1252.



ponto a obrigação Estatal de prover as necessidades daqueles que se socorrem do judiciário deve atuar, de forma a não contrariar às próprias garantias constitucionais, dentre elas a da igualdade na atenção e da proteção oferecida pelo Estado. Pois a realidade é que a máquina pública não suporta, atualmente, o atendimento da demanda de toda sua população e que, ainda que se tenha obrigação de suprir esta carência, independente da alegação de insuficiência orçamentária, verdade é que haverá uma priorização de um caso frente aos demais.

Diante deste prisma é que busca-se compreender até que ponto as decisões emanadas pelo judiciário, determinando que se garanta o atendimento daquele que dele se socorre, pode estar contrariando a própria moralidade da atuação Estatal, uma vez que para garantir o atendimento da necessidade de uns, por muitas vezes se posterga o atendimento daqueles que já se encontravam nas filas para atendimento nas unidades de saúde. Tema este a ser abordado no próximo capítulo.

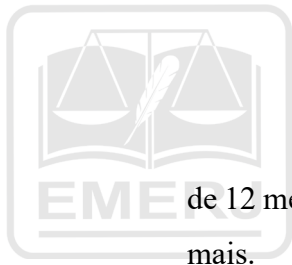
### 3. A MORAL E A INTERVENÇÃO JUDICIAL FRENTE AS FILAS CIRURGICAS

A realidade mostra que milhares de pessoas buscam diariamente o atendimento público de saúde, não suportando o Estado tamanha demanda frente a carência de recursos. Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM) <sup>19</sup>, em estudo referente ao Sistema Único de Saúde (SUS), o fator com pior avaliação entre pacientes entrevistados foi o tempo de espera. Sendo considerado pelo órgão o “maior gargalo da rede pública para 61% dos entrevistados que buscam uma cirurgia, 56% dos que precisam de um exame de imagem e para 55% dos que aguardam uma consulta”.

O órgão fiscalizador afirma ainda que no período de realização da pesquisa realizada pelo Datafolha, 34% dos entrevistados aguardavam para fazer uma cirurgia, 32% por consulta médica, e 31% buscavam por exames. Porém, o dado se torna mais alarmante quando a pesquisa demonstra que o SUS está levando, a cada ano, mais tempo para responder às solicitações. Segundo os dados fornecidos ao CFM, no ano de 2014, 29% dos que haviam pedido exame, cirurgia ou consulta ainda aguardavam por estas após seis meses. Já no ano de 2018, esse percentual passa a ser de 45%. E ainda, em 2014 16% dos entrevistados aguardavam há mais

---

<sup>19</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, PESQUISA DATAFOLHA: *Dobram queixas por tempo de espera*, 2018. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27725%3Apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27725%3Apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1)>. Acesso em: 11 abr. 2019.



de 12 meses, índice esse que em 2018 atingiu a marca de 29%, ou seja, praticamente duas vezes mais.

Segundo o CFM, “a percepção registrada pelo Datafolha converge com as conclusões de estudo recente do CFM sobre a demora para dar vazão à lista de espera por cirurgias eletivas”. Esta afirmação se deve ao fato de que no ano de 2017, pesquisa realizada pelo órgão constatou que a longa espera é a realidade vivenciada por cerca de 904 mil pessoas que esperavam por cirurgias eletivas. Estes dados foram repassados por secretarias de saúde de 16 estados e 10 capitais, onde, respectivamente, constam pedidos de 801 mil e 103 mil procedimentos cirúrgicos.

Assim, diante de uma realidade de omissão Estatal, segundo Vieira<sup>20</sup> como uma forma de tentar reduzir o impacto da carência do atendimento dos demais órgãos estatais, ficou o Judiciário incumbido de “controlar as omissões inconstitucionais perpetradas pelos poderes constituídos”. E assim, tornou-se o Judiciário o responsável por tornar efetivos os direitos fundamentais quando da omissão estatal, através da criação do direito, exercendo atividade legiferante positiva. Portanto, com a ampliação da jurisdição constitucional e o conseqüente aumento da demanda judicial, vem ocorrendo a judicialização das relações políticas e sociais<sup>21</sup>.

Um fato importante é que em diversas situações, no julgamento de demandas judiciais de saúde, os juízes enfrentam “casos difíceis”, assim designados pela teoria do positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart<sup>22</sup>, “que não são normalmente resolvidos pela subsunção direta a uma regra jurídica estabelecida de forma explícita pela instituição competente”. Para estes casos, segundo ao autor, o julgador terá que “exercer a sua discricionariedade, aventando a possibilidade de decidi-los com base em outros padrões, tais como os princípios, a política ou suas próprias convicções morais, experimentando, assim, os chamados conflitos morais acima definidos”.

José Carlos Zebulum<sup>23</sup>, em seu artigo faz dura crítica à classificação feita por Herbert L. A. Hart., ele considera que essa divisão entre casos fáceis e difíceis “refletiria uma classificação equivocada e arbitrária”, pois considera que classifica-lo por si só já seria uma

<sup>20</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 447-449

<sup>21</sup> BARROSO, op., cit., p. 95.

<sup>22</sup> HART, HLA. O conceito de direito. Lisboa: Gulbenkian; 1994. in Zebulum JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

<sup>23</sup> ZEBULUM, JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

decisão de mérito. O autor adverte que da classificação, a qual considera equivocada, nasce um segundo erro, onde:

Os casos fáceis seriam resolvidos por mera subsunção da situação concreta à legislação em vigor, enquanto que, na outra ponta, os casos difíceis estariam a exigir do julgador uma atividade mais complexa, que consistiria em percorrer ‘uma trilha discursiva-argumentativa’ que pudesse apresentar resposta adequada à questão

Não haveria, portanto, uma essência autoexplicativa do que seriam os casos fáceis e difíceis, como também não seria possível estabelecer uma divisão lógico-matemática entre as duas espécies de casos. Mas fato é que em determinados casos, a simples subsunção do caso a normativa vigente, pode não se mostrar a decisão mais acertada, uma vez que pode desconsiderar importantes fatores, por vezes até mesmo deixando de lado até mesmo a ponderação de princípios, descambando-se mais para o lado político da decisão do que para o seu aspecto jurídico.

Zebulum<sup>24</sup>, considera como política um tipo de padrão que determina objetivos a serem alcançados, desta forma a decisão política se justifica em argumentos políticos, pois justificam uma decisão buscando demonstrar que esta:

Fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. Assim, quando o juiz decide um determinado caso, adotando como justificativa a preservação do sistema de saúde pública, ou buscando assegurar uma melhoria no atendimento à população, adota como razão de decidir uma argumentação política.

O autor usa como princípio jurídico um padrão que deva ser parâmetro, ainda que não seja mais econômico, nem politicamente ou socialmente mais aceito, busca-se apenas aquilo que é uma exigência de justiça, equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.

Portanto, ao conceder determinada medida terapêutica pelo Estado, ele se pauta no fato de ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, portanto a decisão estaria sustentada em um princípio constitucional. Zebulum<sup>25</sup> acrescenta que a decisão pautada em princípios se difere daquela pautada nas normas, pois enquanto estas se aplicam na medida do “tudo ou nada”, aquelas “podem ser ponderada com outros princípios, que podem, no caso particular, oferecer razões mais fortes para que a decisão siga uma outra orientação”.

Desta forma, deve-se considerar que nem sempre uma decisão exclusivamente baseada na norma pode ser considerada moral. Há tempos que a reflexão entre as possíveis conexões

---

<sup>24</sup> Ibid

<sup>25</sup> ZEBULUM. op., cit., nota 5.

entre a moral e o direito é realizada por filósofos. Ao enfrentar esta questão, Dworkin<sup>26</sup> sustenta que o direito não seria um sistema de regras que pode, que conflitaria com a moralidade, mas sim, seria uma apresentação da própria moralidade. Em contraponto temos o positivismo jurídico de Hart<sup>27</sup> que declara a completa independência entre direito e moral. Nesta teoria o direito se sujeitaria aos costumes e práticas sociais de uma determinada comunidade, portanto se é por esta aceita como padrão admitido pela comunidade, pouco importa se é justa ou injusta, será considerada direito.

Porém, fato importante a se observar é que na sociedade a opinião e as normas jurídicas, em geral, refletem aos anseios da classe dominante, nem sempre, portanto, refletindo a necessidade das classes mais carentes, que são justamente os que mais necessitam da proteção Estatal. Em sua obra, Barroso<sup>28</sup> traz algumas objeções que seriam reflexões frente ao crescente processo de judicialização.

Para ele, a “judicialização à saúde” é questionável quando analisamos situações tais como a garantia constitucional da saúde ser provida por “políticas sociais e econômicas e não através de decisões judiciais”, o fato do poder executivo ter “visão global dos recursos disponíveis”, portanto sendo o mais capacitado para decidir quanto ao orçamento, a retirada das decisões daqueles que foram legitimados pelo povo, o princípio da reserva do possível e o fato de ter decisões judiciais podendo desorganizar a administração pública. O autor salienta ainda que, os maiores beneficiados pelas decisões judiciais são “aqueles que tem acesso qualificado a justiça”, bem como não ter o poder judiciário o conhecimento específico para priorizar os atendimentos.

Tais ideias se resumem nas palavras do próprio autor<sup>29</sup>, onde ele considera que o “Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação”. Porém, o autor pondera que não pode também o judiciário ser mais do que deve ser de forma que para “promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”.

Portanto, pode-se compreender uma decisão judicial frente a um caso concreto, não deve ser analisada exclusivamente sob a ótica, ainda que constitucional, apenas da ação individual. Ou se assim o fizer, corre-se o risco de estar baseando-se apenas em uma perspectiva positivista, abandonando-se a real função constitucional e a possibilidade de avaliar a

---

<sup>26</sup> DWORKIN, R. A Virtude Soberana. *A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 55-56

<sup>27</sup> HART, op., cit., nota 4.

<sup>28</sup> BARROSO, op., cit., nota 3. p. 96-98

<sup>29</sup> Ibid.

ponderação diante da existência de um conflito entre princípios constitucionais. Sob este prisma percebe-se que os impactos da judicialização da saúde, destacando-se as decisões que interferem diretamente em políticas públicas, podem ter um impacto social capaz de gerar inquietude principalmente quando se pensa no atendimento a população como um todo. Desta forma, questionando-se a própria moralidade de tais decisões.

## CONCLUSÃO

É notório que o tempo de espera por um atendimento médico compromete o próprio atendimento, podendo agravar o quadro patológico, até mesmo levando a morte. Porém, através deste estudo foi possível observar que, apesar da Constituição Federal estar fazendo 31 anos de existência, ainda, nos dias atuais, a realidade mostra que milhares de pessoas buscam diariamente o atendimento público de saúde, não suportando o Estado tamanha demanda frente a carência de recursos, ficando portanto impossibilitado de garantir de forma igualitária o acesso a atenção dos seus direitos básicos e fundamentais. Grande parte dessas dificuldades se devem à carência de recursos, consequência de anos de seguidas gestões falhas e inertes quanto à formulação de estratégias eficazes.

Portanto, verificou-se que a ineficiência da aplicação das políticas públicas existentes ou até mesmo a sua total ausência em alguns casos, faz com quem seja crescente o número de demandas que buscam garantir o atendimento, pelo Estado, de direitos fundamentais, onde embora sejam um meio alternativo de garantir acesso as garantias constitucionais, acabou gerando, em contraponto, violação ao interesse da coletividade, uma vez que, o despendimento de grandes quantias em favor de um particular, pode prejudicar a execução de serviços essenciais da administração. Desta forma, passa o Estado Juiz a intervir nas questões políticas e sociais, assumindo ainda um papel legiferante.

Cabe destacar que para compreender uma decisão judicial frente a um caso concreto, não deve ser analisada exclusivamente sob a ótica, ainda que constitucional, apenas da ação individual. Ou se assim o fizer, corre-se o risco de estar baseando-se apenas em uma perspectiva positivista, abandonando-se a real função constitucional e a possibilidade de avaliar a ponderação diante da existência de um conflito entre princípios constitucionais. Sob este prisma percebe-se que os impactos da judicialização da saúde, destacando-se as decisões que interferem diretamente em políticas públicas, podem ter um impacto social capaz de gerar inquietude principalmente quando se pensa no atendimento a população como um todo. Desta forma, questionando-se a própria moralidade de tais decisões.



Com o estudo, pode concluir que diante da atual realidade, apesar de moralmente não ser a melhor solução, não se pode esperar do poder judiciário solução diversa das que são apresentadas diante do crescente processo de judicialização da saúde. Pois, o que se precisa ter em mente é que o judiciário dentro de sua atribuição, não pode deixar de garantir o acesso ao direito devido de quem dele se socorre, portanto sob o aspecto de sua finalidade e razão de ser, age sim o judiciário dentro da moralidade.

Por outro lado, é clara a necessidade de se haver um movimento de luta para que o Estado crie programas e soluções que se transformem gradualmente em verdadeiras políticas de saúde, de atuação mais abrangente, permitindo uma melhor distribuição dos recursos na área de saúde e, por conseguinte, uma atuação mais igualitária na realização das cirurgias pelo SUS.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_, *SUS é referência internacional*, diz Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2013/12/sus-e-referencia-internacional-diz-banco-mundial>>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 65*. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 20 set. 2018.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *PESQUISA DATAFOLHA: Dobram queixas por tempo de espera*, 2018. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27725%3apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27725%3apesquisa-cfmdatafolha-dobram-queixas-por-tempo-de-espera&catid=3%3Aportal&Itemid=1). Acesso em: 11 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



HART, H.L.A. O conceito de direito. Lisboa: Gulbenkian; 1994. in Zebulum JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 23 set. 2018.

OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.> Acesso em: 21 set. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZEBULUM, JC. *Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral*. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/355/442>>. Acesso em: 11 abr. 2019.



## QUESTÕES NOTARIAIS ACERCA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Wellington Ramos dos Santos

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

**Resumo** – O processo judicial da Usucapião, durante épocas, sempre possuiu como uma de suas características negativas o excesso de formalismo e burocracia, acabando por gerar morosidades excessivas, mesmo em processos em que o autor possuía inequivocamente todos os requisitos para sua procedência. Diante disso, este instituto por muitas vezes foi subjugado, ocasionando um incontável número de imóveis com posses precárias, e conseqüentemente uma desordem imobiliária neste sentido. Com isso, o instituto da Usucapião Extrajudicial foi implementado pelo novo CPC com o condão de desafogar a via judicial quanto a este tipo processual, bem como conferir uma melhor credibilidade a um instituto que, por muitas vezes, se torna esquecido por uma expressiva parcela da população.

**Palavras-chave** – Usucapião. CPC. Usucapião Extrajudicial. Direito Notarial e Registral.

**Sumário** – Introdução. 1. A Usucapião Extrajudicial e seu Caráter Desjudiciarizador. 2. O Procedimento da Usucapião Extrajudicial e suas Particularidades. 3. A Questão dos Emolumentos e Tributos e a Figura do Notário e Registrador no Procedimento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa científica será analisar, a partir de uma visão crítica, o instituto da Usucapião Extrajudicial em seu aspecto notarial, tendo em vista a novidade jurídica trazida a partir da promulgação do novo CPC.

Tal análise terá como condão a discussão acerca da aplicabilidade prática deste instituto, que sempre se destacou como sendo altamente burocrático e com uma elevada duração processual.

A partir disso, o referido instituto acabava sendo pouco utilizado pelos indivíduos que necessitavam legitimar sua posse, acabando por esvaziar indiretamente a função social da propriedade, dando ensejo a inúmeras irregularidades possessórias, influenciando até mesmo na arrecadação tributária municipal.

No primeiro capítulo, será analisado, de forma sucinta, a novidade jurídica trazida pelo artigo 1071 do novo CPC, incluindo na Lei nº 6015/73 o artigo 216-A, tratando do procedimento e cabimento da Usucapião Extrajudicial, demonstrando o seu principal objetivo, qual seja, a desoneração judicial do referido instituto.

No segundo capítulo, pretende-se compreender um pouco os problemas práticos com relação à aplicação destas novidades legislativas, a partir da análise do recente provimento de nº 65 do CNJ quanto ao procedimento da Usucapião Extrajudicial.

Por fim, no último capítulo, será abordado alguns temas mais polêmicos quanto a este novo instituto, como por exemplo os valores referentes aos emolumentos necessários para se realizar este procedimento, bem como o poder decisório dos tabeliães no momento da declaração da Usucapião Extrajudicial, comparando com os poderes conferido pela lei ao magistrado judicialmente para tal feito, realizando uma comparação a fim de traçar um limite ao poder decisório daqueles, bem como sua responsabilidade quanto aos atos praticados.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

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 USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E SEU CARÁTER DESJUDICIARIZADOR

Inicialmente, cumpre destacar que o fenômeno da usucapião extrajudicial não foi criado a partir do advento da Lei nº 13.105/2015<sup>1</sup> (novo CPC), em seu artigo 1071. Pelo contrário, tal previsão já podia ser observada na Lei nº 11977/2009<sup>2</sup> (que instituiu o programa Minha Casa Minha Vida), que segundo Ana Clara Boczar<sup>3</sup>, tratou-se de uma nova modalidade

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 11.977/2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>3</sup> BOCZAR, Ana Clara; ASSUMPCÃO, Letícia Franco. *Usucapião Extrajudicial. Questões Notariais e Tributárias*. São Paulo: JH Mizuno, 2018. p. 68.

de usucapião denominada “usucapião administrativa”. Contudo, tal previsão se encontra revogada pela Lei de nº 13465/2017<sup>4</sup> (que dispõe sobre a regularização fundiária).

Com isso, muitos doutrinadores cometem um erro técnico ao apontar a Usucapião Extrajudicial expressa no novo CPC como uma nova modalidade de aquisição da propriedade. Ora, conforme preceitua Marcelo Couto<sup>5</sup> “[...] não é uma nova modalidade de usucapião (como o ordinário, *pro labore*, etc.). É apenas uma forma de se reconhecer a aquisição da propriedade com base em um tipo de usucapião já existente em nosso ordenamento jurídico”.

A partir dessa breve introdução, cabe agora tecer alguns comentários acerca do caminho legislativo que gerou tal instituto.

A Lei de nº 13.105/2015<sup>6</sup>, que instituiu o novo CPC, trouxe em seu artigo 1071 a inclusão do artigo 216-A da Lei nº 6015/73<sup>7</sup> (Lei de Registros Públicos), proporcionando a possibilidade de um novo procedimento extrajudicial de qualquer modalidade de usucapião de bens imóveis.

Posteriormente, o artigo 216-A sofreu uma alteração pela Lei nº 13.465/2017<sup>8</sup>, que de acordo com Boczar<sup>9</sup>, trouxe uma melhora no texto e uma maior efetividade ao procedimento.

E por fim, foi editado o provimento de nº 65 do CNJ<sup>10</sup>, que teve como principal objetivo a regulamentação do procedimento extrajudicial da usucapião entre os notários e registradores.

Seguindo, cumpre agora analisar o principal objetivo deste novo procedimento criado, que é a desoneração do poder judiciário.

Conforme se observa no ordenamento jurídico brasileiro, o processo judicial de Usucapião, independente da modalidade, possui como uma forte viés negativo sua extensa morosidade instrutória, seja pelo rito previsto em lei, seja pelos constantes atrasos provenientes do próprio expediente judiciário, ao passo que cada vez mais os cartórios judiciais possuem

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 13.465/2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>5</sup> COUTO, Marcelo de Rezende. *Usucapião Extrajudicial*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juspodivm, 2018. p. 116.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 6.015/1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em 20 mar 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 13.465/2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>9</sup>BOCZAR. Op. cit. p. 68.

<sup>10</sup> BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

uma carga de trabalho que não conseguem suprir em tempo hábil a fim de satisfazer o direito dos pleiteantes.

Consequentemente, visualizando tal cenário, o novo CPC deu um grande foco aos procedimentos e medidas que pudessem reduzir tal situação, dentre elas a possibilidade da Usucapião Extrajudicial.

Contudo, tal viés desjudiciarizador não pode ser entendido como uma norma cogente, ou seja, obrigatória ao particular, conforme sabiamente expressa Marcelo Couto<sup>11</sup>:

Por mais que haja um movimento de desjudicialização, como tentativa de desafogar o judiciário de procedimentos em que não haja lide, obrigar a parte interessada no reconhecimento de sua propriedade, a percorrer a via extrajudicial previamente nem sempre trará um resultado útil.

Além disso, no Provimento nº 65/2017 do CNJ claramente expressa tal característica facultativa da via extrajudicial, em seu artigo 2º, §2º<sup>12</sup>.

Com isso, cabe destacar que o fenômeno da desjudicialização não é uma novidade trazida pelo instituto da Usucapião Extrajudicial, pois pode-se constatar que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, este fenômeno já estava sendo difundido, conforme salienta Ricardo Dip<sup>13</sup>, ao dizer que o fenômeno da desjudicialização não pode partir da premissa da produtividade judicial, mas sim da reserva deste para resoluções de conflito, onde haja uma lide de fato.

E tal fenômeno pode ser visualizado no ordenamento jurídico mais especificamente no momento em que foi concedida a opção extrajudicial das demandas acerca da retificação do registro imobiliário, da separação e divórcio consensuais e do inventário de partilha<sup>14</sup>.

Outro ponto importante a ser destacado, para fins semânticos, apontado também por DIP<sup>15</sup>, é o fato do uso da expressão “desjudiciarizar”, e não “desjudicializar”, ao passo que, enquanto esta significa retirar do juiz, aquela possui o sentido de remover do judiciário, o que seria mais lógico dado o contexto de tal instituto.

---

<sup>11</sup> COUTO. op. cit. p. 116.

<sup>12</sup> Art.2º, §2º do provimento 65/2017 CNJ: “será facultada aos interessados a opção pela via judicial ou pela extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão do procedimento pelo prazo de trinta dias ou a desistência da via judicial para promoção da via extrajudicial”. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>13</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito registral e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 135.

<sup>14</sup> Ibid. p. 137.

<sup>15</sup> Ibid. p. 135.



Com isso, cabe também analisar o fato de que a judicialidade, ou seja, a necessidade da demanda judicial nas ações de Usucapião, nunca foi uma de seus requisitos intrínsecos, conforme ilustra Dip<sup>16</sup>:

Adiante, assentaram-se, então, os requisitos da usucapião, entre os quais não se encontra o da judicialidade de sua constituição. Arrolam-se (1) a posse da coisa, (2) o tempo legal de duração dessa posse, (3) a aptidão da coisa para ser usucapida, (4) a justa causa (ou justo título) e (5) a boa-fé.

Portanto, a principal crítica que cerca tal instituto, que parte da premissa de que o fato de poder conceder a usucapião sem a prévia declaração judicial pelo fato desta ser inerente à tradição este instituto, acaba caindo por terra, tendo em vista que a necessidade de interpelação judicial nunca foi um dos requisitos necessários para ser concedida a tutela da usucapião ao requerente.

Por fim, a partir do que foi exposto acima, resta claro o viés desjudiciador da Usucapião Extrajudicial, não como uma novidade deste fenômeno, mas sim de uma continuidade de adaptação da realidade fática e da realidade jurídica, conforme expressa Marcelo Couto<sup>17</sup> “[...] É com esse espírito que se passa a encarar essa nova forma de reconhecimento da propriedade, que busca diminuir o hiato entre a realidade fática e jurídica, criado, muitas vezes, pela burocracia decorrente do excesso da atividade legiferante”.

Portanto, resta agora analisar a seguir quais são os principais aspectos dessa nova modalidade de aquisição da propriedade, e suas principais características.

## 2. O PROCEDIMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E SUAS PARTICULARIDADES

Após a introdução feita acima acerca do instituto da Usucapião Extrajudicial, resta agora tecer alguns comentários concernentes ao seu procedimento, analisando criticamente os seus principais pontos.

Inicialmente, cabe aqui salientar que o presente artigo não possui como principal condão o detalhamento minucioso do procedimento da Usucapião Extrajudicial, mas sim a análise dos principais artigos, que geram grandes discussões jurídicas e notariais.

Dito isto, conforme relata Marcelo Couto<sup>18</sup>, o procedimento extrajudicial da Usucapião, conforme estudo do CORI-MG, é dividido em 10 (dez) etapas: (1) ingresso do

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 138.

<sup>17</sup> COUTO. op. cit. p. 118.

<sup>18</sup> Ibid. p. 118.



título; (2) autuação; (3) análise formal dos documentos; (4) buscas no Registro de Imóveis; (5) admissibilidade do pedido; (6) notificação por falta de assinatura do titular registral e confinantes; (7) intimação dos entes públicos; (8) publicação de Edital; (9) nota fundamentada; (10) registro.

Com isso, resta agora analisar as principais particularidades que se apresentam ao longo destas etapas acima elencadas.

Primeiramente, quanto ao ingresso do título, um ponto bastante interessante diz respeito à hipótese de, após o requerimento inicial, a parte injustificadamente restar inerte ao procedimento. Nesses casos, o artigo 9º, §2º do Provimento nº 65/2017<sup>19</sup> do CNJ claramente expressa que tal inércia poderá acarretar o arquivamento do pedido de Usucapião Extrajudicial.

Contudo, a principal particularidade acerca desta hipótese reside no fato de que, mesmo após o arquivamento do pedido, não restará configurado a figura da preempção. Conforme salienta Marcelo Rezende: “O arquivamento do pedido extrajudicial não implicará na perda do direito por preempção (quando houver abandono por três vezes). Os atos já praticados poderão ser aproveitados, se não houver prejuízos a terceiros”.<sup>20</sup>

Adiante, quanto à fase de autuação, resta aqui somente salientar que, por mais que o procedimento de Usucapião requerido seja extrajudicial, a figura do advogado deve estar presente, sendo necessária sua assinatura no momento do requerimento inicial, bem como na autuação do processo, não sendo possível o procedimento seguir somente com as partes interessadas.

Quanto à etapa de análise formal dos documentos, dentre os requisitos previstos no artigo 216-A da Lei nº 6015/1976<sup>21</sup> e nos incisos dos artigos 3º e 4º do Provimento nº 65/2017 do CNJ para seu cabimento, cabe aqui analisar o principal requisito exigido neste procedimento, qual seja, a ata notarial.

No artigo 4º, I, do Provimento nº 65/2017 do CNJ<sup>22</sup> estabelece o conceito geral da ata notarial, bem como as principais exigências para que tal documento seja válido.

---

<sup>19</sup> Art. 9º, § 2º do Provimento nº 65/2017 CNJ: A desídia do requerente poderá acarretar o arquivamento do pedido com base no art. 205 da LRP, bem como o cancelamento da prenotação. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>20</sup> COUTO. op. cit. p. 122.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei 6.015/1976*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>22</sup> Art. 4º do Provimento nº 65 do CNJ: O requerimento será assinado por advogado ou por defensor público constituído pelo requerente e instruído com os seguintes documentos:

I – Ata notarial com a qualificação, endereço eletrônico, domicílio e residência do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião que ateste:

Marcelo Rezende<sup>23</sup> sabiamente alerta para uma importante diferenciação desta ata notarial com relação à escritura pública lavrada também pelo tabelião de notas, tendo em vista que, neste, o notário somente atesta fé pública quanto aos documentos apresentados pelos requerentes, não sendo necessária nenhuma comprovação por sua parte, o que ocorre diferente no ata notarial, como se vê a seguir:

Na ata notarial a situação é diferente. O tabelião age por provocação de alguma pessoa (princípio da rogação), que pretende que determinada situação fática seja constatada e transladada para o livro de notas. (...) a assinatura do solicitante no livro notarial não é essencial, haja vista que o autor do ato é o próprio Tabelião.<sup>24</sup>

Portanto, seria válido conceituar a ata notarial, segundo Ana Clara Boczar<sup>25</sup>, como um termo dotado de fé pública, lavrado por um Tabelião do Cartório de Notas, em que ele atesta a existência da posse do requerente, mediante a análise dos fatos, coisas, pessoas ou situações.

Esta Ata Notarial pode ser formalizada de duas maneiras: a primeira, através da chamada constatação da posse, em que o Tabelião, segundo Marcelo Rezende<sup>26</sup>, irá realizar diligências com o condão de verificar a situação fática da ocupação.

A segunda forma se dá a partir do depoimento, no qual, também segundo Marcelo Rezende: “[...] as testemunhas ou o usucapiente respondem aos questionamentos do Tabelião acerca dos fatos relacionados com a posse que se pretende comprovar”.<sup>27</sup>

Como principal ponto polêmico acerca deste documento tão essencial para a realização da Usucapião Extrajudicial reside no parágrafo 3º do artigo 5º do Provimento nº 65/2017 do CNJ<sup>28</sup>, em que fica claramente expresso que a Ata Notarial lavrada pelo Tabelião competente

- 
- a) a descrição do imóvel conforme consta na matrícula do registro em caso de bem individualizado ou a descrição da área em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo;
  - b) o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores;
  - c) a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte requerente;
  - d) a modalidade de usucapião pretendida e sua base legal ou constitucional;
  - e) o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições;
  - f) o valor do imóvel;
  - g) outras informações que o tabelião de notas considere necessárias à instrução do procedimento, tais como depoimentos de testemunhas ou partes confrontantes; BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>23</sup> COUTO. op. cit. p. 172.

<sup>24</sup> Ibid. p. 173.

<sup>25</sup> BOCZAR. op. cit. p. 81.

<sup>26</sup> COUTO. op. cit. p. 177.

<sup>27</sup> Ibid. p. 182.

<sup>28</sup> Art. 5º, § 3º do Provimento nº 65 do CNJ: Finalizada a lavratura da ata notarial, o tabelião deve cientificar o requerente e consignar no ato que a ata notarial não tem valor como confirmação ou estabelecimento de propriedade, servindo apenas para a instrução de requerimento extrajudicial de usucapião para processamento perante o registrador de imóveis. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

não concederá presunção absoluta de posse ou propriedade para o requerente, ao contrário, este documento será somente mais um elemento probatório, não confirmando ou estabelecendo a propriedade da área requerida. Conforme salienta Marcelo Rezende<sup>29</sup>, tal informação deve ser amplamente publicizada na própria Ata Notarial, a fim de conferir segurança jurídica ao requerente.

Outro ponto que merece análise no procedimento da Usucapião Extrajudicial reside na etapa da notificação por falta de assinatura do titular registral e confinantes, em que o artigo 10, §10 do Provimento nº 65/2017 do CNJ<sup>30</sup> trouxe para o ordenamento jurídico uma nova modalidade de aquisição da propriedade, que é a chamada “usucapião de matrícula”.

Tal procedimento, mais simples do que a própria Usucapião Extrajudicial, consiste na hipótese de haver precisa identidade entre a descrição do imóvel objeto da Usucapião Extrajudicial e os dados presentes na matrícula deste, não será necessária a intimação dos confrontantes do imóvel, sendo realizada somente a averbação da nova propriedade diretamente na matrícula já existente. Segundo Marcelo Rezende<sup>31</sup>:

A usucapião de matrícula, portanto, imprime um procedimento simplificado ao pedido, haja vista que dispensa a participação dos confinantes, bem como a apresentação de planta, memorial descritivo e anotação de responsabilidade técnica.

Por fim, cabe destacar um aspecto bastante importante acerca deste procedimento, que possui relação com a chamada impugnação extemporânea, ou seja, a impugnação realizada fora do prazo previsto em lei.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 216-A da Lei nº 6015/1973<sup>32</sup>, a ausência de impugnação do pedido de Usucapião pelo proprietário do imóvel, ocorrerá a presunção de concordância por este.

---

<sup>29</sup> COUTO. op. Cit. p.190.

<sup>30</sup> Art. 10, § 10º do Provimento nº 65/2017 do CNJ: Se o imóvel usucapiendo for matriculado com descrição precisa e houver perfeita identidade entre a descrição tabular e a área objeto do requerimento da usucapião extrajudicial, fica dispensada a intimação dos confrontantes do imóvel, devendo o registro da aquisição originária ser realizado na matrícula existente. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>30</sup> COUTO. op. cit. p.190.

<sup>31</sup> COUTO. op. cit. p.242.

<sup>32</sup> Art. 216-A, §2º da Lei 6.015/1973: Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância. BRASIL. *Lei 6.015/1976*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Contudo, tal conclusão não pode ser realizada na hipótese de omissão na manifestação pelos entes públicos, e isso se deve pela ausência de previsão legal para tanto no parágrafo 3<sup>o33</sup> do mesmo artigo acima citado. Todavia, conforme ilustra Marcelo Rezende “[..] Essa omissão não significa que se deva aguardar a manifestação expressa dos entes públicos, para que a marcha procedimental seja retomada”<sup>34</sup>.

Com isso, o Provimento nº 65/2017 do CNJ, em seu artigo 15, §2<sup>o35</sup>, claramente expressa que a manifestação do poder público no procedimento de Usucapião pode ser realizada a qualquer momento, sem interferir na segurança jurídica, desde que devidamente motivada, ao passo que o interesse público sempre irá prevalecer ao privado.

### 3. A QUESTÃO DOS EMOLUMENTOS E TRIBUTOS E A FIGURA DO NOTÁRIO E REGISTRADOR NO PROCEDIMENTO

Adiante, resta neste capítulo tecer alguns comentários acerca de um último tópico acerca do procedimento da Usucapião Extrajudicial, qual seja, a questão relativa às taxas de emolumentos que são cobradas pelos cartórios notariais e registrais.

Primeiramente, cabe aqui salientar que as taxas denominadas de emolumentos não abrangem aqueles valores oriundos do procedimento em si, como por exemplo as publicações em edital, o deslocamento do Oficial para realizar diligências, entre outros, sendo, segundo Marcelo Rezende, somente os atos praticados exclusivamente pelo Registrador de imóveis<sup>36</sup>.

Pois bem, tais taxas de emolumento irão abranger, em regra, dois momentos do procedimento da Usucapião Extrajudicial: no momento de início do processamento, e no eventual registro da aquisição, caso o requerente tenha o seu pedido deferido. Nesses casos, o artigo 26, II do Provimento de nº 65/2017 do CNJ<sup>37</sup> prevê que, na ausência de Lei estadual

<sup>33</sup> Art. 216-A, §3º da Lei 6015/1973: O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. BRASIL. *Lei 6.015/1976*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019. Ibid.

<sup>34</sup> COUTO. op. cit. p.260.

<sup>35</sup> Art. 15, § 2º do Provimento nº 65/2017 do CNJ: Será admitida a manifestação do Poder Público em qualquer fase do procedimento. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>36</sup> COUTO. op. Cit. p. 389.

<sup>37</sup> Art. 26 do Provimento nº 65/2017 do CNJ. Enquanto não for editada, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, legislação específica acerca da fixação de emolumentos para o procedimento da usucapião extrajudicial, serão adotadas as seguintes regras:

II – no registro de imóveis, pelo processamento da usucapião, serão devidos emolumentos equivalentes a 50% do valor previsto na tabela de emolumentos para o registro e, caso o pedido seja deferido, também serão devidos emolumentos pela aquisição da propriedade equivalentes a 50% do valor previsto na tabela de emolumentos para

específica quanto a esta questão, a taxa de emolumentos será calculada da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) do valor previsto na tabela de emolumentos referente ao registro de imóveis no momento inicial do processamento do pedido, e 50% (cinquenta por cento) do valor pedido na mesma tabela no momento de deferimento do pedido e eventual registro da Usucapião Extrajudicial.

Com isso, resta também salientar um fato importante neste procedimento, que seria quanto à possibilidade do pedido de gratuidade quanto ao pagamento destas taxas.

Pois bem, conforme salienta Marcelo Rezende, não seria possível se requerer a gratuidade de justiça nesses procedimentos pelo simples fato de que nesses casos, ao contrário da famosa “gratuidade de justiça” prevista no CPC, o trâmite da Usucapião Extrajudicial ocorre sem jurisdição, não sendo portanto viável utilizar um entendimento análogo quanto à questão de isenção de taxas, pelo fato desta hipótese ir contra o exposto no artigo 111, II do CTN<sup>38</sup>. Nesse sentido, diz Marcelo Rezende<sup>39</sup>:

A opção pela via extrajudicial afasta, por completo, a aplicabilidade da “gratuidade de justiça” contida no CPC. É importante salientar que a analogia não pode ser utilizada para estender a benesse ao procedimento extrajudicial, uma vez que a isenção deve ser entendida restritivamente e sem aplicação analógica.

Assim, é de conhecimento geral que os valores referentes aos emolumentos em assuntos envolvendo direitos reais nos cartórios notariais e registrais tendem a ser bem elevados, a ponto deste aspecto ser um dos motivos que afaste este novo procedimento dos principais sujeitos que necessitem de uma desburocratização do procedimento de aquisição da propriedade.

Adiante, quanto à questão tributária, resta aqui destacar que, conforme doutrina amplamente majoritária, a Usucapião Extrajudicial não se elenca nas hipóteses de incidência tanto do ITBI quanto do ITCMD, imposto que são por característica relacionados com aquisição de imóveis. Quanto o ITBI, conforme afirma Ana Clara Boczar<sup>40</sup>, este não será exigido no momento do registro da Usucapião Extrajudicial pelo simples fato desta ser uma das formas originárias de aquisição da propriedade, não ocorrendo uma transferência desta.

---

o registro, tomando-se por base o valor venal do imóvel relativo ao último lançamento do imposto predial e territorial urbano ou ao imposto territorial rural ou, quando não estipulado, o valor de mercado aproximado. BRASIL. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>38</sup> Art. 111 do CTN. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: II- Outorga de isenção. BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>39</sup> COUTO. op. cit. p. 391.

<sup>40</sup> BOCZAR. op. cit. p. 125.

Quanto ao ITCMD, este também não será devido, pois, de acordo com Marcelo Rezende<sup>41</sup> “[...] haja vista que inexistente transmissão gratuita nessa modalidade de aquisição da propriedade imobiliária.”

Por fim, é válido esclarecer alguns pontos acerca da figura do Notário e do Registrador neste procedimento da Usucapião Extrajudicial, abordando seus principais aspectos.

Primeiramente, cabe aqui redigir algumas palavras acerca da reponsabilidade civil e penal destes agentes, quanto aos seus atos específicos deste procedimento.

Pois bem, o artigo 22 da Lei nº 8935/1994<sup>42</sup> diz que os notários e oficiais de registro são responsáveis pelos prejuízos que causarem aos particulares, a título de dolo ou culpa. Com isso, segundo Marcelo Rezende<sup>43</sup>, resta claro que a responsabilidade destes agentes é subjetiva, sendo necessária a configuração do elemento dolo ou culpa para a sua configuração, não sendo possível, portanto, utilizar a teoria da responsabilização objetiva com base no artigo 37, §6º da CF<sup>44</sup>. nesse sentido, diz também Marcelo Rezende<sup>45</sup>:

Como se verifica no destaque inserido no texto, a norma do §6º é aplicável apenas às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos. Tendo em vista que a atividade notarial e registral é delegada para a pessoa natural, fica clara a inaplicabilidade do dispositivo.

Por fim, cabe agora analisar os efeitos da decisão administrativa proferida no procedimento de Usucapião Extrajudicial. Conforme visto neste presente artigo, todo este procedimento se instaura e percorre na via administrativa, sendo, portanto, a decisão de acolhimento ou de rejeição do pedido totalmente de natureza administrativa.

Com isso, conforme analisa Ana Clara Boczar<sup>46</sup>, caso o requerente tenha seu pedido rejeitado, nada o impede que pleiteie seu direito na via judicial. Consequentemente, a decisão de rejeição ou acolhimento do pedido de Usucapião Extrajudicial não fará coisa julgada judicial, nem ao menos induzirá litispendência, contudo, tal decisão irá conferir oponibilidade *erga omnes* a qualquer outro pedido de usucapião que venha a recair sobre o bem objeto do procedimento. Nas palavras de Ana Clara Boczar<sup>47</sup>: “O registrador estará impedido de decidir

<sup>41</sup> COUTO. op. cit. p. 381.

<sup>42</sup> Art. 22 da Lei nº 8935/1994: 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. BRASIL. *Lei nº 8935/1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>43</sup> COUTO. op. cit. p. 383.

<sup>44</sup> Art. 37, §6º CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>45</sup> COUTO. op. cit. p. 384.

<sup>46</sup> BOCZAR. op. cit. p. 149.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 150.



se já houver coisa julgada em razão de ação judicial, mas o juiz poderá decidir sobre a usucapião ainda que já tenha havido decisão administrativa sobre a mesma situação fática”.

Portanto, essa decisão preponderantemente administrativa pode também ser classificada como meramente declaratória, como bem analisa Ana Clara Bozcar<sup>48</sup>, contudo, cabe salientar que esse efeito declaratório da propriedade do requerente irá retroagir até a data do início de sua posse, contudo, quanto aos efeitos de oponibilidade perante terceiros, este somente será eficaz a partir do momento em que for reconhecida a usucapião.

## CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil, bem como o Provimento nº 65/2017 do CNJ trouxe ao ordenamento jurídico uma nova perspectiva quanto ao instituto da Usucapião Extrajudicial, que anteriormente possuía sua previsão somente nas hipóteses de regularização fundiária nos moldes da Lei nº 11977/2009.

Por meio deste instituto, busca-se uma desjudiciarização, e uma consequente desburocratização do processo de aquisição da propriedade pela Usucapião, ao passo que tal procedimento feito pelas vias notariais e registrais tende a gerar uma maior celeridade, acabando por incentivar os possíveis casos em que o sujeito possui o direito à aquisição da propriedade, contudo não o faz por achar moroso.

Todavia, a partir de uma análise minuciosa no Provimento nº 65/2017 do CNJ, percebe-se que o procedimento da Usucapião Extrajudicial possui uma série de requisitos e exigências que podem ser entendidos como um contrassenso ao instituto, que teve por principal condão a desburocratização do processo de aquisição da propriedade pela Usucapião.

Como exemplo de requisito ao procedimento que possa gerar certa discrepância ao instituto, pode-se citar a exigência da ata notarial de posse, que deve ser feita por um Cartório Notarial, e que deve ser juntado ao procedimento no seu início, sob pena de indeferimento. Tal exigência, que pode gerar altos custos ao procedimento, é considerado por uma parte da doutrina como dispensável, ao passo que, durante as fases procedimentais perante o Cartório Registral, será novamente necessária a comprovação do tempo de posse, seja via testemunhas, seja por via documental.

Outro aspecto procedimental que possa ser considerado polêmico seria a possibilidade dos entes públicos se manifestarem a qualquer momento durante o procedimento da Usucapião

---

<sup>48</sup> Ibid. p. 150.





Extrajudicial, desde que devidamente motivados, podendo tal fato acarretar sérios riscos à segurança jurídica do instituto, ao passo que durante todo o procedimento, até o momento da manifestação do ente público, o requerente não possuirá uma legítima perspectiva acerca do deferimento ou não de seu pedido, por mais que tenha-se cumprido com todos os demais requisitos previstos em lei.

Adiante, resta claro que tal aquisição originária da propriedade não se caracteriza como fato gerador a ensejar as cobranças tanto do ITCMD quanto do ITBI, bem como não sendo possível a concessão de gratuidade nas taxas de custas e emolumentos, sendo este ponto uma outra dificuldade para o uso deste instituto por pessoas que possuem o direito, contudo não possuem meios de arcar com os gastos.

Por fim, quanto à responsabilidade dos Tabeliães Notariais e Registrais, por força da Lei nº 8935/1994, é subjetiva, ou seja, comprovado os requisitos do dano, culpa e nexó de causalidade, o Tabelião será responsável pelos atos praticados. Também é possível notar que a decisão de rejeição do pedido de Usucapião Extrajudicial não produzirá coisa julgada, nem induzirá litispendência, sendo esta decisão podendo ser classificada como meramente declaratória, contudo, produzirá efeitos *erga omnes* para qualquer outro pedido de Usucapião Extrajudicial que recaia sobre o mesmo objeto.

## REFERÊNCIAS

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: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.015/1973*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L6015compilada.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8935/1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.977/2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

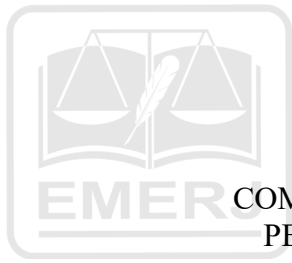
\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.465/2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BOCZAR, Ana Clara; ASSUMPÇÃO, Leticia Franco. *Usucapião Extrajudicial*. Questões Notariais e Tributárias. São Paulo: JH Mizuno, 2018.

COUTO, Marcelo de Rezende. *Usucapião Extrajudicial*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juspodivm, 2018.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito registral e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



## COMPUTAÇÃO DO PRAZO PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO CRIMINAL E AS PECULIARIDADES QUANTO À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Wilson Mauro Jonco Aquino dos Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá –  
Rio de Janeiro.

**Resumo** – Com o advento da nova Constituição, a perspectiva do processo penal foi notadamente alterada, deixando de ser mero instrumento do direito material penal, para se tornar mecanismo de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos perante o poder punitivo estatal. Nesta concepção a natureza do inquérito policial também foi alterada, transformando em ferramenta de garantia de direitos e não mais mera ferramenta investigatória. Esse trabalho visa, a partir dessa concepção, analisar os aspectos processuais da investigação criminal, especialmente quanto aos seus prazos de conclusão, bem como o procedimento adotado em caso de prisão em flagrante.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Persecução criminal. Inquérito Policial. Oferecimento da Denúncia. Prazo processual. Prisão em flagrante. Prisão preventiva.

**Sumário** – Introdução. 1.Aspectos gerais da Persecução Criminal. 2.Controvérsia quanto à computação do prazo da persecução criminal. 3. Efeitos da decretação da prisão preventiva na persecução criminal pré-processual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa a analisar os prazos processuais na fase da persecução criminal dentro da nova sistemática do Processo Penal brasileiro norteadas pelos valores da Constituição Federal de 1988. Procura-se analisar os sistemas de cômputo do prazo processual do inquérito policial e do oferecimento da denúncia, a fim de definir qual seria a forma de contagem que melhor se adequa a regra de tratamento de não culpabilidade do indiciado.

Em princípio, é necessário apontar as características do inquérito policial e a denúncia, bem como a relação de interdependência entre os dois instrumentos persecutórios.

É fundamental analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da contagem processual dos instrumentos persecutório, visto que por essa análise busca-se averiguar qual sistema de contagem processual atende a dinâmica constitucional do Processo Penal.

Atualmente, o Processo Penal deixou de ser um instrumento de concretização do Direito Penal, para ser um mecanismo de proteção ao indiciado ou acusado, por isso é fundamental ter essa visão constitucional desse sistema.

Tal proteção é crucial na fase pré-processual, tendo em vista a fragilidade das provas indiciárias de autoria e materialidade do crime, por isso é essencial que nesse momento seja

garantia da maneira mais eficaz os direitos e garantias fundamentais do indiciado.

Os direitos fundamentais devem ser ainda mais destacado quanto ao réu que se encontra preso nessa fase pré-processual, em virtude que da sua maior vulnerabilidade perante o aparato estatal, ainda mais se tratando do prazo especial da Lei de Drogas, que pode manter o indiciado preso por até 60 dias durante a persecução criminal.

A constitucionalidade desse prazo tão extenso da Lei de Drogas é tema controvertido na doutrina nacional e merece cuidado, tendo em vista a dinâmica constitucional do Processo Penal e a regra de tratamento de presunção de inocência do indiciado.

Num primeiro momento o trabalho visa a esclarecer os aspectos do inquérito policial e do oferecimento da denúncia, e a interação entre esses dois instrumentos processuais.

Por conseguinte, no segundo capítulo, visa-se a apontar a controvérsia doutrinária quanto à forma de computação do prazo processual do inquérito policial e oferecimento denúncia, ponderando-se qual seria a melhor forma de contagem processual dentro de um sistema processual penal que objetiva proteger o cidadão, garantindo seus direitos fundamentais perante o Estado.

O terceiro capítulo pretende apontar as diversas controvérsias doutrinárias quanto ao prazo processual diante conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em consonância com direito fundamental da presunção de inocência.

A abordagem do objeto de pesquisa será qualificativa por meio de pesquisa jurídica, se valendo de bibliografia (legislação, doutrina e jurisprudência) atinente à questão problematizada, a fim embasar a tese apresentada pelo pesquisador.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que as soluções são variáveis de acordo com seguimento de doutrina abordado, por tal razão o pesquisador pretende problematizar tais hipóteses, a fim de confrontá-las de forma fundamentada, buscando a melhor solução para a questão.

## 1. ASPECTOS GERAIS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Num Estado Democrático de Direito, o *jus puniendi* pertence somente ao Estado, por isso esse necessita de órgãos encarregados de fazerem cumprir as normas legais, bem como averiguar eventuais infrações a essas.

Essa atividade executiva do Poder Estatal deve ser exercida sempre observando o devido processo legal, e o mais importante na seara penal, o princípio da não culpabilidade do réu durante toda a persecução penal.

A persecução penal é a atividade do Estado que busca a repressão das infrações penais, exercida, em regra, pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, e conforme afirma Nicolitt<sup>1</sup>, “[...] se desenvolve em três vertentes: 1) a apuração da autoria e a materialidade do fato criminoso (investigação criminal); 2) a propositura da ação penal; e 3) a execução penal.”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>2</sup> adotou o sistema acusatório de processo penal, em que, em regra, a investigação preliminar é conduzida pela polícia judiciária, órgão integrante da função executiva do Estado, por intermédio do inquérito policial com o fim de buscar a verdade na fase pré-processual.

Ao Ministério Público coube o controle externo das investigações policiais, conforme o art. 129, VII da CRFB/88<sup>3</sup> e a titularidade das ações penais públicas, que tem início com o oferecimento da denúncia.

Certo que, em determinadas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup> já assentou que é possível o Ministério Público investigue diretamente infrações penais, apesar de na prática as ações penais majoritariamente serem baseadas em inquéritos policiais.

O conceito de inquérito policial, não é fornecido pelo atual Código de Processo Penal, cabendo tal tarefa a doutrina<sup>5</sup>, que se baseia na sua natureza jurídica, características e finalidades, logo a definição dependerá da sua essência, objetivo e traços marcantes.

A maioria dos doutrinadores<sup>6</sup> conceituam o inquérito policial como um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado, em regra pela polícia judiciária, voltado à apuração da autoria e da materialidade de uma infração penal com a finalidade de alcançar os elementos necessários para formação da justa causa, que permita o exercício da ação penal pelo Ministério Público.

Contudo, após a Constituição de 1988, o inquérito policial não deve ser mais visto como um instrumento de simples apuração da infração penal, mas sim como um mecanismo de garantia do cidadão diante do poder estatal.

---

<sup>1</sup> NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 175.

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593727*. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <[ww.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184)>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>5</sup>CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Revista Consultor Jurídico. fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituad-forma-equivocada>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>6</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

Desse modo, cabe dizer que o inquérito policial tem uma função preservadora da inocência contra acusações infundadas e do organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam. E uma segunda finalidade que é a preparatória-cautelares, isto é, proporcionar os elementos necessários para dar seguimento à persecução criminal através da ação penal

Por isso, os direitos fundamentais do indiciado nessa fase pré-processual devem servir como norteador de toda a persecução criminal, mas como esses não são absolutos e a fim de garantir a eficiência dessa investigação, é possível a restrição de certos direitos de forma fundamentada e de acordo com a previsão legal, por respeito ao devido processual e à presunção de não culpabilidade.

Cabe ressaltar, que nessa fase pré-processual, em virtude da mitigação do contraditório e da ampla defesa, as provas contra o indiciado são por vezes frágeis, razão pela qual as restrições aos direitos fundamentais devem ser cautelosas e a averiguação das provas materiais e autorais serem tão importantes, portanto considerá-la meramente dispensável e sem valor probatório para o processo penal é errôneo, por ser tratar de uma garantia constitucional.

Nesse sentido, Henrique Hoffmann<sup>7</sup> defende que o inquérito policial é fundamental para ligar a *notitia criminis* ao processo penal, funcionando como uma espécie de filtro processual, servindo como uma salvaguarda aos açodados e errôneos juízos, operando como uma garantia do cidadão contra processos temerários.

Além disso, as provas obtidas durante a fase pré-processual podem servir, inclusive, para restringir a liberdade do cidadão cautelarmente, contudo tal medida, deve ser vista como excepcional e utilizada como forma de manter íntegra a persecução criminal durante todo seu desenvolvimento e não como mecanismo de punição antecipada do indiciado, visto o respeito ao princípio da não culpabilidade que orienta todo o processo penal.

Nada obstante a premissa dominante do caráter unidirecional da investigação criminal, servindo apenas de substrato para o oferecimento da denúncia, resta evidenciar a crescente tese que segundo o qual por força do art. 144 da CRFB/88<sup>8</sup>, o destinatário da investigação não é apenas o Ministério Público, mas em primeiríssimo plano a Autoridade Policial, a quem foi confiada a atividade jurídica, considerado o art. 2º, caput da Lei nº 12830/13<sup>9</sup>, sendo-lhe o

---

<sup>7</sup>CASTRO, op.cit., nota 5.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 2

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2011-2014/2013/lei/l12830.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

indiciamento, valoração, não apenas fática, mas também jurídica/técnica, na esteira do art. 2º, §6º da Lei nº 12830/13<sup>10</sup>.

Por tais fundamentos, ciente dos fatos noticiados, a Autoridade Policial poderia, em tese, deixar inclusive de instaurar o Inquérito Policial, apenas registrando a ocorrência, em apreço ao art. 9º do CPP<sup>11</sup>, afinal cumpre documentar os atos. Isso significa valorar por exemplo a tipicidade formal e material, e inclusive causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade

Contudo tal entendimento, não tem sido adotado pelos Tribunais Superiores<sup>12</sup>, defendendo que ao Delegado, como membro do Poder Executivo, cabe valorar apenas a existência e autoria do crime de uma conduta formalmente típica e passível de punibilidade, valorações fáticas, sem adentrar nas excludentes (art. 2º, §6º da Lei nº 12830/16)<sup>13</sup>, afinal o afastamento de normal penal incriminadora seria matéria com reserva de jurisdição e caso fosse pelo Delegado, ensejaria uma violação da separação dos poderes.

Por fim, dentro de uma visão constitucional da investigação criminal, não se pode relegar ao Delegado a função de mero aplicador da lei, visto que ele como principal obstáculo contra arbitrariedade estatal, deve ter liberdade para apurar os fatos, bem como valorá-lo a fim de satisfazer as finalidades da investigação criminal.

## 2. CONTROVÉRSIA QUANTO À COMPUTAÇÃO DO PRAZO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

A persecução penal se irradia nas etapas investigatória, postulatória, instrutória, decisória e recursal. O computo do prazo da persecução criminal na fase investigatória tem grande relevância dentro do Processo Penal, uma vez que transposto o prazo legal, caberia o relaxamento da prisão, nos casos em que o acusado tivesse preso durante a fase pré-processual.

Em regra, conforme o disposto no art. 10 do CPP<sup>14</sup>, o prazo para terminar o inquérito policial é de 10 dias nos casos em que o indiciado estiver preso, e de 30 dias no caso do indiciado encontrar-se livre, vale ressaltar, que esse último trata-se de prazo impróprio, podendo ser prorrogado.

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL, Superior Tribunal Justiça. *Habeas Corpus 154.949/MG*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/-teor-16835531>>. Acesso em: 17 set. 2018

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.



Cabe salientar que a contagem dos prazos processuais do inquérito rege, em regra, pelo art. 798, §1º do CPP<sup>15</sup>, isto é, dispensando o primeiro dia e incluindo o último. Entretanto, tratando-se de indiciado preso, deve-se aplicar a regra do art. 10 do CP<sup>16</sup>, ou seja, computando o início do dia da prisão e excluindo o último, visto que tem repercussão material (liberdade do indiciado) e em razão da prisão reclamar o princípio do favor rei.

Quanto aos réus presos, deve-se aplicar a regra do art. 10 do CPP<sup>17</sup>, tanto aos réus presos em flagrante, quanto aos réus genuinamente presos preventivamente. Quanto à prisão em flagrante o prazo será contado a partir da efetuação dessa, e não da conversão dela em prisão preventiva. Já quanto à prisão preventiva o início do prazo será do cumprimento do mandado judicial de prisão.

Resta observar, que a internação provisória e o recolhimento domiciliar, previstos, respectivamente, nos artigos 319, VII do CPP<sup>18</sup> e artigos 317 a 318-B do CPP<sup>19</sup>, são equivalentes à prisão preventiva, já que se restringe a liberdade, o recolhimento domiciliar equivalente ao regime aberto (art. 36, §1º CP<sup>20</sup>) e a internação provisória equivalente a prisão preventiva em si, razão pela qual nesses casos seria aplicado o prazo de 10 dias do art. 10 do CPP<sup>21</sup>.

É oportuno lembrar que o prazo da prisão temporária nunca é computado no cálculo do prazo para a conclusão do inquérito policial (indiciado preso), previsto no art. 10 do CPP<sup>22</sup> (10 dias), pois a prisão temporária tem prazo próprio de duração previstos no artigo 2º, caput da Lei nº 7960/89<sup>23</sup> e artigo 2º, §4º da Lei nº 8072/90<sup>24</sup>, dessa forma, por exemplo, se uma pessoa fica presa temporariamente por 30 dias e em seguida tem a prisão preventiva decretada, apenas neste momento é que se computarão os 10 dias para a conclusão do Inquérito Policial, seguidos dos 5 dias para o oferecimento da denúncia.

Além disso, o art. 46 do CPP<sup>25</sup> estabelece que o oferecimento da denúncia deve ser feito em 5 dias, no caso de o réu estar preso, contados do dia em que o Ministério Público

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>17</sup> Id. op. cit., nota 10.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>21</sup> Id. op. cit., nota 10.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup>BRASIL. *Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>24</sup>Id. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>25</sup> Id. op. cit., nota 10.

receber os autos do inquérito policial, e em 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado, sendo que, na última hipótese, em caso de baixa para diligência (art. 16 do CPP<sup>26</sup>), o prazo fluirá do dia que o Ministério Público receber novamente o inquérito da Delegacia.

Com efeito, o termo inicial da contagem do prazo do Ministério Público é a data da entrada dos autos no órgão público a qual é dado vista, e estando formalizada a carga pelo servidor, configurada está a intimação pessoal, sendo despicienda, para a contagem do prazo, a oposição no processo do ciente por parte do seu membro, a fim de evitar que o início do prazo fique ao sabor da parte, circunstância que não deve ser tolerada, em nome do equilíbrio e igualdade processual entre os envolvidos na lide, conforme já assentado pelo STJ<sup>27</sup> e STF<sup>28</sup>.

Visto isso, como já dito anteriormente, o excesso de prazo da prisão enseja o relaxamento da prisão, uma vez que a torna ilegal, por conta disso a forma de computação do prazo da persecução criminal é de suma importância.

A computação do prazo processual padece de certa controvérsia, uma vez que parte da doutrina sustenta a contagem isolado dos prazos, outra parte entende que os prazos devem ser computados globalmente e por fim, há quem entenda que a computo de ser feito pelo sistema de fases. Assim sendo, cabe examinar cada corrente doutrina mais especificadamente.

Para uma parte da doutrina, como Tourinho Filho<sup>29</sup>, os prazos devem ser considerados isoladamente, porque se a intenção do legislador tivesse sido considerá-los globalmente, teria assim feito, em vez de disciplinados em separado, em artigos distintos, localizados em capítulos distintos. Dessa forma, uma vez descumprido um dos prazos, estaria caracterizado o constrangimento ilegal, impondo-se o relaxamento da prisão.

Contudo, outra parte da doutrina, precipuamente André Nicolitt<sup>30</sup>, entende que a questão deve ser resolvida pelo sistema de fases processuais, devendo aferir a regularidade do temporal do inquérito policial e depois o do oferecimento da denúncia, logo os prazos processuais do art. 10 e do art. 46 ambos do CPP<sup>31</sup> devem ser aferidos separadamente, uma vez que o primeiro integra a etapa investigatória, enquanto o segundo integra a etapa postulatória.

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1349935/SE*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564058&num\\_registro=201202242049&data=20170914&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564058&num_registro=201202242049&data=20170914&formato=HTML)>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>28</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 112.977*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5473168>>. Acesso em: 10 fev. 2019

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1. 32. ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 442-445.

<sup>30</sup> NICOLITT, op. cit., p. 812.

<sup>31</sup> BRASIL. op. cit., nota 10.

Uma terceira corrente<sup>32</sup> surgiu e tem sido aceita na jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>33</sup>, os prazos do art. 10 e 46 do CPP<sup>34</sup> devem ser computados globalmente, isto é, o prazo para o encerramento do inquérito policial e do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público deve totalizar no máximo de 15 dias, pouco importando se em algum procedimento foi extrapolado isoladamente os prazos legais para configuração de excesso de prazo que justificasse o relaxamento da prisão.

Por fim, cabe concluir que a posição mais acertada seria a última, uma vez que considerado o princípio do efetivo prejuízo as partes, referencial indicativo de constrangimento, se o teto global de 15 dias foi respeitado inexistiria motivos para o relaxamento da prisão, uma vez que o Estado-investigação e o Estado-acusação, dispõe desse prazo total para manter o imputado preso, quando não for caso de liberdade provisória.

### 3. EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL PRÉ-PROCESSUAL

Com o advento da Lei nº 12.403/11<sup>35</sup>, a prisão em flagrante passou a ser mera detenção administrativa pré-cautelar, já que ao ser levado ao juízo, ela não persistirá como tal, cabendo ao juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade ao imputado.

Para a decretação da prisão preventiva, conforme preceitua o art. 312, caput, parte final, do CPP<sup>36</sup>, além de outros requisitos, deve haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, ou seja, significa que deve haver uma plausibilidade da pretensão condenatória (*fumus comissi delicti*), uma vez que não se pode privar alguém de sua liberdade sem se estar diante de uma pretensão acusatória, no mínimo, verossímil.

Além disso, o art. 395, III do CPP<sup>37</sup>, aduz que para o recebimento da oferecida pelo Ministério Público, deve existir justa causa, ou seja, lastro probatório mínimo necessário para deflagração da ação penal. Além disso, o art. 129, VIII, 2ª parte da CRFB/88<sup>38</sup>, impõe ao

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 240-241.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 284.158-MG*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num\\_registro=201304020621&dt\\_publicacao=03/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201304020621&dt_publicacao=03/02/2014)>. Acesso em: 17 set. 2018

<sup>34</sup> Id. op. cit., nota 10.

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

<sup>36</sup> Id. op. cit., nota 10.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.

Ministério Público a fundamentação de suas manifestações, logo para a denúncia, significa que a veiculação da pretensão condenatória deve ter base concreta.

Dessa forma, a partir da edição da Lei nº 12.403/11<sup>39</sup>, parte da doutrina passou a sustentar que uma vez convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, na forma do art. 310, II do CPP<sup>40</sup>, é porque já haveria justa causa, logo começaria a correr o prazo processual do art. 46 do CPP<sup>41</sup> para o Ministério Público oferecer a denúncia contra o acusado e encerrar a persecução criminal pré-processual, já que estaria esgotado o inquérito policial em seus objetivos primordiais, qual seja apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, uma vez que já demonstrados.

Diante desse novo cenário instituído pela Lei nº 12.403/11<sup>42</sup>, surgiram na doutrina e na jurisprudência três correntes, bem controvertidas, que sistematizam a fase pré-processual de conclusão do inquérito e oferecimento da denúncia, de três formas diferentes na hipótese de decretação de prisão preventiva durante o trâmite do inquérito policial.

Uma primeira corrente, defendida notavelmente por Paulo Rangel<sup>43</sup>, sustenta que o juiz somente poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva após o encerramento do inquérito policial (10 dias) e o oferecimento da denúncia (5 dias). Já que a finalidade da Lei nº 12.403/11 ao alterar o artigo 306 do CPP<sup>44</sup> era somente estabelecer que a comunicação da prisão em flagrante seria feita em até 24 horas a fim de apenas aferir sua legalidade.

Além disso, aduz que na hipótese de decretação preventiva durante o inquérito policial, não sendo caso de flagrante delito, os autos devem ser remetidos para o Ministério Público oferecer denúncia em 5 dias, e não oferecendo-a, deveria o promotor requerer ao juiz a revogação da medida cautelar por não haver justa causada formada para o oferecimento da denúncia, se aproximando do entendimento da segunda corrente doutrinária.

Tal entendimento, padece de crítica por boa parte da doutrina, uma vez que afronta a literalidade dos art. 306 e 310, ambos do CPP<sup>45</sup>, que determinar a apresentação do preso ao juiz em 24 horas, bem como a possibilidade do mesmo, neste momento, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Passa-se, então, ao segundo entendimento doutrinário, numa visão mais garantista, adota-se a posição de que o juiz ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando

---

<sup>39</sup> BRASIL. op. cit., nota 34.

<sup>40</sup> Id. op. cit., nota 10.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> BRASIL. op. cit., nota 34.

<sup>43</sup> RANGEL, op. cit. nota 6, p. 799-800.

<sup>44</sup> BRASIL. op. cit., nota 10.

<sup>45</sup> Ibid.

receber os autos da prisão em flagrante, já haveria uma justa causa formada, logo a fluência do prazo para conclusão do inquérito policial (art. 10 do CPP<sup>46</sup>) fluiria paralelamente ao prazo para o oferecimento da denúncia (art. 46 do CPP<sup>47</sup>), mas apenas para a conclusão das diligências faltantes (complementares), dessa forma, uma vez extrapolado o prazo de 5 dias, a prisão deveria ser relaxada, em virtude do constrangimento ilegal pelo excesso de prazo.

Nesse sentido, André Nicolitt<sup>48</sup> sustenta que “[...] O sistema deve funcionar de forma coerente, ou seja, se há indícios de autoria e materialidade autorizadores do decreto prisional também têm que haver para obrigar o Ministério Público a oferecer a ação penal (princípio da obrigatoriedade). [...]”

Todavia, cabe crítica, uma vez que em um cenário diverso em que o réu está solto e venha a ser preso preventivamente, ou seja, não sendo caso de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o prazo para conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia, devem seguir a regra disposta nos art. 10 e 46 do CPP<sup>49</sup>, dessa forma a polícia teria 10 dias, contados da captura do réu e não da data da decretação da prisão preventiva, para concluir seu inquérito e posteriormente, e não paralelamente, o Ministério Público teria 5 dias para o oferecimento da denúncia, conforme entendimento de Marcellus Polastri<sup>50</sup>.

Contudo, apesar de bem fundamentada, tal entendimento não tem prevalecido nos Tribunais Superiores<sup>51</sup>, que tem entendido de uma terceira maneira, defendendo que a plausibilidade da pretensão condenatória não significa que a opinião delitiva esteja pronta, sendo o prazo para a conclusão do Inquérito Policial importante para amadurecê-la, elucidando, por exemplo, novas qualificadoras, majorantes e outras infrações conexas, evitando assim o oferecimento de denúncias açodadas, o que poderia dar margem a aditamentos, que devem ser excepcionais, pois prejudicam de instrumentalidade do processo, postergando a solução final da lide.

Nessa lógica, Fernando Capez<sup>52</sup> defende, que é possível a haver indícios para decretação da prisão preventiva, mas não ainda para o oferecimento da denúncia, em virtude da progressividade da valoração do princípio do *in dubio pro societati*, de acordo com as diferentes fases do persecução criminal, de modo que as exigências de indícios veementes, vão

---

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> NICOLITT, op. cit., p. 218.

<sup>49</sup> BRASIL. op. cit., nota 10.

<sup>50</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 241-243.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 118.392-MT*. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=153672038&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>52</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180-182.

progredindo de acordo com a proximidade da sentença penal, em que se exige prova plena da acusação.

Destarte, uma vez convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva pelo juiz, o prazo para conclusão do inquérito policial continuaria sendo de 10 dias, com posterior prazo de 5 dias para oferecimento da respectiva denúncia pelo Ministério Público, até porque se a intenção da Lei 12.403/11<sup>53</sup> tivesse a finalidade de anteceder o oferecimento da denúncia teria alterado o art. 10 e 46 do CPP<sup>54</sup>, para prevê os prazos processuais nas hipóteses do acusado estar em prisão preventiva.

## CONCLUSÃO

Ficou demonstrado, nesse trabalho, o papel relevante na persecução penal da investigação criminal, notadamente, quanto ao inquérito policial, que dentro de uma nova sistemática imposta pela Constituição Federal, tornou tal instrumento investigatório como meio de garantia dos cidadãos.

Contudo, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, tal visão, ainda é timidamente aceita pelos Magistrados atualmente, que insistem em relegar a um instrumento tão importante dentro da persecução penal, o mero papel de mecanismo de apuração de autoria e materialidade delitiva, com o fim de substanciar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

O entendimento de que só cabe ao Delegado a aplicação da lei, apontado no primeiro capítulo, deve se afastado, uma vez que o inquérito policial, não se trata de mero instrumento administrativo com finalidade de elucidação de crimes, mas verdadeiros instrumento garantidor dos direitos fundamentais, logo não pode a atribuição legal da Autoridade Policial ser meramente vinculada, e sim o oposto, deve ser dotada de discricionariedade, visto que cabe a ele ser um filtro processual dos fatos penais, exercendo atividade técnico-jurídica, do qual é capacitado tanto quanto magistrados e promotores.

A persecução criminal na fase pré-processual, apesar de ser de certo modo inquisitorial, a fim de assegurar, principalmente, a efetividade do inquérito policial, deve como parâmetro os princípios constitucionais da Carta Magna.

Desta forma, a quanto ao prazo da conclusão do inquérito policial e o oferecimento da denúncia, deve-se sopesar a efetividade do processo penal e a princípio da não culpabilidade,

---

<sup>53</sup> BRASIL. op. cit., nota 34.

<sup>54</sup>BRASIL. op. cit., nota 10.

como regra de tratamento do acusado, de maneira que os prazos processuais devem ser respeitados, sob pena de ilegalidade, capaz de ensejar nulidade dos atos.

Por tais razões, os prazos para oferecimento da denúncia devem ser visto globalmente, visto que os atos somente serão nulos se causarem prejuízo às partes, assim sendo o prazo para a conclusão do inquérito policial e o oferecimento da denúncia estariam todo dentro de uma mesma fase, qual seja, a fase pré-processual, logo desde que respeitado o prazo total, não haveria nenhum tipo de agravo a situação do acusado, que pudesse justificar uma ilegalidade e consequente nulidade.

Em se tratando de um prazo global e dentro de uma mesma fase da persecução penal, isto é, a fase pré-processual, diante da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, não se pode dar como encerrada etapa, contudo é evidente que diante tal cenário, a justa causa para o oferecimento da denúncia já se mostra constituída.

Embora os Tribunais Superiores entendam que o lastro probatório mínimo para decretação da prisão preventiva não se confunde com formação da justa causa pelo Ministério Público, *data vênia*, tal entendimento não merece prosperar, visto que a privação da liberdade é a medida mais grave imposta do ordenamento jurídico, e se as provas produzidas servem de fundamentação para decretação da prisão preventiva, devem prestar para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Portanto, partindo da premissa anterior, os prazos para conclusão do inquérito e oferecimento da denúncia devem tramitar paralelamente, sendo o primeiro somente para as diligências indispensáveis para o Ministério Público, na medida que este teria apenas cinco dias para o oferecimento da denúncia, já que a justa causa já estaria formada, sob pena da prisão preventiva ser revogada, por restar desnecessária, já que se não há elementos para oferecimento da denúncia, tampouco haverá para restringir a liberdade do acusado.

A liberdade do acusado devem ser sempre preservada, em virtude do princípio da não culpabilidade, já que a Constituição consagra um verdadeiro estado de inocência e não uma simples presunção de inocência, não cabendo ao Estado impor ônus ao imputado criminal pelo simples fato dele ser, mas sim deve baseado em fatos concretos e sólidos para restringir seu maior direito fundamental após a vida.

Por tais razões, não se deve admitir que considere que fatos concretos possam ensejar uma prisão cautelar de um acusado, sem ter percorrido todo o devido processo legal, mas não impor a obrigação estatal em oferecer a denúncia baseado nos mesmos fatos, pois dessa forma estaria diferenciando provas e circunstâncias iguais, em virtude da finalidade e do titular do direito, o que não pode ser imaginado dentro de um Estado Democrático de Direito.





## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 118.392/MT*. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=153672038&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 593727*. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <[ww.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184)>. Acesso em: 15 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1349935/SE*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564058&num\\_registro=201202242049&data=20170914&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564058&num_registro=201202242049&data=20170914&formato=HTML)>. Acesso em: 15 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 112.977*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5473168>>. Acesso em: 10 fev. 2019

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 284.158/MG*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num\\_registro=201304020621&dt\\_publicacao=03/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201304020621&dt_publicacao=03/02/2014)>. Acesso em: 17 set. 2018

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. *Habeas Corpus n° 154.949/MG*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7960, de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Revista Consultor Jurídico. fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policial-inquerito-policial-sido-conceituada-forma-equivocada>>. Acesso em: 17 set. 2018.

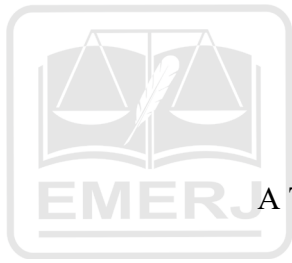
LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



## A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E O TRATAMENTO DADO ÀS DESCRIMINANTES PUTATIVAS PELO CÓDIGO PENAL

Yuri Antunes Moreira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogado.

**Resumo** – O Código Penal Brasileiro foi engendrado sobre a teoria causalista da ação, cuja análise do dolo ou culpa do agente era feita junto à culpabilidade (dolo normativo). Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, e conseqüente reajuste à teoria finalista da ação, o exame do dolo e da culpa foi deslocado à tipicidade, optando o legislador pela adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade. Com a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, e não da Teoria Extremada da Culpabilidade, situou-se o tratamento conferido às discriminantes putativas fáticas, o erro de tipo permissivo, em um limbo jurídico, entre o tratamento conferido às hipóteses de erro de tipo essencial e às hipóteses conferidas ao erro de proibição, seja ele direto ou indireto. Diante de tal problemática, doutrina moderna tem sugerido a natureza jurídica de erro *sui generis* às discriminantes putativas fáticas.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Parte Geral. Discriminantes Putativas. Teoria Limitada da Culpabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Natureza jurídica controvertida das discriminantes putativas. 2. Teoria da culpabilidade adotada pelo Código Penal. 3. Teoria Limitada da Culpabilidade e as discriminantes putativas no Código Penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o tratamento dispensado pelo legislador, responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, às discriminantes putativas, previstas no art. 20, §1º, do diploma repressivo.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a conseguir apontar como a solução encampada pelo legislador não foi a adequada e, assim, sugerir a adoção de uma natureza jurídica *sui generis* a ser atribuída a essas discriminantes putativas.

Muito da problemática decorre da expressa adoção pelo legislador da Teoria Limitada da Culpabilidade, o que acabou por situar as discriminantes putativas fáticas em um limbo jurídico, no qual, a despeito de sua classificação enquanto erro de tipo permissivo, seu tratamento acaba por misturar conseqüências que ora se coadunam com o erro de tipo essencial, ora se coadunam com o erro de proibição, direto ou indireto.

O tema é controvertido na doutrina. Objeto de ampla celeuma dogmática, merecendo atenção de todos os estudiosos da zetética jurídica, notadamente no âmbito do Direito Penal e da Criminologia.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a controvérsia acerca da natureza jurídica das discriminantes putativas, bem como a relevância dessa discussão. Já no segundo capítulo, será apresentada a opção legislativa adotada pelo legislador, quando da Reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal.

Após, no terceiro capítulo, a presente pesquisa esmiuçar o problema e incoerência advindos da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, para, em seguida, apontar uma solução técnica, aceitável e que já encontra respaldo na mais avalizada doutrina pátria.

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. NATUREZA JURÍDICA CONTROVERTIDA DAS DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Discriminar, em linhas gerais, é retirar o caráter de ilicitude de uma determinada conduta. Ou, como melhor define Rogério Greco<sup>1</sup>: “Discriminar quer dizer transformar o fato em um indiferente penal. Ou seja, para a lei penal, o fato cometido pelo agente não é tido como criminoso, uma vez que o próprio ordenamento jurídico-penal permitiu que o agente atuasse da maneira como agiu”.

Ou seja: há uma conduta típica, que se pressupõe ilícita, mas que em razão de alguma causa excludente de ilicitude – a maioria delas prevista no art. 23 do Código Penal<sup>2</sup> – deixa de ser ilícita e, portanto, contrária ao ordenamento jurídico. Como se vê, para a didática desse

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 411.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.



trabalho, adotou-se o conceito tripartido do crime. Crime é, portanto, conduta típica, ilícita (ou antijurídica) e culpável.

Esclareça-se, antes de tudo, que não é o objetivo deste trabalho debruçar-se sobre todas as causas excludentes de ilicitude apontadas pela doutrina e pela prática forense. Há infindáveis causas supraleais de ilicitude, como é o caso do consentimento do ofendido, sobre as quais a doutrina nem sempre é uníssona. Nesse momento, procura-se apenas expor a controvérsia em torno da natureza jurídica das chamadas discriminantes putativas, mais especificamente aquela prevista no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>3</sup>.

Embora haja dissenso doutrinário acerca de quantas e quais são as causas excludentes de ilicitude, dissenso não há, no entanto, no que se refere à assertiva de que não há crime sem conduta ilícita ou antijurídica. A antijuridicidade ou ilegalidade são, portanto, elementos indispensáveis da configuração de uma conduta que possa ser tida como criminosa.

Ocorre que, para se falar em discriminantes putativas, é necessário, também, que se fale em culpabilidade, o terceiro elemento do conceito tripartido de crime. Culpabilidade nada mais é do que a reprovabilidade do injusto. Não por outra razão que o “potencial conhecimento da ilicitude” é um elemento da culpabilidade. Na culpabilidade, apura-se se o agente tinha potencial conhecimento da ilicitude de sua conduta e, ainda, se lhe seria exigível conduta diversa. A culpabilidade é, portanto, o elemento subjetivo do conceito tripartido de crime, uma vez que leva em consideração aspectos relacionados à pessoa do agente, e não da conduta praticada.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao exame das discriminantes putativas e sua natureza jurídica controvertida, notadamente aquela prevista no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>4</sup>. Inicialmente, há de se debruçar sobre o termo “putativo”. Putativo é aquilo que se supõe verdadeiro, ou, melhor, aquilo que aparenta ser autêntico. Ou, como melhor define o Dicionário da Língua Portuguesa Houaiss<sup>5</sup>: “pu.ta.ti.vo adj. falsamente atribuído a (alguém ou algo); suposto”.

Já aqui, portanto, é possível deduzir a razão pela qual é tão polêmica e controvertida a natureza jurídica das discriminantes putativas. Se putativo é aquilo que “se supõe verdadeiro”, é inegável sua indissociável conexão com os elementos subjetivos contidos na culpabilidade,

<sup>3</sup> Id. Art. 20, §1º do Código Penal Brasileiro: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 617.

que, em tese, possibilitam a isenção do agente da pena que lhe seria atribuída, tal como ocorre nas hipóteses de erro de proibição (direto ou indireto), previstas no art. 21, do Código Penal<sup>6</sup>.

De forma sintética, configura-se a discriminante putativa quando um agente age supondo estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude. Isto é, age o agente supondo estar agindo, por exemplo, em legítima defesa ou estado de necessidade, quando na verdade não está. As discriminantes putativas são, portanto, excludentes de ilicitude erroneamente imaginadas pelo agente que supõe, por equívoco, uma situação ou norma jurídica que justificariam o equívoco cometido.

E como bem define Luiz Flávio Gomes<sup>7</sup>, o erro nas discriminantes putativas, isto é, o erro que recai sobre qualquer causa de justificação, pode se apresentar sob uma tríplice modalidade:

1.<sup>a</sup>) erro sobre a existência de uma causa de exclusão da ilicitude (não reconhecida pelo ordenamento jurídico); 2.<sup>a</sup>) erro sobre os limites de uma causa de exclusão da ilicitude reconhecida pelo ordenamento jurídico e 3.<sup>a</sup>) erro sobre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Ocorre que o tratamento dispensado a cada uma dessas modalidades é distinto, a depender da teoria da culpabilidade que se adote. Em outras palavras, a própria natureza jurídica atribuída a cada uma dessas modalidades de erro é distinta a depender da teoria da culpabilidade adotada.

O legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 adotou uma teoria, pela qual a natureza jurídica das discriminantes putativas é repartida em dois blocos: as decorrentes dos pressupostos fáticos de um lado – discriminantes putativas por erro de tipo permissivo – e as decorrentes da existência ou limites de uma excludente de ilicitude – discriminantes putativas por erro de proibição indireto.

A problemática da questão pode ser ilustrada de modo simplório: se alguém, de forma justificada, imaginando-se estar coberto pela excludente da legítima defesa, atinge seu arqui-inimigo usando moderadamente dos meios necessários, apenas com o objetivo de repelir a inexistente injusta agressão, atual ou iminente, age em discriminante putativa por erro de tipo permissivo.

Por outro lado, se esse mesmo alguém, de forma justificada, acreditando-se estar diante da mesma injusta agressão, atual ou iminente, atinge seu arqui-inimigo, mas sem usar

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 225.

moderadamente dos meios necessários, por entender que poderia incorrer em excesso, age em discriminante putativa por erro de proibição – erro de proibição indireto, no caso.

Paralelamente à posição adotada pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, há outra teoria, que era até então adotada, que defendia que toda e qualquer hipótese de discriminante putativa seria erro de proibição, o que fazia que a todas as modalidades era dispensado o mesmo tratamento jurídico – a mesma natureza jurídica.

O problema é que, a despeito da opção por uma determinada teoria da culpabilidade, o legislador acabou por inovar nas consequências jurídicas atribuídas a uma dessas hipóteses de erro, misturando consequências jurídicas do erro de tipo com consequências jurídicas do erro de proibição, o que fez com que fosse originado um grande debate em torno da seguinte questão: teria o legislador criado uma terceira espécie de erro? É o que se verá melhor a seguir.

## 2. TEORIA DA CULPABILIDADE ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL

Desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o Brasil passou a adotar a chamada “Teoria Limitada da Culpabilidade”. É o que se extrai do item 17 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal<sup>8</sup>:

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sene culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251).

Como se vê, a ideia do legislador, com a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, foi a de, justamente, oferecer uma resposta mais adequada à natureza jurídica do erro que recai sobre as causas de justificação. Antes da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, isto é, com a adoção da Teoria Extremada da Culpabilidade, todo erro sobre as causas de justificação seria “erro de proibição”. Após a adoção desta teoria, as discriminantes putativas passaram a ostentar ora a natureza jurídica de erro de tipo – no caso, o erro de tipo permissivo –, ora a natureza de erro de proibição – no caso, o erro de proibição indireto.

<sup>8</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos nº 211*, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.



Com a expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, aquela terceira modalidade de erro nas discriminantes putativas, que se refere ao erro sobre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, passou a ostentar natureza jurídica de erro de tipo permissivo.

É nesse exato sentido que leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup>. Como adverte o autor, a Teoria Limitada da Culpabilidade entende que o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação constitui um erro de tipo permissivo, e teria o mesmo efeito do erro de tipo: exclusão do dolo e permissão da punição como crime culposos, se houver previsão legal. Mas adverte o autor que as demais modalidades continuariam sendo hipóteses de erro de proibição: “No caso, porém, de o erro incidir sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, configura o erro de proibição, cujas consequências são as já examinadas: exclui a culpabilidade, se inevitável, ou atenua a pena, se evitável”.

De modo geral, é possível atribuir o surgimento da Teoria Extremada da Culpabilidade a partir da reelaboração dos conceitos de dolo e culpabilidade, empreendida pela doutrina finalista da ação. A teoria finalista da ação separa o dolo da consciência da ilicitude, de modo que o elemento dolo, no seu aspecto puramente psicológico, foi transferido da análise da culpabilidade para a análise da tipicidade.

Nesse contexto, sustenta Cezar Roberto Bitencourt<sup>10</sup> que:

Se o erro incidir sobre elemento intelectual do dolo, certamente o excluirá, chamando-se erro de tipo, por recair sobre um dos elementos constitutivos do tipo penal. No entanto, se, nas circunstâncias, o erro incidir sobre a potencial consciência da ilicitude, o dolo continuará intacto, afastando, porém, a culpabilidade, posto que aquela é elemento constitutivo desta. Este erro sobre a ilicitude chama-se erro de proibição.

Pela Teoria Extremada da Culpabilidade, o erro sobre a ilicitude do fato – discriminantes putativas – é sempre erro de proibição. Isso porque, segundo os adeptos dessa teoria, o autor tem conhecimento da realização do tipo (dolo): sabe o que faz, mas erroneamente acredita ser permitido. E acredita por qualquer razão: seja por desconhecer a norma penal, seja por mal interpretá-la, ou, ainda, por supor erroneamente a concorrência de uma causa de justificação, que sabe que existe<sup>11</sup>.

A Teoria Limitada da Culpabilidade – que foi adotada pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 –, verdade seja dita, possui inúmeros pontos

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo & Erro de Proibição: uma análise comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, V. 1: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 493.

em comum com a Teoria Extremada da Culpabilidade. Ambas situam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade. Ambas adotam o erro de tipo como excludente do dolo e admitem, quando for o caso, o crime culposo. Ambas, ainda, defendem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição a qualquer título (dolo ou culpa)<sup>12</sup>.

O ponto de divergência entre ambas as teorias reside, justamente, no tratamento do erro sobre as causas justificantes. A divergência reside, justamente, no tratamento dispensado às discriminantes putativas. Enquanto que, para a Teoria Extremada da Culpabilidade, nas várias hipóteses de erro nas discriminantes putativas o agente sempre atua com dolo, não havendo, portanto, possibilidade de sua exclusão, o que configura erro de proibição, para a Teoria Limitada da Culpabilidade nem sempre será assim:

Já a teoria limitada, por sua vez, faz aqui uma distinção entre o erro que recai sobre situação de fato (discriminantes putativas fáticas) e o erro do agente que recai sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação (demais hipóteses de erro nas discriminantes putativas): o primeiro é equiparado ao erro de tipo, com efeito de excluir o dolo, enquanto os dois últimos são tratados como erro de proibição, só excludente ou atenuante de culpabilidade.(...) Em resumo, verifica-se que o ponto de divergência entre as mencionadas teorias reside exclusivamente no tratamento dispensado ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, isto é, ao erro de tipo permissivo.<sup>13</sup>

No mesmo sentido, Rogério Greco<sup>14</sup> é categórico ao afirmar que:

A teoria limitada da culpabilidade difere da teoria anterior em um ponto muito importante: para a teoria limitada, se o erro do agente vier a recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas sim sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

A adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade em detrimento da Teoria Extremada da Culpabilidade acabou por originar forte discussão no âmbito doutrinário – o que fez com que muitos autores até questionassem a escolha do ilustre mestre responsável pelo anteprojeto de reforma do Código Penal.

Não por outra razão talvez já tivesse previsto Francisco de Assis Toledo, então Ministro da Justiça – o autor de toda a celeuma que seria gerada em torno das chamadas

<sup>12</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 124.

<sup>13</sup> GOMES, op. cit., p. 105-161.

<sup>14</sup> GRECO, op. cit., p. 414-415

discriminantes putativas –, e, assim, tenha consignado no item 19 da Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal<sup>15</sup>:

19. Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas "discriminantes putativas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada pela culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 1º)."

Todavia, mesmo com essa possível previsão de toda a celeuma que seria gerada a partir da escolha da Teoria Limitada da Culpabilidade, fato é que essa tentativa de amenizar os efeitos da escolha não teve o efeito desejado. Foram grandes as consequências e relevantes discussões decorrentes dessa singela escolha.

Luiz Regis Prado<sup>16</sup>, por exemplo, chega a afirmar que a escolha da Teoria Limitada da Culpabilidade seria fruto de uma interpretação "equívoca" do significado da teoria do tipo. Segundo o renomado autor:

Posto que apenas o sujeito capaz de agir de outro modo pode responder pelas consequências de seus atos, e que para aferir essa capacidade faz-se necessário que tenha potencial consciência da ilicitude, é de concluir-se que a responsabilidade penal será maior "quanto mais próximo estiver o sujeito de aceder a esse conhecimento e menor quanto mais longe estiver". Daí ressaí que o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve dar lugar apenas à exclusão da culpabilidade (se inevitável) ou à atenuação da pena (se evitável), e não à atipicidade da conduta, visto que o sujeito conhecia e queria a realização do fato, e estava, portanto, mais próximo da aquisição do conhecimento da ilicitude.

A problemática da escolha pela Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 torna-se ainda mais tortuosa quando se leva em consideração os efeitos previstos pelo legislador para a hipótese de discriminantes putativas previstas no art. 20, § 1º, do Código Penal. Mas essa problemática será melhor exposta mais adiante.

Por ora, o que se deve ter em mente é a clara diferenciação entre cada uma dessas teorias. A Teoria Extremada da Culpabilidade, em linhas gerais, considera dolo e consciência da ilicitude como conceitos completamente distintos. Para esta teoria, o agente atua sempre dolosamente, razão pela qual seria impossível sua punição por crime culposo na eventualidade de erro vencível.

Já a Teoria Limitada da Culpabilidade, que também situa o dolo na análise da tipicidade, ao passo que situa a consciência da ilicitude na análise da culpabilidade, visualiza a

---

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>16</sup> PRADO, op. cit., p. 493.



figura do erro sobre dois ângulos distintos. Ela se diferencia da Teoria Extremada da Culpabilidade apenas no que se refere ao erro sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação, isto é, na figura do erro de tipo permissivo.

### 3. A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE E AS DESCRIMINANTES PUTATIVAS NO CÓDIGO PENAL

Como visto, a principal consequência prática da discussão em torno da Teoria Extremada e Teoria Limitada da Culpabilidade refere-se ao tratamento dispensado à modalidade de discriminante putativa relacionada ao erro que recai sobre a situação de fato (discriminante putativa fática), e não sobre o erro que recai sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação.

Para a Teoria Limitada da Culpabilidade, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação tem natureza jurídica de erro de tipo. Mais especificamente, erro de tipo permissivo que, como acontece nas demais hipóteses de erro de tipo, deveria acarretar a exclusão do dolo e, a depender do caso, permitir a punição do agente pela modalidade culposa do crime, caso haja previsão legal<sup>17</sup>.

Por outro lado, caso o erro do agente recaia sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação – como a legítima defesa da honra, antigamente invocada naqueles casos em que o marido mata o amante de sua mulher, supondo estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude –, o erro passa a ser de proibição. E, no erro de proibição, como leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>18</sup>, a consequência é outra:

Ele anula a consciência da ilicitude, que agora está na culpabilidade. Logo, o erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade. E como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição inevitável, impede a condenação, a qualquer título. Se o erro de proibição for evitável, atenua a pena, mas a condenação se impõe, por crime doloso, por não ser admissível uma ação dolosa-culposa ao mesmo tempo.

A doutrina distingue o erro de tipo em erro de tipo invencível (escusável, justificável, inevitável) e erro de tipo vencível (inescusável, injustificável, evitável). E como leciona Rogério Greco, ocorre o erro de tipo invencível quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, não tinha como evita-lo, mesmo tomando todas as cautelas necessárias. Já em relação ao erro de tipo vencível ou inescusável, sustenta o renomado autor que este se configura

<sup>17</sup> BITENCOURT, op. cit. p. 124.

<sup>18</sup> Ibid., p. 123.

naquelas situações em que, se o agente tivesse atuado com maior diligência, com maior cautela, poderia ter evitado o resultado danoso<sup>19</sup>.

Sendo invencível o erro de tipo, não só o dolo estará excluído, como também o agente nunca será responsabilizado a título de culpa. Já, por outro lado, sendo vencível o erro de tipo, isto é, se o resultado pudesse ter sido evitado caso o agente tivesse atuado com maior diligência, este só responderia a título culposo, caso seja possível sua responsabilização a título culposo, uma vez que nem todos os crimes do ordenamento admitem a modalidade culposa<sup>20</sup>.

Como adiantado, paralelamente ao erro de tipo, em que hodiernamente se exclui o dolo da conduta do agente, mas se permite sua responsabilização por crime culposo, a depender do caso concreto, existe o erro de proibição – também conhecido como erro sobre a ilicitude do fato.

O erro de proibição subdivide-se em: (i) direto; (ii) indireto; e (iii) mandamental. Será erro de proibição direto aquele que recai sobre conteúdo proibitivo de uma norma penal, isto é, quando alguém, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, seja por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhece-la mal, ou, ainda, por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência. Já o erro de proibição mandamental é aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, sejam estes crimes omissivos próprios ou impróprios<sup>21</sup>.

Por sua vez, erro de proibição indireto é aquele em que o agente erra por supor, erroneamente, estar acobertado por uma causa de justificação inexistente, ou, ao menos, acerca dos limites de uma causa existente. Esse erro de proibição indireto é aquele que mais se relaciona com o erro de tipo permissivo, constante das discriminantes putativas. A existência desse tipo de erro de proibição é a principal consequência da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>22</sup>.

Em virtude da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o erro nas discriminantes putativas deveria receber o seguinte tratamento: o erro sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação deveria ser tratado como erro de proibição indireto, ao passo que o erro que recai sobre uma situação de fato deveria ser tratado como erro de tipo – no caso, erro de tipo permissivo, previsto no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>23</sup>, que dispõe que é “isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se

---

<sup>19</sup> GRECO, op. cit., p. 407

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> BITENCOURT, op. cit. p. 143.

<sup>22</sup> Ibid., p. 144.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit. nota 2



existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Ocorre que, para a surpresa de muitos, não foi bem isso o que fez o legislador. Com efeito, a despeito da expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, o tratamento dispensado ao erro que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação – o erro de tipo permissivo, previsto no art. 20, §1º, do Código Penal<sup>24</sup> – não foi o mesmo dispensado às demais hipóteses de erro de tipo, estas previstas no caput do art. 20, do Código Penal<sup>25</sup>.

Não foi outra a constatação de Cezar Roberto Bitencourt<sup>26</sup> ao examinar o limbo jurídico em que o legislador inseriu o erro de tipo permissivo:

Quando o objeto do erro for um pressuposto de uma causa de justificação, afirma-se, ocorre erro de tipo permissivo. Essa modalidade de erro, causa de calorosos debates, apresenta uma verdadeira vexata quaestio: seria erro de tipo ou, quem sabe, uma terceira modalidade de erro? Com efeito, há efetivamente um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto, podendo-se afirmar que se trata de um erro eclético, com estrutura parecida com o erro de tipo, mas com consequência semelhante ao erro de proibição.

Luiz Flávio Gomes<sup>27</sup>, no mesmo sentido de Cezar Roberto Bitencourt, defende a natureza desse erro de tipo permissivo como erro *sui generis*, já fazendo a advertência de que esse tratamento dispensado à discriminante putativa fática seria corolário da adoção de uma terceira teoria, que não a Teoria Limitada ou Extremada da Culpabilidade:

Justifica-se o tratamento do erro de tipo permissivo como erro *sui generis* porque, de um lado, ele não se identifica com o erro de tipo (incriminador) e, de outro, porque, embora incidente sobre a consciência da ilicitude, ele merece tratamento penal diferenciado do erro de proibição indireto (que acontece nas duas outras hipóteses de erro nas discriminantes putativas). E esse tratamento penal diferenciado lhe foi conferido pelo nosso Código Penal, no art. 20, §1º, ao qual dogmaticamente parece ajustar-se com perfeição a “teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica”

Essa circunstância é a principal singularidade decorrente da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pela Reforma do Código Penal de 1984: embora tenha se passado a atribuir às discriminantes putativas o tratamento de “erro de tipo”, ou, mais especificamente, “erro de tipo permissivo”, as consequências previstas para sua configuração acabaram por confundir os dois institutos. Em linhas gerais, o que fez o legislador foi determinar que se o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas for invencível (escusável ou inevitável), aplica-se a

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 134.

<sup>27</sup> GOMES, op. cit., p. 184.

exata mesma consequência do erro de proibição invencível (escusável ou inevitável), isentando o agente da pena, isto é, retirando sua culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Agora se, por outro lado, o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas é vencível (inescusável ou evitável), aplica-se a exata mesma consequência do erro de tipo vencível (inescusável ou evitável), permitindo a punição do agente a título culposo, caso haja previsão legal. Diante desse quadro, Cezar Roberto Bitencourt<sup>28</sup> não tem dúvidas de que esse “erro de tipo permissivo” constitui uma terceira espécie de erro:

Na realidade, não seria exagero afirmar que o “erro de tipo permissivo” constitui uma terceira espécie de erro. Seria um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto. O próprio Jescheck sustenta que a similitude com o erro de tipo reside na sua estrutura, na medida em que também se refere a elementos normativos e descritivos de uma proposição jurídica, ao passo que a semelhança com o erro de proibição indireto situa-se na sua consequência: o conhecimento do tipo não sofre nenhum prejuízo.

Essa opção gerou inúmeros questionamentos razoáveis: se a principal função do erro de tipo é a exclusão do dolo, como o erro de tipo permissivo das discriminantes putativas, originado a partir da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, não se presta a esse fim? Com efeito, o erro de tipo permissivo provocou uma indesejável confusão entre os institutos do erro de tipo e do erro de proibição, o que fez com que autores, como Luiz Flavio Gomes sugerissem a adoção de uma nova teoria.

De fato, como leciona Luiz Flávio Gomes<sup>29</sup>, o erro de tipo permissivo está disciplinado no Código Penal como erro de proibição *sui generis*, inconfundível com as demais hipóteses de erro de proibição. Embora ele também afete a consciência da licitude – uma vez que isenta o agente de pena, em caso de erro escusável –, ele, por outro lado, permite a punição do agente pelo crime culposo, se houver previsão legal, em caso de erro inescusável, tal como ocorre com o erro de tipo:

Várias são as teorias que disputam primazia de tratamento do erro de tipo permissivo (teoria dos elementos negativos do tipo, teorias do dolo, teoria extremada da culpabilidade, teoria limitada da culpabilidade), mas a teoria correta, salienta Jescheck, “é a que, com aceitação crescente, entende que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação reconhecida unicamente pode subsumir-se no §16 (equivalente ao art. 20 do nosso CP) no que diz respeito à sua consequência jurídica, de modo que o autor, ainda que tenha realizado um delito doloso, só pode ser castigado por imprudência (teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica)”

<sup>28</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 138.

<sup>29</sup> GOMES, op. cit., p. 189-190.



Como bem arremata Luiz Flávio Gomes<sup>30</sup>, o erro de tipo permissivo, previsto no §1º, do art. 20, do Código Penal<sup>31</sup>, a despeito da expressa tentativa de adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, não recebeu tratamento de erro de tipo. Ele está, na verdade, tratado como uma espécie de erro *sui generis*, inconfundível, também, com o erro de proibição direto ou indireto – embora o próprio autor reconheça que ele está muito mais próximo de um erro de proibição do que de um erro de tipo –, de forma que a Teoria da Culpabilidade que remete à consequência jurídica é a mais coerente com as disposições de nosso Código Penal:

O erro de tipo permissivo, segundo a moderna visão da culpabilidade, não é um erro de tipo incriminador excludente do dolo nem pode ser tratado como erro de proibição: é um erro *sui generis* (recte: erro de proibição *sui generis*). Para a teoria em destaque, o erro de tipo permissivo invencível leva à isenção da pena (exclusão da culpabilidade total), enquanto o vencível implica a punição do agente com a pena do crime culposo (culpabilidade negligente), se concretamente esta for cominada para o caso específico. Esta solução apresentada pela “teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica” é a que, segundo penso, está inteiramente de acordo com o nosso *ius positum*. É ela que, adequadamente ao Código Penal brasileiro, explica a natureza jurídica, as características e as consequências do erro nas discriminantes putativas (= do erro de tipo permissivo), disciplinado no art. 20, §1º, do CP.

Embora destinada a conferir o “melhor tratamento” às discriminantes putativas fáticas, a expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, como se vê, não se coaduna com o tratamento que ele próprio dispensou a elas, enquanto erro de tipo permissivo, no §1º, do art. 20, do Código Penal<sup>32</sup>

## CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que as três hipóteses de erro nas discriminantes putativas – erro sobre uma causa de justificação, erro sobre os limites de uma causa de justificação e o erro sobre situação de fato que autorizaria a invocação de uma causa excludente de ilicitude – seriam todas tratadas de igual forma, caso o legislador responsável pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 tivesse optado pela adoção da chamada Teoria Extremada da Culpabilidade. Todas as três hipóteses seriam tratadas como erro de proibição – mais especificamente como erro de proibição indireto – cuja consequência seria a isenção de pena (exclusão da culpabilidade), em caso de erro invencível (escusável ou inevitável), ou a possibilidade de redução de sua pena, em caso de erro vencível (inescusável ou evitável). Pela

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 199-200.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit. nota 2.

<sup>32</sup> Ibid.

Teoria Extremada da Culpabilidade, seria impossível a punição do agente a título culposo em qualquer das hipóteses de discriminantes putativas.

Ocorre que, em virtude de uma expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, aquele erro que versa sobre a situação de fato que, em tese, autorizaria a invocação de uma causa excludente de ilicitude deveria ter a mesma natureza do chamado erro de tipo – ou, melhor dizendo, erro de tipo permissivo – cuja principal consequência seria a exclusão do dolo e permissão da punição a título de crime culposo, caso haja previsão legal da modalidade culposa, e o erro não seja invencível (escusável ou inevitável).

E a despeito da expressa adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo legislador, não foi bem esse o tratamento dispensado às discriminantes putativas fáticas. O tratamento conferido ao erro que recai sobre pressupostos de uma causa de justificação não foi o mesmo dispensado às demais hipóteses de erro de tipo. O legislador conferiu um tratamento ao erro de tipo permissivo que o situou em uma espécie de limbo jurídico: uma mistura entre o tratamento conferido às hipóteses de erro de tipo e hipóteses de erro de proibição. Ademais, o erro de tipo permissivo recebeu um tratamento muito mais próximo do erro de proibição do que do erro de tipo essencial.

Essa circunstância fez com que a doutrina sugerisse que o erro de tipo permissivo seria, na verdade, uma terceira espécie de erro. Um erro *sui generis*, que seria incompatível com a adoção expressa da Teoria Limitada da Culpabilidade.

De fato, a incompatibilidade é evidente, haja vista a proximidade muito maior do erro de tipo permissivo com o erro de proibição do que com as demais hipóteses de erro de tipo essencial.

Assim, à luz de tais considerações, a teoria da culpabilidade que melhor se identifica e coaduna com as disposições do Código Penal não é a Teoria Limitada, nem a Teoria Extremada da Culpabilidade. A teoria mais apropriada é a Teoria da Culpabilidade que remete à Consequência Jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2019.



EMERJ. *Exposição de Motivos n° 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério; *Curso de Direito Penal: parte geral*, V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 1: parte geral, arts. 1° a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VOLTAR AO SUMÁRIO 





**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)