

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 12 - nº 1 - Tomo I (A/I) - Jan./jun. 2020



Elaborado no 1º Semestre 2020

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 12 - nº1 - Tomo I (A/I) - Jan./Jun. 2020



Elaborado no 1º Semestre 2020

© 2020 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2020

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

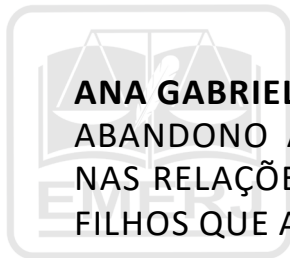
CONSELHO AVALIATIVO

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal

- Nelson Carlos Tavares Junior



ALESSANDRA MACHADO DE PESSÔA OS DESAFIOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA ADVINDA DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS.....	11
ALINE FREITAS AGUIAR SILVA ANÁLISE CRÍTICA DA DESAPROPRIAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	27
ALLINE APARECIDA FERNANDES MALVÃO LUCIANO OS EFEITOS DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NA VIDA DA MULHER VÍTIMA DE VIO- LÊNCIA DOMÉSTICA E O ENFRENTAMENTO ESTATAL.....	42
AMANDA LAGES DE ANDRADE O ALCANCE DA EXPRESSÃO “INVESTIGAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL” CONTIDA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/13 E A TIPICIDADE DA CONDUTA DE EMBARAÇAR A AÇÃO PENAL	57
ANA CAROLINA COUTINHO DE FELIPPI TRAJANO A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL – ANÁLISE DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ.....	74
ANA CAROLINA DE CASTILHO ISAIA A ALTERAÇÃO DO STATUS DOS ANIMAIS DE “COISA” PARA “SERES SENCIENTES” NO PL Nº 6799/2013 (ATUAL PL Nº 27/2018) E SUA REPERCUSSÃO NA DISSOLUÇÃO DE FAMÍLIAS MULTIESPÉCIE	88
ANA CLARA DE OLIVEIRA MILITÃO DEMOCRACIA PÓS-VERÍDICA: A VERDADE NÃO BASTOU AO ESTADO DEMOCRÁ- TICO DE DIREITO?.....	104



ANA GABRIELA SIQUEIRA DE OLIVEIRA CARAMEZ

ABANDONO AFETIVO INVERSO: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA OS FILHOS QUE ABANDONAM SEUS PAIS IDOSOS..... 119

ANA LÍGIA SALLES DO NASCIMENTO

A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI CONSOANTE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS..... 136

ANA PAULA SOUZA DE OLIVEIRA DOS SANTOS

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC E O RISCO À SEGURANÇA JURÍDICA DA TUTELA JURISDICIONAL 151

ANA TERESINHA CHAVES AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE LEITE

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO DA PERSONALIDADE 167

ANE FALEIRO GONÇALVES

CONSECUENCIALISMO DECISÓRIO DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO NA ÁREA DE PLANEJAMENTO 5 DO RIO DE JANEIRO E SEUS REFLEXOS NO MEIO AMBIENTE 182

ANNA CAROLINA QUINTANILHA COUTINHO DA SILVA

TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL: ISS X ICMS 199

ANNY KAMILA RODRIGUES FREIRE

POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO HOPE PROBATION NAS MEDIDAS SOCIO-EDUCATIVAS BRASILEIRAS 213

BÁRBARA YUMI DOS SANTOS KIKUCHI SATO

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI POR JURISDIÇÃO ARBITRAL..... 228

BEATRIZ CESARIO DE ABREU

EFICÁCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA PARA ELIDIR A RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL DA SOCIEDADE ... 242

BRUNA LAMBOGLIA MARQUES

POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO 256

BRUNA NUCCI

(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NAS LOCAÇÕES COMERCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO RE 605.709/SP..... 271



CAIO ASSUNÇÃO ANDRADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS FABRICANTES DE CIGARRO PELO RESSARCIMENTO DAS DESPESAS SUPOSTAS PELO SUS COM O TRATAMENTO DE DOENÇAS CAUSADAS PELO TABAGISMO..... 288

CAMILA DE OLIVEIRA SILVA

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL..... 303

CARLOS RAFAEL DE OLIVEIRA COUTINHO

ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE DA VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DE INFORMAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA INVESTIGATIVA 318

CHÂNCELIS CELIS NERY PEREIRA ARAÚJO

A DESNECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO 334

CRISTIANA DE OLIVEIRA MAGALHÃES

O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE ABORTAMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 348

DANIEL BANHOS DOELL DE PAIVA

PROIBIÇÃO DO CASAMENTO INFANTIL: CONTROVÉRSIAS SOBRE TEMPORALIDADE E EXTENSIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.811/19 365

DÁYNA TEIXEIRA MENDES

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAR NORMAS CONSTITUCIONAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES..... 381

DAYSE MAIQUES DE SOUZA ALVES

COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRITIVOS NA EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL..... 397

DIEGO DINIZ NICOLL

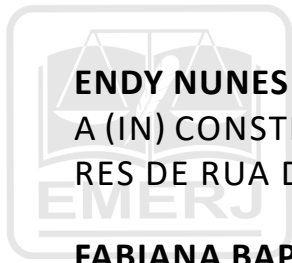
A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA 411

DIEGO DO NASCIMENTO SILVA

ANÁLISE SOBRE A DIVERGÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO ESPACIAL PARA FINS DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) ÀS EXPORTAÇÕES DE SERVIÇOS..... 428

ELOÁ ARAÚJO CRISPIM

TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: UMA ANÁLISE DAS ADIS Nº 3406/RJ E Nº 3470/RJ..... 442



ENDY NUNES ALVES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE MORADORES DE RUA DEPENDENTES QUÍMICOS..... 457

FABIANA BAPTISTA VILLA

A TAXATIVIDADE ESTABELECIDADA PELO LEGISLADOR NO ARTIGO 1.015 DO CPC E A INSTABILIDADE GERADA PELA DÚVIDA QUANTO ÀS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO 472

FABIANA SANTOS DE SOUZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA: OBRIGAÇÃO DE RESULTADO OU ESTRATÉGIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA..... 486

FELIPE LUIZ FERNANDES DA SILVA

A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO 500

FERNANDA REZENDE TEIXEIRA

A EFICÁCIA DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E SUA APLICABILIDADE EM IMÓVEIS RURAIS..... 517

FERNANDA SCOTT CANANEA

A EFETIVIDADE DA TUTELA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA 534

GABRIEL AZEVEDO PINHEIRO

COLABORAÇÃO PREMIADA: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA OU JUSTIÇA NEGOCIADA? 550

GABRIEL EGÍDIO DE CASTRO BARROS

OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMAS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL..... 566

GABRIELA ARAUJO ARGENTO GOMES

DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE 580

GABRIELA SILVA FASANO

O PAPEL DO JUIZ COMO CRIADOR DE NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E A PRETENSÃO ESTABILIDADE DO SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: ADVERSÁRIOS OU ALIADOS?..... 594



GEOVETE APARECIDA DE BARROS

A RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS ENTES FEDERATIVOS EM GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AOS MORADORES DE RUA..... 609

GISELE DE LIMA JORDAN BONANI

DIREITO À VISIBILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE PERFIL DE DIFÍCIL ADOÇÃO FRENTE AO DIREITO DE IMAGEM E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 624

GLEYCE KELLY MELLO DOS SANTOS

A CONVENIÊNCIA DA ATUAÇÃO ESTATAL NAS FAVELAS CARIOCAS..... 641

GUILHERME OLIVEIRA DA SILVA GONÇALVES

COMPLIANCE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017 657

GUSTAVO DE ALMEIDA CARLOS DE CARVALHO PONTES

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CENÁRIO DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA GESTÃO PÚBLICA..... 674

IAN VICTOR MOREIRA TADEU DE SOARES

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME NA CONDUTA DE INVADIR O DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO PARA AVERIGUAR TRAIÇÃO 689

IOHAN ROCHA TRÉZZE

LIMITES DA TRIBUTAÇÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO..... 705

ISABELLA CÔRTEZ DE BARROS SILVEIRA DE AMORIM

O DIREITO DE OPTAR PELO PROCEDIMENTO DE CRIOGENIA PÓS-MORTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A AUTOTUTELA DO CORPO APÓS A MORTE E A IMPORTÂNCIA DA VONTADE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 720

ISABELLA MAFEI FALCÃO ANDREOLI XAVIER

PAPEL DO STF NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA 735

ÍISIS BORGES MENEZES

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 9º §2º DO CÓDIGO PENAL MILITAR..... 749

OS DESAFIOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA ADVINDA DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

Alessandra Machado de Pessôa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o direito materializa para a sociedade a estrutura do ordenamento jurídico capaz de inovar institutos como Família, Estado, Escola e Religião, aprimorando e atualizando valores presentes na sociedade em constante transformação. Não é raro perceber que, embora se tenha a representação política por meio de legisladores na construção dos ditames legais, é difícil que esses consigam acompanhar a velocidade crescente das alterações sociais. Aliás, isso seria a própria justificativa para a limitação à adoção de normas e regras consuetudinárias no Direito. Não há dúvidas de que os arquétipos de tempos distintos na coletividade, já habitaram o imaginário humano de diversas formas e, por decorrência natural do tempo, diferentes paradigmas se sucederam e prosseguirão mudando. Dessa forma, uma concepção distinta do instituto da família presente na sociedade moderna deixou de fundamentar-se rigidamente na sua formação original para ampliar seu horizonte, logrando espaço no que atualiza em significado e aplicabilidade esse instituto: o amor. Portanto, em vias de uma próxima análise pelo STF sobre as famílias formadas em poliamor, é de suma importância olhar para esse novo instituto sem preconceitos ou estigmas. Sobretudo, faz-se mister fornecer dados para a sua melhor coexistência com a possibilidade de uma formação consciente e equilibrada das crianças advindas dessas relações que demandam dedicação e cuidado efetivo da Família independente do formato em que esta se materialize.

Palavras-chave – Direito de Família. Multiparentalidade. Dignidade.

Sumário – Introdução. 1. A evolução da proteção da criança no direito e a família formada em um ambiente poliafetivo. 2. A nova concepção de famílias no Direito brasileiro e a família poliafetiva. 3. A multiparentalidade e suas possíveis consequências nas relações poliafetivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é relatar os desafios jurídicos concernentes a se auferir o princípio da proteção integral para crianças advindas das relações poliafetivas na estrutura jurídica vigente no Brasil. Nesse sentido, é notório que as relações pessoais e familiares vêm apresentando, nos últimos anos, alterações jurídicas de extrema relevância no seio da sociedade. Assim, o Judiciário exerce um papel importantíssimo, pois efetiva, dentro das decisões fundamentadas, comportamentos e atitudes já concretizados na coletividade.

O presente trabalho segue o método hipotético-dedutivo a partir do qual são utilizadas proposições hipotéticas que sejam capazes de investigar e explorar o propósito da pesquisa com a intenção de confirmá-las ou recusá-las justificadamente. Nesse contexto, a abordagem do



objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto é utilizada bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a tese sob análise.

A percepção das decisões legais estabelecidas no Direito brasileiro, muitas vezes, não relata tampouco representa o que de fato um ou outro grupo social estabelece como parâmetro. Assim, não é raro perceber que essas decisões, frequentemente, dissociam-se do que relevante parcela da coletividade supõe ser ideal. Em vias dessa afirmação, é possível verificar grupos sociais que, por pensarem diferente, são estigmatizados.

O estigma interfere na vida da pessoa de forma holística: em sua estrutura afetiva, social e emocional, alterando significativamente o indivíduo. Além disso, é necessário entender que diferente e novo não necessariamente significam imperfeito, incorreto ou equivocado, e que institutos ainda não definidos na legislação não pressupõem sua inexistência no mundo dos fatos, como ocorre com as relações poliafetivas. Ademais, todas as relações que possam atingir as pessoas, na sua essência, devem ser vistas pelo Direito através de um estudo minucioso, sério, constante e imparcial.

Por certo, as relações poliafetivas acarretam uma incidência diferenciada sobre as crianças e demais pessoas envolvidas nas relações familiares. Nesse sentido, é importante salientar que a referência trazida pelos pais no desenvolvimento infantil é combinada com os aspectos emocionais e legais que influíram em sua formação, criando uma ambiência em que a alteridade deverá ser respeitada e acolhida, dando sentido ao cerne da proteção integral da criança e da esfera da autonomia da vontade no Direito de Família.

As relações em poliamor, diferentemente das relações tradicionais e já previstas na legislação, resultam em um número muito maior de comportamentos envolvidos, por isso existe uma grande dificuldade de prever as suas repercussões em relação as crianças advindas desses relacionamentos. Assim, é preciso ponderar e estabelecer que haverá uma real necessidade de constante acompanhamento e informação sobre o estado das crianças envolvidas nessa temática, pois os efeitos com relação às crianças serão proporcionais à dimensão dos seus círculos sociais e do grau de harmonia que se estabeleça no ambiente oferecido a criança.

O primeiro capítulo visa abordar a evolução da proteção da criança dentro da esfera do Direito de Família, traduzindo seus aspectos e desafios em consonância com o ambiente poliafetivo. Nesse sentido, a pesquisa pretende explorar, preliminarmente, a parte histórica do direito da criança, sua evolução e a sua relação de consequência com as famílias poliafetivas.

No capítulo dois, aborda-se o conceito de Família no Direito brasileiro e suas nuances relacionadas às famílias poliafetivas. Nesse momento, aprofunda-se o estudo do instituto da



família, de modo a traçar um paralelo sobre os tipos de famílias existentes na legislação brasileira e as suas relações com a família poliafetiva.

Por fim, o terceiro capítulo examina a questão da multiparentalidade e sua correlação com os tipos de famílias existentes no Direito brasileiro. Nesse contexto, verifica-se como as relações poliafetivas apresentam desafios para se manter a proteção integral das crianças advindas dessas relações no que tange ao instituto da parentalidade.

1. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO E A FAMÍLIA FORMADA EM UM AMBIENTE POLIAFETIVO

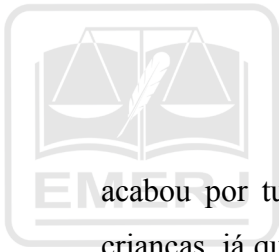
No ocidente, a proteção jurídica voltada para a defesa dos interesses de crianças e de adolescentes é fruto de esforços relativamente recentes para materializá-la no bojo dos arcabouços jurídicos. Nos EUA, por exemplo, a primeira intervenção do Estado para defesa dos direitos relacionados à criança e ao adolescente ocorreu somente em 1874. O marco legal norte-americano teve amparo em um caso de graves maus tratos de pais adotivos à pequena Mary Ellen Wilson, que tinha 10 anos à época dos fatos. Após esforços de vizinhos que tomaram conhecimento dos maus tratos à Mary Ellen, o advogado da *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, Elbridge Thomas Gerry, levou o caso à Suprema Corte do Estado de Nova Iorque¹.

Na sequência, em seu testemunho, Mary Ellen relatou que não sabia quantos anos tinha, que era diariamente espancada, que, sob pena de espancamento, era proibida de sair de casa e que nunca recebeu carinho de seus pais adotivos. A repercussão do caso gerou comoção nacional e motivou a fundação, em 1875, da *New York Society for the Prevention of Cruelty to Children* – sociedade que promoveu os esforços políticos necessários para que as crianças e adolescentes recebessem tutela jurídica específica².

Após a Primeira Guerra Mundial, os países envolvidos no conflito passaram a concentrar grandes números de crianças órfãs, as quais eram exploradas das mais diversas maneiras: trabalhos desumanos, insalubres e degradantes, muitas vezes envolvendo prostituição. Nesse sentido, em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), surgiram os direitos de segunda dimensão: os direitos sociais. Por consequência, a OIT

¹HAFEMEISTER, Thomas L. Castles Made of Sand? Rediscovering Child Abuse and Society's Response. *Ohio Northern University Law Review*, v. 36, p. 819, out. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1565582>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

²Ibid.



acabou por tutelar, além de direitos relacionados ao trabalhador, direitos voltados para as crianças, já que proibia o trabalho noturno das crianças e o trabalho de menores de 14 anos na indústria³.

Logo depois, em 1924, foi celebrada a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, que foi o primeiro tratado internacional a dispor sobre os direitos das crianças de forma mais completa e comprometida. Somente após cerca de 30 anos, em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou ao mundo a Declaração Universal dos Direitos das Crianças – a partir da qual a criança deixou de ser objeto de direito para ser sujeito de direitos no mundo ocidental⁴.

No Brasil, o desenvolvimento do arcabouço jurídico em defesa da criança e do adolescente teve início somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Sob sua égide, a criança passa a ser considerada como sujeito de direitos e se instaurou, de fato, a proteção integral orientada para a criança e ao adolescente. Após a CRFB, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado, reafirmando de vez a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

Assim, enfim, a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente foi materializada com primazia, deixando de se voltar somente para a teoria tutelar do direito do menor em que se visava proteger a sociedade das crianças e adolescentes que delinquiriam.

O respaldo do desenvolvimento da defesa da criança e do adolescente, deveras, transcende o universo do Direito, e se fundamenta em alicerces das demais ciências sociais. No universo filosófico, pensadores como John Locke, Jean Jacques Rousseau atribuíram conotação especial à infância.

Segundo Colin Heywood⁵, foi Locke quem instituiu o termo “tábula rasa” para o desenvolvimento infantil em que a criança nascia como uma folha de papel branco na qual poderia ser escrito aquilo que se quisesse. Por outro lado, Rousseau acreditava que existia a natureza pura e ingênua e que, de certa forma, os adultos deveriam respeitá-la na fase infantil para que a mesma pudesse se desenvolver adequadamente.

Verdade é que todos esses conceitos desenvolvidos levam a crer que o equilíbrio emocional, tão importante para uma vida saudável dos adultos, começa a ser desenvolvido e aprimorado na criança nos primórdios de seu desenvolvimento. Nesse contexto, o afeto possui

³JORNAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS (JRI). Os documentos internacionais sobre os direitos das crianças e adolescentes. Disponível em: <<https://jornalri.com.br/artigos/os-documentos-internacionais-sobre-os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁴Ibid.

⁵HEYWOOD apud LINS, Samuel L. B.; SILVA, Maria de Fátima O. C.; LINS, Zoraide M. B.; CARNEIRO, Terezinha F. A compreensão da infância como construção sócio-histórica. *Ces psicologia*, V. 7, nº 2, P. 126-137, Jul. 2020.



extrema importância, pois é capaz de ajudá-la a formar sua personalidade e a traçar seu posicionamento diante da sociedade.

Por conseguinte, instituições como família, escola e religião influenciam sobremaneira esse desenvolvimento emocional. Assim, a família em sua composição, associada a outros entes exercem um papel na infância capaz de conduzi-la ao caminho do equilíbrio físico, psíquico e emocional. É a família que concretiza na criança os efeitos da proteção integral e o Estado só passa a trabalhar para a produção desse efeito na vida da criança, quando a família deixa de cumprir as etapas mínimas de direitos definidos na CRFB no art. 227.

O conceito de criança acabou evoluindo ao mesmo tempo que o conceito de família na contemporaneidade, já que parâmetros adotados nas famílias do início do século XX não possuem mais a mesma ênfase conservadora e ultrapassada. Atualmente, o conceito de família se instaura no pluralismo e na capacidade de sintetizar o afeto. Nesse sentido, hoje, busca-se a concepção da família eudemonista, família materializada na felicidade e no equilíbrio entre os seus membros⁶, sem ter como fim único e primordial a geração de descendentes biológicos.

Salienta-se que os tribunais brasileiros vêm reafirmando seus posicionamentos nas decisões sobre o poder familiar no Direito de Família em que, na maioria dos casos, as decisões priorizam a existência de padrões mínimos de afeto, cuidado e amor relativos à criança. Dessa forma, a sociafetividade deve prevalecer diante do aspecto biológico quando os padrões mínimos não são preenchidos. Assim sendo, a maior dificuldade dos magistrados tem sido estabelecer um critério mínimo que seja considerado suficiente para não causar danos na formação afetiva, social e emocional das crianças⁷.

Por consequência, a sociafetividade, em regra, vem sendo valorizada nos tribunais brasileiros⁸, pois já se entendeu que em situações nas quais os laços sanguíneos não preenchem as necessidades mínimas de carinho, afeto e proteção, tão necessárias ao desenvolvimento infantil, a sociafetividade deve prevalecer. Assim, indivíduos aleatórios aos laços sanguíneos, podem ocupar espaço nas relações parentais quando realmente se importam com aquela criança em desenvolvimento, substituindo a família sanguínea e, em alguns casos, estabelecendo a multiparentalidade.

⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. ver. e atual. V. único. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 1670.

⁷CASSETTARI, Cristiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: Efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 14. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].



De maneira similar, a adoção realizada unicamente por uma pessoa homossexual já era permitida antes da decisão que possibilitou a adoção conjunta de crianças por casais homossexuais. Todavia, em alguns casos, antes mesmo do julgamento pelo STF da ADI nº 4.277⁹ e da ADPF nº 132¹⁰ que trataram sobre o tema, o STJ já se compadecia por situações nas quais a criança de fato já tinha estabelecido um vínculo afetivo com o casal homoafetivo, e deferiu casos de adoção conjunta por casais homossexuais, como no julgamento do Resp. nº 889.852¹¹ Proc. nº 2006/0209137-4; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. 27.4.2010; DJE 10.8.2010¹².

Ademais, foi nos casos de adoção e inseminação por casais homoafetivos que a multiparentalidade foi permitida no Direito brasileiro para a possibilidade de inserção do nome de dois pais ou duas mães no assento de nascimento¹³. Além disso, ela também já incide em julgamentos em que um dos genitores morre e o outro resolve contrair novas núpcias.

Desse modo, a madrasta ou o padrasto resolvem adotar o filho do cônjuge, pedindo a inclusão de seu nome no assento da criança sem que seja retirado o nome da genitora ou do genitor falecida ou falecido. Nesses casos, muitas vezes os tribunais reconhecem tal possibilidade, deferindo o pedido autoral. Portanto, é importante ressaltar que, nos casos relacionados ao instituto da multiparentalidade, geralmente, um dos genitores são falecidos ou ausentes da certidão da criança.

Em síntese, com o advento da nova interpretação do instituto da família no Direito brasileiro, a bimaternidade, a bipaternidade e a multiparentalidade já são acepções utilizadas nas questões pertinentes ao Direito de Família. Assim, a existência de duas mães, dois pais ou ainda três pessoas no mesmo assento do registro da pessoa natural já é uma realidade da justiça brasileira. Contudo, a multiparentalidade, em regra, ainda é reservada, muitas vezes, para as questões de adoção por homossexuais e adoção a criança brasileira¹⁴ em que não se pode negar

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-ad-pf-132-rj-stf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 889.852*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹²CASSETTARI, op. cit., p. 153.

¹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprosos-sem-qualquer-hierarquia>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁴CASSETTARI, op. cit., p. 169.



a coexistência do direito ao filho registral buscar sua parentalidade biológica ainda que já possua a sua parentalidade socioafetiva, como prevista no provimento nº 63/2017¹⁵ do CNJ nos art. 14 e 15.

2. A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E A FAMÍLIA POLIAFETIVA

O significado do termo família no Brasil e no mundo sofreu bastante alteração ao longo da história. Fustel de Coulanges traça o perfil da família no Direito Romano como uma instituição completamente dissociada do nascimento e do afeto entre pais e filhos. Tanto é assim que a filha primogênita, ainda que muito amada pelo pai, não herdava seus bens. Nesse sentido, em Roma e na Grécia antiga, o casamento era obrigatório, pois somente através dele a família seria constituída¹⁶.

Antes da Revolução Francesa, o conceito de família era associado a uma forma de facilitar a formação da força de trabalho e, conseqüentemente, a formação de patrimônio. Para tanto, não importando a questão dos laços afetivos e sim a transmissão dos bens aos herdeiros. Com a passagem do tempo, isso se modificou drasticamente e o instituto da família passou a incorporar a proteção da pessoa humana, promovendo um modelo familiar democrático, descentralizado, igualitário e desmatrimonializado¹⁷.

O Código Civil de 1916, no Brasil, foi uma das primeiras legislações a tratar com mais profundidade os temas família e casamento. Nessa época, a constituição familiar era precipuamente formada por um homem, uma mulher e os filhos advindos dessa união¹⁸. Essa família era patriarcal, pois cabia ao pai o exercício do pátrio poder, e a mulher e os filhos tinham que seguir o que era determinado por ele. Nesse sentido, as famílias existentes em contexto de formação diferente desse eram ignoradas no Direito. Após essa concepção, dissociada da realidade, a diversificação do conceito de família ganhou espaço e a família passou a ser entendida como um ente plural e não mais singular¹⁹.

¹⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63/2017*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁶COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 29 e 36.

¹⁷FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1670 e 1671.

¹⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias: De acordo com o novo CPC*. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

¹⁹GONÇALVES, op. cit.



A CRFB trouxe várias alterações para o conceito de família já que os direitos e garantias nela decretados expandiram o significado de família, inserindo nos princípios e garantias fundamentais a respectiva concepção do instituto.

Além do pressuposto das mudanças ocorridas em 1988, com a advento da nova CRFB, ocorreu também as transformações decorrentes do Novo Código Civil Brasileiro, que, em 2002, trouxe alterações para a interpretação da família, enfatizando a igualdade dos cônjuges e estabelecendo uma paternidade mais responsável por parte dos pais. O Código Civil de 2002 inovou em alguns aspectos, mas deixou a desejar no entendimento de alguns doutrinadores do direito de família, pois ficou bastante tempo sendo elaborado e entrou em vigor sem estabelecer uma realidade há muito perene na sociedade brasileira, que era as das construções familiares existentes de fato, mas ignoradas pelo Direito.

Após cerca de 10 anos da promulgação do Código Civil, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.277²⁰ e da ADPF nº132²¹, entendeu que era possível sim interpretar o conceito de família com o advento da união de duas pessoas do mesmo sexo e, dessa forma, estender os efeitos jurídicos dessa união estável, permitindo que casais homoafetivos pudessem juntos adotar uma criança. Antes dessa decisão, os argumentos contrários a extensão dos efeitos jurídicos da união estável dos casais heteroafetivos para os casais homoafetivos eram fundamentados na letra fria da lei e, em determinadas situações, sem nenhum respeito aos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e sem considerar a interpretação teleológica da lei²².

Os artigos 226 e 227²³, ambos da CRFB, estenderam, através do princípio da pluralidade das entidades familiares, o conceito de família para estabelecer que qualquer entidade familiar criada no afeto é uma família, independente da sua constituição. Dessa forma, no Brasil passaram a existir, além das famílias tradicionais, não mais constituídas pelo pátrio poder concentrado nas mãos masculinas, famílias monoparentais, famílias homoafetivas, famílias substitutas, famílias eudemonista etc.

Com o advento dessas alterações na legislação do direito de família o princípio da liberdade ganhou bastante destaque ao ser utilizado como suporte para garantir o direito de

²⁰BRASIL, op. cit., nota 9.

²¹BRASIL, op. cit., nota 10.

²²VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Afetividade: Da possibilidade Jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2002, p.106.

²³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.



estabelecer uma relação conjugal hétero, homossexual ou ainda poliafetiva, estabelecendo o direito de recompor novas estruturas conjugais²⁴.

A união livre é uma classificação dada pela doutrina que ocorre quando as pessoas passam a conviver juntas com o intuito de formar família, sem que com isso possam se casar ou estabelecer a união estável²⁵. Esse tipo de relação era muitas vezes, antes das alterações no direito de família, comparada a questão do concubinato, com a diferença de que no concubinato as pessoas se unem sem a possibilidade de se casar, pois, na maioria dos casos, essas pessoas já são casadas ou são parentes entre si e desta forma elas são impedidas de casar, diferentemente do que ocorria nas relações homoafetivas e de certa forma o que continua a existir com as relações advindas do poliafeto.

Em muitos debates, explorando os assuntos relacionados as famílias existentes na sociedade e não aceitas pelo direito, verificam-se argumentos pautados na incidência da falência ou do término da instituição família, porém o que de fato parece ocorrer é que a conceituação do termo família vem sendo reformulada e colocada sob a perspectiva das mudanças sociais inerentes à noção de sociedade. Organismo este que abarca a coexistência de grupos de pessoas que vivem sobre as mesmas regras, dentro do que é acertado no contrato social.

Ademais, note-se que ambos os conceitos, tanto o familiar como social, alimentam parâmetros de relacionamentos, sendo que um voltado para o micro e outro para a concepção macro. Certamente, foi assim com as famílias homoafetivas e ainda permanece sobre essa mesma dinâmica com as famílias poliafetivas.

É evidente que as famílias poliafetivas, em vias da percepção social, acabam sendo inseridas em um contexto de preconceito ou estigma devida à quebra do modelo tradicional do passado. Porém, não deveriam, pois a incidência de três ou mais pessoas em um relacionamento conjugal já existe em muitos lares brasileiros. Assim, quando homens e mulheres constituem outros relacionamentos fora de casa com a mesma convergência de comprometimento existente na família, eles, em última análise, estão vivendo relações poliafetivas só que em lares diferentes e algumas vezes sem que determinado componente da relação desconheça a existência do outro relacionamento.

No Brasil, logo após o julgamento da ADI nº 4.277²⁶ e da ADPF nº 132²⁷, relacionadas à possibilidade dos casais homoafetivos instituírem uma família através da união estável, foi

²⁴PEREIRA apud DIAS, op. cit., p. 49.

²⁵COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito de Família: Família. Sucessões*. 5. ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 10.



oficializada com a primeira escritura pública de união poliafetiva, em Tupã, estado de São Paulo. O trio, constituído da união de um homem e duas mulheres, já viviam juntos há mais de três anos, e queriam estabelecer entre eles mais segurança no caso de morte ou separação de um dos parceiros²⁸. Ocorre que, em junho de 2018, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), decidiu que os cartórios brasileiros não poderiam registrar uniões poliafetiva constituídas por mais de duas pessoas²⁹.

Assim, atualmente, as uniões poliafetivas não possuem a sua existência validada pelo Direito brasileiro e, embora subsistam de fato na seara da vida cotidiana do cidadão, em regra, não geram efeitos legais de casamentos ou união estável para seus componentes, já que em determinadas situações, quando o homem mantém relacionamento com duas mulheres, dispondo do desejo incontestado de constituir família com ambas, vindo este a falecer, é possível que a sua pensão seja dividida entre as duas mulheres.

Certo é que, no questionamento sobre a viabilidade de existência no mundo jurídico da poliafetividade, vários argumentos e teses são utilizados. Há os que defendem³⁰, que não existe previsão legal para o instituto, mas também não haveria impedimento legal na legislação brasileira, já que o texto legal fala em homem e mulher, mas, como mencionado acima, já existe a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo³¹, possibilitando a extensão da interpretação da aceção de família para as uniões poliafetivas. Há também os que justificam a impossibilidade da poliafetividade devido a questão da bigamia tipificada no Código Penal.

3. A MULTIPARENTALIDADE E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

A Constituição Brasileira, em seu art. 226 § 7º³², ampara as famílias para que estas possam estruturar seu planejamento familiar. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável são bases estruturais para a decisão dessas famílias no

²⁸GLOBO. *União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã SP*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

²⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁰Ibid.

³¹VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Afetividade: Da possibilidade Jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2002, p.106.

³²BRASIL, op. cit., nota 23.



que diz respeito sua formação e se estendem para os casais que resolvem fazer o procedimento de fecundação *in vitro*. A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana possui um viés binário, visto que ao mesmo tempo que opera a escolha do casal pelo procedimento realizado para a fecundação, também materializa a autonomia da vontade³³.

O termo “filiação” deve ser interpretado sob uma perspectiva plural, considerando a questão genética e a questão afetiva em que se estabelece uma relação contínua e duradoura, capaz de estabelecer laços fortes o suficiente para sua constituição e manutenção. O conceito de filiação no Direito de Família pode abranger três vertentes: (i) a filiação presumida relacionada aos casamentos, nos casos dos pais e no caso das mães relacionadas aos partos; (ii) a filiação biológica, caracterizada pelo exame de DNA; e (iii) a filiação socioafetiva³⁴.

Dentre as possibilidades ancoradas nos tipos de filiação é possível estabelecer que a filiação socioafetiva propaga as possibilidades de filiação fora do contexto biológico e essa afirmação se traduz em extrema importância quando é confrontada com o novo conceito de família dado pelo Judiciário. Não é à toa que o autor Rodrigo da Cunha Pereira estabelece a importância dessa relação socioafetiva na formação da pessoa: “é que alguém ocupe, em seu lugar imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe, mesmo não estabelecendo com eles, necessariamente um vínculo biológico [...]”³⁵.

Por analogia, se observa neste mesmo contexto a corporificação do instituto da multiparentalidade, que ocorre nas situações em que se pode associar a parentalidade socioafetiva e a parentalidade biológica, como atualmente já reconheceu a Justiça, por exemplo, nas situações já citadas acima, como de adoção à brasileira e em casos de crianças que ficam órfãs logo depois do nascimento.

Na mesma leva da multiparentalidade, é importante ressaltar a questão da bimaternidade e bipaternidade nos casos de adoção ou de fertilização *in vitro* de casais homossexuais, em que os tribunais, em função da extensão do conceito de família, já permitem a colocação do nome dos pais ou das mães na certidão da criança. Destaca-se que algumas doutrinas tratam esses casos não como multiparentalidade, mas sim de biparentalidade ou ainda, bimaternidade ou bipaternidade³⁶.

Embora grande parte dos doutrinadores sustente que a paternidade socioafetiva deve prevalecer diante da paternidade biológica, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)

³³BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12. ed. rev., atual de acordo com a Emenda Constitucional nº 95. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1550.

³⁴FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1841 e 1842.

³⁵PEREIRA apud *ibid.*, p. 1849.

³⁶CASSETTARI, op. cit., p. 160.



entendeu que o ser humano é biológico, afetivo e ontológico, citando dessa forma a teoria tridimensional no direito de família. Nesse sentido, não deveria preponderar a paternidade socioafetiva tampouco a paternidade biológica: cada caso ser analisado individualmente, conforme julgado do TJRS Apelação Cível nº 70029363918; 8ª Câmara; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 7.5.2009³⁷.

Há que se observar que o padrão dos tribunais tem sido negar a multiparentalidade, mas, conforme já mencionado nesse trabalho, existem situações nas quais ela acaba sendo aceita pelo Judiciário, a depender do caso apresentado.

É notório que as relações poliafetivas ainda não são legalmente aceitas pela Justiça, contudo, elas já existem na esfera de muitos lares brasileiros, ainda que sobre o pendor da clandestinidade. Por consequência, a multiparentalidade dentro do contexto dessas relações, da mesma forma não são tratadas dentro da esfera legal, deixando de certa forma de amparar crianças que poderiam ter um respaldo mais robusto, específico e estendido nas questões de separação desses casais que convivem em poliafetividade.

É importante destacar que o direito de família é uma das relações mais íntimas na esfera dos direitos privados e não é à toa que todos os processos ligados à área do Direito de Família seguem seus procedimentos em segredo de Justiça. O Estado só interfere nessa seara, quase que sagrada, com o intuito direto de proteger os sujeitos mais vulneráveis dessa relação que, em regra, são as crianças, os adolescentes e os idosos³⁸.

Nesse sentido, vale mencionar que essa intervenção mínima na esfera da autonomia privada é um norte para os que defendem a existência legal das famílias poliafetiva pois, para estes, a existência dessas famílias em nada interfere na seara pública e tampouco ultrapassa as barreiras individuais de seus componentes. Portanto, auferem requisitos da autonomia privada.

É certo que os padrões familiares sob a égide dos quais o texto constitucional vigente foi positivado acabam, muitas vezes, salientando a questão da monogamia constitucional como um parâmetro para a não aceitação das relações poliafetivas. Com efeito, a Constituição estabelece o impedimento do casamento entre mais de duas pessoas. Não obstante, a legislação vigente objetivamente veda, também, o tratamento diferenciado da criança, seja qual for a categoria da relação que ensejou em seu nascimento – seja monogâmica, seja poligâmica³⁹.

Além disso, trata-se, de evidente contradição normativa (i) criminalizar uma relação afetiva que pode ter ensejado no nascimento de uma criança, sob a alcunha de bigamia, vide

³⁷Ibid., p. 174.

³⁸FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1674 e 1675.

³⁹DIAS, op. cit., p. 44.



art. 1521 inciso VI do Código Penal⁴⁰; e simultaneamente (ii) não atribuir o mesmo tratamento jurídico *contra legem* ao relacionamento monogâmico caracterizado pela traição. Ora, não seria muita condescendência com as práticas não relacionadas com a boa fé ou *venirem contra factum proprium* permitir uma e criminalizar outra?

Por certo, é importante salientar uma questão preponderante que ocorre atualmente nos tribunais e que pode influenciar em muito o equilíbrio emocional das crianças advindas das relações poliafetivas nos casos de separação: a guarda compartilhada. Hoje, embora o art. 1584 do Código Civil⁴¹ determine os dois tipos de guarda, a unilateral e a compartilhada, é possível perceber dentro do sistema uma preponderância da guarda compartilhada.

Não obstante, a efetivação da guarda compartilhada talvez não se mostre tão fácil de ser aplicada nos casos das relações poliafetivas. Nesse sentido, se as peculiaridades da guarda compartilhada já são muitas vezes difíceis de serem colocadas em prática na questão em que se tem duas pessoas partilhando a guarda da criança, o que dizer nos casos em que três pessoas viessem a compartilhar a guarda e decidir questões da vida diária da criança, como qual escola cursar?

Por outro lado, ter a possibilidade de se constituir a multiparentalidade nas relações poliafetivas não pode ser parâmetro para determinar que toda a relação poliafetiva teria que ser sinônimo de materialização de multiparentalidade. Caso contrário, todas as relações de madrastra e padrasto seriam sinônimos de paternidade ou maternidade, o que de certa forma até afastaria ou mesmo impossibilitaria a aproximação e constituição de laços afetivos entre esses atores – o que não significa que não se possa estabelecer a possibilidade de multiparentalidade nesses casos, já que o melhor interesse da criança deve ser o atendido.

Indubitavelmente, embora exista a incidência da tridimensionalidade do direito de família, estabelecendo a coexistência do fator biológico, afetivo e ontológico na esfera do direito de família, é possível perceber que a afetividade deve ser requisito inerente a qualquer possibilidade de filiação adotada ao caso concreto, a presumida, a biológica e a afetiva⁴². Nesse sentido, correto seria dizer que: somente através da afetividade é possível construir vínculos diários e permanentes capazes de materializar o conceito antigo e talvez ainda que retirado do conhecimento empírico, o mais acertado de todos, em que os pais são aqueles que criam.

⁴⁰BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁴¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁴²FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 1852.



Essa pesquisa constatou que o instituto da multiparentalidade ainda não alcança as crianças advindas das relações poliafetivas, até porque as famílias instituídas dessa forma não são, ainda, objeto de materialização e existência legal. Contudo, essas instituições familiares já são uma realidade em muitos lares brasileiros, haja vista as escrituras públicas feitas em cartório antes da decisão do Conselho Nacional de Justiça em 2018. Nessa ocasião, ficou decidido que os cartórios brasileiros não poderiam registrar uniões poliafetivas.

Dessa forma, o direito da criança e do adolescente abrange a esfera da proteção integral sobre a criança e o adolescente. No entanto, as situações atualmente permitidas na lei para o instituto da multiparentalidade somente abrangem as situações em que o genitor(a) se casa novamente e a madrasta ou padrasto solicitam a adoção da criança sem que seja feita a retirada do nome do genitor(a), falecido(a) logo após o parto e nas situações de adoção à brasileira. Caso esse, em que o adotado requer do Judiciário a inclusão dos nomes de seus genitores no registro de nascimento. Assim, as situações originárias de crianças advindas das famílias poliafetiva não são, até o momento, abrangidas pela legislação brasileira.

É inquestionável que as relações poliafetiva ainda não são uma realidade aceita no mundo jurídico. Contudo, em um país onde grande número de crianças possui seus registros de nascimento materializados, em regra, somente com o nome da mãe, não seria plausível limitar o instituto da multiparentalidade sob o argumento de que existem problemas práticos na adoção do mesmo, em relação aos alimentos, a guarda ou a qualquer outro empecilho que possa ser resolvido casuisticamente em juízo. Além disso, a autonomia da vontade dos pais na formação de suas famílias e a proteção integral da criança deve ser o parâmetro e o foco a serem perseguidos nas soluções dessas demandas.

Vale ressaltar que existe a discricionariedade dos juízes em algumas determinações durante o processo. No entanto, os direitos e garantias fundamentais descritas na CRFB/88 não possuem respaldo para liberdade de escolha. Assim, pode-se dizer que crianças amadas por determinado ente de uma família, não podem ter seu direito impedido. Por outro lado, vale mencionar, não se pode generalizar o instituto da multiparentalidade pois as figuras da madrasta e do padrasto são figuras distintas e devem continuar a existir nas relações familiares. Portanto, é preciso dar amparo para aqueles casos em que existe realmente uma relação diferenciada e o desejo de assumir os deveres inerentes à parentalidade de uma criança que implica em dedicação e cuidado.



Em síntese, satisfazer os pleitos relacionados a pedidos de parentalidade exige escrutínio do afeto e da necessidade de atender-se ao melhor interesse das partes envolvidas, privilegiando-se os menores a serem tutelados. Nesse contexto, estabelecer uma dogmática que regule a complexidade dessas relações requer tomar-se como fundamento norteador na seara familiar o que subjetivamente possa ser chamado de afeto, mas que objetivamente no Direito positivo se apresenta sob a alcunha de melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63/2017*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

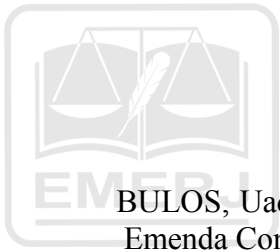
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 889.852*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Tribunal Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprosos-sem-qualquer-hierarquia>>. Acesso em: 18 mar. 2020.



BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*: 12. ed. rev., atual de acordo com a Emenda Constitucional n. 95. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito de Família*: Família. Sucessões. 5. ed. ver. e atual. v. 5º. São Paulo: Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*: de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Poliafetividade, alguém duvida que existe?*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2020

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. ver. e atual. V. único. Salvador: Jus Podivm, 2018.

GLOBO. *União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã SP*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: direito de família. 14. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

HAFEMEISTER, Thomas L. Castles Made of Sand? Rediscovering Child Abuse and Society's Response. *Ohio Northern University Law Review*, v. 36, p. 819, out. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1565582>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

JORNAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS (JRI). *Os documentos internacionais sobre os direitos das crianças e adolescentes*. Disponível em: <<https://jornalri.com.br/artigos/os-documentos-internacionais-sobre-os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Afetividade*: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2002.



ANÁLISE CRÍTICA DA DESAPROPRIAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aline Freitas Aguiar Silva

Graduada pela Universidade Iguazu.
Pós - Graduada no Curso de
Especialização em Direito Público e
Privado da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Busca-se com o presente trabalho, propor uma análise crítica à postura do Estado no momento da retirada dos habitantes das áreas desapropriadas, visto que dispõe de todos os meios e até mesmo os mais severos meios para obtenção de êxito durante a desapropriação, tais como a utilização de força policial e maquinário apropriado para a demolição das construções, seja para a desocupação do espaço urbano ou rural que desocupado, atenderá exclusivamente ao próprio interesse Estatal que continuamente avança em detrimento da população mais pobre, que perde sua moradia, e na ausência de outros pontos para se realocar permanecem no espaço desapropriado e de lá são retirados de forma violenta e desumana, diante do poder público que não observa os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Desapropriação. Propriedade. Desocupação. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário: Introdução; 1. A relevância da evolução da desapropriação. 2. Importância da natureza jurídica da desapropriação e respeito aos seus requisitos. 3. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de moradia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com esta pesquisa encontrar uma maneira legal para que a população de baixa renda obtenha as mesmas oportunidades, paridade de armas, devido processo legal, dignidade, que são oferecidos às classes detentoras de maior poder aquisitivo para manutenção de sua propriedade, ante ao Estado que desapropria espaços, para a realização de construções, que na realidade, só atendem ao seu interesse em detrimento da população mais pobre, que perde sua moradia, e, na ausência de outras áreas, que deveriam ser previamente selecionadas pelo Estado, para sua realocação, permanecem no espaço desapropriado e de lá são retirados de forma violenta e desumana, diante da face severa do poder público, que não observa os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana.

Importante destacar a relevância jurídica e social do tema. Isto porque, uma vez desapropriado o bem, o proprietário se percebe numa situação de vulnerabilidade tão grande,



pois a maneira como o procedimento é conduzido, impossibilita o retorno à vida com dignidade, uma vez que se vê impossibilitado de adquirir um imóvel nos mesmos padrões.

A larga discussão doutrinária aponta para o Decreto Lei nº 365/1941, que regulamenta a desapropriação, que estaria fora de compasso com a situação constitucional atual, que garante maior proteção ao cidadão e prioriza a dignidade em sentido amplo.

No primeiro capítulo, será analisada a evolução da desapropriação, observando as diversas formas de lidar com o instituto ao longo do tempo. A visão aplicada será abordada de maneira crescente, bem como, as soluções apresentadas pelo poder público no percurso temporal. É relevante para a pesquisa a narrativa da evolução do instituto, para tracejar o momento em que as classes menos privilegiadas e suas necessidades foram notadas pelo Estado e se essa iniciativa Estatal foi o suficiente para atender as necessidades humanas em um Estado Democrático de Direito.

Já no segundo capítulo, será analisado à luz do Direito Brasileiro à natureza jurídica da desapropriação e como esta poderá ser vista como forma originária de aquisição da propriedade, bem como, sua necessidade pública, interesse social ou utilidade pública para que seja realizada.

Por derradeiro, o terceiro capítulo será norteadado por questões sociais, jurídicas e constitucionais, que almejam encontrar soluções para que o instituto a desapropriação, seja adequado ao princípio a dignidade humana.

Assim, ao discutir e refletir sobre as questões acima apontadas procura-se ampliar o campo de conhecimento de todos que operam o direito, propondo, ao final uma mudança no procedimento da desapropriação privilegiando, assim, a pessoa e seus direitos mais fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende eleger as premissas de alta probabilidade em que a construção seja similar, baseada nas hipóteses adequadas para analisar o objeto da pesquisa, isto é, sendo as hipóteses verossímeis, as conjecturas também serão verdadeiras.

A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador utiliza como referência, bibliografia direcionada ao tema, para sustentar sua tese.

1. A RELEVÂNCIA DA EVOLUÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO

Devido às grandes modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito dos Direitos Administrativos e Constitucional, principalmente com a evolução dos costumes e



hábitos da sociedade, e com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em que houve uma reformulação de critérios de proteção aos direitos patrimoniais que sofreram mitigação ante ao novo princípio da dignidade da pessoa humana, assim faz-se necessário traçar a evolução do instituto.¹

A propriedade tem por fundamento a própria evolução humano, pois cada ser humano ocupou bens que entendia indispensáveis para sua sobrevivência. A lei de cada país sempre foi o requisito máximo de segurança para a propriedade de cada indivíduo.²

A humanidade em seus primórdios esgotava todos os recursos naturais de uma determinada área, até que dela nada mais pudesse ser extraído, e em seguida os povos migravam para outra área de recursos preservados e aptos para atender suas momentâneas necessidades e assim por diante, pois não havia uma ideia central de continuidade.³

A apropriação do solo, entretanto, só se tornou necessária quando os povos primitivos, após viverem séculos no regime da caça e pesca, começaram a praticar agricultura, pois até então a propriedade do solo a ninguém interessava. Após esse período há diversos relatos históricos que apontam o interesse na propriedade apenas para terras cultivadas em interesse da coletividade.

Na Roma antiga o direito à propriedade era entregue ao que possuía mais força, pois os povos ao entrarem em guerra, o faziam por poder e pelos bens do adversário, e assim, o vencedor levava os despojos da guerra, que eram bens móveis, mulheres, crianças e por fim a ocupação daquele território que acrescentaria além dos bens que representavam riqueza, a terra que aumentaria o domínio de um povo sobre o outro. Realmente é difícil escrever com precisão, qual foi a forma originária de propriedade. Podemos dividir as opiniões sobre o assunto, basicamente em duas correntes: a dos socialistas preocupados em demonstrar a existência social de um consumismo de terras e dos economistas clássicos, decididos pela configuração primitiva de uma sociedade individual de caráter absoluto e uniforme.⁴

Já na idade média, a propriedade passa a adquirir caráter político, com a figura típica do feudo e seus senhores. A partir da Revolução Francesa, o direito de propriedade tornou-se tipicamente individualista, e este individualismo atravessou o mundo e se arraigou na história de várias nações.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ ARRUDA ALVIN, Angélica. Função social, propriedade e as modalidades sociais de usucapião. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Rio de Janeiro, nº 02, p. 130, jan. 2007.



O Decreto Lei nº 3.695, de 1941⁵, que é a lei brasileira de desapropriação, já completou setenta e nove anos. De toda a sorte, vem sofrendo consideráveis modificações ante os princípios constitucionais adotados a fim de que o indivíduo receba mais proteção e valia do que a propriedade em si, que para ser reconhecida deverá atender a uma função social amplamente colaborativa.

A desapropriação era entendida somente como modo de transferência de bens imóveis para o Estado. O fenômeno se explica por fatores históricos, uma vez que a propriedade imobiliária era de até o final do século passado, a base fundamental da riqueza.

Além disso, há forte influência da religião, fundada principalmente, na crença da imortalidade de seus ancestrais mortos, que eram cultuados como verdadeiras divindades pelos familiares, ensejando uma íntima ligação entre propriedade, religião e família, a tal ponto que era impossível que a família se desligasse da terra, sem abandonar a religião que antes professava.

Com a evolução econômica, a riqueza como um todo dissociou-se dos bens materiais: novas formas de cultivo, internet, direito empresarial, negócios, tornaram-se a base do patrimônio dos indivíduos. Nesse passo, o Estado também precisou intervir na economia e com isso precisou posicionar-se mais especificamente entre os direitos privados e o interesse público.

A desapropriação desenvolve-se por meio de uma sucessão de atos definidos em lei e que culminaram com a incorporação do bem ao patrimônio público, conceito elaborado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁶

Esse procedimento é compreendido pela fase declaratória e a executória, abrangendo nesta última, uma fase administrativa e uma fase judicial.

Na fase declaratória o poder público declara a utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação, em seguida a fase executória, que poderá ser administrativa ou judicial, compreende atos pelos quais o poder público promove a desapropriação, ou seja, adota medidas necessárias à efetivação da desapropriação, pela integração do bem ao patrimônio público.

Assim a desapropriação se tornou o moderno e eficaz instrumento de que vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras públicas e serviços públicos; para

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de Junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194.

propiciar a implantação de planos de urbanização, para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições, e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada⁷.

Existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do estado, o bem particular, que há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível e que a hipótese é de interesse social quando o estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais eqüitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade.

2. A IMPORTÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DA DESAPROPRIAÇÃO E RESPEITO AOS SEUS REQUISITOS

A natureza jurídica da desapropriação pode ser explicada como forma originária de aquisição da propriedade⁸. A forma originária de aquisição da propriedade é aquela que nasce de uma relação entre o direito e a coisa, ou seja, diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente do outro⁹.

A despeito da natureza jurídica da desapropriação ser forma de aquisição originária, também engloba o procedimento administrativo e, quase sempre, o judicial. Procedimento é um conjunto de atos e atividades, devidamente formalizados e produzidos com sequência, com vistas a ser alcançado determinado objetivo. No procedimento de desapropriação, tais atos se originam não somente do poder público, mas também do particular proprietário. Seja como for, é essencial que sejam formalizados esses atos, tanto para a garantia de uma parte quanto da outra¹⁰.

Roberto Dromi conceitua desapropriação como o instituto direito público mediante a qual o Estado, para o cumprimento de um fim de utilidade pública, priva coativamente da

⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 486.

⁸ PIETRO, op. cit., p. 197.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.



propriedade de um bem o seu titular, seguindo um determinado procedimento e pagando uma indenização prévia, em dinheiro, integralmente única e justa¹¹.

A Luz do direito brasileiro¹², a desapropriação se caracteriza como procedimento administrativo, através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si em caráter originário, mediante indenização prévia e justa e pagável em dinheiro, salvo os casos de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em título da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado o seu valor real.

A desapropriação pode ter por objeto qualquer bem suscetível de valoração patrimonial. O bem desapropriado pode ser móvel ou imóvel, corpóreo e incorpóreo. A desapropriação poderá incidir sobre o espaço aéreo, o subsolo e as ações.

Os bens imóveis, entretanto, só podem ser desapropriados por um ente federado em cujo território estejam situados. Dito de outra forma, um estado não poderá desapropriar bens imóveis situados no território de outro município. Essa restrição não se aplica à União, que pode desapropriar bens que se encontrem em qualquer ponto do território nacional.

Os bens públicos pertencentes às entidades públicas podem ser objeto de desapropriação, mas devem observar as restrições vazadas no Decreto Lei nº 3.365/1941, dispositivo que a nossa jurisprudência entende compatível com a Constituição de 1998.

Sob o aspecto formal, a desapropriação é um procedimento, que quanto ao conteúdo, constitui transferência compulsória da propriedade. Com a finalidade de reconhecer os aspectos basilares da desapropriação é inevitável não pensar em sua natureza jurídica como um ponto de partida, pois essa, é um conteúdo que busca explicar o princípio ou a essência de um instituto jurídico. Partindo destas características, é utilizada a natureza jurídica para fazer a classificação dentro de uma determinada categoria.

A desapropriação por utilidade pública é caracterizada em hipóteses nas quais a desapropriação do bem atende a mera conveniência do poder público, sem ser imprescindível, enquanto a desapropriação por necessidade pública, decorre de situações de urgência ou de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Nas hipóteses de necessidade pública, se faz necessária a transferência urgente de bens de terceiro para o poder público, ou

¹¹ DROME, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p.187.

¹² MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 502.

para entidades por ele indicadas, a fim de que a situação emergencial seja resolvida satisfatoriamente.¹³

Ressaltando ainda, a necessidade de estudo da natureza jurídica da desapropriação, imprescindível se torna o estudo etimológico do instituto, que de certa é antecessor da natureza jurídica em si. A palavra desapropriação, da origem latina *propriu*, significa a perda propriedade de alguém. Contudo, com as evoluções históricas e o desenvolvimento da sociedade fizeram com que esta definição fosse tomando caminhos complexos, já que colide diretamente com o direito de propriedade¹⁴

Apesar da natureza jurídica do instituto, nascer exatamente da etimologia da palavra, não é aplicado de forma integral a fim de resguardar o direito fundamental a propriedade, não obstante, ser prevalente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado¹⁵.

Então, a desapropriação deveria ser uma forma de propiciar o bem comum não em detrimento ao direito privado, mas em prol do próprio desenvolvimento da sociedade. Contudo, é notório que as políticas públicas, passem por cima do interesse de uma sociedade e desapropriem espaços que serão utilizados mediante o seu próprio interesse, sem deixar legado¹⁶.

Oportuno destacar a série de desapropriações que ocorreram na Vila Autódromo para a construção do Parque Olímpico do Estado do Rio de Janeiro¹⁷, cujo legado não contribuiu para o desenvolvimento social, ao contrário disso, desapropriou de forma violenta setecentas famílias e hoje sede espaço para a iniciativa privada, para a realização de megaeventos.

Cada desapropriação, dotada dos atributos já apontados como no caso da Vila Autódromo¹⁸, gera no indivíduo um sentimento de desprestígio como ser social. A todo o momento os menos privilegiados se tornam alvos dos desmandos do poder público. Ora, sem perspectivas, o expropriado é lançado à margem do sistema, retirando do instituto a justa causa e o desenvolvimento social.

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 26. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.163.

¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 202.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ YOUTUBE. OAB/RJ, Comissão de Direitos Humanos da. *Vila Autódromo 2016 - Gentrificação*. Youtube. 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RXEChs36LE0>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

¹⁸ *Ibidem*.



Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos¹⁹, dotados de razão e de consciência, que os leva a agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Os direitos humanos são garantidos legalmente pelo ordenamento jurídico²⁰, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e dignidade da pessoa humana.

É incompatível com a natureza jurídica do instituto, com sua etimologia, bem como com sua previsão Constitucional, o exercício da desapropriação de forma não solidária, sem pensar no micro, para de fato existir o desenvolvimento do macro.

Os direitos inerentes a pessoa humana, que hoje parecem de fácil entendimento e aceitação, mas não de fácil aplicação, foram objetos de batalhas sociais e internacionais ao longo dos anos²¹. O homem nem sempre foi visto como sujeito de direitos em sua plenitude e na maioria das vezes era tratado como um verdadeiro escravo pelo Estado.

Durante algum tempo muitos sustentaram que a dignidade da pessoa humana estava atrelada a garantia do mínimo existencial, no sentido de que o Estado deveria proporcionar o mínimo para que o indivíduo não morresse de fome. Atualmente e após muitas reflexões, essa concepção vem mudando, sendo certo que hoje quando se fala em dignidade de pessoa humana falamos também em: autonomia da vontade; respeito a sua integridade física e moral; direito ao meio ambiente saudável; ao direito de viver de forma digna.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar toda interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Percebe-se, desta feita, que é responsabilidade do Estado promover ao indivíduo uma existência digna. Esta, está intrinsecamente ligada a saúde, bem estar e principalmente ao direito a uma moradia digna, de maneira a propiciar o indivíduo a segurança necessária para formação de uma família, base da sociedade.

De certo que uma moradia digna é esteio, a base, a segurança da família, de modo que retirar dessa instituição um bem tão significativo acabaria por desestruturar uma instituição de importância ímpar na formação da sociedade, a família.

¹⁹ MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em: 07 abr. 2020.

²⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2002/10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²¹ VIENNA. *Convention on the law of Treaties*. 22 maio Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem e cor, condição econômica ou *status* social²².

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, liberdades fundamentais e liberdades públicas²³.

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos e não absolutos, segundo o princípio da convivência entre liberdades, embasado pelo Supremo Tribunal Federal, nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica de liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.²⁴

Significa dizer que existem parâmetros para o exercício de qualquer liberdade pública, e, como nos casos de desapropriação por maior interesse público, cabe ao Judiciário empreender uma interpretação constitucional conformadora ou harmonizante das normas assecuratórias de liberdades públicas de modo a evitar contradições entre bens e princípios jurídicos consagrados pela Constituição Federal.

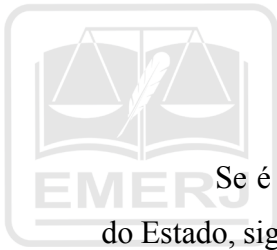
As normas Constitucionais são voltadas, primeiramente, para os Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário, que, ao exercer suas respectivas funções, tornam-se os destinatários diretos, primeiros e imediatos das liberdades públicas.

Para aplicação do texto Constitucional ao caso concreto, o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário efetivam os direitos e garantias fundamentais, como o direito fundamental à moradia, é nesse estágio que o povo passa a ser receptor do Texto Constitucional.

²² BULLOS, Uadi Lâmega. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 534.

²³ *Ibidem*, p. 535.

²⁴ *Ibidem*.



Se é certo que os indivíduos com menos recursos carecem de um olhar diferenciado do Estado, significa que necessitam de tratamento distinto do ofertado aos demais, dependendo assim, que haja uma ampliação geral da visão direcionada para as outras camadas sociais, a fim de que o princípio da isonomia seja de fato aplicado.

Por isso, é ilusório, dizer que as liberdades públicas são voltadas, num primeiro momento, aos cidadãos. Estes são os destinatários indiretos, secundários ou mediatos dos direitos e garantias fundamentais, os quais dependem de aplicação para se efetivar.

Todos são iguais perante a Lei, contudo, sem providência concreta, nenhuma liberdade pública sai do papel.

Nesse sentido, a população que tem menos acesso ao dinheiro, é a mesma que não tem acesso à cultura, educação, moradia e lazer, até porque o poder público não supre as necessidades sociais com o adequado rigor. Para um real tratamento isonômico, a norma constitucional deve ser sopesada²⁵.

No Brasil, para respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve-se seguir a norma prevista no artigo 5º *caput* da Carta Magna, que defere liberdade e igualdade para todos diante da lei.²⁶

A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica²⁷.

Não é difícil compreender e justificar a existência de um conceito como dignidade como valor comunitário, que faz parte do conteúdo e delinea os contornos da dignidade humana, ao lado do valor intrínseco. Os objetos que ele busca alcançar são legítimos e desejáveis, caso as suas linhas sejam corretamente traçadas. O problema crítico aqui são os riscos envolvidos. Quanto ao seu primeiro objetivo, proteção dos direitos e dignidade de terceiros, qualquer sociedade civilizada impõe sanções cíveis e criminais para salvaguardar valores e interesses relativos à vida, integridade física e psíquica, propriedades e costumes, entre outros²⁸. Não há dúvida, portanto, que a autonomia pessoal pode ser restringida para

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Lapot de Mello. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

²⁸ Ibidem.

impedir comportamentos nocivos, seja em nome da noção de princípio da ofensa por John Stuart Mil²⁹.

Quando o ato expropriatório em si ocorre sem observação ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, torna-se um castigo face ao expropriado pois fere, além do direito á propriedade, o direito á vida. O expropriado diante do desarraigo a que é submetido, em virtude dos inúmeros excessos aplicados, vê-se desmerecido e desvalorizado como ser humano, como se tudo o que tivesse construído ao longo da vida não fosse suficientemente valoroso para ser mantido.

Além do desarraigo físico ocorre o emocional, pois muitos outros laços além da propriedade são desfeitos, dentre eles sonhos, esperança e convívio. Deixando um lastro de dor que é praticamente irreparável, ocasionado pela destruição da memória afetiva. A desapropriação, afeta o direito de propriedade em sua substância, a medida seria como um castigo face ao expropriado.

Os moradores se sentem coagidos a receber a indenização, que nem sempre é justa, para desocupação pacífica dos imóveis. Quando não ocorre a desocupação no prazo determinado, ainda que não tenham sido efetivamente realocados, são surpreendidos pela execução do ato expropriatório pela força, pois as medidas liminares concedidas para a garantia da imissão na posse³⁰ são suspensas pelo poder público na sede do poder judiciário. Medidas essas, sobre as quais a grande maioria da população não possui acesso, pois a defensoria pública fica sobrecarregada diante das inúmeras demandas que são de sua atribuição.

A respeito da indenização dos bens desapropriados, cabe destacar que após a declaração de utilidade pública ou de interesse social, fazem jus a indenização as benfeitorias necessárias e, caso o proprietário tenha sido autorizado pelo poder público a realizá-las, também as benfeitorias úteis. Não são indenizáveis as benfeitorias voluptuárias realizadas após a declaração de utilidade pública ou de interesse social.³¹

²⁹ MIL, John Stuart, *On Liberty*. Londres: Penguin Books, 1984. p. 21,22 (PDF). Expressa a visão liberal clássica de que o limite legítimo da autoridade do Estado encontra-se na noção de dano e na sua prevenção.

³⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7 ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007. p. 702. Imissão na posse. É ato judicial que confere ao interessado a posse de determinado bem a que faz jus e da qual está privado. Ela pode decorrer também de ato entre particulares, mediante acordo extrajudicial.

³¹ ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 26. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.171.



Muitos expropriados não conhecem seu próximo destino, desconhecem o local em que serão realocados, em virtude da falta de informações do poder público, suas necessidades imediatas não são reconhecidas, desmerecendo-os ainda mais como cidadãos.

Como fator agravante, a ausência de planejamento, pois o estado alega ainda que não tem aparato jurídico para o pagamento de indenização aos cidadãos, tornando-se um obstáculo para que a medida interventiva na propriedade ou na posse seja alcançada sem maiores lastros de desalento. A necessidade social deve ser observada em primeiro plano, pois mostra-se mais valiosa que o desenvolvimento urbano.

É importante distinguir o instituto da desapropriação do processo de remoção, tendo em vista as diferentes consequências para os impactados. Resumidamente, diferem-se, vez que a desapropriação diz respeito aos imóveis os quais os moradores detêm o título de propriedade, já as remoções ocorrem em ocupações irregulares em que os moradores não possuem o título de propriedade.

As medidas efetivas para realocação do expropriado, deveriam ser priorizadas a fim de que o ordenamento jurídico se adapte de modo que o instituto da desapropriação e o princípio da supremacia do interesse público não mais sejam incompatíveis com os direitos fundamentais.

Sem segurança, a população se torna resistente e, sem planejamento o poder público se torna ineficaz. O crescimento e desenvolvimento social não deve ocorrer a todo custo, passando por cima do que é mais valioso ao homem: sua dignidade.

CONCLUSÃO

A ordem constitucional vigente requer que haja aplicação efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana como em vetor de equilíbrio entre as relações. A partir daí, então, tem-se que o Estado tem o dever não só de priorizar o indivíduo, seja na implementação de políticas públicas, seja na abstenção dos seus atos, mas também manter uma ordem jurídica condizente com este princípio vetor.

A questão relativa à justa indenização e a realocação decorrentes do processo de desapropriação se revela inadequada e inconstitucional na medida em que em desfavorece e deixa de observar o princípio vetor de toda a ordem jurídica: A dignidade da pessoa humana traduzida na sua faceta de Direito Fundamental à Moradia.

Como foi abordado neste trabalho boa parte da doutrina, bem como da jurisprudência ainda não tratam do tema com a importância que deveriam tratar. Ora, o Estado-Juiz tem como

função essencial a prestação jurisdicional em observância a todos os postulados constitucionais legitimamente instituídos, o que, portanto, requer um olhar mais atento para o assunto.

Não se pode conceber que num Estado Democrático de Direito, que se diz defensor da ordem constitucional e social, fechar os olhos e se quedar inerte para as questões sociais que decorrem desses processos de desapropriação.

É de se observar, que a jurisprudência começa a proferir algumas decisões dando conta da preocupação com a ordem social e constitucional no que tange às ações de intervenção do Estado na propriedade privada, o que traduz uma sensível e importante percepção do Poder Judiciário acerca das garantias fundamentais no seu aspecto tão fundamental na moradia.

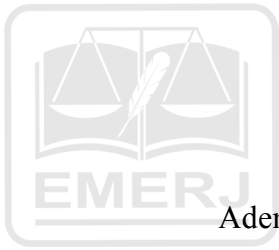
Importante ainda é dizer que a maior parte dos expropriados fazem parte da população de baixa renda e até mesmo próximos a linha da miséria, e assim não desfrutam de um olhar atencioso do Poder Público a ponto de atender suas necessidades primárias.

Não é de hoje que teorias formalizadas no ideário de grandes filósofos se apresentem total ou parcialmente descoladas da realidade as quais deviam fazer parte como método de compreensão e resolução dos conflitos, contudo o jurista Miguel Reale, conhecido como o pai do Código Civil de 2002, com sua Teoria da Tridimensionalidade do Direito demonstra a existência de um estreito vínculo entre a dimensão ontológica fato que revela o ser jurídico, a dimensão axiológica que valora o ser jurídico, e a dimensão gnosiológica que dá a forma normativa ao ser jurídico. Ou seja, as soluções devem ser reais atendendo as expectativas de pessoas reais, que passam por privações reais e não são meros sujeitos de teorias e doutrinas que se mostram incapazes de resolver o conflito na essência.

Neste diapasão, o fato devidamente valorado gera norma correspondente à realidade pois a teoria formulada vai de encontro à velha proposição estática e imutável de silogismo apenas pela incidência normativa ao fato, ataca que o Direito tem de ser pensado levando em consideração o todo social, os valores aos quais está submetida, culminando no entendimento correto do fato valorado.

Os desfavorecidos devem ser alcançados por normas protetivas, que atribuam a eles valor como ser humano, detentor de direitos, obrigações e proteção Estatal.

Não se deve continuar manejando a desapropriação como um processo burocrático, seja ele judicial ou administrativo. Deve-se observar a necessidade mais primária e singular do ser, que encontra em sua casa descanso e segurança, sendo esses critérios os mais valorosos no direito constitucional à moradia.



Ademais, novas políticas devem ser criadas, medidas menos traumáticas e mais humanas, com a única e exclusiva finalidade de entender e arrefecer a dor causada pelo desarraigo, oriundo da desapropriação.

É de se concluir, por todo exposto no trabalho, portanto, que a forma como se dá a expropriação decorrentes dos processos de desapropriação, observando apenas o melhor interesse Público é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana, princípio vetor da nossa ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 26. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Lapot de Mello. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2002/10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. *Decreto Lei nº 3.365*, de 21 de Junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BULLOS, Uadi Lâmega. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

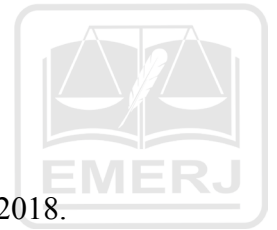
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARRUDA ALVIN, Angélica. Função social, propriedade e as modalidades sociais de usucapião. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Rio de Janeiro, nº 02, jan. 2007.

MIL, John Stuart, *On Liberty*. Londres: Penguin Books, 1984.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em: 07 abr. 2020.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil*. 7 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007.

YOUTUBE. OAB/RJ, Comissão de Direitos Humanos da. *Vila Autódromo 2016 - Gentrificação*. Youtube. 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RXEChs36LE0>>. Acesso em: 29 abr. 2020.



OS EFEITOS DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NA VIDA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O ENFRENTAMENTO ESTATAL

Alline Aparecida Fernandes Malvão Luciano

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – violência, por ser um fenômeno sociocultural, é definida de forma extremamente subjetiva, não se podendo determinar um padrão do que seria violência aceitável ou não, visto a riqueza cultural vigente no mundo. Assim, cada sociedade durante a sua formação adota seu próprio conceito de violência. Como característica no Brasil, desde seus primórdios, se verifica uma forte predominância da cultura patriarcal, machista e com traços de dominação religiosa. O que tornou a mulher um ser naturalmente subjugado. Costumeiramente, em sociedades como a brasileira a mulher é rotulada como frágil, dependente da proteção e cuidado masculinos. Sendo naturalmente subjugada, as mulheres acabam por ser alvo de comportamentos violentos com o fito de serem dominadas, controladas, e com meio social restrito ao ambiente doméstico. Com a edição da Lei Maria da Penha foi dado novo significado ao conceito, e, ao limite dos relacionamentos conjugais, logo o tema violência em âmbito doméstico vem deixando de ser um tabu, para ser debatido de forma pública e profunda. Apesar disso, mesmo após mais de uma década da edição da Lei nº 11.340 de 2006, os índices de violência doméstica contra a mulher no Brasil ainda são bastante elevados, incluído aqui os casos de feminicídios, que é o crime de homicídio praticado contra a mulher em razão da sua condição de mulher. Poucos são os projetos efetivos que viabilizam a repressão da violência psicológica, que se multiplica protegida pelo silêncio das vítimas e ausência de marcas visíveis em seus corpos. Estudos médicos retratam os perfis das mulheres vítimas da violência psicológica, e afirmam que as consequências das agressões no psiquê geram danos muitas das vezes mais severos que aqueles meramente físicos. Pacífico, é o entendimento de que a violência psicológica antecede a maioria dos casos de prática de violência física, ou mesmo feminicídios. Esse trabalho se dispõe a discutir a violência doméstica contra a mulher como fator social, e com o estudo de dados concretos trazer à baila a necessidade da promoção de meios eficazes para se erradicar essa prática tão violenta e cruel que é a agressão psicológica contra a mulher em ambiente doméstico.

Palavras-chave – Violência doméstica e familiar contra a mulher. Violência Psicológica. Lei Maria da Penha.

Sumário – Introdução. 1. A violência psicológica no contexto da Lei nº 11.340/2006. 2. As consequências na saúde psicológica da mulher agredida. 3. A ação estatal no atendimento à mulher vítima de agressão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute os deveres estatais acerca da proteção à mulher, bem como a implementação de políticas públicas com a finalidade de trazer ao debate da sociedade a origem histórica na aceitação dos crimes de agressão contra as mulheres, e formas efetivas de



coibir tal prática gerando mudança comportamental, principalmente no que se refere à agressão psicológica.

Para tanto, abordam-se diferentes posições doutrinárias, jurisprudenciais, e índices nacionais de agressão perpetradas contra a mulher em ambiente doméstico, com a finalidade de discutir a efetividade jurídica da lei em vigor e a atuação preventiva e punitiva, dos órgãos jurisdicionais e administrativos competentes.

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, não veio a integrar o ordenamento jurídico pátrio por empatia e desejo de maior proteção estatal às mulheres que diuturnamente são agredidas na nossa sociedade, mas sim por ter sido o Brasil responsabilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela sua omissão e negligência que perdurou por décadas em relação aos casos de violência doméstica perpetradas contra as mulheres. Em razão disso, portanto, foi recomendado a implementação de políticas públicas que fossem eficazes ao enfrentamento da violência doméstica. Levando-se em conta a realidade de descaso dos órgãos estatais diante da crueldade que passaram, e ainda vêm passando, as mulheres, apenas por ser mulher, a referida norma assumiu um importante papel nas relações de gênero, pois, com seu vigor, gradativamente, as mulheres passaram a ter coragem, força e firmeza ao denunciar seus agressores, certas de que seus problemas não seriam minimizados ou, simplesmente, que não sofreria objetificação por parte do Estado.

Inicia-se o primeiro capítulo com a definição de violência de gênero e violência psicológica, conforme a Lei nº 11.340/2006, segue-se, com o debate da violência psicológica, pois trata-se de um meio de violência que precede as demais, precede aquelas que deixam marcas visíveis, como a agressão física. A agressão psicológica é uma lesão provocada silenciosamente, dentro da suposta segurança do ambiente doméstico, sem testemunhas oculares, e ainda sem deixar nenhum vestígio aparente, na maioria das vezes sem marcas visíveis, dando ao agressor a sensação de impunidade, assim se torna muito atraente para aqueles vocacionados a humilhar as mulheres, podendo, assim, expressar livremente a misoginia que cultivam, sem nenhum momento se preocupar aos danos causados à saúde mental de suas parceiras, ex-parceiras ou filhas.

Ao longo do artigo, continua a discussão sobre as consequências psicológicas que mulheres vítimas enfrentam durante e depois da exposição à violência. Consequências que não se tratam rapidamente, muitas mulheres desenvolvem doenças psiquiátricas decorrentes dos traumas que são oriundos dessas relações abusivas em que eram agredidas, independente da forma de agressão.



O terceiro capítulo vem discutir a implementação e efetividade das medidas públicas assistenciais instituídas pelo Estado afim de garantir o direito fundamental a integridade física e psicológica das mulheres, assim como de suas famílias, analisando os serviços oferecidos e os elevados índices de violência que ainda são registrados, pois, conforme dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a Central de Atendimento à Mulher, através do ligue 180, apenas entre os meses de janeiro e julho de 2018, foram registrados 79.661 relatos de violência contra a mulher, sendo os maiores números referentes à violência física (37.396) e violência psicológica (26.527).

O desenvolvimento da pesquisa se dará pelo método hipotético-dedutivo em que as hipóteses que a pesquisadora acredita viáveis serão analisadas para ao final serem comprovadas ou rejeitadas.

Para tanto, a abordagem da pesquisa jurídica será a qualitativa, pois, a pesquisadora irá sustentar a sua tese baseada em doutrina acadêmica acerca do tema em questão, analisada e catalogada na fase exploratória da pesquisa.

1. A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.340/2006

A violência, como todo fenômeno sociocultural, possui elevado grau de subjetividade, até mesmo sua definição é subjetiva, portanto, não se pode determinar aleatoriamente um padrão para determinar violência. Culturas diferentes possuem as mais diversificadas noções daquilo que pode, ou deve ser tolerado, e quando o comportamento de outrem ultrapassou completamente o limite do aceitável.

Um exemplo muito claro da diversidade cultural ao redor do mundo, é a prática da mutilação genital realizada em países, em sua maioria, do continente africano, apesar de ser uma prática considerada criminosa e extremamente brutal pela Organização das Nações Unidas, que reúne esforços para que seja erradicada em todo o mundo, cerca de 90% das mulheres de países como Djibouti e Somália, na África, têm as suas vaginas mutiladas ainda quando crianças¹. Portanto, se torna fácil perceber que a definição de violência é muito efêmera, pois, apesar do Brasil possuir índices vergonhosamente altos no cometimento de feminicídio, a

¹ SOARES, Ana Lis. *"Naquele momento, só queria morrer", conta mulher mutilada*. Reportagem publicada pelo portal www.terra.com.br, em 29 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/naquele-momento-so-queria-morrer-conta-mulher-mutilada,4b55d1e5c8936410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 20 abr. 2020

mutilação genital, aparentemente, não seria tolerado em nossa sociedade, como é naquelas sociedades.

Portanto, cada sociedade ao se formar vai progressivamente consolidando no seu cotidiano a ideia da violência, característica presente desde a sua formação, de maneira que acaba se tornando um fenômeno perceptivelmente comum, e que se estende do âmbito público ao doméstico, como esclarece Souza².

O Brasil pode ser considerado como um país que possui como marca forte a cultura patriarcal, machista e com muitos traços de dominação religiosa. Culturalmente, a mulher é subjugada, subjugada seja por dependência financeira, seja por controle afetivo e sexual. É característico do brasileiro rotular a mulher como frágil, dependente da proteção e cuidado masculinos, e todas aquelas que conseguem se libertar desse rótulo acabam por serem tratadas como diferentes, não aceitas, recebendo para si os holofotes da hostilidade.

Em uma sociedade em que a mulher é naturalmente subjugada, nasce um meio propício para que mulheres recebam atitudes violentas com o fito de serem dominadas e controladas, e terem seu meio social restrito ao ambiente doméstico. Ensina Dias³ que, em geral, nas situações de violência em ambiente familiar o foco do homem não é o de destruir a vítima, mas sim submetê-la a sua vontade, controlando-a, para tanto procura destruir a sua autoestima.

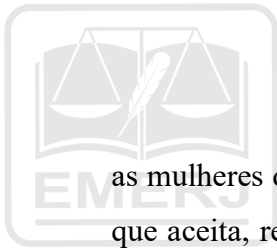
Com a edição da Lei nº 11.340/2006⁴ a sociedade brasileira foi surpreendida com um novo conceito de respeito e dignidade dirigida às mulheres, o que antes era tratado como algo íntimo, que somente deveria ser discutido entre os cônjuges, passou a ser temas de palestras e debates. As mulheres passaram a ser ouvidas de modo que a sociedade nunca mais poderia voltar a esconder e minimizar a violência contra a mulher. As agressões físicas, verbais, morais e psicológicas, estão saindo do viés romantizado e esquizofrênico que foi repetido durante séculos. A mulher enfim conseguiu se levantar e afirmar para a sociedade que não é romântico ser agredida, e que não precisa de ninguém para lhe sustentar ou ditar os caminhos e escolhas que deve fazer.

Contudo, a simples edição da lei, não transforma a sociedade imediatamente, passando de uma sociedade que enxergava natural a postura de dominação e agressão dos homens contra

² SOUZA, Hugo Leonardo; CASSAB, Latif Antônia. *Feridas que não se curam: A violência psicológica cometida à mulher pelo companheiro*. In: Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas. Paraná: Universidade Estadual de Londrina, 2010.

³ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.



as mulheres de seu âmbito doméstico, esposas e filhas, para uma sociedade mais consciente, e que aceita, respeita e valoriza a mulher como um ser-humano detentora de direitos, que deve receber tratamento digno de seus pais, irmãos, cônjuges, e principalmente do Estado. A desconstrução dos comportamentos e afirmações impostas durante anos, requer muito mais do que o mero vigor de uma norma legal.

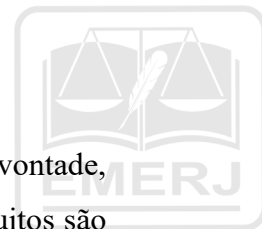
As mulheres, em geral, foram criadas e ensinadas, inclusive por outras mulheres, avós, mães e tias, desde muito novas, a aceitar as agressões, e até mesmo entender que se tratava de algo normal. Infelizmente, apesar do empenho social e estatal no combate à agressão doméstica, muitas mulheres nem sequer conseguem entender que vivem um relacionamento abusivo, consideram um tratamento mais agressivo algo natural em relacionamentos conjugais, ratificam para seus companheiros a ideia de serem objeto e propriedade deles.

A violência doméstica não é nada recente, muito pelo contrário, é um comportamento antigo e enraizado na sociedade, de modo que muitas mulheres por ter presenciado agressões perpetradas contra suas mães, seguido da passividade delas com o agressor, passaram a aceitar, e até mesmo entender como correto a agressão em âmbito doméstico.

O enfrentamento da violência doméstica, deve ser firme e consciente, pois se trata de um crime muito perigoso e com alto índice de impunidade. A impunidade é uma das marcas dos crimes de violência doméstica, pois quando cometido no interior das residências da vítima não deixam testemunhas oculares, ao mesmo tempo, em que a mulher vítima normalmente não toma iniciativa de fazer a comunicação do delito, pois, possuem com seus agressores uma relação íntima e de afeto.

Apesar de a resistência da vítima em fazer a comunicação do cometimento do crime, a violência sofrida gera uma série de consequências importantes e profundas. A mulher se vê num constante confronto psicológico, entre o que acredita de si e o que seu algoz demonstra que ela é. Gerando em sua psiquê um misto de sentimentos, como a injustiça, a insegurança, a culpa, o medo, a vergonha, e a incredulidade.

É importante ressaltar que a violência doméstica em todas as suas formas causam danos psicológicos às vítimas, pois, a autoestima feminina é constantemente violada, de forma a fazer com que a vítima crie uma dependência amorosa, a mulher vítima acredita no seu desvalor, acredita nas acusações e rótulos utilizados como meios para prática do crime, ao final, a mulher não consegue vislumbrar um modo de acabar com as agressões, acredita que perdeu todo o seu valor e que nunca conseguirá ser novamente feliz ao lado de outro companheiro, e ao se acostumar ao um meio hostil, acredita que nunca irá se ver livre de relacionamentos abusivos.



Para se livrar do jugo que a aprisiona, a vítima precisa rasgar o silêncio, e, por vontade, e força própria, lidar com todos os aspectos emocionais e buscar ajuda no Estado. Muitos são os fatores que garantirão ou não a notícia do crime, a vítima precisa acreditar que será socorrida pelo Estado de modo eficaz, de modo que cesse a violência, principalmente que irá encontrar um estado preparado para lhe atender de maneira digna.

Diante de tal realidade o Brasil, pressionado por órgãos internacionais, sancionou a Lei Maria da Penha, cujo objetivo, disposto no seu artigo primeiro, é prevenir e punir aqueles que cometem violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei ainda define, no seu artigo quinto, violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral e patrimonial. Importante entender que a lei é aplicada mesmo que não haja vínculo familiar entre a vítima e o agressor, a relação íntima de afeto engloba pessoas que convivam ou que já tenham convivido, como no caso de ex-cônjuges, e independente de orientação sexual.

No entanto, mesmo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, crimes que envolvam a violência doméstica permanecem com altos índices de cometimento, segundo dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁵, entre janeiro e julho de 2018, o ligue 180 registrou 79.661 relatos de violência contra a mulher, sendo os maiores números referentes à violência física (37.396) e violência psicológica (26.527). Vale lembrar que esses dados se referem apenas às ligações recebidas pelo ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher, canal oferecido pelo governo que se presta a registrar as denúncias de violência contra mulheres, encaminhá-las aos órgãos competentes e realizar seu monitoramento, além de fornecer informações sobre direitos da mulher, amparo legal e a rede de atendimento e acolhimento.

Conforme a Lei Maria da Penha⁶, são cinco as formas de violência contra a mulher: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Em relação à violência psicológica, no seu artigo 7, inciso II, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.772, no final do ano de 2018⁷, é entendida como:

qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz,

⁵ BRASIL. *Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos*. Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM). Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/politicaspamulheres>>. Acesso em: 23 set 2019.

⁶ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.772*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.



insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência contra as mulheres constitui uma forma de violação dos direitos humanos, segundo a Lei Maria da Penha, além de constituir um grave problema social e de saúde pública que deve ser enfrentado pelo estado brasileiro urgente e eficientemente.

As vendas que cegavam as mulheres foram, aos poucos, sendo retiradas e os direitos por elas adquiridos não podem retroceder.

2. AS CONSEQUÊNCIAS NA SAÚDE PSICOLÓGICA DA MULHER AGREDIDA

É muito comum que o crime doméstico tenha como autor pessoa próxima da vítima, geralmente fazem parte da família, ou seja, são pessoas que possuem a confiança da vítima por serem afetivamente próximos a ela. Cerca de 70% dos feminicídios, no mundo, foram praticados por cônjuges ou um parceiro íntimo da vítima.

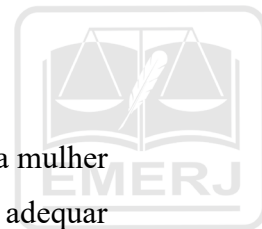
Day⁸ define violência intrafamiliar como toda ação ou omissão que possa de algum modo atingir de maneira negativa o bem-estar, a integridade física, psicológica, ou ainda atos que possam cercear os demais de sua liberdade e direito de pleno desenvolvimento enquanto ser-humano. Ou seja, a violência intrafamiliar não está presa ao interior de uma residência, pelo contrário, existindo uma relação de poder e subordinação entre vítima e agente o delito pode ser cometido no interior ou fora de casa, com ou sem testemunhas, havendo vínculo biológico ou afetivo, sendo indiferente a existência de oficialização civil do relacionamento.

Ao estudar a situação da mulher vítima, de acordo com Santos⁹, a violência contra a mulher se evidencia quando sua participação ativa nos principais eventos históricos da humanidade é ignorada, de modo que as mulheres se tornam invisíveis, ou até mesmo sendo responsabilizadas por toda sorte de males que acometem a sociedade e a humanidade.

Uma ideia tão nefastamente reproduzida ao longo da história que passou a ser tida como verdadeira no imaginário popular, e pior, passou a ser aceita, e até ratificada, pelo imaginário feminino. Isso fica real ao se perceber que algumas das mulheres agredidas são as primeiras e defender o seu algoz, a mulher de geração em geração aprendeu e ensinou às suas filhas e netas

⁸ DAY, Vivian Peres. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1>>. Acesso em: 21 abr 2020.

⁹ SANTOS, Jeová Rodrigues dos. *O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade brasileira e suas raízes histórico-religiosas [manuscrito]*. 2015. 237 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Doutorado em Ciências da Religião, 2014.



a absorver a culpa do mundo, algo tão poderoso e destrutivo que pode fazer com que a mulher verdadeiramente acredite que o erro está com ela, e que em razão disso deve ser ela a se adequar e sobreviver em um relacionamento inóspito, sem sequer poder defender a sua integridade.

Após ser convencida que é a responsável pelas atitudes dos seus companheiros, a mulher vítima entra em uma espécie de sentimento de autorrecriação, que com o passar do tempo inevitavelmente vai levá-la à doenças emocionais, como a depressão, ansiedade e até mesmo pânico.

Ao estudar o tema, Alves¹⁰ afirma que em muitos casos em que não se configura a prática da lesão física, mulheres são alvo constante de agressões psicológicas, sendo certo, que todos os tipos de agressão podem ser conjugados com a agressão psicológica, e concluiu que a agressão psicológica oriunda de relações domésticas causa danos muito graves à saúde mental da mulher, tais como, depressão, ansiedade, síndrome do pânico e estresse pós-traumático, assim como, autoestima baixa, e ausência de reação de fuga diante as agressões sofridas, tendo todos os contextos de sua vida individual e familiar afetados, expandindo ainda para os filhos que presenciam a violência sofrida pela mãe.

A questão do enfrentamento do trauma de ver sua mãe ser violentada é um terreno nebuloso, pois, não se pode determinar qual conduta de comportamento a criança irá adotar na vida adulta, portanto, trata-se de um público que requer uma atenção especial dos órgãos de enfrentamento dos crimes perpetrados em âmbito doméstico, para que essas crianças não cresçam acreditando na naturalidade de agressões familiares, não vindo a se comportar seja como uma nova vítima de violência, seja como um novo agressor.

Day¹¹ separa as formas comuns de violência doméstica em quatro tipos:

Física que ocorre quando o agente ativo causa ou tenta causar lesões internas e/ou externas, com o uso da força ou com instrumento capaz de coagir a vítima, como uma faca ou arma de fogo. Sexual quando o autor, que mantém uma situação de poder sob a vítima, a obriga realizar práticas sexuais contra a vontade da vítima, anulando, ou determinada prática sexual específica que a desagrade, certo que a mulher possa ser obrigada a realizar sexo com o agressor direto, ou ainda com outras pessoas. Normalmente a violência sexual é praticada por meio da força física, ou uso de armas, ou drogas, ou por meio de intimidações, chantagens, manipulações, ameaças. Negligência que é a omissão de responsabilidade em relação a membros da família, sobretudo aos que por alguma condição incapacitante, seja ela temporária ou permanente, necessitam de cuidados especiais. E a violência psicológica que inclui ação ou omissão perpetrada com a finalidade de causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento saudável da pessoa, como o abuso psicológico feito por meio do menosprezo, intimidações, ameaças e humilhações, o controle por meio de

¹⁰ ALVES, Raquel Elisa Oliveira; LEAL, Liliane Vieira Martins. *Violência psicológica e a saúde da mulher*. Disponível em: <<http://www.fesurv.br/imgs/13%20VIOL%C3%8ANCIA%20PSICOL%C3%93GICA%20E%20A%20SA%C3%9ADE%20DA%20MULHER%20ED.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹¹ DAY, op cit., p. 10-11.



isolamento forçado, vigilância constante e restrição de acesso aos mais variados recursos

Indubitavelmente as consequências da violência sofrida pela vítima não se resumem ao corpo, ou seja, não prejudica apenas a saúde física dessas mulheres, as agressões psicológicas, combinadas ou não com outros tipos de agressão, seja física, sexual, ou patrimonial, geram uma série de danos emocionais tanto nas vítimas diretas, quanto nas indiretas, a saber, os filhos da vítima, ou sua família extensa, quando tem conhecimento do que ocorre dentro do lar da mulher agredida.

De acordo com Fonseca¹² a violência psicológica, normalmente é o caminho que o agente percorre para diminuir ou acabar com a competência emocional da mulher, controlando constantemente seus atos, suas crenças e decisões, seja por intimidação, manipulação, ameaça, humilhação, isolamento, rejeição, exploração e agressão verbal.

O comportamento do agressor seja por xingamentos, desprezo, subjugamento, isolamento, influenciam a vítima a se ver de maneira negativa, passando a ter uma baixíssima autoestima, e internalizar os traumas sofridos, o que desencadeiam uma série de sintomas psicológicos, como alteração no sono, no humor e no apetite, que se não forem corretamente tratados podem desencadear o surgimento de doenças psíquicas.

Day¹³ relata que normalmente o resultado da agressão sofrida pela mulher nos casos de violência doméstica se manifestam fisicamente em quadros orgânicos, e envolvem as mais variadas lesões corporais possivelmente diagnosticáveis provocadas por queimaduras, mordidas, socos, tapas e espancamentos, essas lesões podem se evidenciar se restringindo a equimoses ou mesmo atingir tecidos ósseos, ou neurológicos, distúrbios gastrintestinais ou ginecológicos que podem levar à ocorrência de abortos tanto espontâneos como provocados pelas próprias lesões corporais, aumento do índice do tabagismo, uso de álcool e drogas, e obesidade, nos casos mais severos de violência física pode ocorrer síndromes como a de dor crônica, fibromialgia, e até mesmo a invalidez permanente ou temporária, e morte.

No entanto, as sequelas psicológicas do abuso podem se tornar muito mais graves que os efeitos físicos resultantes, pois, a vítima tem a sua autoestima destruída, sendo exposta à

¹² FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. *Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas*. 2006. 21 f. Monografia (graduação) – Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, 2006.

¹³ DAY, op. cit., p.16.



possibilidade maior de adquirir problemas mentais como a depressão, fobia, estresse pós-traumático, tendência ao suicídio e abuso de álcool e drogas, de acordo com Day¹⁴.

Por ser recorrente os atos de agressão, a vítima acumula essas informações na sua mente, chegando ao ponto de ter sua autoavaliação deturpada, e com isso passam a se sentir amedrontadas, inseguras e incapazes de realizar atos simples do dia-a-dia, como trabalhar, estudar, dirigir e até mesmo se comunicar com outras pessoas. A vítima passa a se achar inadequada e não interessante, passando a se tornar cada vez mais reclusa e dependente do relacionamento violento e abusivo que a levou àquele estado psicológico adoecido.

Com a constante sensação de incapacidade, inutilidade, sem autoestima e amor-próprio, infelizmente parte das vítimas passam a acreditar que a única forma dar fim ao sofrimento que lhes acomete é a morte, optando então pelo suicídio.

3. A AÇÃO ESTATAL NO ATENDIMENTO À MULHER VÍTIMA DE AGRESSÃO

Conforme Santos¹⁵ o Brasil em 2015 ainda ocupava a sétima posição, dentre oitenta e quatro nações que se destacaram pelo alto índice de feminicídios. A elevada incidência no cometimento de homicídio de mulheres pela razão de ser mulher significa muito mais do que apenas um dado de estatística criminal, mas nos remete a como se deu a formação da sociedade brasileira. Para se entender de modo correto a alta incidência de crimes contra a mulher, se faz necessário um estudo da criminologia que envolve todos os aspectos do criminoso, da vítima e da nossa sociedade.

O Brasil se constituiu em uma atmosfera de misoginia e patriarcalismo, a violência contra mulheres não é fruto de uma paixão desmedida dos homens pelas companheiras, ou ainda fruto da insubordinação delas. A violência de gênero teve origem com a subordinação da mulher ao homem, materializada nos respectivos papéis sociais que cada passaram a desenvolver. Criou-se uma opinião generalizada que as mulheres não tinham capacidade física e intelectual para realizar tarefas que envolviam poder e tomada de decisões, e assim as mulheres passaram a se dedicar às tarefas vistas como de menor importância, já que se dedicavam a cuidar da casa e da família.

Historicamente a mulher foi se adaptando a uma sociedade altamente preconceituosa e machista, esperando assim encontrar um momento oportuno para ser ouvida e respeitada, mas

¹⁴ DAY, op. cit., p. 16.

¹⁵ SANTOS, op cit., p. 53.



quanto mais a mulher aceitou a subserviência, mais distante ficou do respeito social que lhe é devido.

Com o desenvolvimento social das mais diferentes áreas, se tornou insustentável a manutenção da cultura antiquada até então dominante, em que as mulheres, de toda a forma, deviam respeito aos seus maridos, uma vez que eles poderiam por vontade própria puni-las, como se estas não passassem de objetos cuja posse pertencia a eles. Com isso, e principalmente pela ONU ter declarado que a violência de gênero é uma violação de direitos humanos, foi editada a Lei Maria da Penha, que trouxe muitos benefícios para o início do enfrentamento aos crimes de violência em âmbito doméstico.

A lei tem como fundamento a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme trata seu artigo primeiro. Não se limitando com a criação de mecanismos para punir, mas também traz medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas, e até mesmo programas de educação e reabilitação dos agressores. Ou seja, a lei foi editada com a finalidade de que seja erradicada toda a forma de agressão contra a mulher, e visa não só o enfrentamento do crime, mas também, a mudança de cultura social, com a adoção de mecanismos que evitem a reincidência daqueles que cometeram, e a prevenção para que outros não venham a delinquir.

Pesquisas realizadas com homens que já foram detidos pelo cometimento de agressão em âmbito doméstico, obtiveram resultados positivos em relação à eficácia da Lei Maria da Penha, na medida em que podem reduzir os riscos de reincidência dos delitos, assim como reduzir os riscos de futuras agressões, conforme relata Campos¹⁶. Com isso, fácil a verificação da importância social da edição da Lei Maria da Penha, e do seu impacto e benefício social, ao trazer à baila a discussão dos comportamentos agressivos dirigidos às mulheres.

O Poder Legislativo iniciou o processo de enfrentamento do crime de violência em âmbito doméstico, no entanto, o uso do Direito Penal, e da criminalização de práticas anteriormente aceitas e tratadas com normalidade, deve ser encarado como o início de uma série de programas que viabilizem toda uma mudança cultural da sociedade, para que as futuras gerações não aceitem nenhum ato de violência, seja física, psicológica ou moral. As mulheres precisam ser respeitadas, e esse respeito deveria partir como uma conduta moral dos demais, e não por ser considerado um ato criminoso, deve ser reconhecida a vulnerabilidade social da mulher, e a proteção dessa parcela da sociedade deve ser um hábito.

¹⁶ CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244 – 267.



Por mais firme e rigorosa que seja a lei incriminadora, de nada adianta o Estado encerrar suas ações em âmbito legislativo. Há de se incentivar a mudança de pensamento, mudança de atitude, uma verdadeira metanoia!

Por isso a Lei Maria da Penha deve ser aplicada integralmente, e não apenas com o foco no seu mecanismo punitivo, mas deve o Estado alargar a aplicação das políticas públicas que visam prevenir a violência doméstica, seja ela física, psicológica, ou moral, pois, geralmente as agressões físicas são precedidas ou praticadas em conjunto com a agressão psicológica. Streck¹⁷ diz que os atos de violência física contra a mulher, em regra, são precedidos de ofensas morais, ameaças, de tal modo a afetar a dignidade da mulher.

Portanto, em conjunto com a aplicação integral da lei, e dos instrumentos que ela fornece às mulheres, às famílias que existem no contexto de violência doméstica, e aos agressores proporcionando a eles oportunidade de educação familiar, deve o Estado exercer o seu dever de polícia, fiscalizando os órgãos responsáveis pela efetiva prestação das políticas públicas que constam da lei. De modo que a lei tenha efetividade e não se torne apenas um instrumento que gere uma falsa sensação de proteção social.

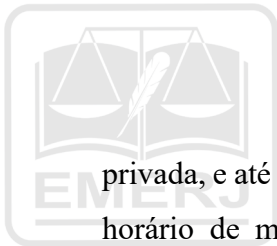
Diz ainda Streck¹⁸ que a proteção da mulher e da família é fator de máxima importância na superação do que prejudica a aplicação da Lei Maria da Penha, portanto, cabe ao intérprete um compromisso ético em torno da eficácia das disposições legais do diploma em tela, na perspectiva dos deveres fundamentais de proteção do Estado.

Frise-se que políticas preventivas geram resultados não apenas para as vítimas e agressores, mas também nos filhos que acabam presenciando as agressões. Essas medidas devem sempre englobar às crianças expostas diretamente à violência para que quando estiverem na vida adulta possam não perpetuar o comportamento violento que passaram a presenciar na infância. Logo, as medidas preventivas são tão urgentes e importantes quanto as medidas protetivas e punitivas da lei. É muito mais eficaz e sadio investir em prevenção do que ter que aplicar o direito penal para gerar a punição.

O dever estatal não deve se limitar, portanto, no fornecimento de tratamento psicológico, médico e auxílio financeiro às vítimas, tampouco ao encarceramento dos agentes ativos. Deve o Estado assumir seu papel na prevenção desse ilícito, agindo antes mesmo do seu cometimento e da posterior necessidade da atuação do Direito Penal. Seja por palestras nas escolas, projetos de conscientização em massa pela distribuição de panfletos em hospitais da rede pública e

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Vinicius de Melo. *Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 747 – 773.

¹⁸ Ibid.



privada, e até mesmo veiculando campanhas publicitárias nas emissoras de televisão aberta, em horário de maior audiência, para a conscientização da população acerca dos direitos das mulheres, assim como dos deveres da sociedade.

Sempre frisando que a violência doméstica contra a mulher é violação dos direitos humanos, além de ser um crime covarde e silencioso perpetrado por aqueles que deveriam trazer amor e segurança aos lares, mas ao contrário, trazem dor e medo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a violência psicológica é um fator importante no curso da progressão dos crimes perpetrados contra mulheres em ambiente doméstico, pois, muitos estudiosos já trouxeram à discussão, indícios relevantes que a prática da violência física é antecedida pela violência psicológica, ou ainda, qualquer outra modalidade de agressão pode, e é, conjugada com a violência psicológica.

Se não fosse suficiente, estudiosos da medicina afirmam que os danos psicológicos ocasionados pelos traumas gerados na psiquê da mulher vítima em muitos aspectos são considerados muito mais graves que os meros traumas físicos, que em muitas situações são tratados de modo menos invasivo e muito mais rápidos quando comparados com as doenças psiquiátricas que podem ser acometidas às vítimas.

Em razão de todo o estudo acima realizado, conclui-se que deve o Estado garantir a mulher todo um sistema que trate os danos psicológicos obtidos em um relacionamento abusivo. Além disso, deve o Estado ampliar sua ação oferecendo palestras e cursos com o intuito de educar possíveis vítimas e agressores, com a finalidade preventiva. Pois, é muito mais eficiente a prevenção do ilícito, do que a ressocialização e restauração de agressores, vítimas e famílias dilaceradas em razão dos crimes de violência doméstica.

O Estado não pode se eximir também do dever de controlar os órgãos que possuem função de tratar e educar os personagens principais nos crimes deflagrados por razão de gênero. Cabe ao Estado o poder de polícia, assim como a garantia dos direitos fundamentais de todo ser humano, principalmente das parcelas mais vulneráveis da sociedade.

A mera vigência da Lei Maria da Penha, apesar de significar um avanço na luta contra a violência doméstica, não tem sozinha a força de erradicar práticas tão nefastas quanto a objetificação e menosprezo dirigido à mulher brasileira, portanto, se faz urgente e necessária a adoção de medidas que garantam a efetividade da Lei em todos os seus aspectos, sem diminuir a importância da utilização de mecanismos educacionais para a prevenção e ações restaurativas,



que englobem todos os agentes envolvidos, desde o agressor, com a finalidade de que não haja reiteração delitativa, até a vítima e seus filhos, de modo a não se tornarem futuros agressores, tampouco novas vítimas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel Elisa Oliveira; LEAL, Liliane Vieira Martins. *Violência psicológica e a saúde da mulher*. Disponível em: <<http://www.fesurv.br/imgs/13%20VIOL%C3%80NCIA%20PSICOL%C3%93GICA%20E%20A%20SA%C3%90DE%20DA%20MULHER%20ED.pdf>>.

Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.772*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. *Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos*. Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM). <<https://www.mdh.gov.br/politicaparamulheres>>. Balanço anual de 2019 do Ligue 180. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/balanco-anual-ligue-180-registra-1-3-milhao-de-ligacoes-em-2019/BalanoLigue180.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAY, Vivian Peres et al. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. *Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas*. 2006. 21 f. Monografia (graduação) – Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, 2006.

SANTOS, Jeová Rodrigues dos. *O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade brasileira e suas raízes histórico-religiosas [manuscrito]*. 2015. 237 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Doutorado em Ciências da Religião, 2014.

SOARES, Ana Lis. *"Naquele momento, só queria morrer", conta mulher mutilada*. Reportagem publicada pelo portal www.terra.com.br, em 29 de maio de 2014. Disponível em:



<<https://www.terra.com.br/noticias/mundo/naquele-momento-so-queria-morrer-conta-mulher-mutilada,4b55d1e5c8936410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SOUZA, Hugo Leonardo; CASSAB, Latif Antônia. *Feridas que não se curam: A violência psicológica cometida à mulher pelo companheiro*. In: Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas. Paraná: Universidade Estadual de Londrina, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Vinicius de Melo. *Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O ALCANCE DA EXPRESSÃO “INVESTIGAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL”
CONTIDA NO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/13 E A TIPICIDADE DA
CONDUTA DE EMBARAÇAR A AÇÃO PENAL

Amanda Lages de Andrade

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.
Advogada.

Resumo – o poder de punir de que é titular o Estado sempre gera diversos debates, seja no meio jurídico, ou na sociedade como um todo, pois seu exercício muitas vezes apresenta como consequência a restrição da liberdade de um indivíduo. O combate clássico à criminalidade conheceu novos desafios com a densa estrutura criada pelo crime organizado. Com a edição de nova norma incriminadora (art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13), surge o debate sobre a dimensão da aplicabilidade desse novo tipo penal. O presente trabalho pretende estudar esse tipo penal e apontar qual a melhor interpretação que poderá ser a ele ser conferida para mensurar seu âmbito de aplicação.

Palavra – Chave – Direito Penal. Lei de Organizações Criminosas. Embarço à Ação Penal.

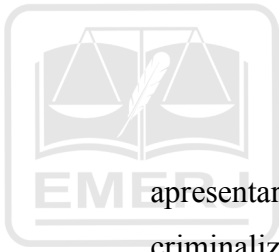
Sumário – Introdução. 1. A atecnia na redação do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13: uma análise sobre a intenção do legislador. 2. Investigação de infração penal: exclusividade da fase de inquérito ou prorrogação após a deflagração da ação penal. 3. Distinção entre analogia e interpretação da lei penal: possibilidade de reconhecimento da tipicidade da conduta de embaraçar a ação penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de tipificação da conduta de embaraçar a ação penal, com base no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13. Objetiva-se demonstrar que a referida norma busca tutelar a eficiência da investigação de infração penal, mas é necessário verificar se sua aplicação importa em transgressão ao princípio da legalidade e à vedação à analogia *in malam partem* no direito penal.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a fim de conceituar e comparar institutos basilares do direito penal de modo a conseguir concluir se uma conduta, ainda que não expressamente tipificada, pode gerar responsabilidade penal.

A Lei nº 12.850/13 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como uma tentativa de combate mais rigoroso ao crime organizado, que possui uma densa estrutura capaz de dificultar a atuação estatal de aplicação da lei penal. A referida lei, além de



apresentar mecanismos processuais, também criou novos tipos penais, incluindo a criminalização da conduta de embaraçar a investigação de infração penal.

No entanto, a expressão escolhida pelo legislador não deixa claro se sua aplicação está restrita à fase de inquérito policial ou se também abrange a ação penal, o que provoca as seguintes reflexões: qual a intenção legislativa com a edição da norma? A investigação de infração penal está limitada à fase do inquérito policial ou se entende durante o curso da ação penal? Reconhecer a tipicidade da conduta de embaraçar a ação penal consiste em analogia *in malam partem* ou decorre de regular interpretação da lei penal?

O tema é atualmente controvertido na doutrina e seu estudo é relevante, pois, tratando-se de responsabilidade penal, é necessário uniformizar a aplicação da lei a fim de que seus efeitos sejam suportados por todos de forma isonômica, garantindo, assim, a segurança jurídica.

Para melhor compreensão do tema, o presente trabalho está estruturado de forma que, no primeiro capítulo, aborda-se o contexto social em que se deu a edição da Lei 12.850/13, a fim de verificar qual a intenção legislativa por trás da norma, ou seja, se há restrição intencional da abrangência do tipo penal ou se a redação oficial decorre da ausência de conhecimento técnico jurídico pelos integrantes do Poder Legislativo.

No segundo capítulo, analisa-se o conceito de “investigação de infração penal”, com o objetivo de demonstrar se esta se encerra com o inquérito policial ou se abrange os atos de instrução do processo criminal.

Por fim, o terceiro capítulo tem por finalidade conceituar e distinguir os institutos da analogia e da interpretação no âmbito do direito penal, demonstrando qual deles poderá ser utilizado para sanar a controvérsia acerca da tipicidade ou não da conduta de embaraçar a ação penal.

O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o 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, a fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora valer-se-á da bibliografia pertinente à temática em foco, bem como na jurisprudência dominante, para sustentar a sua tese.

1. A ATECNIA NA REDAÇÃO DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/13: UMA ANÁLISE SOBRE A INTENÇÃO DO LEGISLADOR

O Brasil, enquanto Estado democrático de direito, consagrou no artigo 2º, da Constituição Federal¹ o princípio da separação dos poderes, que tem por objetivo a divisão de competências para exercício do poder dentro do território nacional. Em apertada síntese, convencionou-se atribuir ao Poder Executivo a função de elaborar e promover políticas públicas, ao Poder Judiciário a função de prestar a jurisdição, e ao Poder Legislativo a função de inovar o ordenamento jurídico, conferindo proteção legal aos anseios sociais.

Como condições de elegibilidade a serem preenchidas por aqueles que almejam integrar os poderes conhecidos como majoritários (Executivo e Legislativo), foram estabelecidas pelo artigo 14, § 3º, da Constituição Federal², a exigência da nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e idade mínima variável de acordo com o cargo pretendido.

Percebe-se aqui que o constituinte, propositalmente, fixou apenas requisitos básicos a fim de proporcionar a participação do maior número de cidadãos interessados nas disputas eleitorais, deixando de formular maiores exigências. No entanto, a desnecessidade de comprovação de conhecimento técnico compatível com o cargo a ser exercido tem gerado insegurança jurídica no país, pois, muitas vezes, é a doutrina e a jurisprudência que precisam explicar o conteúdo das normas legais que compõem nosso ordenamento jurídico.

A insegurança quanto ao conhecimento técnico do legislador sempre esteve presente no país e, a título exemplificativo, podemos observar que, em sua atual composição, o Congresso Nacional é composto por 594 assentos (81 Senadores e 513 Deputados Federais), sendo apenas 03 destes ocupados por graduados em direito³.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

² Ibid.

³ PODER 360. *Novo Congresso Nacional em Números*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2018/10/Novo-Congresso-Nacional-em-Numeros-2019-2023.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.



Tendo em vista as dificuldades que essa falta de conhecimento técnico pode causar no momento da aplicação da legislação, é recomendável que o intérprete sempre busque conhecer a *ratio* da norma, ou seja, busque compreender qual era, de fato, a intenção do legislador no momento da edição da norma a fim de extrair dela a dimensão pretendida pelo titular do Poder legitimamente responsável pela sua criação.

Verificar a intenção legislativa não é uma missão tão árdua, pois, durante o trâmite do Projeto de Leis, os integrantes do Congresso precisam motivar sua votação. Do relatório e voto do Deputado João Campos, relator do PLS nº 6.578/09, que posteriormente foi convertido na Lei nº 12.850/13, destaca-se o seguinte trecho⁴:

[...] quanto ao mérito, foram inúmeros os avanços da proposição em comento no que concerne aos instrumentos para a investigação criminal de crimes praticados por infratores que compõem organizações criminosas que assolam a segurança pública do País, dentre eles destacamos: 1. define o significado de organização criminosa para fins penais, evitando-se interpretações equivocadas que poderiam promover injustiça na atuação do Estado; 2. estabelece sanção penal para aquele que impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de crime que envolva organização criminosa; (...) Sendo assim, urge a aprovação desta proposição como medida necessária à ação estatal, por propiciar instrumentos para maior eficácia nos resultados das investigações criminais daqueles alçozes que se organizam para lesar a sociedade brasileira.

Em outra oportunidade⁵, o Deputado enfatizou ainda que

Comemoramos a oportunidade da Câmara dos Deputados discutir e votar tão importante projeto, objeto de construção legislativa demorada, dada a necessidade de aprimorar o ordenamento jurídico pátrio, no sentido de adaptá-lo ao momento atual da globalização, de que a Convenção de Palermo é bússola segura a traçar o norte a ser buscado.

Mencionada pelo Deputado Relator em seu voto, a Convenção de Palermo, como ficou conhecida a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional assinada pelo Brasil e outros 123 países na Itália em 2000⁶, consiste em importante mecanismo para que os governos possam combater o crime organizado transnacional

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.578/09*. Transformado na Lei Ordinária 12.850/13. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7472D7BB75ADA5A9FFF34DB460704FE9.proposicoesWebExterno2?codteor=825569&filename=Tramitacao-PL+6578/2009>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁵ Ibidem.

⁶ BRASIL. *A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

por meio de ferramentas que consistem não apenas em técnicas legislativas, mas incluem também a cooperação internacional.

Assim, pode-se perceber que o Poder Legislativo vem buscando aumentar a proteção legal até então existente contra as organizações criminosas, criando novos mecanismos de investigação, bem como novos tipos penais a fim de inibir as reiteradas práticas delituosas.

No caso do tipo penal contido no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13⁷, buscou-se punir o agente que impede ou embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. No entanto, a expressão “investigação” escolhida pelo legislador gerou controvérsia doutrinária acerca do alcance da norma: se esta se restringe à fase do inquérito policial ou se também abrange a ação penal.

Buscando compreender o novo tipo, Vicente Greco Filho⁸ afirma que:

[...] o bem jurídico tutelado é múltiplo. Fazendo-se um paralelo com o antigo crime de quadrilha ou bando, agora associação criminosa (art.288 do Código Penal), o crime é contra a paz pública, porque assim está catalogado o crime afim. Outros bens jurídicos também são afetados: a administração da justiça, porque o crime organizado essencialmente a desafia, o Estado Democrático de Direito porque a organização criminosa institui uma estrutura normativa paralela (há organizações com Estatuto que vem a ser verdadeira Constituição) e, também, o crime de organização participa da natureza dos crimes por ela visados porque constituem mecanismo para sua implementação e incrementação.

Acrescenta Eduardo Araujo da Silva⁹, que o tipo penal contido no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, não é o único que tutela a apuração de crimes, pois:

[...] a própria lei [LCO] prevê como crime outras condutas que podem comprometer a atividade de investigação – a revelação da identidade do colaborador (art.18), a falsa imputação para fins de colaboração (art.19), a quebra do sigilo das investigações (art.20) e a omissão de dados cadastrais (art.21).

Considerando as motivações que ensejaram a edição da norma, os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional (mediante assinatura da Convenção de Palermo), e os comentários tecidos pela doutrina sobre a necessidade de se tutelar a

⁷ BRASIL. *Lei 12.850/13*, de 02 de agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

⁹ SILVA apud MARÇAL; MASSON. In: MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime Organizado*. São Paulo: Forense, 2018, p.101.



administração da justiça e o próprio Estado Democrático de Direito, verifica-se que não há como presumir que a escolha da expressão “investigação de infração penal” tenha como propósito limitar o alcance da norma à fase inquisitorial.

Se o legislador buscou conferir maior efetividade ao combate ao crime organizado, seria incoerente criar novo tipo penal de alcance tão restrito. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci¹⁰ pondera que não é razoável fixar entendimento que ensejaria reconhecer uma punição severa ao “menos” (aqui considerada a investigação penal em fase de inquérito) enquanto deixa-se de punir o “mais” (aqui considerada a ação penal em curso).

Assim, observando o ordenamento jurídico como um todo, conclui-se, no mesmo sentido das ponderações traçadas por Nucci¹¹, que a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 não consiste em lacuna intencional, mas sim em falha legislativa, a qual deve ser sanada pelos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

2. INVESTIGAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL: EXCLUSIVIDADE DA FASE DE INQUÉRITO OU PRORROGAÇÃO APÓS A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Recorrendo, inicialmente, ao significado gramatical, a palavra “investigação”, em sua acepção jurídica, pode ser entendida como a “reunião dos procedimentos ou diligências com o objetivo de atestar fatos e/ou circunstâncias legais¹²”.

É comum relacionar a expressão “investigação de infração penal” ao instituto do inquérito policial, pois se sabe que a análise preliminar de determinado fato noticiado como crime à autoridade policial competente se dá mediante a instauração de inquérito policial. Segundo Renato Brasileiro¹³, o inquérito policial pode ser conceituado como:

[...] procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

¹¹ *Ibidem*.

¹² DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. *Significado de Investigação*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/investigacao/>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 39.

Do supramencionado conceito, pode-se afirmar que o objetivo do inquérito policial é formar a denominada justa causa penal que, embora tenha sua natureza jurídica controvertida na doutrina¹⁴, consiste no *fumus comissi delicti*, ou seja, na demonstração de indícios suficientes de que houve a prática de uma infração penal por determinado sujeito. Contudo, é importante ressaltar que essa justa causa pode advir também de elementos colhidos pelo próprio titular da ação penal (Ministério Público ou o ofendido), o que já é suficiente para demonstrar que o inquérito penal é dispensável para a propositura da ação penal.

Esses elementos obtidos mediante investigação preliminar, embora se prestem a formar a justa causa que possibilita a deflagração da ação penal, não são suficientes para ensejar a condenação do acusado. É o que se infere do art.155, do CPP¹⁵, que veda expressamente que haja condenação baseada somente em elementos de prova obtidos durante a investigação preliminar.

O referido dispositivo é de extrema importância para a valoração dos elementos hábeis a ensejar uma condenação criminal, pois, ao mesmo tempo em que expressamente estabelece que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema do livre convencimento motivado, ou persuasão racional, em detrimento do sistema da prova tarifada¹⁶, a norma considera como elemento mais robusto a prova produzida em contraditório judicial que aquela produzida durante a investigação preliminar.

A maior força conferida aos elementos probatórios produzidos em contraditório judicial não importa em transgressão ou flexibilização ao sistema de valoração de provas vigente, uma vez que a diferenciação não está relacionada ao meio de prova a ser valorado, mas sim às condições em que a prova foi produzida.

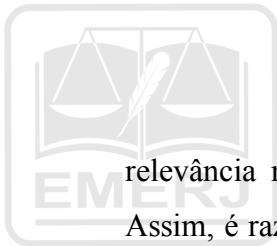
O contraditório é direito fundamental dos litigantes em processo judicial ou administrativo, nos termos do art.5º, LV, da Constituição Federal¹⁷, e assume especial

¹⁴ Sobre a natureza jurídica da justa causa, Renato Brasileiro (*Manual de Processo Penal*. 5. ed Salvador: Juspodivm, 2017, p.215) aponta que existem, basicamente, três correntes: para Frederico Marques, a justa causa é um elemento integrante do interesse de agir; para Afrânio Silva Jardim, a justa causa é uma condição da ação autônoma consistente na demonstração de que a acusação não é temerária ou leviana; e para Marcellus Polastri Lima, a justa causa não é uma condição da ação, mas sim uma condição de admissibilidade da denúncia ou queixa.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁶ Segundo Renato Brasileiro (Ibid, p.609/610), no sistema da prova tarifada determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido na lei. Já no sistema do livre convencimento motivado o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão.

¹⁷ BRASIL. op. cit, nota 1.



relevância no âmbito criminal, como forma de garantir a ampla defesa do acusado. Assim, é razoável que o elemento de convicção obtido em contraditório judicial ostente maior força probatória em relação àquele produzido em investigação preliminar, na qual, na maioria dos casos, o acusado sequer participa.

Renato Brasileiro¹⁸ destaca ainda que, em razão da ausência de contraditório em sua formação, os elementos obtidos durante o inquérito policial consistem em meros elementos de informação, só podendo ser denominado “prova” aquele elemento produzido sob o manto do contraditório.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende que o inquérito policial é instrumento de formação do convencimento do titular da ação penal sobre a viabilidade de propositura desta, necessitando que sejam agregadas para o convencimento do magistrado provas produzidas em contraditório judicial. Confira-se:

APELAÇÃO. DELITO DE ROUBO SIMPLES. DEFESA QUE SE INSURGE CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO. JUÍZO DE CERTEZA NÃO CONFIGURADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. Do pedido de absolvição: o decreto de condenação pressupõe um exame de cognição exauriente, com base em juízo de certeza, e não de probabilidade, como acontece na decisão de recebimento da denúncia, quando o Magistrado analisa um suporte probatório mínimo, apto a indicar a prova da materialidade e dos indícios de autoria. Logo, por melhor que tenha sido a investigação criminal, não se afigura correto o Juiz julgar procedente a pretensão punitiva estatal exclusivamente com base no inquérito policial, como se esse procedimento de caráter administrativo fosse produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não configurasse um meio preparatório da ação penal, destinado à coleta preliminar de provas, com vistas a formar a convicção do Ministério Público. (...) RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, a fim de absolver o apelante da imputação descrita na denúncia, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.¹⁹

Verifica-se, portanto, que, enquanto os elementos colhidos na fase do inquérito são necessários para a deflagração da ação penal, a produção de provas em contraditório judicial é indispensável para que haja a prolação de uma sentença condenatória.

Esses elementos produzidos durante a instrução probatória no curso da ação penal têm por objetivo formar o convencimento do magistrado, mediante a demonstração da ocorrência ou não de um fato, enquadrando-se, portanto, também na definição de “investigação”.

¹⁸ Ibid. p. 584.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0035188-13.2018.8.19.0004*. Relator: Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Junior. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CA781C89EE2E47E5B683588233E52EBCC50C103F2D38&USER=>>>. Acesso em: 18 abr. 2020.



Como resultado de toda a investigação (preliminar e durante a instrução probatória), o magistrado verificará se há lastro probatório robusto capaz de estabelecer um juízo de certeza quanto à materialidade e autoria do crime objeto da ação penal em apreço. Caso a conclusão seja negativa, deverá ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual haverá a absolvição do réu por falta de provas, nos termos do art.386, VII, do CPP²⁰.

Evidenciada a relevância da instrução probatória na ação penal, Renato Brasileiro²¹ esclarece que deve vigorar o princípio da liberdade probatória, segundo o qual as partes (acusação e acusado) são livres quanto ao momento, tema e meio de prova escolhido para sustentar suas respectivas teses, buscando-se, sempre, a elucidação da verdade real.

A obtenção da verdade real sempre foi objeto do processo penal, devendo ser coibidas condutas que obstem o exercício da liberdade probatória pelas partes e, conseqüentemente, o conhecimento da realidade dos fatos pelo magistrado. Com essa finalidade, o próprio legislador se preocupou em tipificar condutas que atentassem contra a obtenção da verdade real e a lisura da instrução probatória, como, por exemplo, os crimes de falso testemunho ou falsa perícia, coação no curso do processo e fraude processual, previstos, respectivamente, nos arts.342, 344 e 347, todos do Código Penal²².

Com a edição da Lei nº 12.850/13, foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro novos tipos penais que também buscam proteger a administração da justiça e garantir a lisura da investigação, dentre os quais, o presente trabalho destaca a conduta de impedir ou embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Conforme já mencionado, a escolha da expressão “investigação” gerou divergência acerca da tipicidade ou não da conduta de quem impede ou embaraça a instrução probatória desenvolvida no trâmite de uma ação penal.

Porém, considerando que a atividade probatória ocorrida após a deflagração da ação penal, com incidência do contraditório, também busca elucidar a verdade dos fatos e formar o convencimento do magistrado, conclui-se que essa fase está abrangida pelo termo “investigação”. Negar a ocorrência de atividade investigatória durante a ação

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 15.

²¹ BRASILEIRO, op. cit., 2019, p.650.

²² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848co.mpilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.



penal significa dizer que não há elucidação de fatos no curso do processo, ou seja, que o acusado já estaria condenado de acordo com o que já fora documentado na fase de investigação preliminar do inquérito, ou que a acusação não poderia inovar o acervo probatório, trazendo aos autos do processo novos elementos que não foram objeto da investigação preliminar do inquérito, o que conflita frontalmente com o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Conclui-se, portanto, que a investigação de infração penal é composta de duas fases: uma fase preliminar que ocorre durante o inquérito policial, voltada para subsidiar a propositura de uma ação penal pelo seu titular, e uma fase processual, após já deflagrada a ação penal, voltada à formação de convencimento do magistrado. Em ambas as fases há produção de prova, e, havendo produção de provas, há atividade investigatória.

3. DISTINÇÃO ENTRE ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL: POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA TIPICIDADE DA CONDOTA DE EMBARAÇAR A AÇÃO PENAL

Embora demonstrado no capítulo anterior que há essencial e efetivo exercício de atividade investigatória no curso da ação penal, discute-se na doutrina a possibilidade de aplicar esse entendimento e, conseqüentemente, subsumir a conduta de embaraçar a ação penal ao tipo previsto no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13²³.

Defende Cezar Roberto Bitencourt²⁴ que o direito penal tem termos e expressões conhecidos e com efeitos e significados estabelecidos. Para o autor, quando se fala em “investigação” está sendo feita referência à uma fase preliminar, pré-processual. Haveria, portanto, uma lacuna legal no que tange à ação penal em curso, que não poderia ser suprida pelo emprego da analogia, uma vez que a ampliação de norma penal incriminadora pelo emprego de analogia é vedada pelo ordenamento jurídico.

Em sua obra conjunta com Paulo César Busato, Bitencourt²⁵ afirma que:

²³ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. O poder de punir e as garantias constitucionais: uma análise sobre a nova lei de organização criminosa. In: *I Congresso Internacional de Estudos Constitucionais Penais*, 2013, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4-a9W7eBpI8>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].

A conduta incriminada neste § 1º do art.2º abrange somente a fase investigatória do processo criminal que envolva organização criminosa, nos exatos termos do tipo penal, que criminaliza as condutas de impedir ou embaraçar "a investigação de infração penal que envolva organização criminosa".

A terminologia do direito penal e, particularmente, do processo penal são precisas e conhecidas de todos os operadores especializados, isso é, têm sentido e significado próprios. "Investigação criminal" ou "investigação de infração penal" têm significado específico e limitado, referindo-se à fase pré-processual, isso é, à fase preliminar puramente administrativa, anterior ao processo penal ou judicial propriamente ditos. Quando o legislador quer dar-lhe abrangência maior usa outros termos, tais como processo judicial, processo criminal, fase processual ou simplesmente processo, como ocorre, por exemplo, no crime de coação no curso do processo (art.344 do CP), pois, nesse dispositivo do Código Penal, o legislador referiu-se expressamente a "processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral". Mais claro impossível, exatamente como exige o princípio da legalidade estrita.

Para compreender a posição supramencionada, a fim de ratificá-la ou refutá-la, é necessário que se distinga a analogia da interpretação.

No que tange à analogia, Cleber Masson²⁶ ensina que:

[...] não se trata de interpretação da lei penal. De fato, sequer há lei a ser interpretada. Cuida-se, portanto, de integração ou colmatação do ordenamento jurídico. A lei pode ter lacunas, mas não o ordenamento jurídico. Também conhecida como integração analógica ou suplemento analógico, é a aplicação, ao caso não previsto em lei, de lei reguladora de caso semelhante. No Direito Penal, somente pode ser utilizada em relação às leis não incriminadoras, em respeito ao princípio da reserva legal.

Como se sabe, a analogia *in malam partem*, ou seja, prejudicial ao réu, não pode ser utilizada no direito penal em razão do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade (art.5º, XXXIX, da CRFB²⁷ c/c art.1º, CP²⁸).

No entanto, percebe-se que, o caso em apreço, não demanda a aplicação de analogia, pois, embora a expressão “investigação” possa remeter, em um primeiro momento, à fase preliminar do inquérito policial, um estudo aprofundado do ordenamento jurídico evidencia que a atividade investigatória também se faz presente no curso da ação penal e, portanto, não há que se falar em lacuna legal a ser suprida.

A técnica que permite concluir pela abrangência da expressão “investigação” decorre da interpretação. Interpretar a lei, extraindo o real sentido da norma não é tarefa simples e, para lograr êxito, o intérprete deve aplicar meios ou métodos que possibilitem

²⁶ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 36.

²⁷ BRASIL. op. cit. nota 1.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 22.



uma conclusão acertada. Sobre os métodos que podem ser aplicados, Cleber Masson²⁹ destaca o literal e o teleológico, contrastando-os:

(a) Gramatical, literal ou sintática: é a que flui da acepção literal das palavras contidas na lei. Despreza quaisquer outros elementos que não os visíveis na singela leitura do texto legal. É a mais precária, em face da ausência de técnica científica; e (b) Lógica, ou teleológica, é aquela realizada com a finalidade de desvendar a genuína vontade manifestada na lei, nos moldes do art.5º, da LINDB. É a mais profunda, e, conseqüentemente, merecedora de maior grau de confiabilidade.

Conforme defendido no presente artigo, a própria expressão “investigação” já abrange, literalmente, a fase preliminar e a fase processual, pois, como demonstrado no capítulo anterior, em ambas há atividade investigatória. Porém, uma interpretação realizada com base no método teleológico reforça esse entendimento.

Como também já mencionado anteriormente, no primeiro capítulo, compulsando o compromisso internacional de combate ao crime organizado assumido pelo Brasil na Convenção de Palermo, a motivação exarada pelo Poder Legislativo quando da votação e promulgação da Lei nº 12.850/13 e o ordenamento jurídico como um todo, que já tipificou outras condutas de obstrução à justiça, conclui-se que a *ratio* da lei é endurecer o combate ao crime organizado e, portanto, sua interpretação deve ser realizada nesse sentido.

Quanto ao resultado obtido pelo intérprete, a conclusão poderá ser estrita, quando a lei diz exatamente o que pretendia, extensiva, quando a lei diz menos do que pretendia, e restritiva, quando a lei diz mais do que pretendia. Ao tratar dessa classificação, Cleber Masson³⁰ destaca que não há incompatibilidade entre a interpretação extensiva e o direito penal:

Extensiva é a que se destina a corrigir uma fórmula legal excessivamente estreita. A lei disse menos do que desejava (*minus dixit quam voluit*). Amplia-se o texto da lei, para amoldá-lo à sua efetiva vontade. Por se tratar de mera atividade interpretativa, buscando o efetivo alcance da lei, é possível a sua utilização até mesmo em relação àquelas de natureza incriminadora.

Adotando-se a diferenciação entre analogia e interpretação da lei penal como explicitado, e entendendo pela possibilidade de interpretação extensiva em matéria penal, a doutrina majoritária firmou-se no sentido de que a norma extraída do art.2º, §1º,

²⁹ MASSON, op. cit., p.36.

³⁰ Ibid., p. 36.

da Lei nº 12.850/13³¹ alcança também a ação penal em curso, para punir àquele que a impede ou embaraça.

Reconhecendo a controvérsia doutrinária, Cleber Masson e Vinícius Marçal³² defendem em sua obra que:

Impedir ou embaraçar processo judicial também se enquadra no § 1º do art.2º da Lei 12.850/13, conclusão a que se chega mediante interpretação extensiva. Ora, se é punido o menos (investigação), há que ser punido o mais (processo penal). Não se pode olvidar que o bem jurídico tutelado é a própria Administração da Justiça. Assim, o dispositivo em questão peca por inadequação de linguagem, e não por ser lacunoso. Portanto, não há que se falar em analogia in malam partem, esta sim vedada em matéria penal. Com esse entendimento, busca-se apenas a mens legis, e não uma solução além da vontade do legislador.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci³³, também adota a interpretação extensiva:

As condutas se voltam ao objeto *investigação de infração penal, envolvendo organização criminosa*, portanto, qualquer persecução criminal, devidamente prevista em lei, conduzida por autoridade competente – como regra, o delegado em inquéritos policiais -, tratando do crime de organização criminosa, previsto no art.2º, “caput”, da Lei 12.850/13. Segundo cremos, impedir ou embaraçar *processo judicial* também se encaixa nesse tipo penal, valendo-se da interpretação extensiva. Afinal, se o *menos* é punido (perturbar mera investigação criminal), o *mais* (processo instaurado pelo mesmo motivo) também deve ser.

No que tange à jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora sem enfrentar expressamente a divergência doutrinária, já recebeu denúncia em face de agente denunciado como incurso no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13³⁴ por embaraçar ação penal em curso, entendendo, portanto, pela tipicidade da conduta. Confira-se:

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/13.

(...)

Efetivamente, o que se depreende dos elementos indiciários carreados é que o denunciado teria inutilizado seu aparelho celular com o propósito de embaraçar a obtenção de provas acerca dos delitos imputados na Ação Penal

³¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³² MARÇAL; MASSON, op. cit., p. 93.

³³ NUCCI, op. cit., p. 36-37.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 7.

nº 0065813-42.2018.8.19.0000 (organização criminosa voltada para a prática de crimes de corrupção e fraudes a licitações).

(...)

CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/13. Dispositivo que tutela a administração da Justiça, sendo certo que os elementos indiciários coligidos durante a investigação compreendem aqueles que serão utilizados na formação do convencimento do Julgador. Nesse fecho, podemos concluir que o comando em tela ostenta o escopo de conferir mais eficácia aos mecanismos de persecução penal quanto às organizações criminosas. Logo, quem obstrui investigação de delito que envolve organização criminosa atenta contra um dos pilares da própria lei, o que justifica o rigor estatal.

(...)

Em decorrência, RECEBO A DENÚNCIA.³⁵

A questão, no entanto, foi recentemente apreciada de forma expressa pelo Superior Tribunal de Justiça, que se filiou à doutrina majoritária e entendeu pela abrangência da expressão “investigação” para também incluir a ação penal já deflagrada, como se observa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. IMPEDIR OU EMBARAÇAR A INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PREVISTA NO ART. 2º, §1º, DA LEI N. 12.850/13. CONDUTA DELITUOSA QUE ABRANGE O INQUÉRITO POLICIAL E A AÇÃO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VALOR DA MULTA E USO DE ARMA DE FOGO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 QUE NÃO EXCEDA 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. VIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(..)

3. A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal.³⁶

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Procedimento Investigatório do MP (peças de informação) nº 0069290-73.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em 28 abr. 2020.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº487.962. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95386146&num_registro=201900007029&data=20190607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2020.

Isso posto, verifica-se que, embora haja respeitável doutrina que entenda pela impossibilidade de reconhecimento da tipicidade da conduta de impedir ou embaraçar a ação penal em curso, a doutrina majoritária e a jurisprudência aceitam a subsunção da referida conduta ao tipo penal do art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13³⁷.

Por fim, urge ressaltar, para defender a plena aplicação do dispositivo legal, que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 5567³⁸, reconhecendo a constitucionalidade do art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13³⁹, rechaçando a alegação de suposta “imprecisão” e “desproporcionalidade” da norma.

Assim, conclui-se pela plena aplicação do disposto no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13⁴⁰, sendo possível o reconhecimento de tipicidade tanto da conduta de impedir ou embaraçar o inquérito policial, quanto da conduta de impedir ou embaraçar a ação penal em curso.

CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou, como problemática central, a possibilidade ou não de reconhecer-se a tipicidade da conduta de embaraçar a ação penal em concurso, amoldando-a no tipo penal descrito no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13. A controvérsia reside na redação conferida ao referido dispositivo, a qual incrimina a conduta de embaraçar a “investigação de infração penal”, o que gerou divergência quanto à sua interpretação e alcance.

Uma corrente doutrinária entende pela interpretação literal, em homenagem ao princípio da legalidade estrita que norteia o Direito Penal; em sentido oposto, outra corrente doutrinária realiza uma interpretação teleológica do dispositivo, buscando compreender sua *ratio* para determinar seu âmbito de incidência nos termos pretendidos quando da sua edição.

No primeiro capítulo, demonstrou-se que houve uma atecnia legislativa na redação do dispositivo, porém considerando que a intenção da lei é tornar mais rígido o combate ao crime organizado, deve, portanto, sua interpretação deve ser orientada por essa intenção.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5567*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5024825>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.



Ademais, ao longo da pesquisa desenvolvida, foi possível verificar que o princípio da legalidade estrita busca evitar que se realize uma analogia *in malam partem*, ou seja, uma integração da norma penal em sentido desfavorável ao réu. No entanto, demonstrou-se que o presente caso não demandaria a aplicação de uma analogia, e sim de uma interpretação extensiva, que não se confundem.

Restou evidenciado que a analogia tem aplicação nos casos em que há uma lacuna legal e, no presente caso, a lei não é lacunosa, pois a expressão “investigação de infração penal” abrange tanto a investigação preliminar da fase de inquérito, quanto a atividade investigatória realizada no curso da ação penal.

Quanto à jurisprudência, pontuou-se que a tendência é reconhecer a tipicidade da conduta de impedir ou embaraçar a ação penal, atendendo, também, a um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, o entendimento a que chegou esta pesquisadora alinha-se à segunda corrente doutrinária, para a qual é juridicamente viável subsumir a conduta de impedir ou embaraçar a ação penal em curso ao tipo penal previsto no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. O poder de punir e as garantias constitucionais: uma análise sobre a nova lei de organização criminosa. In: I Congresso Internacional de Estudos Constitucionais Penais, 2013, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4-a9W7eBpI8>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____.; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. *Decreto nº 5.015/04*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. *Lei nº 12.850/13*, de 02 de agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 487.962*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95386146&num_registro=201900007029&data=20190607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5567*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5024825>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0035188-13.2018.8.19.0004*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CA781C89EE2E47E5B683588233E52EBCC50C103F2D38&USER=>>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Procedimento Investigatório do MP (peças de informação) nº 0069290-73.2018.8.19.0000*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. *Significado de Investigação*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/investigacao/>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Manual de Processo Penal*. 5. ed Salvador: Juspodivm, 2017.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. *Crime Organizado*. São Paulo: Forense, 2018.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PODER 360. *Novo Congresso Nacional em Números*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2018/10/Novo-Congresso-Nacional-em-Numeros-2019-2023.pdf>> Acesso em: 20 out. 2019.



A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL – ANÁLISE DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ

Ana Carolina Coutinho de Felippi Trajano

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais - IBMEC/RJ. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ.

Resumo – a pesquisa trata da fragilidade da prova testemunhal no Processo Penal com base na Súmula nº70 do TJRJ, que permite que os magistrados condenem o réu com base unicamente em depoimentos policiais, gerando muitas vezes condenações injustas de inocentes. O artigo pretende mostrar os limites e cautela que um juiz deve ter ao admitir o depoimento de policial como único meio de prova, porque é uma prova muito frágil, não só porque está sujeita a falibilidade normal da memória do ser humano, mas também porque os policiais quando interrogados em juízo, têm interesse em legitimar o que haviam falado na fase de inquérito, seus depoimentos são dotados de parcialidade. Assim, defende-se que a aplicação da Súmula nº 70 como única fundamentação em crimes como o de tráfico de drogas, deve ser cancelada, pois fere as garantias constitucionais, em especial a presunção de inocência.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prova Testemunhal. Súmula 70. TJRJ. Depoimento Policial. Fragilidade Probatória.

Sumário – Introdução. 1. A Fragilidade da Prova Testemunhal no Processo Penal e a influência das Falsas Memórias. 2. (In)constitucionalidade da Súmula nº70 do TJRJ. 3. Casos Concretos de decisões com base apenas em depoimentos policiais e possíveis soluções para evitar condenações injustas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a constitucionalidade do julgamento com base unicamente nos depoimentos policiais. Procura-se demonstrar que o excesso de confiança na veracidade dos depoimentos é muito grave, não só pela falibilidade da memória humana, mas também pelo fato de que os policiais quando interrogados em juízo, têm interesse apenas em legitimar as providências tomadas por eles na fase de inquérito, agem com parcialidade, já que eles efetuam a prisão do acusado.

Em crimes como tráfico de drogas, por exemplo, é necessário ter cautela e ponderação ao permitir condenações fundamentadas apenas no depoimento dos policiais, já que nesses crimes os policiais são as únicas testemunhas de acusação.

A Súmula nº 70 do TJRJ autoriza a condenação com base exclusivamente na prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes. Entretanto, até que ponto essa súmula é constitucional? No processo penal deve-se preponderar o princípio do *in dubio pro*

reo, nos casos em que há dúvida existente perante a veracidade dos depoimentos. Se há divergência entre a versão das testemunhas da acusação e o relato feito em juízo pelo acusado, tal divergência deve-se dar lugar a dúvida existente e não a certeza, principalmente em casos de depoimentos exclusivos de testemunhas de acusação.

O tema é complexo, mas de suma importância, tendo em vista que a fundamentação de decisões com base apenas nos depoimentos policiais resulta em um grande aumento de condenações de inocentes, como por exemplo, no caso do catador de recicláveis, Rafael Braga Vieira, em que foi condenado nos protestos ocorridos em 2013 no Centro do Rio de Janeiro em decorrência de abuso de autoridade por parte dos policiais e pela falha processual do judiciário.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar uma análise conjunta com o fenômeno das Falsas Memórias, que é muito conhecido na psicologia, mas que foi abordado no âmbito do Direito em relação a depoimentos de vítimas de crimes de estupro e roubo. Essa análise é fundamental porque tanto as testemunhas quanto as vítimas resgatam na memória lembranças de momentos de desespero, adrenalina e apreensão, esquecendo-se assim, de detalhes importantes e que muitas vezes ocasionam condenações indevidas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a fragilidade da prova testemunhal no processo penal e a influência das falsas memórias nos depoimentos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a defesa pela inconstitucionalidade da Súmula nº 70 do TJRJ, tendo em vista que a condenação com base exclusivamente no depoimento de um agente público, que efetuou a prisão do acusado, não deveria servir como único meio de prova capaz de condená-lo. Afinal, como uma prova tão insegura e questionável pode preponderar sobre o princípio da presunção de inocência?

Por fim, o terceiro capítulo abrange casos concretos de inocentes que foram condenados com base exclusivamente em depoimentos policiais e a possibilidade de soluções que minimizam os danos causados pelo excesso de confiança do poder judiciário na memória humana e na veracidade das palavras dos agentes do Estado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método de pesquisa bibliográfica, por meio de levantamento de referências teóricas publicadas por meio de escritos como livros, artigos científicos, e páginas da internet.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, buscando se basear em textos normativos e jurisprudenciais pertinentes à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar o cancelamento da Súmula nº 70 do TJRJ.



1. A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

No processo penal, a prova é o elemento primordial para a busca de uma decisão mais justa dentro do possível. Nucci¹ afirma que o processo penal, sob a ótica da prova, é considerado como um “instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, destinado à instrução do sujeito processual encarregado da missão constitucional de decidir o caso penal.” A prova é o ato que visa estabelecer a autenticidade de um fato ou de sua prática, tendo como finalidade a formação da convicção do juiz, conforme o princípio do livre convencimento.

A busca de elementos de prova no processo penal se inicia pela indicação dos meios para sua obtenção na fase investigativa preliminar. A importância da atividade investigatória supera o caráter de “meras informações” para embasar o oferecimento de uma denúncia e concretiza-se em coleta de meios de prova para a delimitação em sede judicial de uma possível condenação. Por esse motivo, a introdução do Juiz das Garantias na fase de investigação, foi uma solução encontrada para salvaguardar os direitos fundamentais do investigado nesta fase, tendo em vista que esse Juiz é responsável pelo controle de legalidade nessa fase preliminar, não tendo nenhum vínculo com o Juiz do Processo.² Assim, dentre outras funções, o Juiz das Garantias pode produzir antecipadamente provas, se houver necessidade e analisar as cautelares probatórias, de modo que o lapso de tempo entre a fase preliminar e processual não seja prejudicial para assegurar os direitos do acusado e a produção de provas que não poderão ser repetíveis em sede judicial.

O processo ocorre como um instrumento de retrospectiva direcionado a proporcionar o conhecimento do juiz acerca da relação entre um fato e seu autor, sendo a instrução probatória o meio utilizado para atingir tal finalidade.

O depoimento testemunhal é o meio de prova que depende exclusivamente da memória do ser humano. Para Mittermaier³, a palavra testemunha “designa-se o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a sua natureza e a existência de um fato.”

O valor da prova testemunhal está relacionado ao momento da percepção e da memorização da cena do delito, segundo Cristina di Gesu⁴:

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.24.

² BRASIL. *Lei nº13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 fev.2020.

³ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1997, p.231.

⁴ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Lúmen Juris, 2014, p.88.

[...] o enfoque especial, quando se trata da prova penal, é justamente a prova oral. Em que pese à necessidade de a prova criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos.

A testemunha relembra um fato ocorrido no passado, gerando as falsas memórias que são distintas da mentira. É o que explica Aury Lopes Júnior⁵:

[...] as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

O tema Falsas Memórias não é muito debatido no âmbito jurídico, mas é de fundamental importância para o processo penal, uma vez que os operadores do Direito dependem da memória das testemunhas e vítimas para obter suas convicções de um determinado delito, gerando sentenças condenatórias ou absolutórias.

Em âmbito internacional a principal especialista do tema Falsas Memórias é Elizabeth Loftus⁶, que entende que: “[...] uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato.”

A autora explica que a confusão sobre a origem da informação é o principal indutor da criação de falsas memórias, e isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas da influência da opinião do entrevistador ao interrogar a vítima/testemunha de um delito, principalmente nos delitos de violência sexual ou de tráfico de drogas em que a palavra das testemunhas (policiais) ou da vítima (nos delitos sexuais) são as únicas provas possíveis de serem analisadas.

Neste sentido, durante a colheita dos depoimentos de vítimas e testemunhas há uma tendência de aderir informações falsas provenientes de fontes externas, principalmente da mídia e da opinião de terceiros, às recordações pessoais, resultando na falsificação da

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, p.478.

⁶ LOFTUS, Elizabeth: As falsas lembranças. *Revista Viver mente e cérebro*: Site Scientific American Brasil: Segmento, 2005, p.93.



memória, que se apresenta como um risco muito comum ocasionando, muitas vezes em respostas contrárias a realidade dos fatos.

Em crimes envolvendo crianças, por exemplo, é habitual que o entrevistador induza as crianças a confirmarem o que está sendo questionado a elas. Por esse motivo, depoimentos infantis devem ser analisados com muita cautela, tendo em vista que segundo Césare Lombroso⁷: “a criança consegue, com maravilhosa facilidade, dar ao corpo às ficções de sua imaginação, que a sua instintiva curiosidade e influência do ambiente, a dispõe a aceitar sem verificação, confundindo o que é propriamente seu com o que lhe foi sugerido.” Isso faz da criança uma testemunha muito perigosa, porque ela não tem a capacidade de distinguir elementos percebidos dos imaginados.

Ressalta-se que assim como nos crimes envolvendo depoimentos infantis, nos crimes envolvendo unicamente o depoimento de policiais como testemunhas de acusação, também se exige muito cuidado em relação a sua validade para embasar uma condenação. Crimes de tráfico de drogas se estabelecem no mesmo contexto fático, com pessoas com as mesmas características físicas e sociais, a maioria dos acusados são negros ou pardos, e vivem em situação de vulnerabilidade econômica. A mídia, os estigmas impostos na sociedade também influenciam no relato e percepção da cena do delito, e conseqüentemente no convencimento do magistrado a respeito do caso.

Além disso, nas palavras de Melchior⁸: “vivemos em um país cujo histórico de violações aos direitos humanos pela instituição policial é imenso, onde a maioria da população diz não confiar na polícia [...]” Ainda que válidas, as declarações de policiais enquanto testemunhas de acusação têm peso relativo, como o de qualquer outro tipo de prova. No entanto, diferentemente das outras testemunhas de acusação, que apenas relatam o que presenciaram, no caso dos policiais, agentes públicos do Estado, são eles que efetuam a prisão do acusado, logo, seus depoimentos são dotados de parcialidade, pois possuem um dever profissional em reafirmar o que disseram na delegacia. Assim, acreditar que todo depoimento policial é dotado de veracidade e certeza absoluta, é um erro intolerável. Seria o mesmo que dizer que a memória do ser humano é infalível, e segura. O depoimento deve ser considerado conforme o contexto probatório.⁹ Afinal, a sociedade vive em um Estado Democrático de Direito, a democracia processual exige amplo e concreto conjunto probatório, e principalmente, exige-se imparcialidade no julgamento.

⁷ LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013, p.105.

⁸ MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria Crítica do Processo Penal*. Trabalho Pós-Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis. EMais, 2019, p.681.



No panorama aqui apresentado, verifica-se a complexidade da prova testemunhal envolvendo unicamente depoimento de policiais, em decorrência da vulnerabilidade de influências inconscientes e externas(mídia) que ocorrem no momento da percepção e memorização da cena do delito (ocasionando falsas memórias), mas também, pela hipótese de havendo um eventual abuso de autoridade ou uma ilegalidade por parte desses agentes no ato da prisão, todo o restante do processo ficará corrompido, ocasionando injustas condenações.

2. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA Nº70 DO TJRJ

Nos termos do artigo 926,§1º do CPC/15¹⁰, a elaboração das súmulas dos tribunais se dá na forma prevista nos seus Regimentos Internos. Os tribunais devem indicar não só os enunciados que as compõem, mas também os pronunciamentos que indicam a formação de uma linha de jurisprudência dominante, conforme aduz Alexandre Câmara¹¹

No entanto, o Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro¹² dispõe de uma hipótese que não está disciplinada no Código de Processo Civil, que é a possibilidade da súmula ser incluída por iniciativa do Órgão Especial e do Centro de Estudos e Debates (CEDES), tornando o processo de súmulas mais célere do que nos outros tribunais e dos casos de incidentes de uniformização de jurisprudência, pois basta que a sugestão de enunciados seja motivada por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal no mesmo sentido.

Nesse cenário, a Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³ orienta os magistrados na análise das provas testemunhais estabelecendo que: “o fato de se restringir a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.” Essa súmula foi proposta pelo Centro de Estudos e Debates, com fulcro no artigo 122,§1º do Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro.¹⁴ Como se observa, o depoimento dos policiais que efetuam a prisão basta unicamente como prova para fundamentar a sentença condenatória.

A Súmula criada pelo Tribunal de Justiça e a prática constante pelos magistrados reafirmam a presunção de veracidade do discurso policial, e incumbe ao juiz o poder de valorar e ponderar a validade desse depoimento. Entretanto, o sistema processual brasileiro

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivill_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 fev.2020.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p.436.

¹² BRASIL. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18661/regi-interno-vigor.pdf?_=11> Acesso em: 10 fev.2020.

¹³ BRASIL. *Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2002.146.00001*(Enunciado Criminal nº02 do TJRJ). Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 21 fev. 2020.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 12.



não atribui valor absoluto nem mesmo à confissão do réu. Logo, nenhuma prova, isoladamente, deve ter força para conduzir à condenação do acusado.

Embora não sejam evidentes as motivações da edição da referida súmula, não podemos afastar a hipótese da crença pelos magistrados, promotores e desembargadores, de que o policial, por ser um servidor público e um agente da lei, não mentiria em juízo. No entanto, essa visão não condiz com a realidade, além de violar a imparcialidade exigida para o julgamento.

Neste contexto, o depoimento exclusivamente dos policiais que participaram da investigação que originou o processo criminal encontra-se presente na prática forense, gerando discussões a respeito de sua validade. Conforme aponta pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec)¹⁵ dos casos em que as prisões em flagrantes foram efetuadas por policiais militares em 88,4% dessas situações as testemunhas de acusação eram somente esses funcionários públicos.

Assim, é imprescindível considerar o contexto em que as prisões são efetuadas e as intenções sociais, bem como as relações de poder entre policiais e acusados, estratégias de legitimação e sociabilidades durante e após a operação. Ao não considerar o cenário social e os pré-conceitos em que as ações estão situadas, a prova se torna precária.

Veja-se o posicionamento de Franceschini¹⁶:

Policiais não estão, à evidência, impedidos de depor, mas a jurisprudência tem os considerados manifestadamente suspeitos nos depoimentos, sempre que exclusivos, em casos específicos de porte de entorpecentes, embora possam eles, facilmente, convocar pessoas alheias aos quadros da polícia para testemunhar o fato. Por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência servindo de testemunha, no fundo está procurando legitimar a própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais documentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas estranhas aos quadros policiais.

No mais, Julio Mirabete¹⁷, se manifesta no mesmo sentido do texto, qual seja, o de que o depoimento de policiais não pode ensejar um decreto condenatório observa-se:

[...] se discute o valor do testemunho de policiais quando são os únicos apresentados pela acusação. Já se tem argumentado, principalmente nos crimes referentes a tráfico de entorpecentes,

¹⁵ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. *Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: Prisão Provisória e direito de defesa*. Disponível em: <<http://www.ucamcesec.com.br/wpcontent/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>>. Acesso em: 22 fev.2020.

¹⁶ FRANCESCHINI, José Luiz Vicente. *Jurisprudência penal e processo penal*. V.8.Cidade:EUD,1881.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2006, p.294.

que a condenação não pode se basear apenas no depoimento de policiais, que têm interesse em dizer legítimas e legais as providências tomadas por eles na fase de inquérito.

O magistrado Rubens Casara¹⁸ em relação a Súmula nº 70 entende que “Os atores jurídicos interpretam essa súmula numa presunção de veracidade do que falam os policiais. Não há motivo para considerar que o depoimento de um policial é mais importante do que o de qualquer outra testemunha.” Conforme as garantias constitucionais, a única presunção de veracidade é a presunção de inocência.

No mesmo entendimento, Luciana Boiteux¹⁹, afirma que a súmula é considerada “uma aberração jurídica que não pode ser compreendida dentro dos padrões constitucionais democráticos. Atribui-se fé pública a policiais, como se estes estivessem acima de outras pessoas.”

Em contraponto com as opiniões dos autores acima, muitos operadores do Direito²⁰, pensam no sentido de que com o cancelamento da súmula as condenações por tráfico serão extintas e nenhum caso de tráfico de drogas poderá ser julgado procedente.

Ressalta-se, o que está em questão nesta pesquisa não é o fato de que com o fim da Súmula nº 70 não haverá mais condenações por tráfico, mas sim que não haverá mais a possibilidade de condenar um inocente apenas com o testemunho de uma autoridade policial, evitando-se condenações injustas, o que vem a ser muito mais gravoso do que deixar o acusado em liberdade. Na dúvida, absolve-se e não condena. A condenação exige um juízo de certeza da prática delituosa, não devendo o magistrado basear-se tão somente em indícios ocorridos na fase de inquérito, violando inclusive o artigo 155 do Código de Processo Penal²¹ que estabelece que o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Assim, diante do exposto, em decorrência da instrumentalidade garantista do processo, busca-se não apenas viabilizar a aplicação do direito material, mas principalmente, maximizar as garantias constitucionais, principalmente a presunção de inocência.

¹⁸ CARVALHO, Janaína. *RJ gastou R\$8 milhões com presos provisórios por tráfico em 2013*: Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/11/rj-gastou-r-8-milhoes-com-presos-provisorios-por-trafico-em-2013.html>>. Acesso em: 22 fev.2020.

¹⁹ BOITEUX, Luciana. *Justiça brasileira condena com pessoas em massa com base apenas na palavra do policial*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/08/03/justica-brasileira-condena-pessoas-em-massa-com-base- apenas-na-palavra-do-policial/> 03 de agosto de 2017. Acesso em: 23 fev.2020

²⁰ CYPRESTE, Artur Dalla. *As Representações sobre o traficante de drogas em julgamentos na cidade do Rio de Janeiro (2003-2016)*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Federal do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Campos dos Goytacazes. Rio de Janeiro, 2016. p.122.

²¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.html> Acesso em:25 fev.2020.



3. CASOS CONCRETOS DE DECISÕES COM BASE EM DEPOIMENTOS POLICIAIS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA EVITAR CONDENAÇÕES INJUSTAS

Um caso emblemático e que teve grande repercussão na mídia por se tratar unicamente de depoimentos policiais como prova, foi o caso do catador de recicláveis, Rafael Braga Vieira, reconhecido como único condenado nos protestos ocorridos no Centro do Rio de Janeiro, em junho de 2013, os protestos ficaram conhecidos como Jornadas de Junho, caracterizados por manifestações populares para contestar os aumentos nas tarifas de transporte público.²² Ele foi condenado pelo crime de posse de artefato explosivo ou incendiário, no entanto, depois de ter sido preso, ficou comprovado que ele não cometeu o delito. Na sentença o magistrado fundamentou com base na Súmula nº 70 do TJRJ.

A fundamentação de uma sentença com base na Súmula nº 70 do TJRJ viola as garantias processuais estabelecidas na Constituição e apresenta-se como uma desigualdade entre as partes no processo penal, tendo em vista que diante da supervalorização dos depoimentos dos policiais, fica quase impossível contradizer o que foi alegado. É como se os testemunhos dos policiais fossem incontestáveis, sem direito ao contraditório para a outra parte, como se apresentasse a verdade absoluta dos fatos.

Veja-se, o intuito não é generalizar a atuação dos policiais, de que todos estarão infringindo a lei ao deporem. Pelo contrário, os policiais assim como qualquer outra testemunha são essenciais para a formação da convicção do juiz, no entanto, só esse depoimento não basta para fundamentar a condenação.

Segundo o Princípio do Livre Convencimento Motivado, estabelecido no artigo 93, IX da CF²³ e no artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos²⁴, o magistrado tem liberdade quando da avaliação das provas produzidas no processo, trazendo uma ideia de impessoalidade, ignorando a premissa básica de que a consciência de uma só pessoa (juiz) formará a convicção sobre aquilo que foi levado ao processo, permitindo uma sentença condenatória. Assim, apesar da fragilidade da narrativa dos policiais, esse princípio seria uma espécie de “autorizador” para decisões pouco democráticas e de constitucionalidade extremamente duvidosa, pois o juiz ficou convencido no íntimo que esse depoimento bastava.

²² ZUCCO, André Carvalho, LESCOVITZ, Guilherme e TAQUES, Lenon Gustavo *Desvendando a seletividade penal do caso Rafael Braga*. Disponível em: <http://justificando.com/2019/07/22/desvendando-a-seletividade-penal-do-caso-rafael-braga/>. Acesso em: 25 fev. 2020.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

²⁴ ONU, 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

O jurista Lenio Streck²⁵ afirma que: “ quando alguém diz que o julgador possui livre convencimento, está a se referir que é a sua consciência-de-si-do-pensamento pensante que deverá determinar o resultado da apreciação da prova.” Em seu entendimento, não há democracia quando se forma uma única convicção sobre aquilo que foi trazido ao processo, bem como não há imparcialidade exigida pela magistratura. Nas palavras do jurista: “há uma assunção voluntária que acaba por transferir ao juiz a condição de *legibus solutus* para aquele caso concreto que por ele deve ser julgado.”

O princípio do livre convencimento não está de acordo com o contexto democrático de Estado de Direito, tendo em vista que a motivação do livre convencimento é apenas a exposição das razões pelas quais o julgador se convenceu. E em crimes em que só há os depoimentos dos policiais como prova, o ônus do magistrado é demonstrar que sua convicção é efetivamente jurídica (e não moral, econômica e política). Ou seja, se não há verdade absoluta, como o magistrado pode se convencer da veracidade do que foi alegado pelo policial que efetuou a prisão do acusado?

Assim sendo, como o depoimento dos policiais é recorrente na prática forense, é necessária a criação de mecanismos que torne esse tipo de prova menos frágil e incerta. Em crimes como o de tráfico de drogas, por exemplo, os agentes poderiam utilizar câmeras instaladas nas viaturas e em suas fardas. Com a filmagem ou outra prova mais concreta, diminuiria o risco de esquecimento de detalhes no momento da audiência, que ocorre meses ou até anos depois da fase investigativa preliminar. Por esse motivo, cabe ao magistrado saber indagar os policiais e não tornar seus depoimentos como verdade absoluta.

No mesmo entendimento, o magistrado Alexandre Morais da Rosa²⁶ aduz que:

Será necessário estabelecer um novo plano de abordagem, com argumentos coerentes e consistentes em face do caso penal. Policiais podem mentir em julgamentos e levar a condenações injustas. Então, vamos os proibir de depor. A conclusão é bizarra do ponto de vista lógico. (...) Negar ao agente da Lei-policia- a possibilidade de depor, prestando compromisso, implica em soterrar uma das funções do aparato policial. Logo, sem sentido. Do mesmo modo, acreditar que todo depoimento policial é verdadeiro pelo simples fato de ser policial é algo bizarro. (...) Para saber detectar os falsos positivos será necessário saber indagar o profissional, explorar o silêncio ou o discurso decorado, articulado no contexto maior do caso penal.

Face ao exposto, os exemplos demonstrados neste capítulo reafirmam a importância de buscar mecanismos que colaborem com a veracidade do testemunho. O juiz não deve

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. TOMAZ DE OLIVEIRA. Rafael. *Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real*. Disponível em: <http://conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>. Acesso em: 10 mai.2020.

²⁶ ROSA, op.cit.,p.683/684.



formar sua convicção apenas das declarações dos agentes do Estado, mas também deve contrapor o que eles alegaram com outras provas colhidas. As provas devem confirmar a versão alegada pelos policiais, para que os depoimentos sejam valorados no momento da sentença, do contrário, caso não haja prova, os depoimentos não poderão servir unicamente para fundamentar a decisão, de modo que não favoreça o réu.

CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa, algumas considerações devem ser destacadas. A prova testemunhal é uma das provas mais importante, mais utilizada e ao mesmo tempo, a mais frágil do processo penal. A complexidade dessa prova advém da confiabilidade excessiva na memória do ser humano, na lembrança de um fato que ocorreu em um momento de tensão, adrenalina e nervosismo, no qual detalhes são imprescindíveis e muitas vezes esquecidos para a solução do conflito.

A problemática está no fato de que a prova testemunhal, diante de toda a fragilidade probatória, influências de falsas memórias e fatos externos ao delito, mesmo assim é considerada apta a condenar única e exclusivamente uma pessoa.

A Súmula nº 70 do TJRJ ao permitir condenação com base única e exclusivamente em depoimentos policiais, gera uma presunção de que os policiais possuem a verdade absoluta sobre o caso, só pelo fato de possuírem fé pública e de estarem em serviço do Estado. No entanto, esquecem-se do óbvio de que o policial, quando atua na investigação ou prisão do acusado, acaba por envolver-se naquela situação, deixando de agir com a mesma imparcialidade com que depõe um estranho, uma pessoa que não está a serviço do Estado.

Com base nisso, pode-se concluir que a influência do depoimento policial, alcança proporções muitas vezes absolutas, no sentido de invalidar eventual ausência de mais provas, afastando-se e desrespeitando o princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência. Os magistrados aplicam a Súmula nº 70 do TJRJ em suas decisões, pouco importando a versão dada pelo réu. Tratam os depoimentos dos policiais como a verdade real e incontestável.

Diante de tantas condenações injustas, é essencial que o Estado atente para este poder demasiado que está sendo colocado nas mãos desses agentes de aplicação da lei e passe a dar maior atenção a essa instituição. Necessita-se de maior incentivo governamental no sentido de qualificar esses profissionais, tanto com o conhecimento teórico, jurídico e social das questões que enfrentam na prática, quanto com melhores

equipamentos tecnológicos com o intuito de auxiliar uma atuação mais eficaz e mais confiável. É imprescindível que na fase de investigação, essas tecnologias já sejam utilizadas para embasar o depoimento do policial dito na própria delegacia, para quando chegar no judiciário, na audiência, o depoimento seja legitimado com outras provas concretas e mais seguras, evitando-se a perpetuação de que uma vez iniciada a acusação pela autoridade policial, tudo concorre para a condenação dos acusados de crime de tráfico de drogas, como visto nos casos concretos analisados.

Assim sendo, conclui-se que o depoimento testemunhal de policiais pode e deve ser utilizado como meio probatório, afinal, os policiais são testemunhas do crime, mas para evitarmos à prática de uma injustiça, diante de um resquício do ultrapassado sistema inquisitorial no nosso ordenamento jurídico, é imprescindível que o magistrado não forme sua convicção com base apenas em depoimentos prestados pelos agentes do Estado. E principalmente, é fundamental que a Súmula nº 70 do TJRJ seja cancelada, pois fere os princípios fundamentais do sistema processual penal brasileiro, gerando condenações injustas de muitos inocentes.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. *Justiça brasileira condena com pessoas em massa com base apenas na palavra do policial*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/08/03/justica-brasileira-condena-pessoas-em-massa-com-base-apenas-na-palavra-do-policial/>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 fev.2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivill_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 02 fev.2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 fev.2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 10 mai.2020.

_____. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18661/regi-interno-vigor.pdf?=.11>> Acesso em: 10 fev.2020.



. *Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2002.146.00001*(Enunciado Criminal nº02 do TJRJ). Disponível em < <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>>. Acesso em: 21 fev. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Janaína. *RJ gastou R\$8 milhões com presos provisórios por tráfico em 2013*: Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/11/rj-gastou-r-8-milhoes-com-presos-provisorios-por-trafico-em-2013.html>>. Acesso em: 22 fev.2020.

CYPRESTE, Artur Dalla. *As Representações sobre o traficante de drogas em julgamentos na cidade do Rio de Janeiro (2003-2016)*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Federal do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Campos dos Goytacazes. Rio de Janeiro, 2016.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Lúmen Juris, 2014.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente. *Jurisprudência penal e processo penal*. V.8.Cidade:EUD,1881.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia. *Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: Prisão Provisória e direito de defesa*. Disponível em: <<http://www.ucamcesec.com.br/wpcontent/uploads/2015/10/Boletim-Trafico-de-drogas-epresos-provis%C3%B3rios.pdf>> Acesso em: 22 fev.2020.

LOFTUS, Elizabeth: *As falsas lembranças*. *Revista Viver mente e cérebro*: Site Scientific American Brasil: Segmento, 2015.

LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria Crítica do Processo Penal*. Trabalho Pós Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ONU,1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 mai.2020.

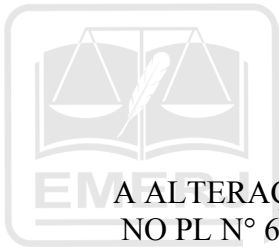
RESENDE, Leandro *Caso Amarildo, quatro anos depois*. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2017/07/14/caso-amarildo-quatro-anos-depois/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.



ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis, EMais, 2019.

ROUVENAT, Fernanda *Rafael Braga é absolvido do crime de associação ao tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/23/rafael-braga-e-absolvido-do-crime-de-associacao-ao-trafico-de-drogas.html>> Acesso em: 25 fev.2020.

ZUCCO, André Carvalho; LESCOVITZ, Guilherme; TAQUES, Lenon Gustavo *Desvendando a seletividade penal do caso Rafael Braga*. Disponível em: <<http://justificando.com/2019/07/22/desvendando-a-seletividade-penal-do-caso-rafael-braga/>>. Acesso em: 25 fev.2020.



A ALTERAÇÃO DO STATUS DOS ANIMAIS DE “COISA” PARA “SERES SENCIENTES” NO PL N° 6799/2013 (ATUAL PL N° 27/2018) E SUA REPERCUSSÃO NA DISSOLUÇÃO DE FAMÍLIAS MULTIESPÉCIE

Ana Carolina de Castilho Isaia

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduada em Estado e Direito pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – a presente pesquisa tem por objetivo abordar, em um primeiro momento, como é definida a natureza jurídica dos animais no atual Código Civil de 2002 e, em seguida, analisar como a mudança desse *status* para “sujeitos de direitos”, ou seja, seres sencientes, se aprovado o Projeto de Lei n° 27/2018, irá afetar a família multiespécie. Isso porque em nosso dia-a-dia, é visível a quantidade crescente de famílias que vem tratando seus animais domésticos como “filhos”, e, ao mesmo tempo, ainda estão muito altos os índices de decisões judiciais que cuidam de separações e divórcios. Sendo assim, esse artigo questiona como a jurisprudência vem tratando o instituto da guarda do animal doméstico quando ex-companheiros ou ex-cônjuges decidem acabar com a relação, e como esse projeto de lei poderá afetar a decisão dos magistrados no tocante a esse tema.

Palavras-chave – Direito Civil. Animais. Natureza jurídica. Família multiespécie. Dissolução conjugal.

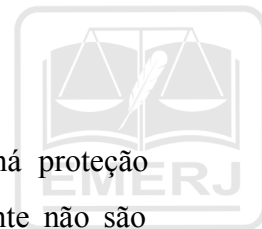
Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica dos animais no contexto jurídico atual brasileiro. 2. A alteração do *status* dos animais de “coisa” para “seres sencientes” no Projeto de Lei n. 6799/2013 (PL n° 27/2018). 3. Tendência jurisprudencial acerca do instituto da guarda animal doméstico com a dissolução de famílias multiespécie. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por tema o papel do ordenamento jurídico brasileiro na dissolução das entidades familiares denominadas multiespécie, ao mesmo tempo em que questiona como ficará o instituto da guarda desses animais domésticos se aprovado o PL n° 27/2018, que altera a natureza jurídica dos animais de “coisas” para “sujeitos de direitos”.

Esse foi o objeto escolhido, tendo em vista ser cada vez mais comum esses seres serem tratados praticamente como “filhos” no ambiente familiar, e, concomitantemente, ser notório os altos índices de divórcios ou separações nas relações afetivas entre os cônjuges ou companheiros.

Tendo isso em mente, questiona-se no presente artigo como ficará o instituto da guarda com relação a esses animais domésticos, visto não haver ainda uma sistematização jurisprudencial e normativa acerca do tema.



No entanto, apesar de ainda não haver esse alinhamento, sabe-se que há proteção constitucional ao meio ambiente e à família. Entretanto, são normas que geralmente não são estudadas em conjunto, tanto que estão em capítulos diferentes na Constituição, o que favorece as seguintes indagações: há fundamentos jurídicos sólidos para aqueles que não desejam a aprovação do PL nº 27/2018, de modo que a natureza jurídica dos animais continuaria vista como “coisa”? E é possível a aplicação do princípio da dignidade “não humana” nos casos de dissolução dessa nova dinâmica familiar, se os animais forem considerados serem com sentimentos?

Para melhor compreensão do referido tema ainda controvertido, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a natureza jurídica dos animais no contexto jurídico atual, ou seja, no seu tratamento como “coisa”.

Já o segundo capítulo especula as consequências da alteração do *status* dos animais de “bens” para “seres sencientes” caso o Projeto de Lei nº 27/2018 seja aprovado, além de demonstrar, resumidamente, como isso vem se desenvolvendo no exterior do País.

Por fim, o terceiro capítulo narra como nossa jurisprudência pátria vem analisando seus julgados referentes ao divórcio e ao fim da união estável quando presentes animais domésticos, considerados parte da família.

Como forma de desenvolvimento desta pesquisa, a abordagem é necessariamente quantitativa, porquanto ainda não há uma definição clara de como os magistrados tratam o instituto da guarda nas famílias multiespécie.

Sendo assim, o foco da pesquisa será pelo método exploratório, visto tratar-se de tema de pouco conhecimento acumulado e sistematizado. Será realizado um estudo preliminar, de sondagem, visto ainda depender da aprovação de lei em tese. E é por isso que a forma que esse estudo é aplicado é o bibliográfico, com base na jurisprudência, doutrina e legislação.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO

Em uma concepção ampla, a natureza jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi de enxergá-los como “coisas”. Historicamente, por exemplo, o Código Civil de 1916, em seu artigo 47, dava a denominação técnica dos animais como “bens semoventes”. Bastava serem “suscetíveis de movimento próprio”¹ para serem considerados bens móveis. Por

¹BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 02 out. 2019.



consequência, eram tratados como direito real, vide artigo 524 da antiga lei, que dizia assegurar “ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.² Era possível, aliás, serem considerados “coisas sem dono sujeitas à apropriação” ou “caça”, na forma do antigo artigo 593³ e 596⁴. Em virtude dessas atribuições ilimitadas conferidas ao proprietário da “coisa”, sem nenhuma proteção estatal, os animais ficavam muito vulneráveis, o que levou diversas espécies à extinção.

No entanto, com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, veio à tona a questão ambiental com um viés constitucional, de maior importância, que incluiu a proteção aos animais. O artigo 225, *caput*, da Carta Magna, por exemplo, comunica que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)”⁵. O inciso VI do mesmo dispositivo prevê, ainda, o dever do Poder Público de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”⁶.

Importante mencionar que apesar de o referido inciso VI dar a ideia de que cabe somente ao Poder Público o dever de proteger os animais, seu *caput* expressa que esse é também um dever de todos, pois os bens ambientais são de uso comum do povo. Com isso, percebe-se que a Constituição de 1988 deu um tratamento mais protetivo aos animais se comparado ao Código Civil de 1916, que os enxergava apenas como um direito real, passível, inclusive, de caça.

A introdução da Lei de Crimes Ambientais (Lei n° 9605/98⁷) fortaleceu ainda mais essa percepção protetiva, à despeito de ainda enxergá-los como “coisas”. Todavia, apesar da ampliação do suporte dado ao meio ambiente na legislação, com a introdução do Código Civil de 2002, a natureza jurídica dos animais não sofreu alterações significativas quando comparada ao Código de

²Ibid.

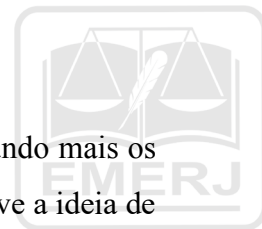
³Ibid. Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação: I - Os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade; II - Os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596; III - Os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente; IV - As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁴Ibid. Art. 596. Não se reputam animais de caça os domésticos que fugirem a seus donos, enquanto estes lhes andarem à procura. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 out. 2019

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁶Ibid.

⁷BRASIL. *Lei n° 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1960>. Acesso em: 02 out. 2019.



1916. Apesar da supressão dos antigos artigos 593, 596 e seguintes, não se considerando mais os animais como “coisas sem dono sujeitas à apropriação” ou “caça”, o legislador manteve a ideia de serem bens semoventes.

Assim, no presente, os animais ainda são suscetíveis à apropriação, não obstante esse direito de propriedade incluir agora maiores nuances, como o cumprimento de sua função social, melhor definido no parágrafo primeiro do artigo 1.228⁸, que diz:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁹

A legislação brasileira atual não faz distinção entre as espécies de animais, dizendo apenas que possuem a natureza de “coisa”. Por essa perspectiva, “coisa” tem uma definição muito ampla, podendo, inclusive, ser uma cadeira, um carro, uma casa. No entanto, como forma de especificar esse conceito, classificou-se os animais em bens móveis semoventes, pois se deslocam por movimento próprio e por força alheia, desde que preservada sua substância e destinação econômica. Eles ainda são considerados objetos de propriedade, objetos de direito, não havendo qualquer ideia de sentimento de afetividade ditos na lei de forma expressa.

Sobre esse tema, o americano Gary L. Francione¹⁰ é categórico ao afirmar:

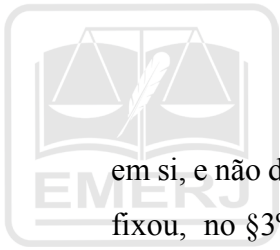
[...] animais são coisas que possuímos e que tem apenas valor extrínseco ou condicional como meios para nossos fins. Podemos, por uma questão de escolha pessoal, agregar mais valor aos nossos animais de companhia, como os cães e gatos, mas no que concerne à lei, mesmo esses animais, não são nada mais do que mercadorias. De um modo geral, não consideramos os animais como seres com valor intrínseco, e protegemos seus interesses apenas até onde nos beneficiamos fazendo isso.

Apesar de na prática ocorrer essa relação de afetividade entre o homem e seus animais domésticos, a proteção jurídica do animal decorre da função ecológica exercida pela fauna. Percebe-se, assim, que as normas brasileiras adotam a visão antropocentrada do direito constitucional ambiental, pois, na realidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção à fauna, são vistos, principalmente, em favor dos objetivos e necessidades do “homem”

⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Acesso em: 02 out. 2019.

⁹Ibid.

¹⁰ FRANCIONE, Gary L. Animais como Propriedade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, V. 3, n. 2, p. 13-15, jul./dez. 2007, p.13. 25



em si, e não do meio ambiente propriamente dito. Isso fica claro quando o legislador constitucional fixou, no §3º do artigo 225, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.¹¹

Outro fundamento é dizer que o sujeito passivo da conduta por crime ambiental, é a própria coletividade, e não os animais propriamente ditos, o que reforça essa noção antropocêntrica. No direito penal, por exemplo, quando um animal suporta alguma crueldade, ele não é visto como vítima, mas objeto material da ilegítima infração penal, de modo que a coletividade em si é entendida como sujeita passiva da conduta criminosa.¹²

A partir dessa análise legislativa, depreende-se que o estudo da natureza dos animais é visto sob dois vieses¹³. Quando considerados bens de uso comum do povo, são tratados como bens socioambientais pertencentes à coletividade, ou seja, animais inseridos na fauna e os bens ambientais. Quando se tratar de animais domésticos e/ou domesticados, haverá regulação via direito de propriedade, com natureza de coisas ou bens móveis semoventes.

2. A ALTERAÇÃO DO STATUS DOS ANIMAIS DE “COISA” PARA “SERES SENCIENTES” NO PROJETO DE LEI Nº 6799/2013 (ATUAL PL Nº 27/2018)

No decorrer dos últimos anos, com base no princípio da construção de uma sociedade mais solidária e tendo em vista uma relação de maior proximidade/afetividade entre o homem e seu animal doméstico, surgiu em diversos países a tese de que os animais não devem ser mais vistos como meros objetos, mas seres com sentimentos.

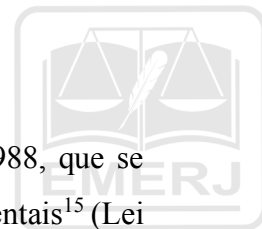
Áustria, Alemanha e Suíça indicam, expressamente, que os animais não são coisas. Por outro lado, França e Portugal dispõem que se trata de seres dotados de sensibilidade. Em Portugal, por exemplo, na Lei nº 8 de 2017 alterou o Código Civil e deu-lhes um patamar jurídico distinto das coisas móveis e imóveis, porém passíveis de serem objeto do direito de propriedade. direito de propriedade.¹⁴

¹¹BRASIL, op. cit., nota 5.

¹²NOIRTIN, Célia Faganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, V. 6, n. 5, p. 133-152, jan./jun. 2010.

¹³ RODRIGUES apud FERREIRA, Ana Cristina Paulino. *Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva*. 2017. 68 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, 2017

¹⁴ BRASIL. *Parecer (SF) nº 18, de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7978663&ts=1574367802985&disposition=inline>>. Acesso em: 25 mar. 2020



No Brasil, conforme verificado, foi com fundamento na Constituição de 1988, que se editaram importantes atos legais no sentido de proteger a fauna. A Lei de Crimes Ambientais¹⁵ (Lei nº 9.605/1998), que tipifica os crimes contra a fauna (artigos 29 a 37), apresentou, por exemplo, as penas a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (art. 32).

Seguindo essa tendência estrangeira e constitucional, surgiu o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 27, de 2018 (Projeto de Lei nº 6.799, de 2013, na Casa de origem)¹⁶, de iniciativa do Deputado Ricardo Izar (PP-SP), contendo cinco artigos.

O artigo 1º do projeto estabelece o regime jurídico especial para os animais não humanos.

Por objetivo (artigo 2º), pretende-se o reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

O artigo 3º traz a natureza jurídica *sui generis* e os conceitua como sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

O art. 4º¹⁷ busca incluir um novo artigo na Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) para estabelecer que a regra que conceitua bens móveis, contida no art. 82 do Código Civil¹⁸, não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados.

O Deputado Ricardo Izar, no momento da justificação do projeto, explica:

O Projeto em tela outorga classificação jurídica específica aos animais, que passam a ser sujeitos de direitos despersonalizados. Assim, embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza *sui generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva.¹⁹

Enquanto o projeto de lei não é definitivamente aprovado, necessário se faz observar as três diferentes orientações no Brasil que tratam do tema.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 27/2018 (nº anterior: PL 6799/2013)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 25 mar.2020.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 8. Art. 82 (atual): São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

¹⁹ BRASIL. *Justificativa Projeto de Lei nº 27/2018 (Nº Anterior: PL 6799/2013)*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E63EB301651D4730862E3DA3303FD9FF.proposicoesWebExterno2?codteor=1633488&filename=Aviso+-PL+6799/2013>. Acesso em: 26 mar. 2020



A primeira corrente, mais radical, defende promover os animais ao *status* de “pessoa”, visto todos nós sermos animais. Por consequência, teriam eles direitos de personalidade.

A segunda, aplicada no presente Projeto de Lei, prega uma separação de conceitos, de forma a diferenciar “pessoa” de “sujeito de direitos” possibilitando a irradiação do ordenamento jurídico aos animais, sem atribuir-lhes propriamente uma personalidade dita.²⁰

Apesar da visível futura aprovação do projeto, há aqueles que são contra a sua publicação. Trata-se da terceira corrente, que abraça a manutenção da visão atual de serem eles classificados como “coisa”. Questionam como na prática é possível classificar um animal como “sujeito de direitos”, e, ao mesmo tempo, estar, por exemplo no cardápio de um restaurante. Como essa proteção se relacionaria com animais sujeitos ao abate, tratando-se de uma sociedade, na sua maioria, não vegetariana? Perquirem que se todos os animais sentem dor e sofrimento, por qual motivo o “pet”, membro da família, deveria ter tratamento diverso de um porco ou uma vaca. Qual seria a aplicação prática dessa lei, se na realidade, acaba que apenas em tese perfaz uma bela teoria? Desta forma, essa corrente avalia como será a irradiação do atual projeto de lei no que toca os animais selvagens, de criação para produção alimentícia, de companhia, em cativeiro, animais usados em pesquisa. Em suma, questiona-se como o referido projeto trará segurança jurídica e conseguirá trazer efetivas mudanças no dia-a-dia.

Essa terceira orientação, devido a tais indagações, acabou por vencer em parte e conseguiu emendar o PL n° 27/2018 no que toca os animais considerados de consumo. Desta forma, as alterações trazidas pelo projeto ressalvam a atividade agropecuária e as manifestações culturais, como é o caso da vaquejada.

Por esse motivo, o projeto que havia sido aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, foi emendado. E, de acordo com o processo legislativo, a proposta voltou para a Câmara dos Deputados para ser votada novamente antes da sanção presidencial.

Assim, bois, vacas, galinhas, peixes, porcos e até cavalos que participam das vaquejadas e também são mortos para exportação de sua carne continuarão sendo tratados como “coisa” no cenário jurídico. Por consequência, percebe-se que a nova disposição normativa acabará por afetar, na prática, apenas os animais domésticos.

²⁰ GONÇALVES, Thomas N. *Animais não humanos e sua natureza jurídica sui generis, tornando-se assim sujeitos de direitos despersonalizados. Uma breve análise do PL 27/18*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1345/Animais+n%C3%A3o+humanos+e+sua+natureza+jur%C3%ADdica+sui+generis%2C+tornandose+assim+sujeitos+de+direitos+despersonalizados.+Uma+breve+an%C3%A1lise+do+PL+2718>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

O senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP), relator do projeto na Comissão de Meio Ambiente (CMA), destacou que apesar de a nova lei não afetar os hábitos de alimentação ou práticas culturais, ela contribuirá para elevar a compreensão da legislação brasileira sobre o tratamento de outros seres. Na visão do senador, o projeto representa uma parte da evolução da humanidade.²¹

Com isso, reflete-se que ao classificar os animais não humanos como seres sencientes, palavra esta proveniente do latim - *sentire* – que tem o significado na capacidade de sentir, deve-se compreender que se trata de um ser vivo, detentor de uma vida incorporada à dignidade de sua natureza. Assim, o atributo da dignidade, que antes era conferido exclusivamente ao humano, devidamente legitimado pela sua natureza de ser pensante, guardadas as proporções, alcança o animal em razão da sua própria existência como ser vivo.

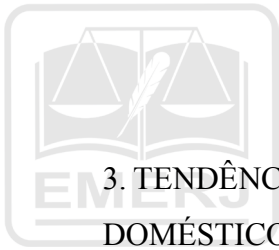
Nessa perspectiva, tendo em mente que o homem revestido da dignidade carrega consigo uma carga de direitos e deveres que propulsionam a busca da perfeição, nessa trajetória, compreende o relacionamento com o reino animal. Se for insensível com aquele que é sensível, certamente estará descumprindo regra básica e fundamental deste convívio harmônico.²²

Desta forma, apesar de na prática não gerar mudanças drásticas na relação homem/animal não humano, se aprovado o projeto de lei, espera-se, no mínimo que a penalização da prática de crimes ambientais ganhará maior embasamento jurídico e força, principalmente da ocorrência de abuso e maus tratos contra animais. Quando o legislador os enxergar como seres sencientes, ficará mais fácil uma fundamentação jurídica a ponto de incriminar aqueles que, no cenário atual, não são punidos ou são punidos com pouco rigor.

Nada impede, por exemplo, que da publicação deste projeto, seja possível um novo que tenha por intento aumentar as penas daqueles que praticam o crime do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, sob fundamento de os animais serem seres sencientes, visto as penas descritas na atual lei serem muito brandas em paralelo ao delito cometido.

²¹ AGÊNCIA SENADO. *Senado aprova projeto que cria natureza jurídica para os animais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>>. Acesso em: 27 mar. 2020

²² OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Animais são seres sencientes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/309993/animais-sao-seres-sencientes>>. Acesso em: 27 mar. 2020.



3. TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO INSTITUTO DA GUARDA DO ANIMAL DOMÉSTICO COM A DISSOLUÇÃO DE FAMÍLIAS MULTIESPÉCIE.

Já faz algumas décadas que o conceito de família vem se alterando em uma escala mundial. Uma dessas variações é a denominada família multiespécie, composta pela espécie humana e a animal, mas formada essencialmente pelo vínculo afetivo entre eles no âmbito doméstico.

É muito comum casais que passam a morar juntos optem por animais de estimação em seus lares em substituição aos filhos, até mesmo como uma forma de teste para o futuro. Há aqueles, também, que passam a criar um animalzinho como fonte de cura para doenças emocionais. Não importa o motivo ou como estão dispostos esses membros, mas é essencial a característica do afeto para caracterizar essa família multiespécie. Através dela, inclusive, veio à tona a temática de alterar a natureza jurídica do animal para “ser senciente”. Isso se reflete no mercado *pet* no Brasil, terceiro do mundo em faturamento mesmo com a crise²³.

Apesar de as novas configurações familiares estarem sempre se reinventando e ser dever do Direito proteger todas as suas variações em razão do surgimento de novos conflitos, isso não é feito da noite para o dia. Com relação às famílias multiespécie, não obstante existam projetos de lei em tramitação — como o mencionado PL n° 27/18 — ainda é raso seu tratamento normativo.

Isso não impede, no entanto, que cheguem ao Judiciário demandas tratando do instituto da guarda, visitação e pensão alimentícia aos animais domésticos com a dissolução de famílias multiespécie. Em razão da falta de regulamentação legal, o magistrado acaba tendo de recorrer às técnicas de interpretação, como a analogia, costumes e princípios, para resolver tais divergências.

No Código Civil, por exemplo, não há dispositivos que tratem do assunto. Contudo, é possível fundamentar as decisões com base no artigo 226 e parágrafos da CF/88²⁴, que assegura à família a tutela jurídica do Estado. A partir da extensão do conceito de família descrito no texto constitucional, torna-se possível o enquadramento da família multiespécie, isso porque a própria Constituição, no artigo 225, §1º, inciso VII²⁵, reconhece proteção jurídica aos animais, ao vedar

²³ REVISTA LIDE. Ano 13, n° 68, março 2018. *Sem crise. Mercado de pets no Brasil é o terceiro em faturamento*. Disponível em: <https://www.lideglobal.com/wp-content/uploads/2018/03/LIDE_68.pdf>. Acesso em 04 mai. 2020.

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de mai. 2020.

²⁵ MIGLIAVACCA, Carolina Moares. *A guarda compartilhada dos animais domésticos a partir da dissolução matrimonial: estudo de caso*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#_ftnref38>. Acesso em: 03 mai. 2020.



práticas de crueldade. Em decorrência desse enquadramento, o Poder Judiciário está obrigado a proteger essa nova configuração familiar quando do surgimento de algum litígio.

Apesar de por enquanto arquivado, o Projeto de Lei nº 1.058/2011²⁶ trouxe algumas ideias inovadoras quando o conflito versar sobre a guarda dos animais de estimação. Uma delas é o critério de favorecer o ex-companheiro classificado como legítimo proprietário, assim classificado por documento de registro idôneo. Não o havendo, a guarda do animal poderia ser compartilhada. Além disso, o juiz poderá favorecer uma das partes, baseando-se naquele que demonstrasse maior capacidade para o exercício da “posse responsável”.

No entanto, como ainda não há lei específica que norteie as decisões dos Tribunais, faz-se necessário avaliar como a jurisprudência vem tratando do tema, apesar de ainda flagrante a insegurança jurídica. Importante ressaltar, contudo, que por se tratar de matéria de família, muitos dos casos estão em segredo de justiça. Portanto, a maior parte da jurisprudência aqui disposta foi obtida por meio de páginas de jornais, artigos e revistas.

O que se percebe da jurisprudência contemporânea é que apesar de ainda serem vistos como “coisas”, está se dissipando nos Tribunais a tese de que os animais são seres com sentimentos. Por tal motivo, muitas das decisões judiciais vem privilegiando a guarda compartilhada quando da dissolução de uma família multiespécie, desde que demonstrado que ambos nutrem a mesma estima pelo *pet*. Por esta alternativa, o animal terá a atenção de ambos, incluindo os cuidados veterinários e afetivos, de modo que ambos exercem os mesmos poderes e deveres sobre o animal, regulando-se o regime de companhia (quantos dias ficará com um e com o outro), em analogia ao artigo 1.583, § 1º, segunda parte, do Código Civil²⁷ que trata desse tipo de guarda.

Um dos casos pioneiros, pautado, em todas suas fases, com o princípio da afetividade entre o animal e seus donos é a apelação civil n.º 0019757-79.2013.8.19.0208²⁸, em que o casal carioca, separado após quinze anos, litigava, exclusivamente, pela guarda do cão de estimação Dully, e que, de início, foi dada a guarda exclusiva a mulher. O apelante alegou que foi ele quem

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 1.058/2011*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Altera os artigos 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm. Acesso em: 04 mai. 2020

²⁸ BRASIL. *Apelação civil nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. 22ª Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem, julgado em 27/01/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>> Acesso em: 06 nov. de 2019



deu Dully a ex-mulher; que sempre cuidou do animal, levava-o para passear e arcava com os custos. Mesmo assim, não convenceu o juízo. A saída foi compartilhar a posse do animal.

O Desembargador-relator, Marcelo Lima Buhatem, da 22ª Câmara Civil do TJ-RJ, decidiu:

Atento a todos os parâmetros até aqui apresentados, aos quais acresço o fato de que o animal em questão, até por sua idade, demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas (...) que seja permitido ao recorrente ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 8h de sábado, restituindo-lhe às 17h do domingo, na residência da apelada.

Outro exemplo é o da 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro – Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203²⁹ – em que a juíza decidiu pela guarda alternada provisória entre o ex-casal, uma vez que, o ex-companheiro alegou muito sofrimento e angústia, e problemas profissionais e pessoais, decorrentes da distância do animal de estimação. A magistrada entendeu que mesmo não sendo adquirido durante o casamento, tratou-se de data muito próxima (período do noivado), e, comprovou-se com fotos publicadas nas redes sociais o grande afeto que ambos possuem pelo animal de estimação.

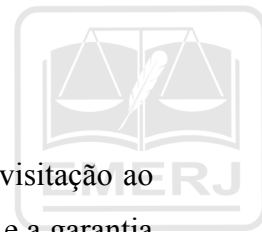
Segue abaixo parte da decisão:

Assim, presentes os requisitos legais, defiro a posse alternada provisória do cachorro, da raça Bulldog Francês, nominado Braddock, entre os requerentes, cabendo ao requerente a primeira metade de cada mês e à requerida a segunda metade, autorizando, desde logo, a busca e apreensão, caso não haja entrega voluntária, devendo o requerente acompanhar a medida.

Em 2018 foi dada uma decisão inédita que envolveu pensão alimentícia de animais, resultando na divisão de despesas entre os ex-companheiros. A Sétima Câmara Cível do Rio de Janeiro determinou que o ex-companheiro arcasse com metade dos gastos que a mulher tinha com seus seis cães e uma gata, adquiridos durante a união estável³⁰, totalizando R\$ 1.050 por mês. Teve por fundamento as necessidades básicas dos animais, como ração, remédios, vacinas, consultas veterinárias, banho e tosa, e de acordo com a especificidade do animal (ser mais idoso ou sofrer de alguma doença) mesmo após a separação.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. *Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203*. Primeira Instância. Distribuído em: 10.03.2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.203.008986-4>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

³⁰ NÓBREGA, Bárbara. *Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação*. O Globo, 2018. Disponível em: <<https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/569677893/homem-e-obrigado-pela-justica-a-pagar-pensao-de-r-1-050-para-animais-de-estimacao>>. Acesso em: 04 mai. 2020.



Já no STJ, em decisão de 2018, o REsp nº 1.713.167³¹ garantiu direito de visitação ao animal doméstico após a separação, devendo-se levar em consideração a preservação e a garantia dos direitos da pessoa humana, bem como o bem-estar dos animais. Fundamenta a decisão dizendo que apesar de o Código Civil classificar os animais como “coisas”, existe uma relação de afeto entre as pessoas e seus animais de estimação e estes são “seres com sensibilidade”. Luís Felipe Salomão, relator, ressaltou que a regulamentação da visita ao animal não é algo inovador, “o que é novo é trazer ao Judiciário”.

Afirmou Salomão que seria possível aplicar o instituto da composesse, previsto no artigo 1.199 do Código Civil³², como também, por analogia, o instituto da guarda de filhos, tratado nos artigos 1.583 a 1.590, sem estender aos animais “o atributo da subjetividade ou de alguma espécie de poder familiar, ao menos até que o legislador normatize a matéria”. Baseou-se, ainda, no Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), segundo o qual, “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”³³.

Apesar de a ministra Isabel Galloti³⁴ ter sido contrária à tese do relator, pois considerou que a questão depende somente da atuação do Legislativo, sob pena de configurar ativismo judicial, tal decisão acabou por ser um marco, já que o STJ uniformiza o entendimento das instâncias inferiores.

Após a análise de diversas decisões sobre o conteúdo, é possível perceber que os Tribunais vêm utilizando o vínculo afetivo nas famílias multiespécie como mantra para fundamentar as decisões que envolvem animais domésticos. Contudo, reitera-se a necessidade da criação de uma lei com critérios objetivos, de modo a orientar como os magistrados devem decidir sobre questões que envolvam conflitos dessas famílias, em busca de uma maior segurança jurídica aos envolvidos.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.713.167-SP*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

³² BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”

³³ IBDFAM. *Ex-companheiro pode visitar animal de estimação após dissolução da união estável, garante STJ*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6669/Ex-companheiro+pode+visitar+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+ap%C3%B3s+dissolu%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel%2C+garante+STJ>>. Acesso em: 04 mai 2020.

³⁴ Ibid.

O Projeto de Lei nº 27/2018 (antigo PL Nº 6799/2013), se sancionado pelo Presidente da República, será um importante passo na evolução do pensamento da sociedade no tratamento aos animais, ainda que os animais de consumo não constem no projeto.

Conforme visto no primeiro capítulo da pesquisa, com a Constituição Federal de 1988, iniciou-se um movimento mais protetivo com os seres não humanos, mas ainda como uma visão antropocêntrica do tema, ou seja, em favor dos objetivos e necessidades do “homem” em si, e não do meio ambiente propriamente dito. Mesmo com o advento do Código Civil de 2002 e a Lei Ambiental, atualmente os animais ainda possuem a natureza jurídica de “coisa”.

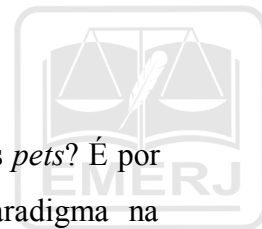
No entanto, caso esse projeto de lei seja aprovado, é possível reconhecer uma evolução da visão antropocêntrica do direito ambiental e a alteração da natureza dos animais para “seres sencientes”.

A pesquisadora entende a crítica que a terceira corrente verificada no segundo capítulo faz contra o referido projeto ao defender a não inclusão dos animais de consumo na futura lei, por se tratar ainda de um tema muito sensível. Caso contrário, a mudança seria muito brusca na legislação, e, portanto, não seria atendida qualquer alteração. Na prática, continuaria ocorrendo os abates dos animais, vaquejadas, etc. É, portanto, compreensível, em um primeiro momento que o projeto tenha sido emendado nesse sentido de forma a somente incluir os *pets* domésticos.

Assim, no dia-dia, acredita-se que não seja possível identificar de pronto significativas mudanças. No entanto, à longo prazo, com a lei já em vigor por um tempo, a visão da população como um todo vai aos poucos se alterando, e pode ser que num futuro, em uma perspectiva otimista, todos os animais sejam vistos como seres com sentimentos.

Enquanto isso, se aprovado o PL nº27/2018, pode-se incluir essas mudanças diárias aos *pets* domésticos, principalmente quando dissolvida a família multiespécie. Eles terão direito ao princípio da dignidade não humana, e como consequência, o juiz fundamentará suas decisões em cuidado a esses animais, com a devida qualidade de vida como preceito, de forma a não só analisar os interesses dos ex-cônjuges.

Pode-se dizer, portanto, que a criação desse projeto nasceu com a identificação das famílias multiespécie, baseadas no afeto entre o homem e os animais. E por ser o animal visto como um membro da família, nota-se que a guarda compartilhada é a melhor forma de atender a todos esses familiares. Basta fazer a seguinte relação: se a guarda compartilhada do ex-casal com relação



aos filhos é o que mais se busca hoje, por que isso não seria o ideal também para os *pets*? É por isso que em diversos países vem-se buscando esse tipo de solução como paradigma na jurisprudência.

Por enquanto, no entanto, sem a promulgação de lei específica, os operadores do direito vêm aplicando a analogia e opinião pessoal para resolver questões sobre a guarda dos animais após o divórcio ou com o fim da união estável.

Todavia, com a publicação do PL nº27/2018, haverá maior segurança jurídica às decisões quando finda a família multiespécie. Conforme visto, o ideal é que sejam criados critérios mais objetivos na lei, conforme fez o arquivado Projeto de Lei nº 1.058/2011, que, quem sabe, volte a ser debatido no Poder Legislativo. Esses critérios acabariam servindo como um guia ao magistrado e às partes, mas, é claro, sem deixar de analisar a especificidade do caso concreto. Por tais motivos, tendo em mente que é recorrente que casos sobre esse tema cheguem ao Judiciário cada dia mais, se vê a necessidade de que o PL nº27/2018 seja logo sancionado pelo Chefe do Executivo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Senado aprova projeto que cria natureza jurídica para os animais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>>. Acesso em: 27 mar. 2020

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 27/2018 (nº anterior: PL 6799/2013)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 25 mar.2020.

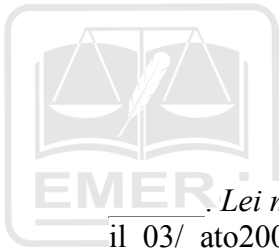
_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 1.058/2011*. Disponível em: <<https://camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>> Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.



_____. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020

_____. *Justificativa Projeto de Lei nº 27/2018 (Nº Anterior: PL 6799/2013)*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E63EB301651D4730862E3DA3303FD9FF.proposicoesWebExterno2?codteor=1633488&filename=Avulso+-PL+6799/2013>. Acesso em: 26 mar. 2020

_____. *Parecer (SF) nº 18, de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7978663&ts=1574367802985&disposition=inline>>. Acesso em: 25 mar. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.713.167-SP*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>>. Julgado em 19 jun. 2018. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação civil nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203*. Distribuído em: 10.03.2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.203.008986-4>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

FRANCIONE, Gary L. Animais como Propriedade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, V. 3, n. 2, p. 13-15, jul./dez. 2007, p.13. 25

GONÇALVES, Thomas N. *Animais não humanos e sua natureza jurídica sui generis, tornando-se assim sujeitos de direitos despersonalizados. Uma breve análise do PL 27/18*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1345/Animais+n%C3%A3o+humanos+e+sua+natureza+jur%C3%ADdica+sui+generis%2C+tornandose+assim+sujeitos+de+direitos+despersonalizados.+Um+a+breve+an%C3%A1lise+do+PL+2718>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

IBDFAM. *Ex-companheiro pode visitar animal de estimação após dissolução da união estável, garante STJ*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6669/Ex-companheiro+pode+visitar+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+ap%C3%B3s+dissolu%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel%2C+garante+STJ>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Animais são seres sencientes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/309993/animais-sao-seres-sencientes>>. Acesso em: 27 mar. 2020.



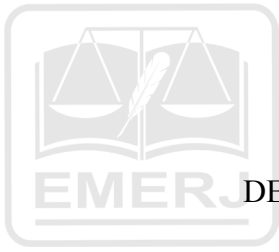
MIGLIAVACCA, Carolina Moares. *A guarda compartilhada dos animais domésticos a partir da dissolução matrimonial: estudo de caso*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#_ftnref38>. Acesso em: 03 mai. 2020.

NÓBREGA, Bárbara. *Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação*. O Globo, 2018. Disponível em: <<https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/569677893/homem-e-obrigado-pela-justica-a-pagar-pensao-de-r-1-050-para-animais-de-estimacao>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

NOIRTIN, Célia Faganello. Animais não humanos: sujeitos de direitos despersonalizados. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, V. 6, n. 5, p. 133-152, jan./jun. 2010.

REVISTA LIDE. Ano 13, nº 68, março 2018. *Sem crise. Mercado de pets no Brasil é o terceiro em faturamento*. Disponível em: <https://www.lideglobal.com/wp-content/uploads/2018/03/LIDE_68.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2020.

RODRIGUES apud FERREIRA, Ana Cristina Paulino. *Da guarda compartilhada de animais e a dissolução de relação afetiva*. 2017. 68 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, 2017.



DEMOCRACIA PÓS-VERÍDICA: A VERDADE NÃO BASTOU AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

Ana Clara de Oliveira Militão

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

Resumo – a deturpação da verdade tem sido inscrita na História atual: seja por meio das discussões políticas, dos discursos rotineiros de pessoas comuns, das falas acaloradas de candidatos ao pleito eleitoral, das correntes de *Whatsapp*. Pretende-se, portanto, demonstrar como surge o Estado Pós-Verídico – posterior ao Estado Democrático de Direito – no qual a pós-verdade é o eixo central, responsável por desestabilizar o Estado Democrático, seja pela eliminação da pluralidade de discursos, seja pela crise na representatividade, e até mesmo influenciando as decisões do Supremo Tribunal Federal. Constata-se que as principais mudanças oriundas da referida desestabilização resultaram em uma pós-verdade que é o novo eixo central do modelo estatal; em um discurso argumentativo que invadiu os âmbitos público e privado; e uma superatividade jurisdicional proveniente do senso de justiça dos julgadores que torna o ambiente propício para uma crise nas instituições.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Pós-verdade. Decisões judiciais. Estado Democrático de Direito. Crise de representatividade.

Sumário – Introdução. 1. Bem além das *fake news*: as nuances da pós-verdade. 2. Legitimidade instável: como a pós-verdade contribui para a fenda democrática brasileira atual. 3. Como a eclosão do Estado Pós-Verídico reverberou na Suprema Corte. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna detém como um valor indissociável a mudança ágil. Desta feita, aos indivíduos, às instituições e aos valores que gravitam em torno dessa sociedade são exigidos igual maleabilidade para um vicioso ciclo de adaptação-readaptação diante deste cenário instável.

O presente trabalho propõe demonstrar as consequências da pós-verdade quando infiltrada em um Estado Democrático de Direito, ou seja, as consequências quando a análise subjetiva dos fatos toma maior vulto do que o fato e sua veracidade em si, colocando em xeque um Estado que se pretende plural, capaz de abrigar pessoas e opiniões diversas.

As mudanças repentinas de uma realidade social que já se demonstrava consolidada, tendo a pós-verdade como referencial, são o resultado de limites sociais, políticos, jurídicos e econômicos antes muito bem concatenados.



Dessa maneira, o primeiro capítulo delimitará o conceito de pós-verdade, demonstrando que, apesar de estar em voga nesse momento da História com a popularização do debate sobre *fake news*, a pós-verdade tem seus fundamentos próprios, diferenciando-se das primeiras por algumas características peculiares. E, ainda que de maneira não tão evidente como agora, a pós-verdade sempre existiu nos discursos. Sendo assim, serão expostos para melhor entendimento o cenário no qual tornou-se propício o seu surgimento, característica inerente ao tempo presente e ao sujeito atual.

O segundo capítulo se propõe a esmiuçar um Estado de Direito que se pretendia democrático, mas no qual a norma fundamental já não é capaz de justificá-lo. A crise de representatividade e a descrença no poder político fazem com que a pós-verdade não seja apenas uma característica do tempo presente, mas uma ferramenta de insurgência popular contra a ordem anteriormente posta: um Estado Brasileiro construída por agentes que, apesar de inseridos na construção da sociedade, não detém legitimidade porque não são capazes de veicular os interesses dos cidadãos que os elegeram.

Por fim, o terceiro e último capítulo, utilizando-se das ideias anteriormente desenvolvidas, demonstrará de que maneira a pós-verdade impacta a democracia de um Estado, mais especificamente no que se refere ao Poder Judiciário. O protagonismo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal frente aos representantes dos outros dois Poderes da República, faz com que a legitimidade das decisões judiciais seja impactada pelas impressões pessoais que prevalecem sobre a rigidez do ordenamento jurídico.

A presente pesquisa utilizará o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a autora estabeleceu algumas premissas básicas que são essenciais para o deslinde da questão e servem como base e norteamento para a busca e posterior construção argumentativa.

Dessa forma, a abordagem utilizada no trabalho é qualitativa, especificamente em relação à revisão bibliográfica que foi realizada na fase exploratória da pesquisa, utilizada para dar sustentação à tese.

1. BEM ALÉM DAS *FAKE NEWS*: AS NUANCES DA PÓS-VERDADE

Os celulares concederam a capacidade e a possibilidade de comunicação entre as pessoas, a qualquer momento, com uma possibilidade de alcance de um número de indivíduos inimaginável até então.



Dessa maneira, cria-se o cenário perfeito para a propagação de quaisquer mensagens, em que o conteúdo não detém tanta relevância, mas o próprio fato de terem se tornado públicas, já lhes ratifica a condição de notícia ou de verdade.

É o que ocorre com a pós-verdade, realidade presente nas democracias atuais. Insta salientar que pós-verdade não é sinônimo de *fake news*, mas a diferenciação entre os conceitos não é tão simples. Com efeito, enquanto *fake news* se trata de um discurso com informações falsas, a pós-verdade não se limita ao fenômeno do conteúdo da mensagem, mas a ela compreende toda a estrutura que se faz necessária para veicular a mensagem: o emissor, o receptor, a velocidade e a forma. Sendo assim, é possível dizer que *fake news* é espécie da qual a pós-verdade é gênero.

No que diz respeito ao seu conceito, a pós-verdade pode ser definida como um processo argumentativo, no qual o conteúdo da mensagem emitida pelo interlocutor é considerado mais pelas impressões subjetivas daquele do que por sua correspondência com os fatos postos.

Ou seja, detém maior credibilidade a opinião de quem veicula a notícia-informação e sua perspectiva a respeito do tema do que propriamente a manifestação da notícia no mundo dos fatos. De todo modo, o conceito vem ganhando cada vez mais notoriedade nos últimos anos, chegando até mesmo a contar com um verbete¹ no Dicionário de Oxford.

Com efeito, cabe salientar que, apesar de o fenômeno da pós-verdade estar em voga na atualidade, podendo ser identificado nos últimos processos eleitorais ao redor do mundo, ele não se manifesta apenas em situações estritamente ligadas à política, mas permeia cada vez mais o cotidiano ordinário dos indivíduos. Ali, estes se utilizam dela como uma forma de sedimentar sua própria opinião, de maneira a inflar seus egos. Na medida em que a flexibilização da verdade lhes permite expor um discurso quase inquestionável, esse mecanismo discursivo lhes permite exterminar a opinião alheia.

Pois a verdade deturpada também detém essa faceta: não é capaz de suportar opiniões dissidentes. Funciona, portanto, como um aniquilador homogêneo e eficaz, dando mais do mesmo a quem a emite. Essa é a teoria de Gomes²:

Nosso cérebro foi feito para aceitar as teorias que preferimos e rejeitar as demais. Na verdade, o cérebro tem dificuldade para mudar de opinião e tampouco se preocupa

¹Em 2016 o Dicionário de Oxford elegeu a pós-verdade como a palavra do ano, salientando sua importância e a crescente utilização do vocábulo. English Oxford Living Dictionaries (OED). Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 16 set. 19.

²GOMES, Geovane Ferreira. As condições estruturais da era da pós-verdade. In: ROIZ, Diogo et al. (orgs.). *A (pós)- verdade em uma época de mudanças civilizacionais*. Serra: Milfontes, 2018, p. 87.



com o que é certo ou errado, pois “ele” quer nos tornar vitoriosos, e prefere generalizar o que já acreditamos a discutir detalhes que coloque em xeque nossos pontos de vista;

Rubens Casara³ transpõe esse entendimento, concebendo a pós-verdade a partir do critério tempo-espço, tendo em vista que haveria um momento socioeconômico propício, como um terreno fértil, para que ela se manifestasse. Dessa maneira, o referido autor obtém a compreensão de que a pós-verdade não é um processo invólucro, muito pelo contrário, afeta o seu entorno e é influenciada pelo mesmo, num movimento cíclico, sob a perspectiva de que a pós-verdade está vinculada ao neoliberalismo⁴ e muitas vezes apresenta-se sob o véu da falsidade. Nesse sentido:

Na medida em que o próprio valor “verdade” é abandonado e substituído pela chamada pós-verdade, uma narrativa que atende à razão neoliberal, entendida como nova razão de Estado, aos interesses do mercado ou do espetáculo, e não guarda relação necessária com os acontecimentos do mundo-da-vida.

Assim, é possível afirmar que, nesse contexto, os indivíduos já não se importam com o que é fidedigno, bastando-lhes que o discurso ou a informação com que se deparam apresente ao menos as vestes da verdade, tendo em vista que a construção do discurso nada mais seria do que a manobra de uma verdade eivada de vícios.

Há quem pense de maneira divergente, sustentando que a verdade nunca foi de fácil definição ou mesmo objetivamente apreensível. Segundo essa lógica, ainda que a pós-verdade tenha tomado uma dimensão maior na atualidade, ela sempre se apresentou na sociedade, e sob múltiplas aparências. É como pensa Genesini⁵:

Em suma, quem sustenta que as notícias falsas são responsáveis por estarmos vivendo em um mundo pós-verdadeiro acha que antes havia um mundo em que a verdade existia e era objetiva. O real é que tal mundo nunca existiu. A impossível e improvável expectativa de que algum dia as notícias falsas desaparecerão não trará de volta o nirvana de uma verdade perdida que nunca houve. A verdade, quase sempre, é subjetiva e não conhecível.

É certo que a popularização das mídias sociais, a globalização e a instantaneidade das relações têm ligação direta com o processo delineado acima. Isso porque, com o indivíduo exposto a todo tipo de fonte de informação, aliado ao fato do enclausuramento das pessoas na

³CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 109

⁴Teoria econômica do século XX que prevê maior liberdade econômica e a exclusão de direitos e garantias individuais.

⁵GENESINI, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*. São Paulo. n. 116. p.48. jan./fev./mar. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/146577>>. Acesso em: 30 set. 19



contemporaneidade e à polarização política⁶, torna-se cada vez mais atraente a ideia há muito tempo existente de que cada um pode construir a sua realidade perfeita, a sua verdade, ao modo que melhor lhe aprouver, apresentando ao outro, seu interlocutor, um discurso conveniente aos propósitos do emissor, ou seja, alinhado às ideias de quem emite a mensagem.

Nessa toada, resta entendido que a pós-verdade não é um fato novo – sendo novo apenas seu uso dominante como tecnologia política –, tampouco sendo o único a dar causa ao caos social no qual estão inseridos os discursos individuais e coletivos atualmente.

A princípio simplista, o que se pode compreender a partir dessa ideia é que a pós-verdade é apenas uma das características dominantes da atividade discursiva atual.

2. LEGITIMIDADE INSTÁVEL: COMO A PÓS-VERDADE CONTRIBUI PARA A FENDA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA ATUAL

O fenômeno pós-verídico forja o Estado atual, somando-se à crise de representatividade que contribuirá para a instabilidade democrática, como será exposto adiante.

A pós-verdade apresenta-se em um cenário em que o Estado Democrático de Direito está juridicamente estruturado, mas já não tão sólido. Perde-se esta característica porque a pós-verdade que passa a integrar esse núcleo duro estatal é altamente volátil e o seu conteúdo pode ser alterado facilmente.

Nessa nova formação de Estado não há espaço para o amplo debate, nem para as vozes dissonantes ou os direitos das minorias – sendo exatamente essas características que constroem o sistema democrático. E é por isso que a pós-verdade é diametralmente oposta ao caráter democrático, por não admitir a coexistência de opiniões divergentes. Portanto, apesar de contar com uma Constituição, que é um dos pilares da Democracia, aquela já teve suas regras rigorosas já muito flexibilizadas e desgastou-se nesse ínterim.

O recurso argumentativo é capaz de criar uma verdade conveniente. Essa dinâmica faz com que a norma fundamental seja posta em xeque por diversas vezes, e por essa razão, deixa de ter o peso necessário para a manutenção do modelo de Estado posto, dando ensejo a uma profunda crise democrática. Isso porque a Constituição é o rigor técnico capaz de controlar o poder sob o aspecto formal, ou seja, estabelecer regras para todos os atores políticos e definir

⁶MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho à cruzada moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*. v. 9. n. 3. p.945-970, 2019.

limites para o exercício do poder⁷. Para a compreensão dos limites do Estado Constitucional, nos ensina Loewenstein⁸:

A classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou ausência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder. [tradução livre]

Cabe analisar as expressões “detentores do poder” e “destinatários do poder”. Estes são, respectivamente, os representantes do povo e o próprio povo, sendo este último grupo capaz de conferir poder aos primeiros. Ou seja, os representantes só podem exercer o poder político democraticamente à medida que o povo que ali vive decida confiar-lhes seu voto para que lhes represente e em que o exercício desse poder seja acompanhado de mecanismos rígidos de controle popular.

Possuindo uma tal sistemática, sustentada sobre a lógica da confiança e controle na representação política do povo como condição para que um Estado seja democrático, a solidez estatal se esvai.

Nessa crise, os cidadãos começam a não se verem representados pelos políticos eleitos, ao passo em que estes deixam de levar pautas da população em geral para o debate parlamentar e de, propriamente, ouvir o povo, o que gera um desgaste na forma de governo, nas suas instituições e no próprio Estado.

O descrédito em como a velha política⁹ e o sistema estão delineados ocorre em razão de um colapso sistêmico: com a baixa de recursos econômicos, alta carga tributária¹⁰, alto valor de moradia, alta taxa de desemprego e estagnação da economia¹¹, por exemplo. Essa descrença não é fruto apenas do colapso sistêmico, mas uma das consequências do discurso pós-verídico, que insiste em confrontar o sistema e a ordem convencionais, que já estão postos como situação.

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. V. 1. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 149.

⁸ “*la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituídos en detentadores supremos del poder*”.

⁹SICA, Lígia Pinto; BIANQUINI, Heloísa. *Barganha ou corrupção? Uma análise dos sistemas políticos: presidencialismo bipartidário, parlamentarismo, ou presidencialismo multipartidário*. JOTA.info, 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/barganha-ou-corrupcao-11042019>>. Acesso em: 22 mar. 2020

¹⁰ALEGRETTI, Laís. *Não é só a Previdência: outros 4 grandes desafios do Governo Bolsonaro na economia*. BBC News. 16 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47916388>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹¹Porém, esses fenômenos são relativos, podendo ou não ocorrer de maneira completa em todos os países e regiões.



Há ainda o componente do medo que se agrega a esse ambiente de crise¹². Em um mundo em constante transformação, creditando-se principalmente à globalização e à aproximação tecnológica, adicionado ao fato de as democracias estarem em constante desgaste, as novidades – tanto positivas quanto negativas – são responsáveis por assombrar aqueles já ambientados à dinâmica tradicional.

Esse grupo conservador, apegado a uma realidade em muitos aspectos já ultrapassada, detém uma necessidade de rejeitar o conteúdo novo, ao qual não está inteiramente integrado, acoplando-se àquilo que o seu saudosismo não estranha.

Com efeito, a mudança de perspectiva com relação à representação começou a ser evidenciada, no Brasil, a partir das manifestações de 2013. De acordo com Freitas e Silva¹³:

O olhar que justifica os resultados eleitorais de 2018 se volta a um processo que analiticamente teria tido início em 2013, nas manifestações de junho, em que se evidenciou a percepção negativa da sociedade sobre o sistema político, em especial sobre os partidos políticos. De forma isolada, os protestos não explicam a crise, mas são o começo de uma série de importantes ocorrências que se entendem como constitutivas dela, tais como o processo eleitoral polarizado de 2014, cujos resultados pouco manifestaram a insatisfação do ano anterior; a insatisfação social como decorrência da crise econômica que por sua vez também reduz a capacidade de negociação do Executivo com a elite política; a contestação da eleição presidencial pelo partido perdedor; o acirramento da Lava Jato no início do segundo mandato de Dilma Rousseff e sua prevalência, afetando de forma definitiva a capacidade de coordenação do Executivo; o *impeachment* da presidente, a prisão de diversos atores centrais da política brasileira, inclusive do ex-presidente Lula, dentre outras. Esse conjunto de acontecimentos que conforma um ambiente de variabilidade política reabre o debate institucional sobre o sistema político brasileiro, levando os críticos a tributarem a instabilidade à relação entre Executivo e Legislativo.

Ainda que este seja um apontamento de Freitas e Silva, muitos estudiosos foram categóricos em afirmar que as manifestações de junho de 2013 iniciaram o processo de instabilidade política e fragilização do Estado Brasileiro.

Dessa maneira, é possível dizer que o Brasil não passa por uma inédita crise no regime de governo, mas, diante de um espectro maior, apenas passa por mais um ciclo de mudanças político-estruturais que não formam a crise, mas ao menos se somam a ela, influenciado pela conjuntura global, que é sempre um fator a ser considerado.

Nesse sentido, a pós-verdade passa a ser, ao mesmo tempo, um efeito e uma ferramenta, acessível ao povo, de manifestação sobre a própria opinião. É nesse momento que

¹²BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática*. JOTA.info, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/revolucao-tecnologica-crise-da-democracia-e-mudanca-climatica-27012020>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹³FREITAS, Andréa Marcondes de; SILVA, Glauco Peres da. *Das manifestações de 2013 à eleição de 2018 no Brasil: buscando uma abordagem institucional*. 2019, p. 148. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201900010011>>. Acesso em: 23 mar. 2020



a pós-verdade emerge no cenário político atual, pois os indivíduos utilizam-se da tecnologia para expressar a vontade popular, com vontade de alterar o quadro político e participando ativamente do processo. Eles têm como objetivo delinear a política brasileira diretamente, com seus *smartphones*, uma vez que os atores políticos não mais os representam.

3. COMO A ECLOSÃO DO ESTADO PÓS-VERÍDICO REVERBEROU NA SUPREMA CORTE

A partir da constatação de que a pós-verdade tem impacto em toda a sociedade, as decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal - STF devem, necessariamente, ser incluídas nessa análise.

Nesse sentir, é possível dizer que um reflexo do Estado Pós-Verídico são os holofotes voltados para as decisões judiciais como nunca antes visto desde a Constituição de 1988, que concedeu maior importância ao nosso sistema jurídico¹⁴, sobremaneira no que concerne às decisões advindas do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dito isso, tornou-se recorrente a exibição de notícias envolvendo o nome de Ministros da Suprema Corte rotineiramente. Nesse sentido, merecem destaque o caso do Triplex do Guarujá¹⁵, o julgamento do Mensalão¹⁶ e a Operação Lava-Jato¹⁷, que se desdobrou em várias outras ações penais, abarcando como réus: o ex-ministro José Dirceu, o ex-ministro Antônio Palocci e o ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral¹⁸. Podem ser citados ainda a prisão dos ex-governadores Rosa e Anthony Garotinho, do senador Delcídio do Amaral e do deputado federal Eduardo Cunha.

Essas prisões, investigações e processos de personagens políticos também detêm um marco importante na história recente brasileira: a partir dessas narrativas o Poder Judiciário obteve maior poder político invocando para si a decisão final de questões que não lhe

¹⁴DONATO, Verônica Chaves Carneiro. *O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle*. PhD diss., Dissertação de Mestrado (Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Ceará, 2006.

¹⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. DJe: 06/02/2018. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-lula.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2020

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470/MG*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe: 22/04/2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 02 mai. 2020.



competiam e alterando o liame da separação dos três Poderes. Isso é o que Ran Hirschl¹⁹ define como megapolítica, a última das três faces do que se compreende como judicialização da política:

Uma terceira classe emergente de judicialização da política é o emprego de tribunais e juizes para lidar com o que podemos chamar de “megapolítica”: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d'être* — da comunidade.

Isso é a cristalização do conceito de megapolítica porque são questões capazes de alterar detalhes relevantes dentro do desenho institucional, de redefinir os papéis das instituições antes muito estabelecidas, e até mesmo do regime democrático.

Consubstancia-se nisso as decisões tomadas pelo STF com interferência direta em decisões exclusivamente do Poder Executivo — seja usurpando a função de Chefe de Estado, seja usurpando a função de Chefe de Governo. Exemplos da primeira hipótese são: a suspensão de nomeações a serem feitas exclusivamente pelo Presidente da República, como no caso do Ministro de Estado²⁰ (art. 84, I, CRFB/88²¹) e do Diretor-Geral da Polícia Federal²² (art. 144, §1º, IV, CRFB/88 c/c art. 84, XXV, CRFB/88 c/c art. 2º-C, Lei Federal 9266/96²³) ou a decisão sobre a prisão (art. 53, §2º, CRFB/88) do senador Delcídio do Amaral²⁴, bem como a suspensão²⁵ de determinação de retirada de corpo diplomático (art. 84, VII, CRFB/88)

¹⁹HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, mai./ago. 2009, p. 144.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 28/03/2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2020

²¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 37.097/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe: 11/05/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS37097extino.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2020

²³BRASIL. *Lei nº 9266*, de 15 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4039/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. DJe: 03/08/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 184.828/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe: 20 mai. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2020

venezuelano do país que é um desenho clássico na interferência de uma decisão do Chefe do Estado.

Nesse sentido discorreu Lacerda²⁶:

Durante sua sabatina no Senado Federal, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso identificou o julgamento da AP 470 como um ponto fora da curva: “Eu acho que o mensalão foi, por muitas razões, um ponto fora da curva, mas não correspondeu a um endurecimento geral do Supremo no caso específico“. Não era apenas um ponto, mas o início de uma nova curva. Um novo arco histórico autoritário: o julgamento do Mensalão foi o primeiro passo deste atual modelo do processo penal de exceção, segundo o qual o sistema de justiça criminal passa a ser manipulado de acordo com conveniências políticas, seletivamente direcionadas pelo poder econômico e pelo sistema midiático.

Nesse sentido, o ativismo judicial exacerbado oriundo da Suprema Corte foi diretamente influenciado pelo argumento pós-verídico, tendo como o marco paradigmático o julgamento do caso Mensalão, pois passaram a importar mais as impressões subjetivas dos julgamentos da Corte do que propriamente os fatos postos, ou, de maneira mais apropriada, as provas apresentadas ou a falta delas. Por isso, desde então, os Ministros vêm buscando validar seus votos a partir das suas próprias impressões, alçando construções argumentativas que destoam da realidade objetiva, fiando-se nas suas próprias convicções.

Assim leciona Lois²⁷:

Uma questão importante a ser enfatizada é a seguinte: antes do caso Mensalão, as opiniões políticas ou morais de um aspirante ao posto de Justiça não eram um ponto verdadeiramente relevante para a própria indicação. Podemos dizer que as pessoas comuns e até o governo não prestaram muita atenção ao perfil dos juizes. Veremos como essa situação mudou drasticamente após este julgamento. Marcou o início de um novo momento constitucional [tradução livre]²⁸.

Os Poderes Executivo e Legislativo, enquanto cargos eletivos, foram impactados pelo fenômeno discursivo. Uma consequência dessa situação foi o esvaziamento da legitimidade desses poderes. O Poder Judiciário, apesar de não ser esquematizado por meio de cargos eletivos como os outros, também apresenta um vazio de legitimidade.

²⁶LACERDA, Fernando H. I. A caçada de Lula pelo processo penal da exceção na era da pós-verdade. In: PRONER, Carolina; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele and DORNELLES, João Ricardo (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Canal 6 Editora LTDA, p. 142-143, 2017.

²⁷LOIS, Cecília C. The New Brazilian Constitutional Court: the emergency of a more democratic path for the state. In: EMERIQUE, Lilian B.; CASTRO, Carolina S. C. L de (Orgs.). *A linguagem do afeto: pensamentos de Cecília Caballero Lois*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019, p. 93.

²⁸“One issue that is important to emphasize is that: before the Mensalão case, the political or moral opinions of an aspirant to the post of Justice were not a truly relevant point to the nomination itself. We can say that ordinary people and even the government did not pay too much attention to the profile of the Justices. We’ll see how this situation changed dramatically after this trial. It marked the beginning of a new constitutional moment”.



Se a legitimidade do Poder Judiciário advém da subserviência ao ordenamento jurídico e das decisões judiciais fundamentadas²⁹, ocorre um vazio de legitimidade a partir do momento que julgadores passam a decidir com base em razões subjetivas ou até mesmo influenciados por discursos subjetivos que ressurgem do coletivo. Pois é na argumentação que a legitimidade pode ser encontrada, mas se há uma argumentação viciada, a legitimidade é inexistente.

É importante dizer que, de certa forma, as decisões judiciais provenientes desses processos são responsáveis por ajudar a formar o novo Estado, este Pós-Verídico que nos encontramos, porque a partir do momento em que o julgador percebe que sua impressão subjetiva não é abarcada completamente pelo ordenamento jurídico, ele faz com que a própria impressão prevaleça.

Por isso é necessário dizer que todos esses processos – do surgimento da pós-verdade, da crise de representatividade instalada no país e das decisões judiciais reformuladas a partir de novas perspectivas – se interinfluenciam. A crise de representatividade, por exemplo, faz com que os indivíduos que assistem à divulgação midiática de casos decididos pelo Supremo – que pretende realizar justiça – queiram a punição e a extinção de políticos tidos como corruptos no cenário brasileiro, ao mesmo tempo em que começam a não se identificarem com os ditos “políticos carreiristas” e a desejarem uma renovação política.

Essa dinâmica é perigosa para um ambiente que se pretende democrático, que deve ser capaz de abarcar inúmeros pontos de vista, propiciando o debate e a repartição de poderes. Já a pós-verdade, essa pretende aniquilar as vozes dissonantes formando um discurso único, onde apenas a predominância do discurso é relevante, em detrimento da validade do discurso.

CONCLUSÃO

Apesar de apresentar-se como uma questão inicialmente teórica, com definições diversas, a pós-verdade e, principalmente as suas consequências, impactarão não apenas o Direito – Constitucional e Civil – como um todo de maneira irreversível, mas também a vivência de cada indivíduo que integra o Estado.

A pós-verdade já compõe a realidade contemporânea e não há como retroceder nesse sentido, ou seja, é necessário lidar com o fenômeno e abandonar a dualidade rixenta entre verdade e pós-verdade. A busca por soluções deve ultrapassar esse raciocínio frágil e viabilizar

²⁹GUEDES, Néviton. O protagonismo do Judiciário como causa de perda de legitimidade. *Consultor Jurídico*, 4 jun. 18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/protagonismo-judiciario-causa-perda-legitimidade>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



caminhos possíveis que levem à veracidade dos fatos. A verdade não bastou ao Estado Democrático e, por isso, sendo a pós-verdade o novo eixo central, esta será responsável por reger o novo modelo estatal, o Pós-Verídico.

Entende-se, portanto, que a valorização do jornalismo tradicional, o estímulo às fontes profissionais de informação e até mesmo a possibilidade de uma agência de checagem de fatos no âmbito privado seriam opções viáveis.

Ocorre que o discurso argumentativo vigente não se restringe apenas ao âmbito privado – de possíveis responsabilizações civis e penais de indivíduos por informações não verdadeiras repassadas adiante, como já vem ocorrendo no Judiciário brasileiro – e é no âmbito público a maior dificuldade a ser enfrentada. Isso porque a veiculação de argumentos embasados em impressões pessoais tornou-se assumidamente uma política direcionada inclusive ao âmbito do que é tido como público.

Apesar de ser uma afirmação contundente, esta é uma conclusão lógica quando o discurso pós-verídico se acopla rotineiramente a discursos de agentes políticos, ou quando é levantada a possibilidade de influência do processo eleitoral por argumentos pós-verídicos e até mesmo quando há investigação de *cyberbullying* direcionada a agentes públicos, como ocorre na CPMI que tramita no Congresso Nacional.

Para o combate a esse discurso público são necessárias investigação e informação para o combate de notícias viciadas. Nesse sentido, a pluralidade de mídias, ainda que não sejam as tradicionais, mas de fontes verificadas é uma ferramenta útil.

Em relação ao Estado Democrático de Direito que já foi extirpado pelo Pós-Verídico, pela combinação entre a crise de representatividade e a redução ao discurso único, é necessário que o povo, coletivamente, construa saídas democráticas. A Constituição já conferiu algumas ferramentas de soberania popular que podem ser um caminho alternativo pouco explorado, como a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo, a ação popular, a audiência pública e os conselhos. Esse caminho alternativo é possível, mas não é único e a tecnologia pode ser usada como ferramenta de participação mais ativa nas deliberações. São exemplos disso: a consulta pública, os portais e-cidadania e e-democracia, pertencentes respectivamente ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados

Por fim, no que se refere às decisões judiciais emanadas do Supremo no que concerne ao hiperativismo jurisdicional é necessário que os Ministros se restrinjam à soberania ilustrada na Constituição, desvinculando-se dos seus valores de justiça próprios. Nesse sentido, é possível concluir que o julgador é uma figura imparcial, por representar o Estado-juiz, que deve estar equidistante das partes, mas de forma alguma é alguém neutro. Isso porque a neutralidade



não pode ser veiculada pelo julgador, mas cabe a ele decidir de maneira imparcial, salvaguardando a Constituição. Caso contrário, a crise das instituições será uma realidade difícil de extinguir.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. *Não é só a Previdência: outros 4 grandes desafios do Governo Bolsonaro na economia*. BBC News. 16 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47916388>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ANDREASSA JR, Gilberto. Impactos da Operação Lava-Jato no Estado Democrático de Direito. *R. Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 199-221, jan./jun. 2018.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013-2018. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 273-289, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática*. JOTA.info, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/revolucao-tecnologica-crise-da-democracia-e-mudanca-climatica-27012020>. Acesso em: 24 mar 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. DJe: 06/02/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-lula.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470/MG*. Relator: Joaquim Barbosa. DJe: 22/04/2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 28/03/2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 37.097DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe: 11/05/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS37097extino.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020

_____. *Lei nº 9266*, de 15 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4039/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. DJe: 03/08/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020



CASARA, Rubens. *Estado Pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

CIOCCARI, Deysi. Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento. *Revista Alterjor*, v. 12, n. 2, p. 58-78, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/alterjor/article/view/aj12-a04>>. Acesso em: 02 mai. 2020

DICIONÁRIO Oxford Advanced Learner's Dictionary. Oxford University Press. Oxford, 2019.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. *O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle*. 2006. 107 f. PhD diss., Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza. Ceará, 2006.

ELWANGER, Tiana Maciel. *Manifestações de Junho de 2013: Como experienciamos, esquecemos e lembramos na contemporaneidade*. 2017. 257 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

EMERIQUE, Lilian et al (orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Desenhos institucionais em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

FREITAS, Andréa Marcondes de; SILVA, Glauco Peres da. Das manifestações de 2013 à eleição de 2018 no Brasil: buscando uma abordagem institucional. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 137-155, jan./abr. 2019.

GENESINI, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*, São Paulo, n. 116, 2018.

GOMES, Geovane Ferreira. As condições estruturais da era da pós-verdade. In: ROIZ, Diogo et al. (orgs.). *A (pós)-verdade em uma época de mutações civilizacionais*. Serra: Milfontes, 2018.

GUEDES, Néviton. O protagonismo do Judiciário como causa de perda de legitimidade. *Consultor Jurídico*, 4 jun. 18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/protagonismo-judiciario-causa-perda-legitimidade>>. Acesso em: 20 mai. 2020

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, mai./ago. 2009, p. 139-165.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer*, n. 1, p. 11-34, 2017.

LACERDA, Fernando H. I. A caçada de Lula pelo processo penal da exceção na era da pós-verdade. In: PRONER, Carolina; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele and DORNELLES, João Ricardo eds. *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Canal 6 Editora LTDA, p. 142-143, 2017.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro, 2019.



LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. V. 1. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOIS, Cecília C. The New Brazilian Constitutional Court: the emergency of a more democratic path for the state. In: EMERIQUE, Lilian B.; CASTRO, Carolina S. C. L. de (Orgs.). *A linguagem do afeto: pensamentos de Cecília Caballero Lois*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

MACHADO, Jorge; MISKOLCI, Richard. Das Jornadas de Junho à cruzada moral: o papel das redes sociais na polarização política brasileira. *Sociologia & Antropologia*, v. 9, n. 3, p. 945-970, 2019.

PRONER, Carol et al. *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017.

SICA, Lígia Pinto; BIANQUINI, Heloísa. *Barganha ou corrupção? Uma análise dos sistemas políticos: presidencialismo bipartidário, parlamentarismo, ou presidencialismo multipartidário*. JOTA.info, 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/barganha-ou-corrupcao-11042019>>. Acesso em: 22 mar. 2020

SILVA, Daniel Pinha. Junho de 2013: crítica e abertura da crise da democracia representativa brasileira. *Revista Maracanan*, n. 18, p. 83-110, 2018.

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES: FILHOS QUE ABANDONAM SEUS PAIS IDOSOS.

Ana Gabriela Siqueira de Oliveira Caraméz

Graduada pela Faculdade de Direito Vianna Junior

Resumo – a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os deveres de cuidado e amparo recíprocos que devem existir nas relações familiares. Nesse sentido vem o Estatuto do Idoso e consagra uma série de prerrogativas e direitos para as pessoas com mais de 60 anos, como forma de assegurar uma vida mais digna à essa população. No entanto, o descumprimento desses deveres de cuidado e amparo pode caracterizar o chamado abandono afetivo inverso, trazendo inúmeros problemas na saúde física e psíquica da pessoa idosa. A essência do trabalho é apresentar como se dá a proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro, abordar a possibilidade de responsabilização civil dos filhos em casos de abandono afetivo de pais idosos, verificar as consequências jurídicas, bem como atividades legislativas que visam coibir a prática do abandono afetivo inverso.

Palavras-chave – Direito de Família. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo Inverso.

Sumário – Introdução. 1. A proteção do idoso e deveres dos filhos para com seus pais no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A violação do dever de cuidado no abandono afetivo inverso e a responsabilidade civil. 3. Breve análise dos projetos de lei que visam a responsabilização pela prática do abandono afetivo. Conclusão. Referências.

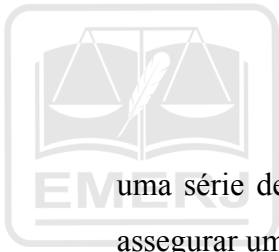
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de responsabilização civil decorrente do abandono afetivo inverso, bem como verifica possíveis consequências jurídicas para os filhos que abandonam seus pais idosos. Procura-se demonstrar que o abandono pode trazer inúmeros problemas à saúde, principalmente no que tange ao campo psicológico do idoso, sendo necessário uma análise das normas e princípios aplicáveis ao caso em questão.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se é possível a responsabilização civil nas hipóteses de abandono afetivo inverso e suas consequências jurídicas.

Com a Constituição da República de 1988 surge uma nova visão acerca do conceito de família e, conseqüentemente, sobre o direito nas relações familiares, que passou a ter base principiológica, tendo a dignidade da pessoa humana como norte de todo ordenamento jurídico.

A Carta Maior estabelece o dever que os filhos maiores têm de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. No mesmo sentido vem o Estatuto do Idoso, consagrando



uma série de prerrogativas e direitos para as pessoas com mais de 60 anos, na tentativa de assegurar uma vida mais digna à essa população.

No entanto, surgem também os diversos desafios decorrentes de uma sociedade que está em constante movimento. E, como nem sempre o ordenamento jurídico consegue regular todas as situações de forma efetiva, surgem as seguintes reflexões: quando os filhos abandonam seus pais idosos é possível se falar em responsabilização civil? Há no ordenamento pátrio previsão de consequências jurídicas para os filhos que abandonam seus pais idosos?

O tema merece atenção, uma vez que o abandono afetivo se revela um problema social cada vez mais comum em nossa sociedade, e não há um posicionamento consolidado acerca da possibilidade de responsabilizar os filhos por abandono afetivo de seus pais idosos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os direitos dos idosos, conceituar o abandono afetivo inverso e tecer comentários sobre a responsabilidade civil no âmbito familiar. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de responsabilização civil dos filhos que abandonam seus pais idosos e se o ordenamento jurídico apresenta consequências jurídicas para aqueles que praticam o abandono.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os direitos dos idosos veiculados na Constituição Federal 1988 e na Lei nº 10.741/2003, denominado Estatuto do Idoso, mormente no que diz respeito ao abandono da pessoa idosa.

Segue-se, no segundo capítulo, discorrendo sobre o conceito de abandono afetivo inverso e a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil aos filhos que abandonam seus pais idosos. Para tanto, foi necessário refletir se a violação ao dever de afeto e de cuidado à pessoa idosa é capaz de gerar responsabilidade civil.

O terceiro capítulo pesquisa se há no ordenamento pátrio previsão de consequências jurídicas para os filhos que abandonam seus pais idosos e se tais consequências se mostram eficazes para evitar a prática do abandono. Ainda nesse contexto, se faz uma reflexão sobre a necessidade de atividade legislativa a fim de regular a matéria de forma efetiva.

A pesquisa é desenvolvida de forma bibliográfica, uma vez que esse método é o que se mostra adequado para analisar e desenvolver o objeto da pesquisa, com o fito de comprovar ou rejeitar argumentativamente a tese.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco, (tais como legislação, doutrina e jurisprudência) que será analisada na fase exploratória da pesquisa, visando a análise e interpretação do tema sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

1. A PROTEÇÃO DO IDOSO E DEVERES DOS FILHOS PARA COM SEUS PAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito do idoso no ordenamento jurídico brasileiro está tratado em diferentes diplomas legais, os quais se destacam, para fins da presente pesquisa, a Constituição da República Federativa do Brasil¹ de 1988 e o Estatuto do Idoso².

Importante analisar os principais dispositivos que, direta ou indiretamente, versam sobre as obrigações dos filhos, a fim de melhor compreender como o ordenamento jurídico tutela a pessoa idosa no âmbito familiar, especialmente em relação aos deveres dos filhos quando seus pais atingem a velhice.

A Constituição da República³, em seu artigo 3º, inciso IV estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza e outras formas de discriminação, prevendo de forma explícita a vedação do preconceito e discriminação em razão da idade.

Em seu artigo 229, a Lei Maior⁴ prevê comando expresso referente ao dever do filho em relação aos seus pais idosos. O referido dispositivo determina que “[...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Logo em seguida, no artigo 230, a Constituição⁵, na mesma linha do preceito anterior, dispõe sobre a obrigação dos familiares para com os idosos, prescrevendo que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar a participação do idoso na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, assim como lhe garantir o direito à vida.

Destaca-se que os dispositivos constitucionais acima citados consagram o princípio da solidariedade familiar, que segundo Maria Berenice Dias⁶:

[...] solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe quando coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2019.

²BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 04 out. 2019.

³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.



Imperioso salientar que a preocupação da Constituição em relação à pessoa idosa não diz respeito tão somente à assistência material. Consonante afirmação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷, o preceito constitucional se refere também a esfera psicológica do idoso, mormente no que tange as relações de afeto.

Seguindo essa linha principiológica, evidencia-se a afetividade. Hoje em dia, pode-se afirmar com segurança que a afetividade permeia as relações familiares, tendo seu fundamento na própria dignidade da pessoa humana. Apesar de não ter previsão expressa, a afetividade é o princípio constitucional que norteia o direito das famílias, como bem explana Lôbo⁸:

[...] projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família. [...]

Ainda sobre a afetividade, destaca-se apontamento feito por Ricardo Calderón⁹, segundo o qual assevera que o vetor das relações familiares é a afetividade, destacando que ao Direito de Família coube a tarefa de fazer uma leitura jurídica desse valioso princípio para as formações familiares.

Saindo da esfera constitucional, importante diploma é a Lei n° 10.741,¹⁰ de 1° de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso. A referida lei surge para atender os comandos constitucionais relativos às prerrogativas e direitos da pessoa idosa, sendo que sua aplicação é imediata, uma vez que as regras ali estabelecidas dizem respeito à normas que definem direitos fundamentais.

Nesse sentido, Dias¹¹:

[...] o Estatuto se constitui em um microsistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações do Estado. Deve ser considerado um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso. Não se trata de um

⁷GAMA apud Ibid., p. 642.

⁸INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

⁹INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *Crianças são indenizadas por abandono afetivo*, em out. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7078/Crian%C3%A7as+s%C3%A3o+indenizadas+por+abandono+afetivo>> Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹DIAS, op. cit., p. 51.

conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que tem aplicação imediata [...]

Dessa maneira, infere-se o primordial papel desempenhado pela Lei nº 10.741 na garantia dos direitos do idoso. Tal diploma revela-se essencial instrumento para um melhor tratamento da pessoa idosa, bem como na definição da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na busca da efetivação desses direitos.

Nessa senda, ressalta Maria Luíza Póvoa Cruz¹²:

[...] trata-se de uma legislação abrangente que prevê uma série de direitos para os brasileiros acima de 60 anos. A Lei 10.741, de 2003 determina que a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público devem assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, saúde, alimentação, trabalho, educação, esporte, cultura, cidadania e liberdade. Dignidade, respeito à convivência familiar e comunitária também são contempladas pela Constituição [...]

Adentrando no estudo dos dispositivos constantes do Estatuto do Idoso¹³, constata-se que logo em seu artigo 3º está a previsão no sentido de que a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público devem assegurar a efetivação dos direitos da pessoa idosa. Merece destaque que referido dispositivo estabelece que se deve assegurar a efetivação dos direitos dos idosos com absoluta prioridade.

Seguindo na leitura do referido artigo, observa-se que na mesma linha vem o parágrafo 1º, inciso V¹⁴, esclarecendo que “[...] a garantia de prioridade compreende: V- priorização do atendimento ao idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam, ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”.

Semelhantemente ao dispositivo acima, o artigo 37 do Estatuto¹⁵ estipula que o idoso tem direito à moradia digna, preferencialmente no seio da família. Prossegue o parágrafo primeiro¹⁶ determinando que “[...] a assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.”

¹²INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *15 anos do Estatuto do Idoso*; especialista aponta principais conquistas e desafios, em out. 2018. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6776/15+anos+do+Estatuto+do+Idoso%3B+especialista+aponta+principais+conquistas+e+desafios>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹³BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.



Sobre o tema, Dias¹⁷ expõe que “[...] a Constituição prioriza o acolhimento do idoso em seu próprio lar (CF 230§1º), sendo-lhe assegurado o direito à moradia digna (EI 37), no seio de sua família natural ou substituta.”

Importante dispositivo que também merece destaque é o art. 5º do Estatuto¹⁸, segundo a qual explica que “[...] gera a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso.”

Percebe-se que, assim como a Constituição, o Estatuto do Idoso também traz regras no sentido do dever dos filhos de cuidado para com os pais idosos. Prevê a obrigação da família em assegurar ao idoso, com prioridade, a efetivação de direitos e o dever de respeito à convivência familiar, sendo expreso ao estabelecer responsabilidade para aqueles que não respeitarem as regras de proteção à pessoa idosa.

Impossível não reconhecer, a partir dos comandos constitucionais e infraconstitucionais supracitados, que está presente em nosso ordenamento jurídico o dever dos filhos em prestar o devido auxílio aos seus pais quando estes atingem a velhice.

2. A VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO NO ABANDONO AFETIVO INVERSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico prevê que pais e filhos possuem reciprocamente o dever de assistência e de amparo, de modo a corroborar a imprescindibilidade do cuidado no âmbito das relações familiares. Significa dizer que há um dever mútuo entre pais e filhos, ressaltando-se que tal dever é disciplinado tanto na Constituição Federal, bem como em leis especiais, como é o caso do Estatuto do Idoso.

É nesse contexto que surge a figura do abandono afetivo, que pode ser conceituado como a inexistência do dever de cuidado que deveria estar presente entre as pessoas integrantes da mesma família. Quando os genitores deixam de exercer esse dever de cuidado, agindo com indiferença afetiva para com sua prole, se configura o chamado abandono afetivo.

Destaca-se a publicação realizada pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em 2015¹⁹, sobre a conceituação do abandono afetivo:

¹⁷DIAS, op. cit., p. 644.

¹⁸Ibid.

¹⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de Notícias. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*, em ago. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo/>. Acesso em: 18 fev. 2020.



[...] quando caracterizada a indiferença afetiva de um genitor em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo. Apesar desse problema familiar sempre ter existido na sociedade, apenas nos últimos anos o tema começou a ser levado à Justiça, por meio de ações em que as vítimas, no caso os filhos, pedem indenizações pelo dano de abandono afetivo. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) são no sentido de conceder a indenização, considerando que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, previstos implicitamente na Constituição Federal.

Diz-se que o abandono afetivo é inverso quando ocorre a inobservância dos deveres de cuidado dos descendentes para com os ascendentes. Nesse caso, são os filhos que praticam o abandono em relação aos seus pais, ocasionando danos bem severos à saúde psíquica e física do idoso. Ou mesmo agravando seus quadros, uma vez que estes já se encontram em uma fase delicada da vida, na qual têm que lidar com inúmeros problemas advindos com o avançar da idade. Vale dizer, vulneráveis.

Nessa perspectiva, Viviane Girardi explica que²⁰:

[...] o abandono afetivo, no caso da pessoa idosa, se caracteriza pela falta de convivência, de comunicação e de isolamento a agravar a sua situação de vulnerabilidade, ao ponto de os efeitos da solidão e do abandono debilitarem (o idoso) psiquicamente. A falta de convivência, contato, comunicação, atenção e zelo com as demandas psíquicas e emocionais do idoso são os grandes desencadeadores dos processos depressivos e dos demais quadros de doenças psicossomáticas em pessoas idosas, sendo de se registrar ainda que essas circunstâncias são também causas de suicídio na terceira idade.

A pessoa idosa, ao sofrer com o descuido e desatenção de seus familiares, acaba adoecendo mais rapidamente, perdendo o próprio sentido de viver. Justamente neste cenário, ou seja, com os sérios problemas ocasionados pelo abandono dos familiares, é que surge a figura jurídica do abandono afetivo inverso, como brilhantemente ensina Maria Berenice Dias²¹:

[...] como o avançar da idade gera a necessidade de mais cuidados e maior atenção, muitas vezes os idosos passam a ser considerados um estorvo. Os familiares têm suas próprias famílias, precisam trabalhar e, no mais das vezes, não têm mais nem tempo e nem paciência para cuidar de quem os cuidou durante toda uma vida. A terceirização de tais encargos – quer com a contratação de pessoas nem sempre qualificadas ou a remoção para as chamadas casas de repouso – acaba relegando o idoso ao esquecimento. Filhos, netos e demais parentes deixam de visitá-lo, principalmente quando a comunicação entre eles é dificultada pelas limitações próprias da idade. E a falta de afeto e estímulo só debilita ainda mais quem se tornou frágil e carente com o avanço dos anos. Flagrada esta realidade, há que se reconhecer a ocorrência de

²⁰INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *Abandono afetivo inverso é tema de palestra no Congresso Nacional do IBDFAM*, em ago. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²¹DIAS, op. cit., p. 648.



abandono afetivo, de nefastas consequências já admitidas pela justiça, quando a omissão diz com crianças e adolescentes. Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM.

Merece atenção o fato de que o dever de cuidado presente nas relações familiares ganha enorme relevância para o conceito de abandono afetivo. Isso dado que, conforme comentado, o dever de cuidado deve ser entendido como a ausência de um dever de zelo, carinho, atenção. Não devendo, portanto, ser confundido como uma obrigação de amar, pois não seria possível exigir de alguém tal dever.

Como bem pontua Guilherme Calmon²² “[...] a hipótese não é um dever de amar, mas sim um dever de cuidar. E esse dever de cuidar ele é jurídico.” O autor ainda acrescenta que²³ “[...] o próprio texto constitucional, ao estabelecer essa regra, também impõe aos filhos maiores que haja um dever jurídico perante seus pais com alguma hipótese de maior vulnerabilidade.”

Sobre o tema, ressalta-se emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.159.242, de abril de 2012²⁴, que teve como Relatora a Min. Nancy Andrighi, na qual se considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, destacando-se, na ocasião, que não se discute o amar, pois este seria uma faculdade. Mas sim discute-se a imposição constitucional de cuidar.

Nas palavras da Ministra Andrighi²⁵:

[...] vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar [...].

²²INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM, *A hipótese não é um dever de amar, mas sim um dever de cuidar. E esse dever de cuidar ele é jurídico, afirma Guilherme Calmon sobre responsabilidade civil e abandono afetivo*, em ago. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7040/%E2%80%99CA+hip%C3%B3tes+n%C3%A3o+%C3%A9+um+dever+de+amar%2C+mas+sim+um+dever+de+cuidar.+E+esse+dever+de+cuidar+ele+%C3%A9+jur%C3%ADdico%E2%80%9D%2C+afirma+Guilherme+Calmon+sobre+responsabilidade+civil+e+abandono+afetivo>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²³Ibid.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/São Paulo*, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁵Ibid.



Desse modo, tendo como premissa que se está diante de um dever de cuidado previsto no ordenamento jurídico, relevante se mostra a análise de como é encarada a questão da responsabilidade civil caso haja violação desse dever.

A responsabilidade civil, numa visão geral, consiste na obrigação de reparar um dano causado a outrem, seja material ou moral, em decorrência da violação de um dever jurídico. Segundo leciona Pablo Stolze²⁶ “[...] a responsabilidade civil, em linhas gerais, deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima.” À vista desse conceito, considera-se que só é possível cogitar de responsabilidade civil quando houver violação de um dever jurídico e dano.

Adentrando na esfera das relações familiares, cumpre evidenciar que o instituto da responsabilidade civil não deve ser visto apenas como um instituto possível de ser aplicado diante de situações violadoras de deveres entre pais e filhos. Precisa ir além. Deve ser considerado como uma importante ferramenta para a concretização dos direitos e garantias concernentes ao direito de família.

De acordo com os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira²⁷, no âmbito do direito de família a responsabilidade civil é mais que um valor jurídico, é um princípio fundamental e norteador das relações familiares. Complementa o autor afirmando que²⁸ “[...] a ideia atual de responsabilidade não busca apenas a reparação para os atos do passado, mas também cumprir deveres éticos, voltados para o futuro.”

Nesse prisma, realça-se pertinente consideração feita por Anderson Schreiber, na qual deixa claro a importância da responsabilidade civil no direito de família, mormente ao que diz respeito ao abandono afetivo. Segundo o autor²⁹:

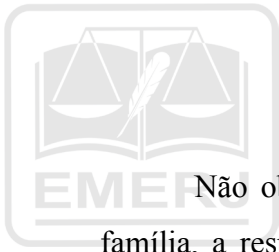
[...] os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses – especialmente, os existenciais – lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a “perda do poder familiar”, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva “fuga” dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses dos lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram esses anseios.

²⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil pela Falsa Imputação de Paternidade. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 332.

²⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: *Ibid.*, p. 399.

²⁸*Ibid.*

²⁹SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a Proposta da Reparação Não Pecuniária. In: *Ibid.*, p. 33.



Não obstante a proximidade do instituto da responsabilidade civil com o direito de família, a responsabilização dos filhos por abandono afetivo dos pais idosos é tema ainda bastante discutido pelos estudiosos do direito de família. Não há um consenso sobre a possibilidade de responsabilização civil nesses casos.

Em entrevista concedida ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Guilherme Calmon³⁰ discorre sobre essa divergência, afirmando que há no Brasil duas linhas de pensamento. Uma que nega o direito a reparação de dano por abandono afetivo, sob o argumento de que o afeto não poderia ser monetarizado. Já a outra, reconhece essa responsabilização e afirma que não é caso de monetarização do afeto, mas sim uma violação a um dever de cuidado.

No entanto, deve-se inclinar para o reconhecimento da possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo de pais idosos. Isso porque, como já abordado anteriormente, não se discute nesse âmbito dever de amar, mas sim de cuidar. No mais, há de se admitir que a responsabilidade civil nesses casos constitui forma de tutelar a própria dignidade da pessoa idosa.

Vale registrar apontamento feito por Jones Figueirêdo Alves em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM,³¹ no qual assevera que a falta do dever de cuidar serve de premissa de base para a indenização. Segundo o desembargador “[...] o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória.” Complementa dizendo que os parâmetros dessa indenização “[...] são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária.”

Nessa linha, diz Nelson Rosenvald³² “[...] membros da família devem se responsabilizar uns pelos outros, quando existe algum tipo de vulnerabilidade. Essa responsabilidade independe de afeto, pois se trata de deveres de conduta objetivos, cuja fonte é a filiação [...]” O autor conclui proferindo que a omissão de cuidado viola norma constitucional, uma vez que atinge diretamente o direito fundamental à convivência familiar.³³

O fato é que, a partir do momento em que se tem violado um dever, e essa violação ocasiona um dano, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, haverá a possibilidade de

³⁰INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM, op. cit., nota 21.

³¹INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *Abandono afetivo inverso pode gerar indenização*, em jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³²ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil por Omissão de Cuidado Inverso. In: MADELENO, BARBOSA, op. cit., p. 313.

³³Ibid.

reparação civil. Daí conclui-se que o abandono afetivo inverso – entendido como falta de dever de cuidado – enseja responsabilização civil daquele filho que abandona seus pais na velhice.

No que se refere a responsabilização nesses casos, Rosenvald³⁴ argumenta que:

[...] haverá ato ilícito quando filhos maiores e capazes privem os pais de companhia, visitação e apoio psicológico. Trata-se de uma reponsabilidade parental mútua. A par da obrigação filial de prestar alimentos aos pais idosos e necessitados, é pertinente frisar que o direito fundamental à convivência familiar é tutelável em prol dos ancestrais e o seu descumprimento revela um comportamento em contradição com a Constituição Federal, devendo ser sancionado pelo sistema civil.

Dessa forma, tendo como premissa que é dever dos filhos ampararem os pais na velhice, a responsabilidade civil surge como possibilidade de sanção para o descumprimento da obrigação de cuidado. Significa dizer que, constatando-se o descumprimento de um dever jurídico clamado aos filhos, de cuidado, assistência e convivência familiar, é possível impor a obrigação de indenizar para o filho faltoso.

3. BREVE ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI QUE VISAM A RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DO ABANDONO AFETIVO

Apesar de constatada a possibilidade de responsabilidade civil decorrente da omissão de cuidado inverso, não existe no ordenamento jurídico pátrio previsão expressa nesse sentido.

Não obstante essa falta de previsão específica, como enfatizado anteriormente, tanto a Constituição Federal, em seus artigos 229 e 230³⁵, quanto o Estatuto do Idoso, no art. 3º³⁶, trazem normas que estabelecem o dever de cuidado em relação à pessoa idosa.

Por tais dispositivos legais fica claro que a família tem o dever de garantir a proteção e auxílio aos idosos, seja de ordem material ou imaterial. Devendo, portanto, dispor o ordenamento jurídico de medidas efetivas a fim de coibir as práticas violadoras desses deveres.

Nessa senda, Rosenvald alega que³⁷:

[...] se o ordenamento jurídico não sanciona o comportamento que inquinou como ilícito, o sistema fracassou e podemos assumir a Constituição como mera peça publicitária (...) Se os artigos 229 e 230 obrigam os filhos maiores e capazes ao cuidado, o sistema deve concretizar medidas para reforçar a observância das normas,

³⁴ROSENVOLD, op. cit., p. 319.

³⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁶BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁷ROSENVOLD, op. cit., p. 328.

reprimindo comportamento demeritórios e estimulando a virtude de criar, educar e conviver com os pais.

Devido a essa preocupação em proteger esse grupo específico da sociedade, observa-se que há Projetos de Lei em tramitação na tentativa de prever a responsabilidade em casos de abandono afetivo de idosos. E, com isso, ser possível estabelecer de forma mais objetiva quais as consequências jurídicas dessa forma de abandono e quais sanções poderiam ser imputadas aos filhos, caso estes pratiquem ato de abandono de seus pais na velhice.

Nesse contexto, surgiu em 2008 o Projeto de Lei nº 4.294³⁸, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra, com intuito de prever de maneira expressa a responsabilização decorrente de abandono afetivo inverso. Tal proposta teve como ementa acrescentar um parágrafo ao artigo 1.632 da Lei nº 10.406/02 e um parágrafo ao artigo 3º da Lei nº 10.741/03, de modo a estabelecer indenização por dano moral em razão de abandono afetivo.

Na justificção do Projeto, o Deputado defendeu a importância da indenização por abandono afetivo inverso, sob o argumento de que o isolamento nessa fase da vida poderá agravar a situação da pessoa idosa.

Bezerra expõe que³⁹:

[...] no caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

O referido Projeto teve parecer favorável tanto na Comissão de Seguridade Social e Família quanto na Comissão de Constituição e Justiça. Contudo, atualmente encontra-se aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Também tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.145/15⁴⁰, com o escopo de incluir entre os casos de deserção – privação da herança – o abandono de pessoa em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou instituições similares.

³⁸BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.294*, de 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=424E797F866EA8DBCEC2E6141E2CD0EE.proposicoesWebExterno2?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 10 mar. 2020.

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.145*, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>>. Acesso em: 20 mar. 2020.



A proposta, que teve iniciativa pelo Deputado Vicentinho Júnior, pretende acrescentar incisos aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil, para tornar possível a deserdação dos filhos quando estes cometerem ato de abandono afetivo e moral em relação aos pais.

O Deputado argumenta invocando comandos constitucionais acerca do dever familiar de cuidado em relação a pessoa idosa, destacando o fato de que no Brasil é crescente o número de denúncias de maus tratos, humilhação, abandono material e afetivo de idosos. Destaca ainda que, ao abandonarem afetivamente seus pais, os filhos estariam deixando de cumprir com o dever de zelo e proteção⁴¹.

Acerca do tema, Maria Luíza Póvoa assegura que⁴² “[...] a apreciação jurídica do tema é, sem dúvida, fundamental e significará um grande passo na luta daqueles que anseiam por garantir mais dignidade e qualidade de vida aos idosos brasileiros”.

O Projeto de Lei nº 3.145/15 teve entendimento favorável à sua aprovação e atualmente acha-se aguardando apreciação pelo Senado Federal.

No ano de 2016 foi apresentado pelo Deputado Francisco Floriano o Projeto de Lei nº 4.526⁴³, visando modificar o art. 10 da Lei nº 10.741, de modo a possibilitar o idoso a obter indenização por danos morais em caso de abandono afetivo pelos familiares.

Sugere-se o acréscimo de um parágrafo ao art. 10 do Estatuto do Idoso, para conter expressamente que o abandono afetivo do idoso por seus familiares implicará na responsabilização civil.

Posteriormente foi apensado ao Projeto de Lei nº 4.526 o PL de nº 6125/2016, visando acrescentar ao art. 50, inciso XVI do Estatuto do Idoso, a obrigação das entidades de atendimento comunicar ao Ministério Público também a situação de abandono afetivo. No entanto, até o presente momento essa proposição encontra-se sujeita a apreciação pelo Plenário.

Por último, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.229/2019⁴⁴ de autoria do Senador Lasier Martins, tendo como proposta a alteração da Lei nº 10.741 no sentido de dispor sobre o direito da pessoa idosa à convivência familiar, assim como a hipótese de responsabilidade civil por

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴²INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. *Projeto de Lei cria sistema de hipoteca reversa para idosos; privação de herança por abandono também tramita na Câmara*, em set. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7042/Projeto+de+Lei+cria+sistema+de+hipoteca+reversa+para+idosos+%3B+priva%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a+por+abandono+tamb%C3%A9m+tramita+na+C%C3%A2marm>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁴³BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.562*, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078277>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁴⁴BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.229*, de 6 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>>. Acesso em 10 mar. 2020.



abandono afetivo inverso, caso haja o descumprimento do dever de cuidado da pessoa idosa pela família.

De acordo com o Senador, não se pode fechar os olhos para o fato de que cada vez mais há relatos de pessoas idosas abandonadas por suas famílias, justamente no momento em que essas pessoas mais precisam de cuidado e amparo. Justifica o parlamentar⁴⁵:

[...] entendemos que a ameaça de uma sanção cível de natureza pecuniária terá um interessante efeito pedagógico sobre a dinâmica de famílias com histórico de descaso praticado contra seus membros idosos. Acreditamos, por fim, que a proposição contribuirá, de alguma forma, para o restabelecimento de vínculos de afetividade e para a preservação de uma ética familiar que beneficiará a sociedade como um todo.

Constata-se que desde a data de 1º de outubro de 2019 o Projeto de Lei nº 4.229/2019 encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para apreciação.

Da análise dos Projetos de Lei supracitados, nota-se que o abandono afetivo da pessoa idosa pelos seus familiares é uma preocupação constante. Conforme demonstrado, há diversas tentativas de modificações legislativas com o intuito de melhor proporcionar uma vida digna àqueles que atingem a velhice, em especial acerca da importância para o idoso do cuidado e a da convivência no seio da família.

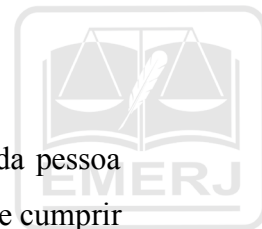
Contudo, ainda não se verifica na legislação medida expressa e efetiva no sentido de responsabilização e sanção civis por abandono afetivo inverso. E, diante da falta do direito positivado, fica a cargo do Poder Judiciário, principalmente por meio de aplicação principiológica, garantir a tutela dos direitos nesses casos.

Nesse ponto, destaca-se a importância da solidariedade e da afetividade, uma vez que esses princípios jurídicos desempenham papel fundamental na busca para uma adequada solução para os conflitos envolvendo as relações familiares.

CONCLUSÃO

A CRFB/88 estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos mais importantes princípios, passando-se a valorizar muito mais o ser humano, consubstanciando-se em constante busca pela proteção da pessoa. E, por óbvio, não seria diferente o tratamento dispendido nas questões concernentes ao Direito de Família.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 44.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, o abandono afetivo da pessoa idosa por seus filhos. O embate surge a partir do momento em que os filhos deixam de cumprir com o dever de zelar e cuidar, previstos nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional traz previsão expressa dos deveres existentes entre membros de uma mesma família, estabelecendo que pais e filhos reciprocamente possuem o dever de assistência e de amparo, corroborando com a ideia do cuidado nas relações familiares.

Com o objetivo de atender as premissas estabelecidas no texto Constitucional, o ordenamento utiliza-se de ferramentas essenciais, como o Estatuto do Idoso, que tem como premissa principal proteger direitos fundamentais dessa parcela vulnerável da população.

No decorrer da pesquisa, verificou-se que o cuidado é uma obrigação imposta pela lei e que deve ser observada pelos membros da família, de forma que o seu descumprimento é capaz de caracterizar o denominado abandono afetivo inverso. Abandono afetivo este que deve ser entendido como o descumprimento de um dever de cuidado e não um dever de amar.

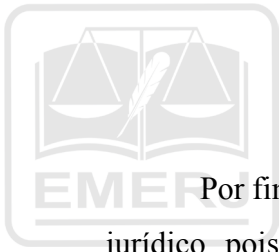
Das reflexões que se desenvolveram ao longo do estudo, foi possível chegar à conclusão pela possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. A partir do momento em que se tem violado uma norma jurídica preexistente, a responsabilidade civil surge como forma de pregar o respeito ao ordenamento jurídico e, principalmente, forma de garantir a proteção da dignidade da pessoa idosa.

O que se percebe é que apesar de o cuidado ser um dever que deve ser observado nas relações familiares, admitindo-se a possibilidade de responsabilização civil, não há no ordenamento jurídico previsão expressa e eficaz acerca de quais consequências poderiam sofrer aquele filho que pratica abandono de seus pais idosos.

Não obstante, constata-se que há tentativas de alteração legislativa com o intuito de regular com mais vigor a matéria. Conforme demonstra-se na pesquisa, tramitam vários projetos de lei acerca do assunto, que vão desde propostas no sentido de prever expressamente a possibilidade de responsabilização por abandono afetivo, a propostas visando exclusão da herança àquele filho faltante.

Com isso, nota-se que há uma constante preocupação em proporcionar uma vida digna à parcela da população idosa, tentando evitar-se a prática de atos de abandono por parte da prole em relação aos pais quando estes atingem a velhice.

No entanto, até o momento o que ocorre é que, pela falta de previsão expressa na legislação acerca da responsabilização do filho que pratica o abandono, acaba ficando a cargo do Poder Judiciário decidir, no caso concreto, a melhor solução para as questões que gravitam pelo abandono afetivo da pessoa idosa.



Por fim, verifica-se o papel fundamental desenvolvido pelos princípios no ordenamento jurídico, pois evidenciado na pesquisa que os princípios norteadores do Direito de Família, como o da convivência familiar, da solidariedade e o da afetividade, transformaram completamente a forma de ser enxergar o papel do indivíduo no contexto das relações paterno-filiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 4.294*, de 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=424E797F866EA8DBCEC2E6141E2CD0EE.proposicoesWebExterno2?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 3.145*, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 4.562*, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078277>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

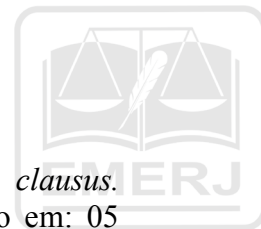
_____. *Projeto de Lei nº 4.229*, de 6 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137919>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/São Paulo*, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em: 18 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil pela Falsa Imputação de Paternidade. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.



IBDFAM. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. *Crianças são indenizadas por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7078/Crian%C3%A7as+s%C3%A3o+indenizadas+por+abandono+afetivo>> Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. *15 anos do Estatuto do Idoso*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6776/15+anos+do+Estatuto+do+Idoso%3B+especialista+aponta+principais+conquistas+e+de+safios>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. *Abandono afetivo inverso é tema de palestra no Congresso Nacional do IBDFAM*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7027/Abandono+afetivo+inverso+%C3%A9+tema+de+palestra+no+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *A hipótese não é um dever de amar, mas sim um dever de cuidar. E esse dever de cuidar ele é jurídico, afirma Guilherme Calmon sobre responsabilidade civil e abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7040/%E2%80%9CA+hip%C3%B3tes+n%C3%A3o+%C3%A9+um+dever+de+amar%2C+mas+sim+um+dever+de+cuidar.+E+esse+dever+de+cuidar+ele+%C3%A9+jur%C3%ADdico%E2%80%9D%2C+afirma+Guilherme+Calmon+sobre+responsabilidade+civil+e+abandono+afetivo>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

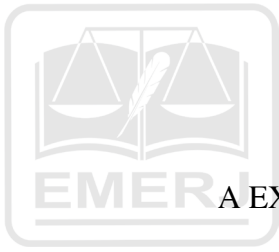
_____. *Abandono afetivo inverso pode gerar indenização*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Projeto de Lei cria sistema de hipoteca reversa para idosos; privação de herança por abandono também tramita na Câmara*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7042/Projeto+de+Lei+cria+sistema+de+hipoteca+reversa+para+idosos%3B+priva%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a+por+abandono+tamb%C3%A9m+tramita+na+C%C3%A2marm>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil por Omissão de Cuidado Inverso. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a Proposta da Reparação Não Pecuniária. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.



A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI CONSOANTE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Ana Lígia Salles do Nascimento

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo - a necessidade de debater sobre as atualidades que envolvem o Tribunal do Júri, um dos institutos processuais penais mais democráticos para o exercício do julgamento, fez nascer um trabalho que tem por objetivo fortalecer os ideais do sistema processual penal. Com isso, a análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como alteração legislativa que confirmam a tese levantada no trabalho, da possibilidade do cumprimento provisório da pena nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, sem que haja colisão entre os princípios constitucionais de presunção de inocência e soberania dos veredictos.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Princípios Constitucionais. Soberania dos Veredictos. Presunção de inocência.

Sumário – Introdução. 1. O papel fundamental do Tribunal do Júri. 2. O conflito entre princípios constitucionais no processo penal. 3. A controvérsia construída pelo Superior Tribunal Federal e a decisão que privilegia o princípio da soberania dos veredictos. Conclusão.Referências.

INTRODUÇÃO

O tema apresentado no presente trabalho de conclusão de curso busca como forma de discussão acadêmica demonstrar a necessidade da prevalência do princípio Constitucional que é a Soberania dos Veredictos no Tribunal do Júri, permeando a uma interpretação sistemática e teleológica para contrapor a uma possível oposição entre decisões.

A possibilidade de recorrer da sentença que prolate a decisão do conselho de sentença, com o intuito de obter a modificação da decisão, não pode se sobrepor ao ditame constitucional conferido ao Tribunal do Júri, que permeia entre princípios constitucionais, os quais são expostos a perigo diante da controvérsia instaurada pelo Superior Tribunal Federal ao aplicar entendimento diversos em seus julgados, notadamente o HC ° 118.770/SP.

A análise da instituição do Tribunal do Júri se mostra necessária, bem como entender a sua função e desenvolvimento no contexto histórico brasileiro, no intuito compreender o entendimento do cenário atual.

Para tanto, sustentar com fundamentos jurídicos sólidos, que o início do cumprimento da pena não afeta o princípio da presunção de inocência do acusado, pois



existem outras garantias fundamentais do acusado no curso de um processo penal, que devem se submeter a uma norma preponderante.

Nesse sentido, ao se deparar com tal discussão, uma solução aparente se mostra plausível para dirimir eventuais conflitos: a possibilidade de inverter a regra da liberdade do acusado, apenas no Tribunal Júri, para a prisão e a liberdade se tornar uma exceção com a devida fundamentação do juiz para os casos que entender cabível.

Vislumbrar essa possibilidade pode parecer inicialmente um aumento do poder estatal. Contudo, não que se falar nisso pois a punição no Tribunal do Júri se encontra nas mãos da própria sociedade.

Ainda, a competência garantida constitucionalmente confere ao Tribunal de Júri uma singularidade, a qual garante maior segurança jurídica e que não pode ser fragilizada, sob pena de se perder a construção de sua competência que é de julgar os crimes dolosos contra a vida, com atribuição a um colegiado popular.

Com isso, há necessidade de iniciar o primeiro capítulo demonstrando o papel fundamental do Tribunal do Júri, diante do cenário atual em que os crimes dolosos contra a vida tem crescido exponencialmente.

Segue-se ao segundo capítulo, observando o conflito existente entre os princípios constitucionais inerentes ao processo penal, qual seja, a presunção de inocência e a soberania dos veredictos, bem como a tese sustentada no HC nº 118.770, ao demonstrar a construção jurisprudencial do tema e seus pontos controvertidos.

O intuito é demonstrar que a possibilidade recursal não irá modificar a decisão do Júri, conquanto seria submetido a novo plenário, mas jamais um ataque ao mérito e, permitir que, em sede recursal, seja atacado o mérito de uma decisão, é no fim das contas admitir que o Júri e sua decisão não seriam soberanos.

Passa-se ao terceiro capítulo o estudo de uma nova possibilidade para encerrar qualquer problemática levantada, que seria a possibilidade de tornar a prisão regra em detrimento da liberdade, em razão da gravidade dos crimes, sendo a liberdade permitida de acordo com o convencimento do juiz no caso concreto, com decisão devidamente fundamentada.

Assim, a construção do presente trabalho visa uma abordagem qualitativa e explicativa, no intuito de se utilizar uma bibliografia pautada em entendimentos capazes de fundamentar o tema e dirimir as controvérsias.



1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM O TRIBUNAL DO JÚRI E O POSSÍVEL CONFLITO PRINCÍPIOLÓGICO

A identidade constitucional do Tribunal do Júri apresenta-se esculpido na Constituição Federal¹ de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Mediante a participação popular, que por determinação Constitucional, é possível a concretização da democracia, qual seja, a participação do povo na justiça. Por conseguinte, uma instituição que decorre da soberania do povo.

A criação desse Tribunal ocorreu no Brasil, em 1822, com diversas reformas e modificações em sua formação, o que no presente trabalho não tem por objetivo explorar, mas apenas dedicar algumas linhas para ter-se em mente o porquê da sua criação.

Nas palavras de Paulo Rangel²: “Nesse sentido, o Tribunal do Júri surge com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época [...]”.

Observa-se que o principal motivo de ter um Tribunal guiado por um corpo de jurados popular era para garantir ao acusado, que sua vida não estaria à beira dos interesses de um soberano, mas seria julgado por iguais.

Assim, os princípios que formam a base dessa instituição jurídica refletem bem a sua importância, qual seja, a garantia do acusado frente ao poder Estatal e a manutenção da soberania popular em um Estado Democrático de Direito.

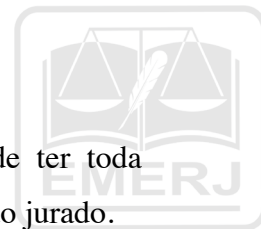
A Constituição Federal de 1988³ estabeleceu o Tribunal do Júri e seus princípios, elencando-os no art. 5º, inciso XXXVIII e alíneas. Princípios servem como base, é o fundamento da existência, assim, merece total atenção na sua utilização e interpretação.

O primeiro princípio a ser observado é a plenitude de defesa. Sendo o primeiro nos permite refletir que o legislador concedeu ao acusado uma proteção, pois em completa

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 abr. 2020

²RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.44.

³BRASIL., op. cit., nota 1.



coerência ao princípio do devido processo legal, o acusado fica assegurado de ter toda oportunidade para afastar qualquer inconsistência na formação do convencimento do jurado.

Merece destaque, ainda, que a plenitude de defesa encontra paridade com a ampla defesa. Ora, se o legislador já havia mencionado que no processo judicial deverá ser observada a ampla defesa, por que incluir novamente, no mesmo artigo, o princípio da plenitude de defesa? Tal pergunta encontra resposta na própria instituição do júri.

Em que não há um juiz para suprir qualquer inconveniência técnica da defesa, pois no processo comum, ainda que a defesa levante teses incompatíveis com as provas, entendendo o juiz pela absolvição do réu, assim ofará.

Contudo, no Tribunal do Júri, a decisão cabe aos jurados, sendo uma defesa técnica imperfeita, certamente acarretará na condenação do acusado, além de que não há qualquer exposição de fundamentos para a escolha do júri, vigorando a livre convicção. Portanto, a plenitude de defesa deve ser observada como uma determinação constitucional para assegurar uma defesa completa e perfeita.

Nessa esteira, o sigilo das votações é o segundo princípio base da instituição do júri e tem parte fundamental em assegurar a legitimidade dos votos que compõem a decisão, pois não há como exercer um julgamento sobre o outro de forma tranquila sendo exposto, há por certo a necessidade de eliminar toda e qualquer pressão sobre os jurados.

O sigilo da votação se dá pela saída dos jurados até uma sala especial, chamada de sala secreta. O objetivo é que se tenha votações seguras e tranquilas, para que os jurados não sofram nenhuma influência externa, de qualquer pressão popular externa.

O cerne no presente trabalho está calcado no princípio da soberania dos veredictos, por certo, ser soberano acarreta um forte debate na doutrina, pois na instituição do júri não há como modificar o mérito da decisão dos jurados, apenas realizar novo júri caso seja identificado alguma hipótese de cabimento para novo julgamento pelo plenário.

Assim, a soberania conferida ao Júri é pautada, não só nos aspectos políticos já mencionados, mas também no aspecto processual, pois as hipóteses cabíveis de refazer o júri são restritas, corroborando uma supremacia da vontade popular ao restringir qualquer interferência estatal por meio do judiciário.

Vale destacar, parte do voto da Ministra Rosa Weber⁴ no julgamento de um Recurso Extraordinário em que a parte pretendia um novo julgamento, conforme abaixo transcrito:

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 999.133/AM*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5058246> acesso em: 07 out. 2019.



A Constituição Federal de 1988 contempla o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Tal princípio constitui conquista histórica, que remonta ao assim denominado *Buschel's Case*, de 1670, quando concedido habeas corpus pela *Courtof Common Pleas* inglesa para libertar jurados presos por ordem do Juiz Presidente do Júri por este ter entendido que eles haviam proferido veredicto contrário à prova dos autos.

Não se pode olvidar que no ordenamento jurídico brasileiro existem outros princípios que possam colidir com a soberania dos veredictos, notadamente, o princípio da presunção de inocência.

A correta análise do instituto do Tribunal do Júri tende a formar a ideia de que nada pode obstar à decisão proferida pelo conselho de sentença, em que pese todo e qualquer esforço dos operadores do direito em afastar a soberania popular.

Uma condenação ou absolvição pelo conselho de sentença não pode ser apontada como duvidosa, há que se partir da premissa que o poder decorre do povo e assim, o *iuspuniendi* estatal deverá ser enxergado sob o prisma popular.

Contudo, há uma tendência pelos Tribunais Superiores em relativizar a soberania dos veredictos, pois em processos que o acusado responde em liberdade e ao final se tem uma condenação, deve ser levado imediatamente a custódia como forma de obediência ao princípio da soberania dos veredictos.

O último princípio elencado pela CRFB/88⁵ é a competência do júri, quais crimes estarão inseridos no bojo de julgamento, são todos os crimes dolosos contra a vida, discriminados a partir do artigo 121 ao 126 do Código Penal⁶.

A escolha dos crimes para a competência do júri conota uma preocupação do legislador de que os crimes dolosos contra a vida serão respondidos de acordo com o atual cenário da sociedade. Ainda, o princípio de competência mínima confere ao Tribunal a competência para julgar os crimes que forem conexos aos crimes dolosos contra a vida.

Isso significa dizer que o objetivo do Tribunal do Júri é tornar o povo o julgador de si mesmo, conforme seu próprio entendimento, suas próprias crenças e valores, independente de qualquer conhecimento ou valoração técnica, uma das maiores demonstrações de soberania popular.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07out.2019.



2. O TRIBUNAL DO JÚRI NA SOCIEDADE BRASILEIRA, ASPECTOS PROCESSUAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL

O panorama social em que se vive atualmente evidencia a necessidade de maior repressão dos crimes que afetam o bem jurídico vida. De acordo com um estudo produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo apresentado no seminário “Tribunal do Júri: Gestão Processual, Otimização de Julgamentos e Efetividade Judicial”, abaixo explicado por Jeferson de Melo⁷:

[...] um debate sobre as ações necessárias para aumentar a velocidade dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, que tratam dos processos de crimes dolosos contra a vida. Os dados relativos a esses crimes mostram que, em 2016, ocorreram 62,5 mil casos de homicídio no país, segundo o Atlas da Violência de 2018, estudo produzido pelo Instituto de Política Econômica Aplicada (Ipea). E, de acordo com o Relatório Justiça em Números do CNJ, entre 2016 e 2017, houve ingresso de quase 60 mil ações penais de competência do Júri.

Com esses dados apresentados fica evidente uma crescente banalização da vida e não se mostra esses dados com louvor e satisfação, pois para uma sociedade que evolui ter números de criminalidade em escala crescente, revela uma enorme decadência social. Nesse sentido, sabe-se que o Direito trabalha em busca de alcançar os acontecimentos da sociedade.

Para dirimir um conflito, o primeiro a ser feito é analisar os fatos e depois a Lei. Contudo, quase sempre a lei se torna obsoleta aos fatos, pois a sociedade é dinâmica.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal tende a sempre trabalhar de modo a acompanhar e conceder à todos uma resposta efetiva às controvérsias apresentadas diariamente. No processo penal, os entendimentos dos Ministros podem ser alterados, o que gera debates acalorados no mundo acadêmico.

Em muitos momentos, os debates não passam de construções doutrinárias de livros e palcos políticos, principalmente quando o objetivo é fazer valer ideologias, forçadas por discursos completamente apaixonados, os quais passam a se utilizar dos princípios que protegem o cidadão contra qualquer arbitrariedade do Estado.

Embora o Supremo tenha se esforçado para manter firme, o cenário social, infelizmente, muda e às suas decisões também. A evolução e reviravolta em diversos Habeas Corpus demonstram a oscilação de teses adotadas pelos Ministros. Por mais que seja tentador adentrar em cada tese adotada, a que mais teve repercussão foi o HC nº 118.870/SP⁸, julgado

⁷MELO, Jeferson. *Pesquisa revela que Tribunal do Júri condena 48% dos réus*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-tribunal-do-juri-condena-48-dos-reus/>>. Acesso em 27 abr.2020.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.870/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4439699>> Acesso em: 27abr.2020.



em 07 de março de 2017, em que ficou demonstrado com evidência uma tese que reflete os ideais do cenário político-social, com o fim de acompanhar a tese firmada em outros julgados.

O Ministro Luís Roberto Barroso que firmou a divergência para declarar que não há impedimento legal Constitucional para o cumprimento do veredito condenatório, já que foi proferido por plenário do Júri.

Ainda, reforçou que o princípio da presunção de inocência não é uma regra, podendo ser aplicado em diferentes graus, de acordo com a necessidade do bem jurídico tutelado.

Pode-se ver, conforme foi dito no acórdão do HC nº 118.870/SP⁹, que não há propriamente uma violação ao princípio da presunção de inocência, tampouco estaria sendo mitigada as garantias constitucionais do acusado, sendo a fundamentação veemente ao afirmar que:

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

Além disso, não há no Ordenamento Jurídico brasileiro uma escala de princípios mais ou menos importantes, os princípios servem como baliza sem qualquer aplicação por referência exata. Contudo, assim não o faz adoutrina.

Nessa esteira, ao concretizar e consolidar tal entendimento, de reafirmar que o Tribunal do Júri é soberano, suas decisões corroboram a vontade popular e é do povo que emana o poder. Assim, podemos afirmar que suas decisões devem ser executadas de imediato.

Importante que a sociedade perceba e tenha reforço pelo Judiciário de que a vontade popular é a que será implementada. Não haverá usurpação desse poder por juízes togados com o intuito de satisfazer seus próprios desejos de justiça que não se coadunam com a sociedade.

Assim, seria um contrassenso se a Constituição Federal outorgasse poderes ao povo e por uso de um recurso, o veredicto fosse alterado, o que fica evidente a usurpação do poder. Há que ser destacado que existem duas outras hipóteses de mitigação da soberania dos veredictos. A primeira é a cassação do julgamento e a realização de novo júri, previsão expressa no art. 593, III, “d” do CPP¹⁰.

⁹Ibid.

¹⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art810> Acesso em: 27 abr.2020.



Ainda, existe a revisão criminal, que se encontra prevista no art. 621 do CPP¹¹, em que possibilita ao Tribunal absolver o réu injustamente condenado por sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, a análise que se faz é que o Legislativo caminha ao encontro do aludido interesse da maioria, tendo em vista que tramitou e entrará em vigor uma alteração no Código de Processo Penal, mediante a promulgação da Lei nº 13/964/2019¹², incluindo no art. 492, alínea “e”, abaixo transcrito:

Mandarà o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

A alteração legislativa veio para que fosse findado todo e qualquer debate acerca da execução provisória da pena no Tribunal Júri, e assim, muito bem o fez, mas manteve acirrados os debates acerca desse tema.

Fica evidente, assim, que não foi e não será suficiente uma alteração legislativa, pois os aclamados doutrinadores afirmam que a parte final da alínea seria inconstitucional: a execução antecipada da pena. Isso quer dizer que ainda teremos debates e por muito tempo, o que muito em breve chegará ao Superior Tribunal Federal para dirimir esse conflito novamente.

Em muitos aspectos o Tribunal do Júri é criticado, seja pelos seus defensores ou opositores. Em todas, há razões muito bem fundamentadas e válidas que são capazes de levar ao convencimento do leitor.

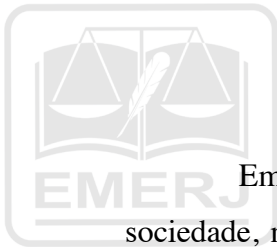
O autor James Tubenchlak¹³ corrobora essa ideia, sendo possível essa ideia por suas palavras abaixo transcrita:

Centenas de páginas seriam demandadas para elencar a infinidade de argumentos contrários e favoráveis ao Tribunal do Júri. Destacamos, por curiosidade, dois deles: o primeiro, de Raffaele Garofalo (apud Roberto Lyra, 1950, p. 10), atribuindo à ignorância dos jurados a parte principal das injustiças cometidas – ‘às vezes, é evidente, pelas respostas contraditórias, que tinham a intenção de condenar, não obstante involuntariamente absolvam, por não terem compreendido um quesito’ – e pleiteando a abolição do Júri em nome da defesa social; o segundo, de Magarinos Torres (1935, p. 15, n. 1): ‘O STF corrige, todo dia, decisões de todos os tribunais togados do País... E não dá conta da incumbência!’

¹¹Ibidem

¹²BRASIL. Lei “Pacote anticrime”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 27 abr.2020.

¹³TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.309-310.



Em que pese as afirmações acima, o Legislativo encontra grande amparo da sociedade, no intuito de se ter maior segurança de que a justiça está sendo feita. Com isso, muito se questiona o conceito de justiça, pois o Tribunal do Júri seria um grande gerador de arbitrariedades. No entanto, o que tem prevalecido é a permanência do Júri e cada vez mais tem se buscado realizar melhores julgamentos, com as devidas alterações legislativas, por ser o Júri um ideal de justiça democrática.

Resta saber se existe outra possibilidade para que seja mantido o entendimento do Superior Tribunal, acompanhando a criação do Tribunal do Júri, bem como os intentos e avanços da sociedade.

Noutras palavras, seria possível à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro que se invertesse por completo o procedimento de execução da pena no Tribunal do Júri, para que a liberdade do réu seja a exceção.

3. DA POSSIBILIDADE DA PRISÃO SER REGRA E A LIBERDADE EXCEÇÃO.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que num tempo não muito remoto, admitiu-se o cumprimento da execução provisória da pena, aqui deve ser esclarecido que é a prisão para qualquer procedimento, não especificamente no Júri.

Sabe-se que, desde o julgamento do HC nº 84.078¹⁴, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória só ocorria mediante a fundamentação da prisão cautelar, em razão do que dispõe a Constituição Federal¹⁵, no inciso LVII, art. 5º. A partir disso, verifica-se a existência de uma possibilidade para criar uma regra, qual seja: em se tratando de Tribunal do Júri, o condenado deverá ser recolhido à prisão ou a sua manutenção ocorrer imediatamente após a prolação da sentença, antes do trânsito em julgado.

Para chegar a essa regra processual, é necessário analisar qual a interpretação dada ao CPP¹⁶, em relação a prisão antecipada, tendo em vista as grandes mudanças ao longo dos anos. No STF, mostra-se evidente que a interpretação da norma se faz conforme a dinâmica dos fatos realizados em sociedade no período de análise dalei.

Vale esclarecer que a norma é a interpretação que se faz do dispositivo legal, é o que se extrai das palavras da lei, a identificação do “espírito da lei”.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>> Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁵BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁶BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art810> Acesso em: 27 abr.2020.



Com isso, desde a edição da CRFB/88¹⁷ até o ano de 2009, a norma era uniforme no sentido de que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não violava o princípio da presunção de inocência¹⁸, a partir da interposição de recursos sem efeito suspensivo.

Essa interpretação era feita a partir de dispositivos legais infraconstitucionais, que permitia a prisão após a sentença condenatória, mas antes do trânsito em julgado. O STF mantinha tal direcionamento da norma por se utilizar de uma interpretação teleológica e ao modificar para uma interpretação evolutiva e sistemática dos princípios processuais penais trazidos pela Constituição, traz uma abordagem garantista.

Isso é o que se verifica em 05/02/2009, quando o Pleno do STF deu uma alavancagem na abordagem sobre o tema e em maioria de votos, decidiram no HC nº 84.078/MG¹⁹, que:

[...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

A leitura que se faz diante da alteração de orientação do STF é de que a norma pode ser modificada sem que modifique a lei. Isso parece ferir a segurança jurídica, pois como guardião da Constituição, o STF gera instabilidade ao optar por não obedecer a própria vontade do legislador, bem como não manter suas interpretações firmes e modificá-las ao longo do tempo. A interpretação que se faz dessa atuação estatal seria do chamado ativismo judicial, o que impulsiona o legislativo a ser mais veloz em sua atuação.

Essa observação pode ser feita porque em 2009, ainda vigente o dispositivo do 393, I, do CPP²⁰, em que preconizava a ser feita a sentença penal recorrível “se o réu preso ou

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art810> Acesso em: 27 abr.2020.



conservado na prisão, assim nas infrações afiançáveis enquanto não prestar fiança” e somente foi revogado em 2011 pela Lei nº 12.403/11²¹.

Ainda assim, não durou muito tempo a interpretação, pois em 2016 houve nova modificação, quando no HC nº 126.292²² entenderam pelo início da execução da pena após a confirmação em segunda instância. Isso quer dizer que houve uma nova interpretação, mas branda, para garantir ainda a conformidade com a legislação.

Contudo, o direito é dinâmico e com o advento de uma Lei, será dada nova interpretação. Esse fenômeno de atribuir a um a lei uma interpretação diferente ao que era antes entendido é o que Barroso²³, chama de mutação constitucional, em que: “a mutação constitucional é um mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais.”

Diante disso, as interpretações, ainda que aparentemente distante do que o legislador desejava, se torna a nova ordem. O caminho encontrado pelo legislador é o de tentar alcançar e alinhar à lei ao que busca o Judiciário e a justiça. Com isso, após uma decisão, o legislador em sua atuação legiferante cria as leis que traçarão um novo rumo no mundo jurídico. No presente trabalho fica evidente essa atuação, com a edição da Lei nº 13.964/2019²⁴.

Essa nova lei veio para alterar a legislação penal e processual e para o presente trabalho, destaco a alteração realizada no art. 492 do CPP²⁵, que inseriu a alínea “e”, abaixo transcrito:

Art. 492. (...)

I – (...)

e) “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;”

A referida alteração trouxe nova perspectiva sobre a execução provisória da pena, pois se o réu for condenado, pelo Tribunal do Júri, a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, será possível a execução provisória da pena.

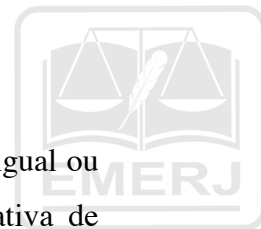
²¹BRASIL. Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso em: 27 abr.2020.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/São Paulo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 27 abr. 2020.

²³BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais da construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁴BRASIL. Lei “Pacote anticrime”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 27abr.2020.

²⁵Ibid.



Em outras palavras, se o réu for condenado no Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, ele terá que iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que tenha sido, por ele, interposto o recurso de apelação contra essa sentença, isso quer dizer que mesmo antes do trânsito em julgado da condenação já poderá ser iniciado o cumprimento da pena.

Assim, na hipótese legal, a regra passa a ser a prisão e a liberdade ocorrerá de modo excepcional, devendo ser preenchido os requisitos previstos no §3º do art. 492 do CPP²⁶. Vale esclarecer que a imediata execução da sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri encontra guarida, apoio no princípio da soberania dos veredictos, devendo este ser interpretado conjuntamente com a presunção de não culpabilidade.

Estabelecer um juízo de ponderação deve ser feito, pois a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a execução da pena, ao argumento de que as decisões do júri a quem compete por definição Constitucional, não podem ser modificadas, ou seja, reformadas por juízes togados.

Ainda, as sentenças do Júri são subjetivamente complexas, pois concorrem o conselho de sentença e o juiz presidente. O conselho de sentença, a rigor, é o conselho de julgamento. E se o veredicto for condenatório, caberá ao juiz togado proferir a sentença de acordo com o veredicto do júri. Na sentença o juiz já mandará expedir o decretoprisional.

No entanto, a nova previsão legal já se tornou tema de Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC²⁷, tendo se tornado um caso líder, em repercussão geral, já com tese inicialmente majoritária fixada pelo Ministro Luís Roberto Barroso²⁸, qual seja: “a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”²⁹.

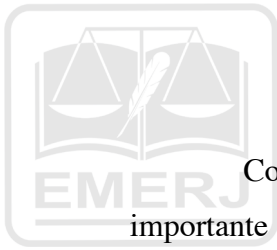
A tese levantada pelo Ministro leva a um novo rumo da interpretação, tendo em vista que a hipótese legal permite a execução imediata da pena quando superiores a 15 anos, e se o Ministro aponta para a execução provisória em qualquer pena aplicada, entende-se que a interpretação superou a aplicabilidade da lei, ultrapassou a própria legislação.

²⁶Ibid. Art. 492. § 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC*. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5776893>> Acesso em: 20 jun.2020.

²⁸Ibid

²⁹Ibid.



Com isso, verifica-se que a modificação da norma pelo legislativo corresponde a uma importante expectativa da sociedade, sendo essa uma resposta eficiente de demonstrar a realização concreta de justiça diante dos crimes praticados.

Isso porque o Judiciário enfrenta uma imagem enfraquecida com relação a resposta punitiva estatal, esse enfraquecimento ocorre em razão única e exclusiva: pelo modo como enxergam a lei e a sua aplicação.

Conclui-se que atualmente vive-se uma grave crise na sociedade, em que princípios e moral tem sido relativizado, gerando por conseguinte, a desvalorização de normas que funcionam como limitador no convívio social.

O anseio de obter uma resposta estatal deixa de estar nas mãos do Judiciário e passa ao legislador, para que em sua atuação legiferante possa alcançar o que a sociedade espera.

CONCLUSÃO

Com a elaboração do presente trabalho foi possível desenvolver algumas análises sobre a execução imediata da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri em primeira instância. A existência de um conflito entre os princípios constitucionais inerentes ao processo penal, possibilitou perceber que a presunção de inocência e a soberania dos veredictos, são princípios que em verdade se complementam.

Quando se estuda o procedimento do Júri, é possível concluir que existem princípios peculiares, que tão somente aplicáveis a esse procedimento. O processo penal é formado por diversas etapas que garantem a aplicação dos princípios constitucionais.

Se um procedimento específico tem seus próprios princípios, por óbvio, eles devem ser aplicados de modo que um se adeque ao outro. Tais princípios constituem a verdadeira importância para o qual o sistema do Júri foi criado.

Nesse sentido, a correta análise a ser feita com relação a presunção de inocência é de que esse princípio tem que ser relativizado de acordo com a etapa de processo, ou seja, aplicá-lo considerando que é uma regra de tratamento e de julgamento, não mais devendo ser aplicado após a condenação, pois já existirá um réu condenado e não mais um acusado apenas.

Seguindo diversamente a essa proposta, as decisões dos Superiores Tribunais caminharam por conferir maior ênfase ao princípio da presunção de inocência, mitigando toda uma estrutura processual penal pensada para dar autonomia aos jurados.



Com isso, foi possível verificar que as decisões proferidas até 2009 foram em consonância com a soberania dos veredictos, assim, permitir que outro princípio possa servir de modo superior àqueles já inerentes ao procedimento especial, é reconhecer que o Júri não tem sua competência tão firme.

Ao chegar nessa conclusão, mostra-se forçoso reconhecer que o intuito da Corte é gerar o enfraquecimento das decisões proferidas pelo Júri. Essa tendência se evidencia pela análise das decisões, bem como o engajamento de em casa decisão o STF trazer para si uma parcela maior de controle das decisões.

É bem verdade que o Tribunal do Júri sofre diversas críticas, sendo uma delas a ausência de um juiz para valorar as provas e a decisão proferida pelo júri não ser constituída de motivação. Sabe-se que a discussão é política e finalmente há o encerramento, em parte, dessa discussão porque o legislador alterou o CPP para incluir o início do cumprimento da pena, nas condenações acima de 15anos.

A alteração legislativa ainda que tenha falhas técnicas, já demonstra o início do cenário atual, correspondendo com os anseios da sociedade. Sendo assim, ficou confirmado que inverter a regra de liberdade do acusado, apenas no Tribunal Júri, para a prisão e a liberdade se tornar uma exceção com a devida fundamentação do juiz para em casos que entender relevante é uma possibilidade, e agora, concreta e real.

Portanto, apesar da gangorra jurídica, o Tribunal do Júri teve seus ideais reforçados por seus princípios e fundamentos, no intuito de minimizar qualquer violação e comparação a outros princípios que norteiam o sistema processual penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr.2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 07.Out.2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art810> Acesso em: 27abr.2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 27abr.2020.



_____. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso em: 27 abr.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 999.133/AM*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/seach?q=cache:qnQCx4E7XLEJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D311522145%26tipoApp%3D.pdf+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 07 out.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>> Acesso em: 27 abr.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC*. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5776893>> Acesso em: 20 jun.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770/SP* Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>> Acesso em: 11 set.2019.

COSTA JÚNIOR, José Armando. *O Tribunal do Júri e a efetivação de seus princípios constitucionais*.2007. 107f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza. 2007. Disponível em:<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp049129.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [e-book].

MELO, Jeferson. *Pesquisa revela que Tribunal do Júri condena 48% dos réus*. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-tribunal-do-juri-condena-48-dos-reus/>>. Acesso em 27abr.2020.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão em 2ª Instância e Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/01/04/prisao-em-2a-instancia-e-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC E O RISCO À SEGURANÇA JURÍDICA DA TUTELA JURISDICIONAL

Ana Paula Souza de Oliveira dos Santos

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

Resumo - o trabalho enfoca a temática do recurso de agravo de instrumento, que com a edição do Código de Processo Civil de 2015 foi novamente modificado nas hipóteses de cabimento, passando a ser cabível somente para as matérias expressamente prevista no art. 1.015 e incisos. Diante da controvérsia instalada na doutrina quanto a natureza jurídica do rol do art. 1.015, o STJ pacificou a questão, fixando a tese da taxatividade mitigada para ampliar as hipóteses de cabimento, quando a análise de determinada matérias mostrar urgência e se tornar inútil em verificação futura. Porém, a tese adotada abre espaço para discussão quanto a segurança jurídica e discricionariedade quanto ao seu cabimento.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada. Segurança Jurídica. Discricionariedade.

Sumário - Introdução. 1. De uma Taxatividade Legal para Uma Taxatividade Mitigada. 2. Evolução Jurisprudencial do Agravo de Instrumento na Vigência do CPC/15. 3. O Problema da Taxatividade Mitigada: a Insegurança Jurídica e a Discricionariedade na sua Interposição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça e a insegurança jurídica quanto ao cabimento do recurso de agravo de instrumento. Procura-se demonstrar a insegurança jurídica e a discricionariedade em considerar quais decisões são passíveis de urgência e inutilidade de decisão futura.

O Código de Processo Civil modificou toda a sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias. As decisões interlocutórias que versassem sobre as matérias que estivessem previstas nos incisos do art. 1.015 do CPC poderiam ser imediatamente atacadas por agravo de instrumento dirigido ao Tribunal. Já as decisões que versassem sobre matérias não contidas no art. 1.015, a insurgência deveria ser feita em preliminar de apelação, de acordo com o previsto no art. 1.009, §1º do CPC.

Com o objetivo de estabelecer a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, sob o regime de recursos repetitivos, os Recursos Especiais de nº 1.704.520 e nº 1.696.396, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, pacificando a controvérsia sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC.

Ao analisar a questão, o STJ entendeu que o rol do art. 1.015 possui taxatividade mitigada, admitindo o cabimento do agravo de instrumento ainda que a matéria não esteja expressamente prevista no art. 1.015 do CPC, mas, desde que fique comprovada a urgência e o risco inutilidade caso a questão seja apenas suscitada em preliminar de apelação.

Com isso, apesar da tese fixada pelo STJ sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, discute-se e a insegurança jurídica sobre a possibilidade ou não de ser possível o recurso e a questão da preclusão. Além disso, contata-se, em uma análise superficial, que a tese fixada pelo legislador esbarra com a vontade legislativa em estabelecer quais hipóteses são agraváveis de imediato.

Inicia-se o primeiro capítulo deste artigo analisando a sistemática de interposição do presente recurso à luz do CPC/2015. Em apertada síntese, rememora-se a sua evolução histórica e se inicia o debate sobre a tese fixada pelo STJ.

Já no segundo capítulo, analisa-se a evolução jurisprudencial do cabimento do recurso já na vigência do CPC. Apresenta-se os principais julgados debatidos pelo STJ até fixar a natureza jurídica do recurso e em alguns casos os quais foi aplicada a tese fixada no repetitivo.

Por fim, o terceiro capítulo do presente trabalho, analisa os recursos especiais nº 1.704.520 e nº 1.696.396 e defende a necessidade de se estabelecer segurança jurídica em estabelecer um padrão de hipóteses em que podem ser agraveis considerando a problemática da discricionariedade e insegurança jurídica pelo magistrado em estabelecer o que é urgência e inutilidade futura.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador pretende analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a legislação sobre o tema e a formulação e colocação de um problema.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa será qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia que trata da temática a ser analisada, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

1. DE UMA TAXATIVIDADE LEGAL PARA UMA TAXATIVIDADE MITIGADA

O título II, do livro III do não tão novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC)¹ trata do sistema recursal. No capítulo III desse livro, encontra-se o agravo de instrumento, que com o CPC de 2015 foi mais uma vez modificado quanto as modalidades de interposição. Diz que ‘mais uma vez’, pois analisando comparativamente os dois últimos códigos de processo civil (CPC 1939 e 1973), o agravo de instrumento foi o recurso com o maior número de alterações legislativas².

Um dos conceitos mais simples e completos de recurso é o explicado por Barbosa Moreira que leciona que recurso “é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.³

Vige no sistema processual civil o princípio da taxatividade quanto aos recursos. Só são recursos os remédios previstos em lei, de acordo com o art. 994 do CPC/2015. Para cada decisão, um recurso possível a ser interposto, ressalvando os embargos de declaração. Assim temos que, o agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisões interlocutórias, como expresso no caput do art. 1.015 do CPC/2015⁴.

A título de contextualização, o Código de Processo Civil de 1939⁵ previa o cabimento do recurso em comento apenas para os casos expressamente previstos no art. 842, além de outros casos legais.

Já o revogado CPC de 1973 regulava entre os artigos 522 a 529 o recurso de agravo para as decisões interlocutórias proferidas pelo juízo de primeiro grau. O Código previa o agravo como gênero, comportando duas espécies: o agravo retido e o agravo de instrumento. Nas lições dos professores Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha⁶:

[...] a Lei n. 11.187/2005 imprimiu algumas mudanças relevantes no regime do agravo, instituindo o agravo retido como regra. Somente caberia agravo de

¹ BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

² Nesse sentido, somente no CPC/73, a sistemática de interposição do agravo foi alterada pela Lei 9.139/95, em 2001 pela Lei 10.352/01 e, por fim, em 2005 pela Lei 11.187/05.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, V. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231.

⁴ O novo código adotou o conceito de decisão interlocutória por exclusão ou residual. De acordo com o art. 203, §2º dispõe que decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º.

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n° 1.608*, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3, 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 204-205.



instrumento em hipóteses expressamente indicadas: (a) quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; (b) nos casos de inadmissão da apelação; e, (c) nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida. Na liquidação de sentença e na execução, o agravo haveria sempre de ser de instrumento. Se a parte interpusesse o agravo de instrumento fora daquelas hipóteses, o relator deveria convertê-lo em retido.

Com o objetivo de acelerar a marcha processual e diminuir as intercorrências recursais, o art. 1.015 do CPC trouxe as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre as matérias ali expressamente contidas. Assim, tem-se que, afora as hipóteses elencadas no art. 1.015, outras previstas no próprio Código ou legislação extravagante, só serão cabíveis a impugnação das demais decisões interlocutórias em preliminar de apelação ou contrarrazões, de acordo com o art. 1.009, §1º do CPC/2015.

A opção legislativa foi por tarifar os casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido como o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo.⁷ É o que ficou expresso na seguinte passagem da exposição de motivos⁸:

[...] o agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

A par disso, com pouco mais de quatro anos de vigência do CPC/2015 a doutrina e a jurisprudência vem debatendo sobre a interpretação do art. 1.015 do CPC. Alexandre Câmara⁹, escrevendo sobre o tema, assim dispôs: “é perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” –, interpretação extensiva ou analógica.”

Ensina-nos Elpidio Donizzeti¹⁰ que a intenção inicial do legislar era a irrecorribilidade de toda e qualquer decisão interlocutória proferida ao longo do processo. Entretanto, o que prevaleceu foi uma taxatividade legal para as decisões interlocutórias agraváveis de imediato. Em suas lições:

⁷BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 761.

⁸ BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 23. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.448.

¹⁰ DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1653.

[...] na aprovação da redação final, o legislador optou por reunir as principais situações nas quais a decisão interlocutória é capaz de gerar prejuízo para uma das partes. Nesses casos, e em outros expressamente previstos em lei, pode a parte interpor agravo de instrumento. Tratando-se de liquidação e cumprimento de sentença, de processo de execução e procedimento de inventário, todas as interlocutórias podem ser impugnadas por essa espécie recursal.

No bojo de todas essas discussões, e, como forma de driblar a taxatividade legal imposta ao cabimento do agravo de instrumento, outra parcela da doutrina passou a preconizar o uso do mandado de segurança. Isso porque, tal remédio constitucional possibilitaria a análise imediata pelo Tribunal da questão decidida em interlocutória, sobre a qual não cabe a interposição do agravo de instrumento.

Todas essas indagações da doutrina chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se viu obrigado a analisar a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. E assim o fez. Em fevereiro de 2018, o STJ afetou os Recursos Especiais nº 1.704.520¹¹ e nº 1.696.396¹² sobre a sistema de repetitivo, catalogados sobre o tema 988, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Ao analisar a questão, o STJ entendeu que o rol do art. 1.015 possui taxatividade mitigada, admitindo o cabimento do agravo de instrumento ainda que a matéria não esteja expressamente prevista no art. 1.015 do CPC. Para tanto, deve ficar comprovada a urgência e o risco de inutilidade da discussão e decisão futura, caso a questão seja apenas suscitada em preliminar de apelação¹³.

No julgado, prevaleceu a tese da Ministra Relatora Nancy Andrighi de que o rol do art. 1.015 do CPC, é exemplificativo, admitindo-se o recurso fora das hipóteses de cabimento previstas no dispositivo¹⁴:

[...] em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adici-

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.704.520/MT*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.696.396/MT*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90979518&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=5&formato=PD. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹³ Trecho extraído do voto da Ministra Relatora: “É possível extrair desse critério que o recurso será cabível em situações de urgência, devendo ser este o elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses arroladas no art. 1.015 do CPC, p. 37.” Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF. Acesso: 20 abr. 2020.

¹⁴ *Ibidem*, p. 46.



onal de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo. A tese jurídica que se propõe, assim como aquela que sustenta que o rol do art. 1.015 do CPC, embora taxativo, admite interpretação extensiva ou analógica, demandam ainda o obrigatório enfrentamento de algumas questões que impactarão diretamente nas atividades jurisdicionais e dos jurisdicionados.

Desta forma, consignou-se a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC.

2. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC de 2015, a doutrina reviveu a tese de utilização do mandado de segurança para as decisões interlocutórias não incluídas no rol do art. 1.015. Nas lições de Elpídio Donizetti¹⁵:

[...] quando a matéria objeto da decisão interlocutória não estiver descrita nesses tipos ou hipóteses agraváveis e não houver qualquer outro recurso ou meio de impugnação apropriado, para evitar lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, poderá a parte prejudicada impetrar mandado de segurança. Afinal, trata-se (a decisão) de ato de autoridade, suscetível de causar gravame à parte.

Entretanto, tal possibilidade foi de pronto descartada. O art. 5º, II e III da Lei nº 12.016/2009 já dispõe que não é possível a utilização do mandado de segurança para impugnar decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e decisão judicial transitada em julgado. Além disso, desde o ano de 2009 vige o enunciado 267 da Súmula do STF, que prevê a inaplicabilidade do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Seguindo o mesmo raciocínio, a título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, já na vigência do CPC de 2015, entende que não cabe mandado de segurança para impugnar as interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC, em razão do cabimento de recurso específico¹⁶.

Superada essa linha argumentativa, quando da promulgação do CPC/2015, parcela da doutrina, dentre os quais podemos citar os professores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro, passou a defender o entendimento de que, apesar da taxatividade

¹⁵ DONIZETTI, op. cit., p. 1654.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *MS nº 0020346-74.2017.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DA16601D4002F9EFE0E4330E53663E4DC506435F3C16>. Acesso em: 15 abr. 2020.

das hipóteses previstas no artigo 1.015 haveria a possibilidade de se fazer uma interpretação extensiva para cada um dos seus incisos¹⁷.

Para os mencionados processualistas, a decisão que rejeita a convenção de arbitragem, passível de interposição de agravo de instrumento, de acordo com o art. 1.015, III do CPC, seria uma decisão que ao fundo trata do tema de competência. Sendo assim, para esse inciso é possível se utilizar da interpretação extensiva para incluir nesse inciso, as decisões que versem sobre competência. Em suas palavras¹⁸:

As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativas, o que não impede a interpretação extensiva de algumas daquelas hipóteses. A decisão que rejeita a convenção de arbitragem é uma decisão sobre competência, não sendo razoável afastar qualquer decisão sobre competência do rol de decisões agraváveis, pois são hipóteses semelhantes, que se aproximam, devendo receber a devida graduação e submeter-se ao mesmo tratamento normativo. Pela mesma razão, é preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência.

Adotando tal linha de entendimento, a 4ª Turma do STJ julgando o Recurso Especial nº 1.679.909, em novembro de 2017, consignou o entendimento de que seria possível se utilizar da interpretação extensiva ou analógica para o art. 1.015, III do CPC para conhecer de decisões relativas à competência. Nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão¹⁹:

Nessa ordem de ideias, apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015, penso que a decisão interlocutória, relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma. (...). Trata-se de interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 - "rejeição da alegação de convenção de arbitragem" -, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

Constou do acórdão que, o entendimento exarado de se recorrer imediatamente de decisões que versem sobre competência, está em consonância com a sistemática lógica do sistema, já que permitir que um processo tramite perante um juízo incompetente, para, posteriormente, analisar-se a questão da competência, feriria a razoabilidade, celeridade e economia processual, princípios tal caros ao nosso ordenamento jurídico.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3, 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 209.

¹⁸ Ibidem, p. 216.

¹⁹ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.679.909/RS*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701092223&dt_publicacao=01/02/2018. Acesso em: 15 abr. 2020.



Apesar dessas duas linhas argumentativas – utilização do mandado de segurança e interpretação extensiva -, tendo em vista que o direito é uma constante evolução, permaneceram os debates sobre o rol do art. 1.015. Desta forma, na sessão iniciada em 14/02/2018 finalizada em 20/02/2018, a Corte Especial do STJ, afetou sobre o tema nº 988, os recursos repetitivos nº 1.696.396/MT²⁰ e nº 1.704.520/MT²¹.

O recurso especial de nº 1.696.396/MT foi interposto se alegando ofensa as alíneas “a” e “c” do art. 105 da CRFB/88, sob o fundamento de que, no processo de origem foi proferida decisão interlocutória que declinava a competência para vara especializada e rejeitava, na vigência do CPC/2015, impugnação ao valor da causa, que fora oferecida na enquanto ainda vigia o CPC/1073.

A decisão interlocutória acima referida fora atacada por agravo de instrumento pela parte prejudicada com a decisão, tendo o Tribunal de origem (TJMT) negado provimento. Em face de tal decisão, foi interposto agravo interno que também não fora conhecido, sob o fundamento de que, a decisão que julgou a impugnação sobre o valor da causa e sobre a competência, não encontrariam amparo no rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Por sua vez, o recurso especial nº 1.704.520/MT foi interposto se alegando ofensa as alíneas “a” e “c” do art. 105 da CRFB/88, sob o fundamento de que fora proferida decisão interlocutória em que se acolheu a exceção de incompetência, determinando-se a remessa do processo para outra comarca. Inconformada, a parte recorrente interpôs agravo de instrumento, que não fora conhecido, interpondo-se na sequência agravo interno. O Tribunal de origem (TJMT) negou provimento ao agravo interno, sob o fundamento de não ser cabível recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC/15.

Os dois recursos especiais acima mencionados foram afetados sob a sistemática de recurso representativo da controvérsia, conforme disposição do art. 1.036 do CPC/15, eis que a questão de se decidir sobre a natureza jurídica do art. 1.015 apresentava grande controvérsia na doutrina e jurisprudência.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.696.396/MT*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90979518&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 11.

Os recursos foram julgados conjuntamente com os seguintes objetivos, nas palavras da ministra relatora Nancy Andrichi²²:

O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

Ao analisar a questão, o STJ entendeu que o rol do art. 1.015 possui taxatividade mitigada, admitindo o cabimento do agravo de instrumento ainda que a matéria não esteja expressamente prevista no art. 1.015 do CPC, mas, desde que fique comprovada a urgência e a inutilidade da questão caso seja apenas suscitada e julgada em preliminar de apelação.

Durante o ano de 2019, foram julgados vários recursos em que se aplicou a tese da taxatividade mitigada. No Recurso Especial nº 1.772.839/SP²³, julgado pela Quarta Turma, o Ministro Relator Antônio Carlos Ferreira decidiu que cabe agravo de instrumento decisão que enfrenta o tema da ilegitimidade passiva de litisconsorte. No mesmo julgado, a Turma também entendeu que é cabível agravo para as decisões que analisem os temas de prescrição e decadência, uma vez que se inserem no art. 1.015, II do CPC.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.753.123²⁴, a Terceira Turma entendeu pelo cabimento de agravo de instrumento para a decisão interlocutória que acolhe ou afasta a arguição de impossibilidade jurídica do pedido, por se inserir no conceito de mérito do processo.

Por sua vez, no julgamento do Recurso Especial nº 1.803.925/SP²⁵ também de relatoria da ministra Nancy Andrichi, foi reafirmado o que já dispõe o parágrafo único do art. 1.015 do CPC. Nesse julgado, consignou-se o amplo cabimento do agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nas fases de liquidação de sentença e cumprimento de sentença, nos processos de execução e na ação de inven-

²² BRASIL, op. cit., nota 11.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.777.838/SP*. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201772839>. Acesso em: 20 mai. de 2020.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.753.123*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849095&num_registro=201801908669&data=20190815&formato=PDF. Acesso em: 20 mai. 2020.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.803.925/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.803.925&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 20 mai. 2020.



tário. Para o disposto no parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015 não há que se falar em aplicação da tese da taxatividade mitigada, já que tal tese se restringe ao processo de conhecimento.

E o tema do cabimento do recurso em estudo ainda encontra muito debate. A Ministra Nancy, afetou sobre o tema nº 1.022²⁶, os Recursos Especiais nº 1.717.213, nº 1.707.066 e nº 1.712.231 todos do Estado do Mato Grosso, objetivando discutir se é cabível agravo de instrumento contra decisões proferidas em processos de recuperação judicial e falência para hipóteses não previstas expressamente previstas na Lei nº 11.101/15.

3. O PROBLEMA DA TAXATIVIDADE MITIGADA: A INSEGURANÇA JURÍDICA E A DISCRICIONARIEDADE NA SUA INTERPOSIÇÃO

As três principais controvérsias que nortearam o exame e definição da natureza jurídica do rol do art. 1.015 foram as teses que (i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analógica; (iii) o rol é exemplificativo.

É importante renovar o lembrete de que toda a discussão a respeito da ampliação ou não das hipóteses de agravo de instrumento, restringe-se ao procedimento comum e especial, já que o parágrafo único do art. 1.015, faz a ressalta da ampla recorribilidade por meio do mencionado recurso na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e nos procedimentos de inventário. Embora tais previsões estivessem expressas no texto legal, o questionamento chegou no STJ, que, confirmou a literalidade da lei, no julgamento Recurso Especial nº 1.803.925/SP.

Após toda uma digressão histórica do recurso e de não desprezar a vontade legislativa de enumerar as questões que demandariam imediato reexame pelo Tribunal *a quo*, e, após afastar todas as teses acima referidas que nortearam o debate inicial sobre definição da natureza jurídica do rol do art. 1.015, o voto da relatora foi no sentido de fixar a seguinte tese²⁷: “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 1022*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1717213. Acesso em: 20 mai. 2020.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

Além disso, foi modulado os efeitos da tese jurídica para que se aplique às decisões interlocutórias proferidas após a publicação dos dois acórdãos. Nas palavras da relatora²⁸:

[...] a tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.

[...] Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Os argumentos jurídicos que levaram a relatora a propor a tese da taxatividade mitigada, rejeitando as demais teses acima mencionadas, foi no sentido de que há situações urgentes que o julgamento imediato se impõe, sob pena de inutilidade de eventual julgamento futuro, como, por exemplo, o caso da análise da competência, o que não estaria coadunado com o princípio da inafastabilidade da jurisdição²⁹.

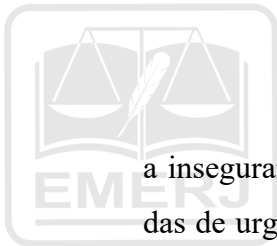
Apesar da relatora tratar a urgência como um dos requisitos a serem analisado pelo Tribunal, esta falando da perda de utilidade, se o recurso não for admitido desde logo, e não de urgência. Isso fica claro na seguinte passagem no acórdão: brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 88). Do estudo da história do direito processual brasileiro e de como a questão é tratada no direito comparado, pode-se afirmar, com segurança, que a urgência que justifica o manejo imediato de uma impugnação em face de questão incidente está fundamentalmente assentada na inutilidade do julgamento diferido se a impugnação for ofertada apenas conjuntamente ao recurso contra o mérito, ao final do processo.

É bem verdade que a tese fixada em sede de acórdão repetitivo é muito bem-vinda tanto para parte da doutrina como para os jurisdicionados. A título de exemplo, apesar do rol do art. 1.015 conter treze incisos, sendo o inciso XII vetado, além de ser possível o manejo de agravo em casos espalhados pelo código e pela legislação especial, o código não previa a possibilidade de interposição de agravo para os casos de indeferimento de provas, relativo aos negócios processuais e o próprio tema da competência. Hipóteses em que as preliminares de apelação seriam insubstituíveis.

A tese fixada pelo STJ sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, abre-se espaço para tantas outras discussões. Dentre elas, destaca-se duas. A primeira é

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.



a insegurança jurídica em estabelecer quais matérias são passíveis de serem consideradas de urgência para autorizar o manejo do agravo de instrumento de imediato. Em segundo lugar, o requisito da urgência a ser analisado pelo Tribunal, quando dá interposição do recurso, utilizando-se a tese da taxatividade mitigada, provoca o problema da discricionariedade.

Pois bem. Quando o legislador cria um procedimento, em outras palavras, estabelece-se as regras do jogo. Ele diz o que pode ser feito, como e quando devem ser praticados determinados atos. Com isso, o legislador preconiza a segurança jurídica, que se desdobra na estabilidade das relações jurídicas e na proteção à confiança legítima.

Segundo José Afonso da Silva:³⁰

[...] a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Pelo precedente fixado, todas as vezes em que a parte se deparar com uma decisão interlocutória, ela poderá interpor o referido recurso, ainda que não haja autorização pelo rol do art. 1.015 do CPC. Mas, ela o fará com o objetivo único de se assegurar e resguardar. Até porque ficará a cargo do relator analisar a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.³¹

Aqui entra a insegurança causada e a discricionariedade na admissão ou não do recurso. Até que o Tribunal local forme uma jurisprudência no sentido de quais matérias/decisões são passíveis de serem aplicadas a tese da taxatividade mitigada, muitos recursos ficarão ao exame da discricionariedade do relator.

Com isso, tem-se a celeuma criada. Entendendo o relator pela inadmissibilidade do recurso, a decisão atacada será objeto novamente de recurso (preliminar de apela-

³⁰ SILVA apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 20 mai. 2020.

³¹ Neste sentido: “há grande instabilidade e insegurança em relação ao cabimento do recurso de agravo, sendo que o principal risco é se reconhecer a preclusão da interlocutória caso o agravo de instrumento não seja interposto¹¹. Assim, na dúvida, para evitar riscos, diante de uma análise de que há alguma “urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”, melhor que o profissional interponha o agravo de instrumento. Infelizmente, é o que se tem hoje. ROQUE, Andre; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. *Agravo de instrumento no CPC/15: Instabilidade, insegurança e necessidade de alteração legislativa, pois estamos andando em círculos*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/307981/agravo-de-instrumento-no-cpc-15-instabilidade-inseguranca-e-necessidade-de-alteracao-legislativa-pois-estamos-andando-em-circulos>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ção ou contrarrazões de apelação – art. 1.009, §1º), pois, de acordo com o precedente, não terá havido a preclusão consumativa. Isso faz com que haja dois recursos para uma mesma decisão judicial, em flagrante exceção ao princípio da unicidade recursal.

E mais. Caso não se interponha o agravo de instrumento oportunamente e, em apelação ou contrarrazões, e o relator entenda que era caso de recurso imediato, aplicando-se o precedente, haveria, então a preclusão da decisão interlocutória não agravada? Veja, um sistema que foi concebido para fechar não fecha.

O que o legislador quis, com a promulgação de um novo Código, foi simplificar o procedimento, reduzindo a complexidade de subsistemas, como o recursal, com a finalidade de gerar um processo mais célere e menos complexo³². A título de exemplo, no procedimento comum, podem ser proferidas uma quantidade grande de decisões interlocutórias. Na vigência do CPC/73, todas poderiam ser objeto de agravo e, caso relator não entendesse pela urgência no julgamento do recurso, transformava o agravo de instrumento em retido, que seria julgado antes de eventual recurso de apelação.

No CPC/2015, o legislador quis evitar as diversas intercorrências que o recurso de agravo poderia causar, já que era um recurso que possibilitava imediato acesso ao Tribunal no CPC/73. Porém, mais uma vez, o recurso passa por uma modificação, agora jurisprudencial na sua sistemática, o que faz com que a doutrina, jurisprudência e legislação andem em círculos, com avanços e retrocessos no cabimento do recurso.³³

CONCLUSÃO

No presente trabalho verificou-se que o CPC/2015 estabeleceu dois regimes distintos de cabimento do recurso de agravo de instrumento. O primeiro regime se encontra no art. 1.015, parágrafo único do CPC em que dispõe que todas as decisões interlocutórias proferidas na liquidação de sentença, cumprimento de sentença, processo de execução, inventário e partilha podem ser agraváveis de imediato. Já o segundo regime estabelece que no processo de conhecimento, salvo inventário e partilha, são agraváveis as decisões interlocutórias previstas no art. 1.015 do CPC.

Com isso, o CPC/2015 trouxe um rol taxativo de hipóteses de cabimento de pronto do agravo de instrumento. Esse rol é taxativo, mas não é exaustivo. Embora haja

³² BRASIL, op. cit., nota 8.

³³ ROQUE; DELLORE; DUARTE, op. cit.



relação taxativa fixada por lei, o último inciso dispõe que cabe agravo em outras casos expressamente referidos em lei.

Parcela da doutrina concorda que o rol do artigo 1.015, não é um bom rol. Não completa, por exemplo, a previsão de cabimento de agravo de instrumento para a decisão interlocutória que determina a suspensão do processo, que indefere algum pedido de prova ou que versa sobre competência, matéria tão cara para o processo civil.

Tanto é assim que no ano de 2017, com pouco mais de um ano de vigência do código de processo civil, chegou ao STJ o Recurso Especial nº 1.679.909, debatendo a possibilidade de interpretação extensiva para abarcar as decisões que versem sobre competência.

Da leitura do anteprojeto do CPC/2015, observa-se a intenção legislativa de simplificar o processo, reduzindo a quantidade de incidente e de recursos, facilitando assim, a marcha processual, em atenção ao princípio da duração razoável do processo, positivado como norma fundamental do processo civil no art. 4º do CPC/15.

Ao estabelecer um procedimento em esfera recursal, a lei prevê a segurança de que para cada decisão há um recurso a ser manejado. O objetivo é estabelecer regras claras para evitar que se ande em círculos. Todas as vezes em que se abre espaço para interpretações extensivas ou mitigações, corre-se o risco de se entrar no campo da insegurança e discricionariedade. O STJ cumpriu seu papel de pacificador da jurisprudência, mas como rebote, abriu espaço para tantas outras discussões, como a questão da segurança jurídica e discricionariedade.

Apesar da deficiência do rol do artigo 1.015 e da necessidade de corrigi-lo, defende-se de que toda alteração, principalmente interpretativa deve vir por via legislativa, sob pena de esvaziar o rol do art. 1.015 e torna-lo letra morta. E o art. 22, I é claro ao dispor que compete a União legislar sobre normas de processo.

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>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 1.608*, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 23. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>

/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.679.909/RS*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701092223&dt_publicacao=01/02/2018. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.696.396/MT*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90979518&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.704.520/MT*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.753.123*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849095&num_registro=201801908669&data=20190815&formato=PDF. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.772.839/SP*. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821091&num_registro=201802652536&data=20190523&formato=PDF. Acesso em: 20 mai. 2020.

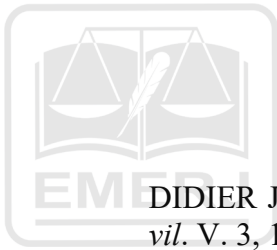
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.803.925/SP*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.803.925&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 1022*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1717213. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *MS n° 0020346-74.2017.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DA16601D4002F9EFE0E4330E53663E4 DC506435F3C16>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.



DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3, 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, V. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROQUE, Andre; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. *Agravo de instrumento no CPC/15: Instabilidade, insegurança e necessidade de alteração legislativa, pois estamos andando em círculos*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/307981/agravo-de-instrumento-no-cpc-15-instabilidade-inseguranca-e-necessidade-de-alteracao-legislativa-pois-estamos-andando-em-circulos>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 20 mai. 2020.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO DA PERSONALIDADE

Ana Teresinha Chaves Austregésilo de Athayde Leite

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – com a revolução tecnológica e com o crescente número de pessoas conectadas a todo o instante nas redes, torna-se cada vez mais difícil o esquecimento de um fato, tendo em vista que as notícias, de um modo geral, estão prontas para serem acessadas a qualquer momento por quem quer que seja. Sendo assim, lembrar, atualmente, é muito mais fácil do que esquecer. E é nesse cenário que surge o direito ao esquecimento. Entretanto, como qualquer direito, ele não é absoluto, pois, muitas vezes, a depender do caso concreto analisado, poderá entrar em choque com o direito a liberdade de informação. O ponto central desse trabalho é apresentar *leading cases*, em especial o da “Chacina da Candelária”, para evidenciar, justamente, esse conflito entre direitos que pode ocorrer, bem como demonstrar que o direito ao esquecimento pode ser classificado como um direito da personalidade e, por fim, abordar o Tema 786 que está em Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de comprovar a importância da presente discussão.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito ao Esquecimento. Liberdade de Informação. Direito da Personalidade. Intimidade. Identidade Pessoal. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. Direito ao Esquecimento como um Direito da Personalidade. 2. Choque entre Liberdade de Informação e Direito ao Esquecimento. 3. Aplicabilidade do Direito ao Esquecimento quando invocado pela Própria Vítima ou pelos Familiares (Repercussão Geral – Tema 786). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar de forma crítica, em especial sob a égide da revolução tecnológica, a forma com que o ser humano lida com suas memórias e, em especial, com o direito ao esquecimento. É notório que com o armazenamento de dados que computadores, celulares e demais aparatos eletrônicos propiciam, o esquecimento se torna cada vez mais distante, tendo em vista que, com auxílio dessas tecnologias, torna-se muito mais fácil lembrar do que esquecer.

É a partir desse contexto que o direito ao esquecimento entra em cena no âmbito do estudo jurídico e, em contrapartida a ele, surge o choque com a liberdade de informação que, da mesma forma, é direito importantíssimo estabelecido no ordenamento, não à toa é elencado na Constituição Federal como um direito fundamental. Eis então que se delinea o seguinte conflito: o que deverá prevalecer, o esquecimento a que o indivíduo faz jus ou a liberdade de informação?



Assim, o presente trabalho enfoca a temática do choque do direito ao esquecimento, isto é, do direito que as pessoas têm de não serem lembradas por fatos que não gostariam, com o direito a liberdade de informação, o que, na prática, caracteriza verdadeiro conflito a ser resolvido por meio da ponderação. Dessa maneira, um dos casos concretos trazidos para embasar a pesquisa é o Tema 786 que está sendo discutido no âmbito do Supremo Tribunal Federal como Repercussão Geral. Logo, é por meio desse embate do que deverá preponderar no caso concreto que a pesquisa será desenvolvida.

Importante destacar que além dessa questão norteadora, qual seja, o choque entre os direitos ao esquecimento e liberdade de informação, há outras que são, da mesma forma, essenciais para a construção da pesquisa: os parâmetros a serem auferidos para que seja feita essa ponderação e a importância do direito ao esquecimento como um direito da personalidade.

Nessa esteira, no primeiro capítulo pretende-se enquadrar o esquecimento como um direito da personalidade, portanto, ínsito à pessoa em todas as suas projeções e dotado de características peculiares a serem discutidos em momento oportuno.

O segundo capítulo abordará a colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, de forma que será explicado cada um desses direitos e o seu enquadramento e importância no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que seja estabelecido o porquê de eles entrarem, muitas vezes, em choque.

O último capítulo, por fim, desenvolverá o Tema 786 que está no Supremo Tribunal Federal como Repercussão Geral, qual seja, a aplicabilidade do direito ao esquecimento quando invocado pela própria vítima ou pelos familiares.

Inegável a constatação de que o direito ao esquecimento, de origens estrangeiras, é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, porém, mesmo sendo “novidade”, com relação aos procedimentos metodológicos, é necessária uma abordagem de pesquisa para lhe garantir sistematicidade e cientificidade, a fim de que o artigo a ser desenvolvido traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

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

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

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Ao longo do tempo, cada vez mais o ser humano foi desenvolvendo novas tecnologias, resultando em diversas transformações sociais e em uma constante evolução nas relações entre os indivíduos. O que é conhecido hoje como “mundo virtual” é, justamente, oriundo desse avanço que, sem sombra de dúvidas, facilitou a comunicação e, também, a memória. E é por meio dessa simplicidade que hoje as pessoas têm de se lembrar de fatos, muito por conta da chamada “revolução tecnológica”, que o direito ao esquecimento vem ganhando força.

Para perceber o direito ao esquecimento como um direito da personalidade é importante, antes de explicar o que são direitos da personalidade e, posteriormente, conceituar o direito ao esquecimento, traçar uma síntese histórica de seu surgimento. Será por meio de breve análise de casos restritos ao direito europeu (ou seja, limitados ao sistema jurídico romano-germânico), mais especificamente, relacionados à experiência Alemã e Suíça, que será desenvolvida a temática, a fim de que não restem dúvidas acerca da natureza jurídica do instituto.

Como o ordenamento pátrio segue a *civil law*, fundamental traçar esse rápido paralelo para entender a tutela do direito ao esquecimento no Brasil, suas implicações e seu enquadramento na seara jurídica brasileira. Neste primeiro capítulo, o objetivo não é discutir as teses que embasam a natureza jurídica do direito ao esquecimento (brevemente serão citadas teses do direito espanhol já que esta discussão estava lá em voga) mas, tão-somente, defendê-lo como um direito da personalidade, ínsito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

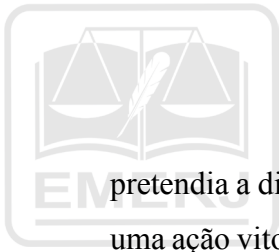
Apesar de a pesquisa ser limitada a *civil law*, válido destacar, apenas a título de curiosidade, que, em 1890, um artigo denominado de *Right to Privacy* foi publicado na *Harvard Law Review*, nos Estados Unidos, trazendo reflexões, no âmbito da *commom law*, a respeito da privacidade dos indivíduos frente à divulgação de informações pela mídia¹.

Historicamente, agora partindo do sistema romano-germânico, o direito ao esquecimento é cotejado por meio do estudo dos “casos Irniger e Lebach”, julgados mais ou menos na mesma época, respectivamente, na Suíça e na Alemanha².

Com relação ao “caso Irniger”, anos depois da execução de Paul Irniger, famoso criminoso suíço, foi levantada uma discussão de âmbito jornalístico, em 1980, já que se

¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do *Right of Privacy* nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, V. 3, p. 06, mar. 2015. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103>>. Acesso em: 01 out. 2019.

² CUEVA Ricardo Villas Bôas. Evolução do Direito ao Esquecimento no Judiciário. In: SCHREIBER Anderson et al. *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 91.



pretendia a divulgação de fatos sobre os delitos praticados por ele. Seu filho, entretanto, moveu uma ação vitoriosa alegando que a difusão dessas informações causaria danos à privacidade dos parentes.

O “caso Lebach”, por sua vez, possui semelhança com o anterior na medida em que, em mais uma oportunidade, a violação aos direitos da personalidade foi invocada. O caso é referente ao latrocínio de quatro soldados alemães, no ano de 1969. Às vésperas de ser solto, um dos apenados imputados na prática do referido crime soube que seria transmitido um documentário sobre o episódio e, portanto, teria a sua ressocialização dificultada. O Tribunal Constitucional Alemão, contrariamente às decisões de instâncias inferiores, proibiu a transmissão do documentário no caso de a pessoa do requerente ser, de alguma forma, mostrada ou mencionado o seu nome.

Feita essa breve análise histórica, fundamental agora a explicação do que são os direitos da personalidade para que se possa conceituar e enquadrar o direito ao esquecimento como tal.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

A partir do século XX, a necessidade de se tutelar os valores correlacionados à existência humana ganhou forte apreço e, por sua vez, a visão patrimonialista foi, cada vez mais, sendo deixada de lado. É óbvio que uma transformação dessa magnitude não é rápida, porém, foi a partir desse século, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que o homem em seu sentido *lato* passou a ser a principal fonte de proteção do ordenamento jurídico, não à toa, o princípio da dignidade da pessoa humana vem estampado logo no primeiro artigo da Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁴.

Resumidamente, os direitos da personalidade possuem como características principais a essencialidade, a pessoalidade, a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a impenhorabilidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade. Em relação ao efeito, são, em regra, *erga omnes* materializando-se, por sua vez, seu caráter absoluto.

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.



Entretanto, há situações em que eles não serão absolutos como é o caso, por exemplo, do direito ao esquecimento em choque com a liberdade de informação quando, no caso concreto, o direito fundamental for ponderado de modo a prevalecer face ao direito de ser esquecido, tido como um direito da personalidade (questão a ser analisada no próximo capítulo).

Como o direito ao esquecimento é um tema relativamente novo, há muitas discussões que giram a seu respeito e, uma delas, é acerca da sua natureza jurídica.

Já que as origens Alemã e Suíça foram utilizadas para iniciar a abordagem da pesquisa, importante mencionar que na Espanha discutiu-se qual a natureza jurídica do instituto após a entrada em vigor de uma nova lei de proteção de dados que vigoraria na União Europeia. Basicamente, foram três correntes que surgiram, quais sejam, (i) “o direito ao esquecimento fundamentado no tradicional direito à intimidade”, (ii) “o direito ao esquecimento como consequência necessária e indissociável do direito à proteção de dados pessoais” e (iii) “como expressão da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade”⁵.

No Brasil, o direito ao esquecimento deve ser enxergado à luz dos direitos à imagem, à honra, à intimidade, ao segredo, ao respeito e à higidez física. Assim, não restam dúvidas de que a sua natureza jurídica é de direito da personalidade se enquadrando em todas as suas características supracitadas.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento pode ser conceituado como o direito de não ser lembrado, isto é, o direito de ser esquecido, em especial com relação à acontecimentos negativos que repercutem apenas na esfera íntima do indivíduo. A ideia central, portanto, é impedir a divulgação desregrada de informações de uma pessoa, coadunando-se à ideia de proteção máxima de sua dignidade em todas as suas concepções. O enquadramento do direito ao esquecimento como um direito da personalidade, portanto, dá-se na via da dimensão moral de tutela.

O Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil⁶ estabelece que os direitos da personalidade regulados no Código Civil formam um rol não exaustivo. Nessa esteira pode-se concluir que existem direitos da personalidade positivados e outros que não encontram previsão

⁵ FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da. A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol. *Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Pensar, V. 23, n.1 p. 01-07, mar. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>>. Acesso em: 01 out. 2019.

⁶ BRASIL. *Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. “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). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”. Acesso em: 04 out. 2019.



legal tal qual o direito ao esquecimento. Entretanto, cabe mencionar que o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil⁷ tratou de regular a matéria.

Cada vez mais o direito ao esquecimento vem sendo utilizado e, para tanto, um importante exemplo de aceitação do instituto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é o famoso caso da “Chacina da Candelária” que diz respeito à proteção da privacidade de um dos acusados, posteriormente absolvido, em ter seu nome atrelado ao evento anos depois (REsp nº 1.334.097/RJ).

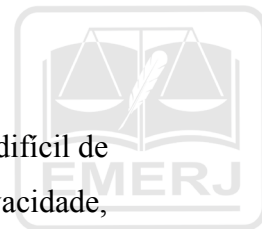
Ademais, a prova maior de que a temática da pesquisa é atual e de fundamental relevo dentro do estudo do direito é ela estar sob Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal – Tema 786. O Recurso Extraordinário 1010606 trata de uma controvérsia que envolve princípios fundamentais elencados na Constituição Federal brasileira, quais sejam, o direito de ser esquecido com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), inviolabilidade da honra e direito à privacidade (art. 5º, X, da CF) *versus* a liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação (arts. 5º, XIV e 220, da CF).

Portanto, o esquecimento, apesar de não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, porém reconhecido como um direito que deve ser respeitado, é enquadrado, como um direito da personalidade conforme já demonstrado e objeto multidisciplinar de estudo, pois, há, pelo menos, três disciplinas que têm interesse em seu conhecimento, quais sejam, Constitucional, Civil e Penal, o que demonstra a pertinência de tal discussão apresentada e, a seguir, desenvolvida em maior profundidade.

2. CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

É fato que o confronto entre os direitos a liberdade de informação e ao esquecimento não ocorre somente no Brasil, pois, como se verá mais adiante, são duas garantias contrapostas (informar x esquecer), não à toa, no primeiro capítulo, foi feito um brevíssimo resumo do surgimento do direito ao esquecimento no estrangeiro, a fim de que se pudesse obter uma contextualização histórica e, posteriormente, pudesse ser situado o seu aparecimento no ordenamento jurídico brasileiro como um direito da personalidade (este sim, foco da presente pesquisa).

⁷ BRASIL. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Acesso em: 04 out. 2019.



Importante notar que, apesar de serem muito atrelados e, conseqüentemente, difícil de visualizar a diferença, o direito ao esquecimento se difere, em termos, do direito à privacidade, tendo em vista que este se refere ao direito que todo ser humano tem de não sofrer interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência e de não ter atacadas a sua honra e a sua reputação⁸, ao passo que aquele envolve o direito que um indivíduo tem de não ser lembrado por algum fato público e notório, normalmente um crime cometido no passado, já após o cumprimento da pena, a fim de que sua vida volte a ter um curso “normal”.

Apenas para sintetizar a essencialidade que os direitos a privacidade e ao esquecimento têm na modernidade, principalmente, após a revolução tecnológica, Bauman⁹, dá uma importante lição acerca da temática quando diz que:

Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira.

Justamente nesse contexto de hiperinformação em contraste ao esquecimento e a conseqüente retirada de conteúdo divulgado pelas mídias (ou a não permissão de documentar, filmar ou propagar novamente o conteúdo alvo de polêmica), seja ele um crime ou não - mas como dito acima, normalmente o é - é que emerge o choque entre ambos os direitos, quais sejam, o de informar e o de esquecer, pois da mesma forma que alguém tem o direito de não ser lembrado por um determinado fato que não gostaria, a informação é um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, nos arts. art. 5º, XIV e 220.

Portanto, é nesse panorama que será enfrentada a problemática constante neste capítulo, qual seja, no caso concreto, o que deverá prevalecer: a liberdade de informação ou o direito ao esquecimento?

É claro que para essa pergunta não há uma resposta fechada, pois, a solução de qual direito deverá preponderar dependerá do caso concreto a ser analisado, ou seja, a depender da situação concreta poderá predominar tanto um quanto outro direito.

⁸ ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente%20=ATC%20&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.



O caso a ser examinado como parâmetro de estudo neste capítulo é o da “Chacina da Candelária”. É óbvio que, pelo fato de o tema da pesquisa ser relacionado ao direito ao esquecimento como um direito da personalidade, nesse *leading case*, já se pode adiantar que a solução dada pela jurisprudência resultou na preponderância do direito ao esquecimento em vez da liberdade de informação. No entanto, não é a solução que mais interessa, mas sim os argumentos elencados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.334.097/RJ¹⁰ que embasaram a decisão.

Para melhor compreensão, segue a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

Antes de, propriamente, adentrar nas considerações acerca da jurisprudência supracitada, importante trazer à baila os ensinamentos de Alexy¹¹, sobretudo a questão relacionada à ponderação.

De acordo com ele:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (...). No caso do conflito de regras, a ênfase é na exclusão mútua que duas

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, Número 203 jul./set. 2014, p. 2-4. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

regras contraditórias produzem uma na outra; em caso de conflito, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias (especialidade, temporalidade, entre outros). Ao final, caso o conflito não seja apenas aparente, e as regras sejam efetivamente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes sobre a situação. A colisão de princípios, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da lei de colisão, na qual se determina que princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato.

Assim, por meio do princípio de maior relevância é que irá se extrair uma operação lógico-hermenêutica da regra que vai decidir a situação concreta.

Feitas essas constatações, finalmente, será examinado o caso referente à “Chacina da Candelária” sob a ótica do conflito entre os direitos à liberdade de informação e ao esquecimento com as devidas ponderações.

A “Chacina da Candelária” foi um triste episódio que marcou a morte a tiros de jovens moradores de rua que dormiam em frente à Igreja da Candelária, no Centro do Rio de Janeiro, no ano de 1993. Anos após o crime, um dos acusados, posteriormente absolvido, invocou a proteção a sua privacidade e o direito de ser esquecido, a fim de que não tivesse o seu nome e nem a sua imagem atrelados ao evento criminoso em um documentário exibido em rede nacional.

A questão discutida pelo homem que não queria ter a sua identidade revelada – posteriormente inocentado - diz respeito ao fato de que a notícia trazida pelo documentário, treze anos após o crime, seria totalmente fora de hora e de propósito. Assim, o evento reprisado, reabriria feridas no autor que já estavam cicatrizadas e, além disso, reascenderia a desconfiança da sociedade em relação ao seu caráter.

É certo que nenhum direito é absoluto, sendo assim, apesar de a Constituição Cidadã defender a liberdade de informação como um direito fundamental há balizas que a regulam. É explícita, por exemplo, a barreira à liberdade de informação quando a Carta aduz a proteção da inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Assim, parece que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de fortíssima relevância, há, de regra, uma inclinação constitucional para soluções que resguardam a pessoa humana.

Ademais, outros principais argumentos trazidos pelo julgado para dar preponderância ao direito ao esquecimento do autor em detrimento a liberdade de informação foi que se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da FAC (folha de antecedentes criminais) - art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais – e a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por



que aqueles que foram absolvidos deveriam permanecer com esse estigma? Assim, por uma questão de equidade, a lei deverá conceder a eles o mesmo direito de serem esquecidos.

Nessa esteira, o citado REsp¹² ainda mencionou que:

O reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

A conclusão a que o julgado chegou foi que não seria necessário expor a identidade do autor, pois a liberdade de informação estaria sendo utilizada de forma abusiva nesse caso, de acordo com os critérios de ponderação ensinados por Alexy demonstrados ao longo do capítulo. O documentário poderia sim ser exibido, porém sem a apresentação do nome e imagem daquele que fora inocentado, já que não teria necessidade de fazer com que ele vivesse novamente as mazelas trazidas pela chacina e trazer a sua vida a desconfiança de todos aqueles que assistissem ao documentário.

Mais uma vez, é importante frisar que não é sempre que o direito ao esquecimento vai prevalecer em relação ao direito a liberdade de expressão. No *leading case* “Chacina da Candelária” acabou por predominar o direito do autor de ser esquecido, ou seja, de não ter a sua identidade revelada, pois, além de o evento já ter ocorrido há anos, quando da decisão de passar o documentário em rede nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana ensina que todo mundo tem o direito ao respeito de sua honra e o reconhecimento de sua dignidade.

3. APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS FAMILIARES (REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 786)

O tema tratado nesta pesquisa, conforme abordado ao longo dos capítulos, é de suma relevância e importância para o âmbito do direito, especialmente no estudo dos direitos civil-constitucional e penal, não à toa, está em discussão no Supremo Tribunal Federal, sob repercussão geral – tema 786, o direito ao esquecimento quando invocado pela vítima ou pelos familiares.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.



uniformizar a interpretação constitucional. Vale destacar que é exigida a demonstração de repercussão geral, sob pena de inadmissibilidade do recurso extraordinário.

Seus principais fundamentos são os arts. 102, § 3º, da CF, 1.035 e 1.036, do CPC e o Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal, mais especificamente os arts. 13, 21, 340, 341, 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A e 325-A, 322-A e 328, 324 e 328-A.

Dessa forma, se reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário, o relator determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes no território nacional.

Nessa esteira, para que se possa raciocinar acerca da repercussão geral que está em análise no STF, essencial partir do início, qual seja, o ajuizamento do processo principal, portanto, originário.

Na petição inicial do Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001 foi narrado pelos autores/familiares da vítima os fatos que ensejaram a propositura da ação. Alegam que a maneira com que a imprensa estava fazendo a família reviver o homicídio e tentativa de estupro de Aida Curi por meio de documentário exibido em programa televisivo, configuraria um verdadeiro sensacionalismo e crueldade por parte da mídia. Em suma, a família pediu em nome próprio, compensação pelos danos trazidos com a exibição do documentário, bem como o reconhecimento da legitimidade dos autores para pleitear o ressarcimento pela utilização da imagem da vítima.

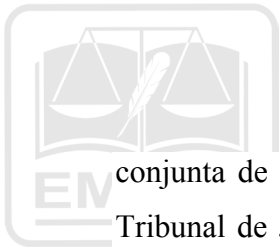
A sentença não foi favorável aos autores que, por sua vez, apelaram. Na apelação, da mesma forma que a sentença, os desembargadores entenderam pela prevalência da liberdade de informação em detrimento do direito ao esquecimento por parte dos familiares.

Segue trecho da ementa do julgado¹⁵:

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Posteriormente, foram interpostos de modo conjunto recursos especial e extraordinário - alegando a violação a dispositivos legais e constitucionais - a serem remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, pois consoante art. 1.031, *caput*, do CPC, “na hipótese de interposição

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardoso. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.



conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça¹⁶”. Após, os Autos do recurso extraordinário deveriam ser remetidos ao Supremo.

Como o propósito desta parte da pesquisa é a atenção ao Tema 786, a partir desse momento, serão discutidas possíveis teses jurídicas que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar no caso concreto. Possíveis porque, como dito, até então, não teve solução proferida.

A primeira conclusão possível que o STF poderá dar ao caso é a manutenção dos argumentos trazidos tanto na sentença quanto na apelação e, portanto, a subsistência da decisão do magistrado e dos desembargadores, tendo em vista não ter sido violado nenhum dispositivo constitucional alegado pelos autores, quais sejam, 1º, II, 5º, caput e incisos III, IV, V, X, XIII e XIV e 220, § 1º, da CF – vale mencionar que o recurso extraordinário não pode ser interposto para simples reexame de provas (Súmula 279, do STF).

Significa então dizer que os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem entender que a família não teria direito de pleitear em nome próprio o ressarcimento com a exibição do documentário e nem ter direito ao esquecimento nesse caso, pois a liberdade de informação deveria prevalecer, já que o crime de tentativa de estupro e homicídio de Aida Curi foi amplamente divulgado, logo, o documentário estaria apenas retratando um fato notório de conhecimento do grande público.

O segundo resultado possível é o Supremo entender que houve violação a dispositivo constitucional alegado e, dessa feita, compreender que além de o caso concreto estar relacionado a direitos fundamentais de inegável interesse jurídico, o direito ao esquecimento como um direito da personalidade é o que deveria ter prevalência no *leading case*, assim, a família faria jus aos pedidos pleiteados na inicial.

Como foi mencionado, não há uma resposta fechada sobre qual solução será adotada pelo Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque é um pouco difícil de prever, tendo em vista ser o direito ao esquecimento um assunto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, pode ser adiantado, que a jurisprudência caminha, cada vez mais, no sentido da proteção a dignidade da pessoa humana, bem como na ideia de que nenhum direito é absoluto. Dessa forma, mesmo que o magistrado e os desembargadores tenham entendido que no caso da

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

Aida Curi a liberdade de informação deveria prevalecer e a família não teria direito ao ressarcimento e nem a proibição de vincular a imagem da vítima ao documentário, nada impede que seja reconhecida a violação a algum dispositivo constitucional e a solução dada possa guardar uma grande surpresa.

E mesmo que tenha uma reviravolta no deslinde dado ao caso concreto, não seria a primeira vez que o direito ao esquecimento é reconhecido no direito brasileiro, vide o episódio relatado na “Chacina da Candelária”. A novidade maior é que, nesse caso, o direito ao esquecimento seria reconhecido às vítimas indiretas.

CONCLUSÃO

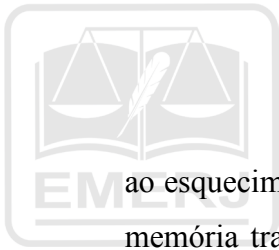
Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a possível existência, a depender do caso concreto analisado, de choque entre os direitos ao esquecimento e a liberdade de informação. O embate materializa-se pelo confronto entre o direito que o sujeito tem de ser esquecido, comumente, em relação a algum fato passado ligado a seara criminal (após o cumprimento de sua pena) e o direito de informação a que as pessoas, em geral, fazem jus.

Conforme visto ao longo do estudo, não há uma resposta fechada sobre qual deles deverá prevalecer, se o esquecimento ou se a informação, porém, para tentar tornar a discussão mais palpável aos olhos do leitor, foram trazidos casos concretos, em especial, o da “Chacina da Candelária”, o qual foi pormenorizado, a fim de exemplificar o embate existente entre ambos os direitos e qual a solução adequada para se chegar a uma resposta efetiva de qual deles, nesse caso, deveria preponderar.

Digo nesse caso, pois, em outro, por mais parecido que possa ser, a solução poderá se dar de modo diferente, já que, conforme supracitado, não há uma resposta padrão para se solucionar esse tipo de situação, tendo em vista que, a depender dos fatos, o resultado do processo poderá ser completamente diferente.

O direito ao esquecimento, por sua vez, deverá ser entendido como um direito da personalidade, tendo em vista que estes são direitos essenciais à existência e ao desenvolvimento da pessoa humana, sendo que a necessidade de se tutelar os valores correlacionados ao ser humano, a partir do século XX, ganhou forte apreço.

Por fim, valioso destacar que a temática desse estudo é extremamente importante e atual, não à toa, está em Repercussão Geral, Tema 786, no Supremo Tribunal Federal. A discussão que lá se encontra é com relação ao direito ao esquecimento quando invocado pela própria vítima ou pelos familiares. No processo originário, foi tido o embate entre os direitos



ao esquecimento e a liberdade de informação, pois a parte autora argumentou na inicial que a memória trazida pela exibição de um documentário em rede televisiva violava no âmbito a família da vítima de um crime bárbaro, na medida em que traria novamente a recordação terrivelmente negativa da morte do ente querido.

Sendo assim, não resta dúvida de que as considerações elencadas ao longo deste artigo são pertinentes e bastante hodiernas, mas que, conforme já explicado, não trazem e nem poderiam trazer uma resposta única para a solução de conflitos que envolvam o choque entre os direitos ao esquecimento e à liberdade de informação.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, Número 203 jul./set. 2014. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente%20=ATC%20&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. *Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardoso. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 47ª Vara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2004.001.1251665&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

CUEVA Ricardo Villas Bôas. Evolução do Direito ao Esquecimento no Judiciário. In: SCHREIBER Anderson et al. *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da. A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol. *Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Pensar, V. 23, n.1 p. 01-07, mar. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>>. Acesso em: 01 out. 2019.

ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do *Right of Privacy* nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, V. 3, p. 06, mar. 2015. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103>>. Acesso em: 01 out. 2019.



CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO NA ÁREA DE PLANEJAMENTO 5 DO RIO DE JANEIRO E SEUS REFLEXO NO MEIO AMBIENTE

Ane Faleiro Gonçalves
Graduada em Direito pelo Universidade Estácio de
Sá (UNESA). Pós-graduanda em Direito Público e
Privado pela Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro - EMERJ. Advogada.

Resumo - a Constituição Federal estabelece o direito ao meio ambiente equilibrado e as decisões vinculantes. Entretanto, a criação da força dos precedentes no Brasil não deve abandonar causas maiores que o engessamento sob desculpa de segurança jurídica, tal como poluição de recursos hídricos por derramamento inadequado de esgoto em rios, lagoas e mares. O presente trabalho busca minudenciar os reflexos do recurso paradigma julgado pelo sistema de julgamentos repetitivos no meio ambiente, quando declarou como legal a cobrança da tarifa de esgoto sem que seja efetivamente tratado antes de retornar ao meio ambiente

Palavras Chave: Direito Ambiental e Processual Civil. Esgotamento sanitário, recursos repetitivos, meio ambiente.

Sumário: Introdução. 1. Legislação sobre saneamento e interpretação em prol da sociedade. 2. Cobrança pelo esgotamento sanitário na área de planejamento 5 de ilegal a legal. 3. Consequencialismo decisório sobre a cobrança da tarifa de esgoto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a problemática do esgotamento sanitário na denominada área de planejamento 5 do Município do Rio de Janeiro. Essa situação influencia no meio ambiente diretamente, pois há o desague de esgoto *in natura* em rios próximos a citada área, os quais desaguam nas bacias de Sepetiba e da Guanabara.

Para tanto, abordam-se normas que regulam o tema, posições doutrinárias e jurisprudenciais de modo a discutir as consequências de se declarar legal a cobrança de tarifa de esgoto, ainda que a coleta seja feita por galeria de águas pluviais, sem o devido tratamento.

A Constituição Federal traz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Muitas concessionárias despejam o esgoto diretamente em rios sem tratamento. Essa situação, no entanto, é vedada por várias normas vigentes fazendo com que surja uma reflexão: o STJ analisou as consequências de sua decisão e sede de recursos repetitivos sobre o tema?



O tema é controvertido, como muitas decisões conflitantes, o que merece atenção dada a dimensão global do direito ao meio ambiente.

Para melhor compreensão do tema, busca-se interligar saneamento básico e saúde e compreender que sem o tratamento adequado de esgoto gasta-se mais com saúde e acaba por trazer escassez a recursos hídricos. Pretende-se, ainda, despertar atenção para possibilidade de revisitação ao precedente do STJ para que sofra modificação conforme as consequências que dele advém.

Inicia-se no primeiro capítulo apresentando a legislação e a interpretação das normas que tratam de direito ambiental. Nesse contexto traz-se o conceito de meio ambiente e direito ambiental.

Segue-se, no segundo capítulo, contextualizando a judicialização do problema de se cobrar tarifa de esgoto sem, contudo, haver tratamento adequado, o que num primeiro momento foi declarado ilegal passou a ser legal.

A jurisprudência foi estudada desde o primeiro caso levado ao Judiciário, no qual discutia-se a legalidade da cobrança. Ressalta-se que a jurisprudência mudou por diversas vezes, analisou legalidade, prazo para repetição de indébito, se seria devolvido na forma simples ou em dobro.

O terceiro capítulo pondera a possibilidade de refinamento do precedente julgado pelo sistema de recursos repetitivos dada a relevância da poluição desenfreada de rios, bacias e mares. Para tanto, foi necessário refletir sobre a interpretação das normas e as consequências das decisões judiciais.

Neste trabalho buscou-se trazer fundamentos para superação deste precedente, posta a ineficiência da prestação do serviço e o ativismo judicial como meio eficaz para proteção de um bem maior, o meio ambiente.

Por certo, esta pesquisa pretende apresentar e propor a relação direta e evidente entre a (i)legalidade da cobrança da tarifa de esgoto e seu devido tratamento para atender ao direito ao meio ambiente equilibrado tal qual como previsto na Constituição Federal.

A abordagem desta pesquisa será com qualitativa/parcialmente exploratória com fundamento na bibliografia, jurisprudência e legislação, de modo que corrobore com a tese de erro no julgamento apartado da realidade social envolvida ante ausência de tratamento de esgoto e o prejuízo ao meio ambiente.



1. LEGISLAÇÃO SOBRE SANEAMENTO E A INTERPRETAÇÃO EM PROL DA SOCIEDADE

A palavra saneamento vem do verbo sanear, o qual significa tornar são, habitável, respirável, agradável¹. Não é demais lembrar que as diretrizes de saneamento básico vêm da concepção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e de terceira dimensão de direitos fundamentais.

No Brasil, a preocupação com esgoto surgiu com D. Pedro II. Todavia, a primeira vez que a matéria foi tratada por lei foi em 1978, com a Lei nº 6.528².

Após esta Lei veio a Constituição Federal, após 1988 veio a Lei nº 11.445/2007³ e seu regulamento em 2010, Decreto nº 7.217/2010⁴

Ao tratar de legislação ambiental, a interpretação deve ser pautada não apenas em instrumento jurídicos, porque outras ciências auxiliarão o jurista para que haja compreensão do que vem a ser lesivo ao meio ambiente⁵.

Em Direito Ambiental vale a máxima do *pro ambiente*⁶, o intérprete deve privilegiar o significado da norma que seja mais favorável ao meio ambiente e “as normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*”⁷.

Em 1954, com a Lei nº 2.312⁸, em seu art. 11, houve a previsão de que toda e qualquer construção habitável deve estar interligada à rede de canalização de esgoto, cujo efluente terá destino determinado pela autoridade competente.

¹ BRASIL. *Dicionário on line de português*. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/sanear/>>. Acesso em: 7 mai. 2019.

² BRASIL. *Lei nº 6.528/1078*, de 11 de maio de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6528.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³ BRASIL. *Lei nº 11.445*, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

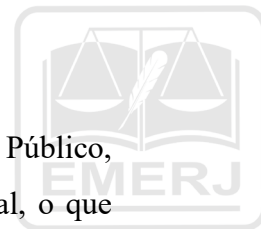
⁴ BRASIL. *Decreto nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl nº REsp 1.094.873/SP*. Rel Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5511611&num_registro=200802154943&data=20090817&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁶ AMADO. Frederico. *Direito ambiental*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018, p 55.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.367.923/RJ*. Rel. Ministro Humberto Martins. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30378345&num_registro=201100864536&data=20130906&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁸ BRASIL. *Lei nº 2.312*, de 3 de setembro de 1954. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2312.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.



No art. 225⁹ da Constituição Federal foram enumerados deveres ao Poder Público, dentre eles estão a controlar a poluição e exigir estudo prévio de impacto ambiental, o que fomenta as críticas à decisão do STJ.

Com a Lei nº 11.445/2007¹⁰ foram estabelecidas diretrizes para saneamento básico no Brasil, ela foi regulamentada por medida provisória e um Decreto. A Lei nº 11.445/2007¹¹ apresentou o que seria considerado como saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Todavia, não evidenciou a quem caberia a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

No período compreendido entre 2007 e 2010 não havia previsão do que seria considerado serviço de esgotamento sanitário apto a ensejar a cobrança da tarifa.

Importante salientar que a regulamentação por decreto vem atender a demanda judicial envolvendo a cobrança da tarifa de esgoto, sobretudo no Município do Rio de Janeiro. O Poder Executivo, então, para que a Lei nº 11.445/2007¹² fosse executada fielmente editou Decreto nº 7.217/2010¹³ para explicar como seria a cobrança da tarifa de esgoto.

A justificativa para tal impasse era a redação do art.3º da Lei nº 11.445/2007¹⁴, antes de ser regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010¹⁵, a partir dele passou-se a discutir se bastaria uma, ou seriam necessárias todas as etapas para a cobrança da tarifa. Na jurisprudência, havia a interpretação literal e também a interpretação sistêmica.

Não se pode esquecer da Lei nº 13.655/2018¹⁶, a qual tem grande relevância para que a decisão do STJ, no REsp nº 1.339.313/RJ¹⁷ seja refinada, dada a necessidade de se analisar as consequências das decisões judiciais. Isto pois, a referida lei alterou a Lei de Introdução as

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

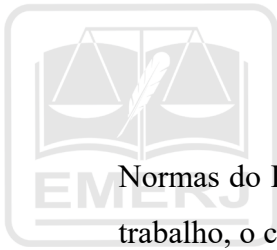
¹³ BRASIL, op. cit. nota 5.

¹⁴ BRASIL, op. cit. nota 4.

¹⁵ BRASIL, op. cit. nota 5.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.655*, de de abril de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 9 abr. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.339.313/RJ*. Rel. Ministro. Benedito Gonçalves Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200593117&dt_publicacao=21/10/2013. Acesso em: 9 abr. 2018.



Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/1942¹⁸, exata questão que se discute neste trabalho, o consequentialismo.

Ciente de que a definição e meio ambiente apresentada pelo CONAMA¹⁹ no anexo I, inciso XII da Resolução nº 306/2002²⁰ “conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

No que tange ao direito ambiental traz-se à baila a definição de Frederico Amado²¹ “ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer o natural, o cultural ou artificial”.

Sobre meio ambiente, o STJ afirmou que a norma protetiva deve ser interpretada de forma ampliada e estrita, mas jamais restritiva. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, pois sem ele haverá prejudicialidade ao direito à vida.

Segundo Frederico Amado²² em se tratando de norma ambiental a hermenêutica jurídica é específica, pois há uma peculiaridade na interpretação dos princípios e regras, valendo como máxima *in dubio pro ambiente* ou *in dubio pro natura*, sempre que possível deve haver privilégio a norma que seja mais favoreça ao meio ambiente.

O Instituto Trata Brasil desenvolveu estudo que mostrou qual impacto pela falta de saneamento básico e casos de internações nas cem maiores cidades do Brasil²³.

Outro ponto relevante é que a falta de saneamento básico gera a escassez hídrica, pois há falta de investimento para coleta e tratamento de esgotos e fazendo dos rios meros diluidores de esgotos, por conta da chamada urbanização desenfreada, a qual acarretou desvio de cursos de rios, ocupação de suas margens, cobertura de suas águas com objetivo de mobilidade e moradia.

Dito de outra forma, por ser direito fundamental não pode haver retrocesso ecológico. Logo, a legislação ambiental deve ser cada vez mais protetiva aos ecossistemas naturais.

¹⁸ BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 3 jun. 2019.

¹⁹ CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente.

²⁰ CONAMA. *Resolução nº 306*, de 5 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

²¹ AMADO, op.cit. nota 7, p.38-39.

²² Ibidem, p.55.

²³ TRATA BRASIL. *Análise dos impactos na saúde e no sistema único de saúde decorrentes de agravos relacionados a um esgotamento sanitário inadequado dos 100 maiores municípios brasileiros no período 2008-2011*. Disponível em:<<http://tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/drsai/Relatorio-Final-Trata-Brasil-Denise-Versao-FINAL.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Ao mesmo tempo em que deve haver a vedação ao retrocesso ecológico, deve haver respeito ao direito a um mínimo existencial ecológico, porque sem água limpa, sem ar puro e sem alimento outros direitos fundamentais estarão prejudicados²⁴.

Além da aplicabilidade direta e eficácia imediata, o meio ambiente ecologicamente equilibrado tem eficácia vinculante aos três Poderes da República.

Se o meio ambiente e saúde estão diretamente ligados não pode uma norma ser interpretada contrariando direito fundamental. Se por um lado há o chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de outro está a vida saudável.

Considerar o meio ambiente como essencial a vida com qualidade é compreender o caráter transindividual, internacional e intertemporal dele, porque não se limita a um ser humano, nem ao território nacional e nem a uma época.

2. O CONTEXTO DA PROBLEMÁTICA COBRANÇA PELO ESGOTAMENTO SANITÁRIO NA ÁREA DE PLANEJAMENTO 5 DE ILEGAL A LEGAL

No começo o sistema adotado era o misto: galeria águas pluviais e outros esgotos sanitários e águas das chuvas dos pátios internos e telhados dos prédios. Entretanto, em 1899, deixou de ser adotado o sistema misto quando foi adotado o sistema separador absoluto no Leme, Copacabana, Ipanema, Ilha de Paquetá, Cais do Porto e áreas encravadas.

Com a criação da CEDAE, em 1975, foram reunidos os setores de água e esgoto com vistas a facilitação do Plano Nacional de Saneamento – Planasa – no qual os entes reuniriam recursos financeiros para resolver problemas de saneamento básico. Conforme histórico de tratamento de esgoto no *site* da Cedae²⁵.

Por força do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, de 1992, foi criada a Rio-Águas para gerenciar as galerias de águas pluviais e esgoto. Entretanto, pela ocupação desorganizada do solo urbano, problemas como enchentes são constantes, porque o sistema de colheita das águas pluviais é muito velho uma, vez que não foi construído para suportar a quantidade de água e lixo arrastados.

Em 2011 foi assinado convenio entre Estado, Município, CEDAE e Fundação Rio-Águas. Nele foi ratificado que os serviços de esgotamento sanitário na AP5 ficariam sob gestão

²⁴ AMADO, op. cit., p.48.

²⁵ CEDAE. *História do tratamento de esgoto*. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/Portals/0/historia_tratamento_esgoto_1.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.



e execução do Município do Rio de Janeiro. Ao passo que os serviços de abastecimento de água permaneceriam sob gestão do Estado, por meio da CEDAE.

No Termo de Reconhecimento Recíproco de Direito e Obrigações, em especial na área de planejamento 5, ficou estabelecido que as partes substituiriam a utilização das galerias de águas pluviais pelo sistema de separadores absolutos na AP5. Também explicou o que se considera tratamento adequado e estação de tratamento de esgotos sanitários²⁶:

No convênio assinado entre Estado, Município, CEDAE e Fundação Rio-Águas entende-se como serviço público de esgotamento sanitário como “coletar os esgotos sanitários com origem doméstica, comercial, pública ou industrial e tratá-los adequadamente antes de lançá-los nos corpos hídricos”.²⁷

A AP5 compreende território que ocupa mais da metade do Município do Rio de Janeiro. No que tange a hidrografia da AP5, cabe ressaltar que há divisão que contribuem para duas bacias da “Região Metropolitana do Rio de Janeiro: bacia da Baía de Guanabara pelos rios Iguaçu e Sarapuí e a bacia da Baía de Sepetiba, representada pelo Rio Guandu”.²⁸

A judicialização da cobrança da tarifa de esgoto na AP5 ocorreu porque muitos consumidores com imóveis situados nela, começaram a questionar a prestação de serviços de esgotamento sanitário. Assim, ações foram ajuizadas para discutir a cobrança a este título.

A cobrança é feita, mas não observa o Decreto nº 22.872/1996²⁹, porque utiliza do sistema das galerias de águas pluviais como meio para captação de esgoto. Como forma de burlar esta previsão do Decreto, no convênio assinado foi estabelecido o uso do sistema existente de águas pluviais de forma temporária até que o sistema de separação absoluta seja construído.

O valor cobrado a título de esgoto pela CEDAE e hoje pela Zona Oeste Mais tem natureza de tarifa, preço público que tem necessária contraprestação. Assim, é o entender da

²⁶ BRASIL. Prefeitura do Rio de Janeiro. *Termos de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações que entre si celebram o Estado do Rio de Janeiro, A Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e o Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/documents/4282910/4517645/Termo+de+Reconhecimento+Reciproco+de+Direitos+e+Obrigacoes+entre+Estado+e+Municipio.pdf?version=1.0>>. Acesso em: 7 set. 2018.

²⁷ BRASIL. Prefeitura do Rio de Janeiro. *Convênio de Cooperação ERJ/MRJ nº01/2011*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4287586/4106112/ConveniodeCooperacaoERJ_MRJn01_2011.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

²⁸ BRASIL. Prefeitura do Rio de Janeiro. *Anexo VI Descrição do Mapa da Área de Planejamento 5*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105682/06.AnexoVIDescricaoMapadaAreadePlanejamento5.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

²⁹ *Ibidem*.

jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação nº 0028337-26.2001.8.19.0001³⁰.

Para a prestação do serviço de esgotamento sanitário deverá haver licenciamento prévio para que os efluentes sejam lançados nos corpos hídricos. Também se trata de serviço *uti singuli*, pois cada usuário paga proporcionalmente a seu uso.

Os esgotos, de modo diverso das águas de chuvas, devem ser transportados por condutores que garantam a estanqueidade necessária. Enquanto as águas pluviais podem ser lançadas diretamente em corpos hídricos sem tratamento por meio das GAPs, o esgoto não pode sob pena de mácula ao meio ambiente.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro³¹, em seu art. 261, §1º, VII, “f” ao tratar do tema meio ambiente, dispõe que é vedado o despejo nas águas de qualquer conteúdo, mesmo que de forma temporária.

Outrossim, a Lei Orgânica do Rio de Janeiro³², em seu art. 487 de igual forma veda a implantação de sistema denominado unitário, ou seja, coleta conjunta de águas pluviais e esgotos domésticos.

É notório que se deixou de observar o direito fundamental ao meio ambiente, bem como normas estaduais e municipais quando o STJ declarou que pode haver cobrança da tarifa de esgoto, ainda que o serviço seja prestado pelo uso das GAPs³³, sob a afirmação de que a ausência de cobrança feriria o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

As consequências nefastas que decorrem do desague de esgoto *in natura* podem ser observadas como poluição das Baías de Guanabara e Sepetiba – pontos mais poluídos com maior concentração de coliformes fecais por metro cúbico de água – e recentes alagamentos quando das chuvas de 6 de fevereiro e 8 de abril de 2019. Isto, porque o sistema de escoamento de águas de chuvas está obstruído pelo seu uso para captação de esgoto, sem o devido tratamento.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça Rio de Janeiro. *Apelação nº 0028337-26.2001.8.19.0001*. Relator Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000340F25681B3CD0B4F96226F574CC9F28E30A0C3265C45&USER=>>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

³¹ BRASIL. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

³² BRASIL. *Lei Orgânica do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/controlatividade_parlamentar.php?m1=legislacao&m2=lei_organica&url=http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/organica.nsf/leiorg?OpenForm&Start=1&Count=30&Collapse=1>. Acesso em :9 abr. 2019.

³³ Galeria de águas pluviais



O esgoto líquido, de igual forma, após passar pelas fossas sépticas e caixas de gordura, é direcionado para a GAP, que o transporta até o corpo hídrico mais próximo, não havendo participação da CEDAE.

Sendo assim, há o que se denomina estado de coisa inconstitucional por ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes que representam uma falha na estrutura, que gera ofensa reiterada a direitos, como perpetua e agrava a situação³⁴.

3. CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO SOBRE A COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO

O Superior Tribunal de Justiça ao analisar uma ação declaratória cumulada com repetição de indébito no REsp nº 1.339.313/RJ³⁵, em que se discutia a cobrança da tarifa de esgoto, cuja coleta se dá pela galeria de águas pluviais, entendeu pela legalidade da cobrança rechaçando o pedido de devolução e valores pagos pelo usuário do serviço público.

No entender do ministro, decorre da legislação aplicável e citada acima o suporte para cobrança da tarifa independente do tratamento dos dejetos, pois as normas que regem o serviço não estabeleceram como condição para cobrança, bem como ser existente o serviço de esgoto somente quando todas as etapas forem executadas, ou seja, basta uma ou mais de uma atividade para justificar a cobrança da tarifa.

Para Benedito Gonçalves, ter a cobrança de tarifa pela prestação de uma ou mais atividades descritas no decreto, ainda que deficiente pela ausência de tratamento, por não haver negativa de disponibilização de rede pública de esgotamento sanitário e entender de forma diversa tornaria inviável a prestação de serviço por desequilíbrio econômico-financeiro do contrato acabando por prejudicar a população.

Em que pese se tratar de recurso, cuja técnica de julgamento é a de recursos repetitivos não é a mesma coisa que lei, nem súmula vinculante. Até porque, as leis podem ser modificadas, derogadas ou revogadas e as súmulas vinculantes podem ser revistas pelo STF. Com maior razão tem-se a possibilidade de revisão da tese firmada por meio de nova análise pelo STJ³⁶.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2019.

³⁵ BRASIL, op. cit. nota 21.

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.444.



Nessa nova dinâmica de julgamento das demandas repetitivas, cumpre ressaltar que não estar-se-ia diante de imutabilidade das decisões, pois não são lei nem têm caráter vinculante. Ainda que tivesse efeito vinculante, como previsto na Constituição Federal podem ser revistas, conforme art. 103-A, §2º da CRFB/88³⁷ e art. 3º a 6º da Lei nº 11.417/2006³⁸.

Dessa forma, pensar em imutabilidade seria admitir restrição ao regime constitucional dos recursos. Como bem esclarecido pelo ministro Teori Zavascki³⁹ “É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito”.

Ao fazer um julgamento de uma demanda deve-se observar todo o contexto e as consequências de uma decisão a ser aplicada em todos os casos idênticos, sob pena de desrespeitar direitos maiores do que aparentemente envolvidos na demanda.

Vale ressaltar que isso não significa que a jurisprudência não possa ser modificada, ou seja, não importa em engessamento das decisões judiciais. Posto que tanto o STF quanto o STJ podem rever suas decisões, haja vista que o direito evolui para acompanhar a sociedade. Então, a decisão formulada pelo sistema dos recursos repetitivos pode ser revisada desde que haja fundamentos que não foram apreciados anteriormente.

Em que pese o citado argumento acima, discorda-se em parte, pois não se deve limitar a novos fundamentos, mas novos fundamentos capazes de fazer modificar o precedente. Isto é, argumentos que sejam capazes de influir na interpretação dada pelo precedente e isto não significa que sejam novos fundamentos, mas pode ser apenas uma visão dos fundamentos diferentes sem modificá-lo, refinamento da interpretação.

Refinamento da interpretação jurisprudencial seria a mudança da jurisprudência sem alteração da fundamentação, mas o sentido social da decisão prolatada, de modo a respeitar toda a questão posta em juízo, ou seja, dando maior abrangência a solução da lide de modo a abarcar questões sociais muito relevantes postas de lado anteriormente pelo Poder Judiciário.

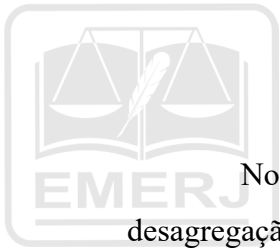
A concepção de refinamento da interpretação nos precedentes é bem esclarecida quando a Suprema Corte Americana julgou casos baseados na interpretação dada à décima quarta emenda constitucional, como no caso *Brown versus Board Education*⁴⁰.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁸ BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *QO no Ag 1154599*. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8163716&num_registro=200900659392&data=20110512&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴⁰ Caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual foi tida como inconstitucional as divisões raciais entre brancos e negros em escolas públicas superando a decisão tomada pela Corte no caso *Plessy versus Ferguson*, do ano de 1896.



No caso julgado em 1954 pela Suprema Corte Americana foi determinada a desagregação nas escolas, deixou para trás decisão de 1896, a qual validava a segregação racial. Todavia, não especificou como seria e nem método utilizado para o cumprimento da decisão judicial.

Assim, foi necessário o *Brown II*⁴¹, em 1955, neste para ordenar como seria feita a desagregação em escolas públicas de forma mais rápida e efetiva. Porém, deixou margem a interpretação pela possibilidade de segregação, pois afirmou que deveria ser feita a desagregação em toda velocidade deliberada.

Assim, dada a relevância do meio ambiente, saúde e igualdade, em se tratando de trabalho no qual se discute prestação de serviços públicos, por força de novas técnicas e de valores maiores para a sociedade, seria necessária revisitação ao precedente para que fosse alterada a interpretação da decisão judicial de forma mais responsável e abrangente, em consonância com direitos fundamentais.

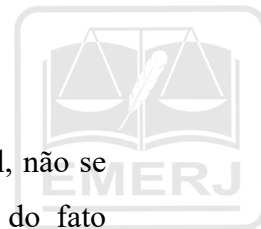
Importante frisar que, dar maior abrangência quando da interpretação da decisão judicial, nada mais é que aceitar que toda e qualquer decisão tem consequências e estas devem ser previamente pensadas, mas sobretudo não devem ser engessadas, porque o Direito não é ciência exata e, como tal, está em constante modificação para melhor atender aos anseios sociais.

Sob a ótica da ineficiência e remuneração declarada legal, o esgotamento sanitário é serviço público individual, pois há como determinar os usuários, remunerado por meio de tarifa e, como tal, deve obedecer aos princípios que norteiam tais serviços: continuidade, igualdade, mutabilidade, generalidade, modicidade e universalidade.

Nesse ponto há um impasse no julgamento do recurso especial pelo sistema dos repetitivos, pois deixou de lado os princípios da igualdade e da universalidade. Explica-se: igualdade, pois nem todos os usuários têm a prestação do serviço da mesma forma e universalidade, pois há parte da população ainda não abrangida pela coleta e tratamento de esgoto.

Este olhar se entrelaça com a questão da mudança de precedentes, pois quando o STJ decidiu pela legalidade da cobrança, o fez sem fazer uma relação interdisciplinar com a questão da poluição de rios e saúde pública.

⁴¹ Foi a revisitação ao precedente de desagregação racial para esclarecer como seria a desagregação e dando aos Tribunais dos Estados poderes de fiscalização e punição, com “toda velocidade deliberada”.



Ademais, a própria corte superior afirma que “em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado”.⁴²

Partindo-se da premissa de que constitucionalismo é a limitação do poder do Estado, vale ressaltar que o neoconstitucionalismo pós-guerras trouxe a concepção de irradiação de questões constitucionais por todo o ordenamento jurídico. Assim, todos os ramos do direito, obrigatoriamente, devem passar por um filtro constitucional, por respeito ao mínimo existencial atrelado à dignidade da pessoa humana.

A filtragem constitucional de todos os ramos do direito fez com que a maneira de ser declarada a (in) constitucionalidade sofresse modificação. O que antes se tinha era norma constitucional ou inconstitucional, mas com a citada mudança passou-se a ter declaração de constitucionalidade conforme constituição e inconstitucionalidade sem redução de texto.

Neste compasso de neoconstitucionalismo se concebeu a ideia norte americana de ativismo judicial. Este nada mais é que um atuar positivo do Poder Judiciário com vistas à garantia de direitos fundamentais.

O Judiciário vira protagonista na separação de poderes e o garantidor de promessas, porque não adianta pensar em estado de bem-estar social com leis ineficazes. Dessa forma, o ativismo judicial além de ser uma atuar positivo diante da falência dos demais poderes do Estado, não pode deixar de observar as consequências sociais de seu atuar.

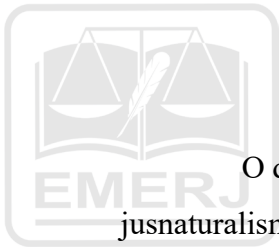
Todavia, há casos em que poderá o STJ dar interpretação a Lei federal apartada da realidade constitucional que abrange o caso concreto, pois limitou-se a ler a lei sem observar o que a cerca. Assim, viabilizando a revisitação do precedente.

Quando se fala em ativismo judicial, se tem a eficiência latente, pois há união das funções típicas e atípicas do Judiciário, este acaba efetivando direitos fundamentais em respeito à dignidade da pessoa humana.

O consequencialismo nasce no estudo da filosofia do direito. Estudiosos observam que as decisões podem ser classificadas de acordo com as consequências que produz no mundo dos fatos.

Esta análise traz à baila discussões acerca da análise econômica do direito e a reserva do possível, bem como estado de coisa inconstitucional

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.394.025*. Relatora: Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31515237&num_registro=201302271641&data=20131018&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 27 dez. 2018.



O direito ambiental se trata de direito inerente a condição de homem, como entende o jusnaturalismo. O que acarreta sempre uma grande discussão sobre até que ponto do Judiciário está respeitando os freios e contrapesos.

Não por meio do consequencialismo que surge uma proposta de alteração nas decisões com limite baseado em lei, mas também a análise econômica do direito, como definiu Posner⁴³:

CONCLUSÃO

No presente trabalho demonstrou-se que, no Brasil, tem-se a aproximação do *common law* e *civil law*, o bijuralismo.

Ao se falar em observância de precedentes, ou seja, decisões em sede de recursos repetitivos, repercussão geral, súmulas vinculantes e controle concentrado de constitucionalidade, fundamentos não podem ser abandonados: ceticismo quanto à influência da legislação e precedentes sobre o juiz; crítica a subsunção; elementos racionais apenas justificam as decisões anteriormente tomadas.

No Brasil, por se estar no sistema da *civil law* é mais comum a força vinculante das decisões judiciais tomadas antes sob as novas decisões, pois o tribunal superior tem hierarquia sob os de primeira instância, ou seja, há um controle judicial do próprio Poder Judiciário.

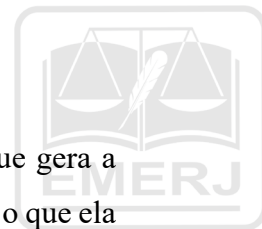
Não se pode olvidar que reflete uma vantagem o uso dos precedentes por questão de adaptação a realidade social de forma anterior ao processo legislativo que é demorado.

A grande crítica presente neste trabalho paira sobre a aplicação do precedente repetitivo aos casos semelhantes no Rio de Janeiro, sem contextualizar às peculiaridades da AP5, apartado da ausência de esgotamento sanitário e sua repercussão na vida e saúde das pessoas, as consequências drásticas ao meio ambiente.

Cabe ressaltar que, há possibilidade de modificação de precedente. Neste trabalho se propõe restringir a aplicação do precedente, mas diante de uma postura correta do Estado na prestação de serviço de esgotamento sanitário, esta suspensão do precedente seria cancelada no futuro na AP5 e, assim, passando a ter efeito para todos no Rio de Janeiro.

Então, neste entendimento de união de formas de superação de precedentes, haveria a estipulação de prazo razoável ao Poder Executivo para implementar a rede de esgotamento sanitário apartado das galerias de águas pluviais.

⁴³ POSNER apud SALGADO. *O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18992&revista_caderno=15>. Acesso em: 4 mai. 2019.



Então, por se estar a avaliar o consequencialismo decisório, vale frisar o que gera a observância obrigatória dos recursos repetitivos pela legalidade da tarifa, sem ampliar o que ela traz a sociedade como um todo.

Num estado democrático de direito é necessária a segurança jurídica e isto implica que não só o cidadão se comportará de determinada forma, mas também o Estado. Ou seja, se o Estado se predispõe a respeitar direitos sociais, não pode uma decisão judicial distorcer os direitos dispostos na Constituição.

Dito de outro modo, se há previsão a direito ao meio ambiente adequado, não pode uma decisão judicial macular esta previsão, pois seria admitir que o Estado por via transversa derrubasse a legítima expectativa do cidadão no que tange aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. Salvador: Jus Podium, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 3 mar. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Decreto-lei nº 7.217*, de 21 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em: 10 de nov. 2018.

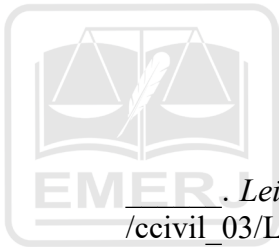
_____. *Decreto nº 22.872*, de 28 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/149089/decreto-22872-96>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 3 de jun. 2019.

_____. *Lei nº 11.445*, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. *Lei nº 2.312*, de 3 de setembro de 1954. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2312.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.



_____. *Lei nº 4.771*, 15 de setembro de 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. *Medida Provisória nº 868 de 27 de dezembro de 2018*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv868.htm#art9>. Acesso em: 3 jun. 2019.

_____. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. *Lei nº 11.672*, de 8 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Lei nº 11.417*, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Disponível em: < [http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/Page ConsEst?OpenPage](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/Page%20ConsEst?OpenPage)>. Acesso em: 9 abr. 2019.

_____. *Lei Orgânica do Rio de Janeiro*. Disponível em: < http://www.camara.rj.gov.br/controlatividadeparlamentar.php?m1=legislacao&m2=lei_organica&url=http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/organica.nsf/leiorg?OpenForm&Start=1&Count=30&Collapse=1>. Acesso em: 9 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 46/DF*. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.179.156*. Relatora: Mario Campbell Marques. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14634804&num_registro=201000207333&data=20110427&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.117.903/RS*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ESGOTO&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 19 de nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.394.025*. Relatora: Eliana Calmon. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31515237&num_registro=201302271641&data=20131018&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 27 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.339.313/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ESGOTO&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 431.121/SP*. Relator: José Augusto Delgado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=454103&num_registro=200200489525&data=20021007&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. CONAMA. *Resolução nº 306*, de 5 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Prefeitura do Rio de Janeiro. *Termos de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações que entre si celebram o Estado do Rio de Janeiro, A Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e o Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/documents/4282910/4517645/Termo+de+Reconhecimento+Reciproco+de+Direitos+e+Obrigacoes+entre+Estado+e+Municipio.pdf?version=1.0>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Prefeitura do Rio de Janeiro. Convênio de Cooperação ERJ/MRJ nº01/2011. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4287586/4106112/ConveniendeCooperacaoERJ_MRJn01_2011.pdf>. Acesso em 17 set. 2018.

_____. Prefeitura do Rio de Janeiro. Anexo VI *Descrição do Mapa da Área de Planejamento 5*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105682/06.AnexoVIDescricaoMapadaAreadePlanejamento5.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. Prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1529762/DLFE-220205.pdf/1.0>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105684/08.AnexoVIIDiagnosticodoSistemadeEsgotamentoSanitarioExistentenaAreadePlanejamento5.pdf>>. Acesso em 17 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça rio de Janeiro. *Apelação nº 0028337-26.2001.8.19.0001*. Relator Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000340F25681B3CD0B4F96226F574C9F28E30A0C3265C45&USER=>>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. *Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento*. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/PoliticadasDesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *O novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 19 de nov. 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2017.

GONÇALVES, Ana Maria Dionísio. *Análise principiológica e legal do dano moral ambiental e sua efetividade*. Disponível em: <<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/>>



biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Ana%20Dionisio.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18992&revista_caderno=15>. Acesso em: 4 mai. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Vania Menezes Pereira da. *A ineficácia das normas de sustentabilidade nas licitações e contratações da administração federal*. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/VaniaMenezesPereiraSilva_Monografia.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

CEDAE. *História do tratamento de esgoto*. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/Portals/0/historia_tratamento_esgoto_1.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

TRATA BRASIL. *PAC saneamento, projeto de olho no PAC*. Disponível em:<<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/deolhonopac/relatorio-de-olho-no-PAC-2013.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Disponível em:< <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/saude>>. Acesso em 14 abr. 2019.

_____. *Análise dos impactos na saúde e no sistema único de saúde decorrentes de agravos relacionados a um esgotamento sanitário inadequado dos 100 maiores municípios brasileiros no período 2008-2011*. Disponível em:<<http://tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/drsai/Relatorio-Final-Trata-Brasil-Denise-Versao-FINAL.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento*. Disponível em:<<http://tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/estudos/expansao/Beneficios-Economicos-do-Saneamento.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL: ISS X ICMS

Anna Carolina Quintanilha Coutinho da
Silva

Graduada pela Universidade Candido
Mendes - Niterói

Resumo - o avanço tecnológico e o desenvolvimento de novas mercadorias e serviços digitais causaram impacto nas relações e interações sociais e, conseqüentemente, nos diversos ramos do Direito que as tutelam. No caso do Direito Tributário, há dificuldade em classificar determinado fato econômico como prestação de serviços ou fornecimento de mercadoria, tendo em vista que nem sempre a legislação é clara sobre esses conceitos ou está desatualizada em suas definições. Em virtude da alta velocidade de surgimento de novas tecnologias, é comum que a legislação, assim como a jurisprudência e a doutrina, se torne desatualizada, abrindo espaço para divergências interpretativas por parte dos Entes Federativos, buscando aumento de suas arrecadações. No caso dos tributos indiretos, essa diferença ocorre de forma notável em relação ao ISS e ao ICMS. Nesse artigo, pretende-se analisar casos em que houve divergência interpretativa quanto aos fatos geradores desses dois tributos no contexto da economia digital, assim como as reações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias ocorridas posteriormente.

Palavras-chave - Direito Tributário. ISS. ICMS. Tributos Indiretos. Economia Digital.

Sumário - Introdução. 1. Economia Digital: Conceito e Inovações Tecnológicas. 2. Casos relevantes de divergência de interpretação sobre negócios digitais pelos Estados e Municípios. 3. Reações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre a tributação de ISS e ICMS envolvendo a Economia Digital. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda os conflitos relacionados à tributação envolvendo o Imposto sobre Prestação de Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) no âmbito da Economia Digital. Esta expressão se refere às atividades de natureza econômica desenvolvidas utilizando principalmente tecnologias digitais e/ou realizadas por meio eletrônico.

O desenvolvimento de mercadorias e serviços digitais fez surgir conflitos quanto a tributação deles. Devido à dificuldade de a legislação acompanhar as mudanças que ocorrem na economia, muitas vezes não é simples definir se determinada transação digital consiste em fato gerador de ISS, de ICMS ou de nenhum deles.



Por essa razão, há disputa entre Estados e Municípios que, ao darem classificações diversas aos negócios digitais, afirmam ter competência para tributá-los. Buscando resolver esse conflito, houve reações legislativas e jurisprudências, que também são objeto de estudo desta pesquisa.

Inicia-se o primeiro capítulo com a apresentação da natureza e do funcionamento de serviços e mercadorias que têm se destacado no âmbito tributário pela dificuldade de identificar o tributo que incide sobre suas operações, como serviços de *streaming*, computação na nuvem, transações em jogos online e licenças de softwares. Serão indicadas suas funcionalidades e como os entes federativos os têm classificado para fins tributários, sendo explicitado o conflito de competência entre eles.

No segundo capítulo, serão expostos os conflitos de competência envolvendo esses serviços e mercadorias. Serão indicadas as posições e fundamentos utilizados pelos Estados e Municípios para classificarem as operações e defenderem a incidência do tributo de sua competência.

Por fim, no terceiro capítulo, serão indicadas e analisadas as reações legislativas e jurisprudenciais envolvendo a questão.

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. ECONOMIA DIGITAL: CONCEITO E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

A constante evolução tecnológica na sociedade impacta diretamente a dinâmica das relações sociais e, conseqüente, gera novos meios de negociação e novos modelos de contratos. A partir do século XX, cresceram exponencialmente as tecnologias voltadas para informação e comunicação, com destaque para o desenvolvimento de computadores e da internet.

Nesse contexto, foi desenvolvida no meio econômico e corporativo a expressão “Economia Digital”. Ela abrange os negócios celebrados através de ferramentas digitais, tendo forte relação com o conceito de “Comércio Eletrônico”. Ambas as expressões não possuem uma definição limitada, de forma que, por vezes, podem se confundir. Quanto ao Comércio Eletrônico, Antonio Sergio Seco Ferreira¹ afirma que:

Não existe uma definição formal para “comércio eletrônico”, porém a mais difundida se refere a realização de transações comerciais utilizando um conjunto de tecnologias, infra-estruturas, processos e produtos que aproximam fornecedores e consumidores em um mercado global por meio da Internet. As tecnologias da informação que o suportam podem promover oportunidades para a melhoria global da qualidade de vida, proporcionando crescimento econômico e empregos nos países industrializados, emergentes e em desenvolvimento.

Além de novos métodos de realizar negócios, no contexto da Economia Digital também foram desenvolvidos nos serviços e mercadorias. São alguns deles os *softwares*, os serviços de *streaming* e a computação na “nuvem”.

Um computador é composto de *hardware* e *softwares*. O *hardware* compreende o conjunto de peças mecânicas que compõem fisicamente o computador, enquanto que os *softwares* são os programas contidos nele e que o fazem efetivamente funcionar.

Quanto a esse conceito, preceitua Rui Saavedra²:

Software do computador é um termo usado para contrastar com o de hardware; e tem um sentido amplo, abrangendo não apenas o ‘programa de computador’ – seu elemento principal – mas ainda a descrição detalhada do programa (v.g., gráficos e diagramas esquemáticos a partir dos quais as instruções dos programas foram codificadas para criar o programa) bem como a documentação escrita auxiliar deste (v.g., instruções operativas para o utilizador; manual do utilizador) e outro material de apoio – que pode apresentar-se em suporte de papel ou informático – relacionado com o programa (máxime, exemplos de possibilidade de aplicação).

[...]

Para que o computador-máquina (hardware) possa funcionar, ser instrumento útil, terá de incorporar um conjunto de programas com as instruções necessárias à execução de certo número de funções – o software. Sem o software o computador é um objeto. O Software e em especial o seu elemento principal – o programa de computador – apresenta-se como o *modus operandi* [...]

¹ FERREIRA, Antônio Sergio Seco. *Tributação do comércio eletrônico Perspectivas tecnológicas*. Brasília, 2001. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20488-20489-1-PB.pdf>> Acesso em: 25 mai. 2020.

² SAAVEDRA, Rui. *A Proteção Jurídica do Software e a Internet*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 21 e 23.



O serviço de *streaming*, por sua vez, consiste na transmissão de dados através da internet, de forma que é possível o acesso a informações e arquivos armazenados, disponíveis ou criados por outros usuários. Essa tecnologia é muito utilizada na internet, principalmente na transmissão de vídeos e músicas.

É certo, ainda, que, para o acesso ao conteúdo, não há transferência dos dados para o computador do usuário que os recebe, de forma que nada é armazenado em seu próprio computador. O serviço de *streaming* é classificado em duas categorias: “*streaming on demand*” e “*live streaming*”.

A diferença entre elas é em relação ao momento em que o conteúdo é produzido em relação ao momento da transmissão. No caso do *streaming on demand*, o conteúdo já está pronto e é disponibilizado ao usuário e/ou consumidor no momento em que ele solicita. Tal modalidade é comum nos casos de *streaming* de filmes, séries e músicas. Por outro lado, no *live streaming* o conteúdo é produzido no momento da transmissão, com ocorre com a transmissão ao vivo de palestras e outros eventos.

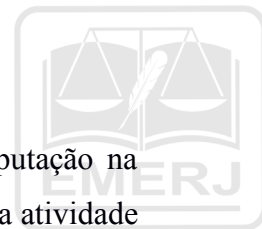
Nesse sentido, esclarece Tatiana Revoredo³:

No *streaming on demand*, o usuário acessa conteúdos como filmes e séries de TV, documentários, músicas e outros, através da transmissão e reprodução automática de arquivos previamente armazenados num catálogo. Aqui, o usuário está no controle do que vai assistir, quando e onde (qual dispositivo), podendo controlar a exibição, pausando, avançando ou retrocedendo o vídeo ou a música escolhidos.

Já no *live streaming*, apesar de basear-se na mesma tecnologia, é voltado para eventos que estejam acontecendo no momento da transmissão, sendo possível, inclusive, que o usuário interaja com o evento que assiste. Dentro desta categoria (*live streaming*, que é a tendência atual), entram a transmissão ao vivo de festas, como as bodas e eventos corporativos.

A natureza do serviço de *streaming* ainda é objeto de debate, principalmente em relação ao *live streaming*, o que afeta, também a questão do imposto incidente sobre essa atividade econômica. Essa questão será exposta com maiores detalhes em capítulo próprio.

³ REVOREDO, Tatiana Trícia de Paiva. *A tecnologia “streaming” (fornecida pela Netflix, Spotify e outros) no contexto do direito tributário brasileiro e do direito digital*. Acesso em: 25 mai. 2020.



Por fim, é uma atividade surgida na economia digital a utilização de computação na “nuvem” para armazenamento de dados. Paulo Pedrosa e Tiago Nogueira⁴ definem essa atividade da seguinte forma:

A palavra nuvem sugere uma ideia de ambiente desconhecido, o qual podemos ver somente seu início e fim. Por este motivo esta foi muito bem empregada na nomenclatura deste novo modelo, onde toda a infraestrutura e recursos computacionais ficam “escondidos”, tendo o usuário o acesso apenas a uma interface padrão através da qual é disponibilizado todo o conjunto de variadas aplicações e serviços. [1] A nuvem é representada pela internet, isto é, a infraestrutura de comunicação composta por um conjunto de hardwares, softwares, interfaces, redes de telecomunicação, dispositivos de controle e de armazenamento que permitem a entrega da computação como serviço.

[...] Enfim, a computação na nuvem representa um novo modelo de serviço capaz de fornecer todo o tipo de processamento, infraestrutura e armazenamento de dados através da internet (tanto como componentes separados ou uma plataforma completa) baseado na necessidade do usuário.

A computação na nuvem é classificada em três categorias, de acordo com as características e finalidades dos serviços, sendo elas: Infra-estrutura como Serviço (IaaS), Plataforma como Serviço (PaaS) e *Software* como Serviço (SaaS).

2. CASOS RELEVANTES DE DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO SOBRE NEGÓCIOS DIGITAIS PELOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

O desenvolvimento de serviços e mercadorias no âmbito da economia digital muitas vezes não é acompanhado de reações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias na mesma velocidade. Dessa forma, há espaço para que os Entes Federativos interpretem as funcionalidades e características deles, resultando em incidência de tributos sobre eles.

Com essa conduta, é evidente a busca por aumento de arrecadação por parte desses entes, o que pode acarretar conflito entre eles e, em determinados casos, até mesmo violação ao princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

De acordo com esse artigo, “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou

⁴ PEDROSA, Paulo HC; NOGUEIRA, Thiago. *Computação em Nuvem*. Disponível em: <<https://www.ic.unicamp.br/~ducatte/mo401/1s2011/T2/Artigos/G04-095352-120531-t2.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.



“aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Portanto, possíveis interpretações dos Entes Federativos que extrapolem as previsões legais seriam inconstitucionais.

O caso das interpretações envolvendo software foi um dos primeiros de destaque envolvendo conflito quanto à competência tributária de entes federativos no âmbito da Economia Digital, referente ao Recurso Extraordinário nº 176.626-3/SP⁵.

Nele, o Estado de São Paulo defendeu que incidiria o ICMS nos casos de comercialização dos chamados *softwares* “de prateleira”, que são *softwares* padronizados, produzidos em série e disponibilizados com as mesmas características para os usuários no mercado.

Conforme esse entendimento, esse tipo *software* seria considerado mercadoria e sua circulação, portanto, caracterizaria fato gerador do ICMS. O ISS incidiria apenas sobre os softwares produzidos “sob encomenda”, que possuiriam características específicas e atenderiam às necessidades específicas dos consumidores. Nesse caso, haveria a preponderância do serviço de produção do *software* encomendado.

Por outro lado, a Companhia envolvida defendia que tanto a comercialização do *software* “sob encomenda”, quanto a do “de prateleira”, seriam hipóteses de incidência do ISS, em razão da atividade intelectual empregada no desenvolvimento do produto.

Nesse caso, a Suprema Corte adotou o entendimento do Estado de São Paulo, firmando jurisprudência nesse sentido. Contudo, em razão de edição de atos normativos posteriores, o tema não mais se encontra pacificado, como será analisado no Capítulo 3.

Além disso, ressalte-se que, no momento, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.945/99⁶, que questiona o tema exposto.

Há também grande divergência de entendimentos em relação à incidência de ISS sobre a atividade de *streaming*. Apesar de ter sido incluído no Anexo da Lei Complementar 116/2003 como hipótese de incidência do imposto em questão, diversas críticas são feitas pela doutrina, inclusive com questionamento à legalidade dessa inclusão.

Um dos argumentos utilizados é que o *streaming* possui natureza de cessão não definitiva de direitos, não constituindo, assim, uma prestação de serviços, tendo em vista que não envolve

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 176.626-3/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1586587> >. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.945*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201945%22&base=acordaos&sino=nimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true >. Acesso em: 26 jun. 2020.

obrigação de fazer, requisito exigido pelo STF para reconhecimento da incidência do imposto. Nesse sentido, Betina Grupenmacher⁷:

Não temos qualquer dúvida de que os contratos de *streaming* não se subsumem à definição de serviço para fins de incidência de ISS e, portanto, não se inserem na materialidade do referido imposto. Segundo o que se depreende com segurança da regra atributiva de competência, constante do artigo 156, inciso III da Constituição Federal, os Municípios só podem instituir ISS sobre prestações de serviços que caracterizem obrigações de fazer, já que as obrigações de dar e os serviços de transporte e de comunicação estão insertos na competência impositiva dos Estados.

[...]O *streaming* é um mecanismo de distribuição de dados por meio de pacotes. As informações distribuídas não são armazenadas pelo usuário que recebe a mídia a ser reproduzida. Portanto, não há serviço enquanto *obrigação de fazer* de natureza física ou intelectual, desempenhada sob regime de direito privado, nos contratos em questão. Trata-se, como inclusive se verifica da própria redação do subitem em análise, de *disponibilização sem cessão definitiva* do conteúdo nele descrito. É extrema de dúvidas que as cessões de direitos não se equiparam às prestações de serviços. São, definitivamente, duas realidades jurídicas absolutamente distintas. Em relação à primeira, qual seja a cessão de direitos, não há previsão constitucional de cobrança de quaisquer impostos. O que queremos dizer é que o constituinte não contemplou entre as competências impositivas federais, estaduais, municipais e distritais, a cessão de direitos, como passível de incidência tributária. Assim, para que algum imposto pudesse ser cobrado em relação à remuneração dos contratos de *streaming*, a única hipótese viável seria o exercício, pela União, de sua competência residual, em razão da qual, atendidos os requisitos previstos no artigo 154, inciso I da Constituição Federal, um imposto sobre cessão de direitos poderia ser cobrado. No entanto, na ausência de lei complementar federal instituidora de tal exação, não há possibilidade de que a cessão de direitos seja objeto de tributação pelas pessoas políticas de direito público.

São feitas críticas, ainda, em relação a uma possível bitributação envolvendo a incidência do ISS. Isso ocorria em razão de o usuário já pagar o imposto sobre o pacote de internet contratado para ter acesso ao *streaming* e, portanto, o responsável pela produção não poderia ser tributado pela mesma atividade⁸.

Importante ressaltar, ainda, que esse entendimento se aplica às duas modalidades de *streaming* mencionadas (*on demand* e *live streaming*), cujas diferenças não impactariam na incidência tributária do ISS. Nesse sentido, Victor Ferreira⁹:

⁷ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Incidência de ISS sobre streaming é inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/betina-grupenmacher-iss-streaming-inconstitucional>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁸ GRILO, Brenno. *Lei que tributa streaming iguala cessão de uso a serviço, alertam advogados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/imposto-streaming-igualar-cessao-uso-servico-dizem-advogados>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁹ FERREIRA, Victor Costa. *A Tributação dos serviços de streaming e a legalidade da Lei Complementar nº 157/2016*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/curso-de-especializacao-em-direito-tributario/edicoes/3_2018/pdf/VictorCostaFerreira.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

Na modalidade on demand, mais especificamente, não há qualquer dúvida de que é impossível a subsunção do fluxo de mídia à hipótese tributária do ISS. Nestes casos, o software de transmissão on line é apenas um instrumento que possibilita o acesso a filmes, séries, música, dentre outros, de modo que o objeto do contrato entre usuário e empresa não é a utilização do software, mas sim o acesso a conteúdo préestabelecido. Já o live streaming, embora se funde na mesmíssima tecnologia, este é utilizado para transmissões ao vivo de eventos. Assim, é possível, mas não mandatário, a interação do usuário com a transmissão. Neste caso, o esforço humano pode ocorrer, mas é absolutamente prescindível. Isso porque, aqui também há utilização de um ou mais softwares empregados para o exercício da atividade fim. Assim, resta clara a inconstitucionalidade (além de ilegalidade) da Lei Complementar nº 157/2016, sendo certo que o streaming não possui a natureza jurídica de mercadoria, tampouco de serviço, mas sim de direito autoral e propriedade intelectual.

Por fim, são tecidas críticas doutrinárias também em relação à incidência do ICMS sobre as atividades de *streaming*. O principal argumento é no sentido de que não há relação necessária de comunicação entre a transmissão do *streaming* e quem a recebe.

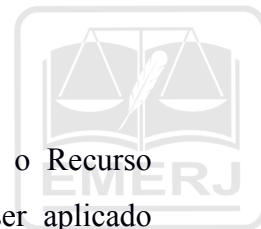
Apesar de ser possível a comunicação, principalmente nos casos de live *streaming*, ela não é parte essencial da atividade. Além disso, também não é possível subsumir o *streaming* as demais hipóteses de incidência do ICMS.

3. REAÇÕES LEGISLATIVAS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE ISS E ICMS ENVOLVENDO A ECONOMIA DIGITAL.

Ao determinar as competências tributárias dos entes federativos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu que cabe aos Estados instituir imposto sobre a realização de operações de circulação de mercadoria e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme seu artigo 155, II¹⁰. Por outro lado, seu artigo 156, III, confere aos Municípios a competência de instituir imposto sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar.

Quanto ao ICMS, é importante ressaltar que não é a circulação de qualquer bem que caracteriza seu fato gerador, mas apenas daquele considerado mercadoria. De acordo com Eduardo Sabbag, que adota entendimento que vai ao encontro do defendido pela doutrina majoritária, mercadoria é bem móvel destinado ao comércio de forma habitual.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.



No âmbito da economia digital, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 176.626/SP¹¹, decidiu que o conceito de mercadoria deveria ser aplicado exclusivamente aos bens com suporte físico (*corpus mechanicum*). Contudo, ao realizar o julgamento de medida cautelar na ADI nº 1.945/MT¹², adotou o posicionamento segundo o qual o suporte físico é dispensável, sendo possível, portanto, que bens virtuais, como o os softwares, possam ser considerados mercadorias e, assim possibilitar a incidência do ICMS.

Em relação a esse entendimento, parte da doutrina entende que, apesar de ser essencial à tributação da circulação de mercadoria na economia digital, também constitui desafio em relação à identificação do fato gerador e à fiscalização por parte das autoridades fiscais. Isso ocorre devido à dificuldade de se rastrear a operação realizada, que muitas vezes é registrada apenas nos livros contábeis das empresas. Nesse sentido, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira¹³:

[...] Essa dificuldade ganha ainda mais realce na prática tributária. Dentre os suportes físicos mais comuns para identificação do fato gerador estão a análise da natureza jurídica de determinada oferta, frequentemente apreendida a partir de seu contrato e de sua exteriorização no mundo físico. Logo, a verificação do fato jurídico tributário ao longo dos anos esteve fundamentalmente calcada em uma análise contratual e sua compatibilidade com sua exteriorização no mundo real [...]. Com a digitalização da economia, esse binômio clássico de aferição do fato jurídico tributário perde um de seus pilares fundamentais, que é a tangibilidade de sua exteriorização no mundo físico, implicando no enfraquecimento do substrato de linguagem encontrada no mundo material, dificultando muito a atividade de subsunção do fato à norma, de acordo com a teoria das provas. Por outro lado, não havendo substrato no mundo material, ganham relevo as disposições contratuais e registros contábeis, praticamente como fontes únicas de informação sobre o fato jurídico. Nota-se aí um aumento de complexidade na atividade de subsunção pela dificuldade de caracterização do fato, diante de sua intangibilidade.[...]

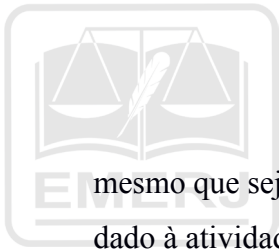
Quanto ao ISS, de acordo com a doutrina majoritária, está ligado a obrigações de fazer, em oposição ao ICMS, que está relacionado a obrigações de dar. Dessa forma, seu fato gerador consiste na prestação dos serviços previstos da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003¹⁴,

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.945. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201945%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹³ FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na economia digital no Brasil e o conflito de competência 4.0: Perspectivas e desafios. *Brasília: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, 2019, p. 9-10.

¹⁴ BRASIL. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.



mesmo que seja realizada de forma não habitual pelo prestador e independente que qual nome seja dado à atividade no meio privado.

Na economia digital, algumas situações desafiam o conceito de fato gerador do ISS, de forma que há debate sobre a incidência ou não do referido imposto, como no caso dos serviços de *streaming*. O *streaming* consiste na transmissão de dados via internet, sem necessidade de armazenamento destes. Tal atividade permite que o usuário tenha acesso a um conteúdo sem a necessidade de se transferir a posse ou a propriedade de bens ou de direitos relacionados a ele. Como exemplo de plataformas que utilizam essa tecnologia, é possível citar o YouTube, Netflix e Spotify.

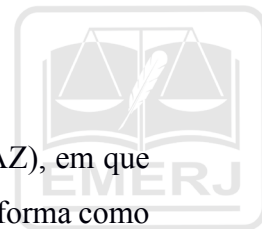
Diversas posições surgiram para definir a natureza do *streaming*. Há tese que defende se tratar de serviço, consistente em disponibilizar conteúdo para terceiros. Por outro lado, também se defende que é serviço de comunicação, em virtude da transmissão de dados, e, assim, fato gerador do ICMS. Existe também posição que afirma ser caso não tributável por ISS ou por ICMS, sendo caso de competência residual tributária da União e, por fim, entendimento que sequer se trata de serviço, tendo em vista que a disponibilização das mídias digitais não está relacionada a uma atividade intelectual.

A cobrança de ISS sobre o *streaming* já foi questionada nas Cortes brasileiras, predominando o entendimento que se trata de serviço, sendo tributável pelos Municípios por estar previsto no item 1.09 da LC nº 116/2003¹⁵. Veja-se decisão nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS SOBRE STREAMING E DOWNLOADS DE CONTEÚDO PELA INTERNET. LEGALIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A empresa impetrante possui legitimidade para impetrar o presente mandamus, porquanto presta o serviço objeto da tributação que entende eivada de ilegalidade e incidente sobre atividade que não se subsume a norma, violando direito líquido e certo que alega possuir. 2. É legal a incidência do ISS sobre a atividade de streaming e download, pois envolve obrigação de fazer. 3. Vigência da lei municipal nº 809/2016 posterior à publicação e à produção dos efeitos da LC 157/2016, em respeito aos princípios da anualidade tributária e da anterioridade nonagesimal, na medida em que o tributo só passou a ser exigido a partir de 30-3-2017.

Em relação à tributação de *software* no envolvendo tributação na nuvem, o conflito entre Estados e Municípios ocorreu por meio da edição de atos normativos. Inicialmente, foi publicado

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 14.



o Convênio ICMS 181/2015¹⁶, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em que há previsão para incidência de ICMS sobre qualquer tipo de *software*, independente da forma como é armazenado e disponibilizado.

Posteriormente, a Lei Complementar 157/2016¹⁷ incluiu item específico referente à tributação na nuvem na Lei Complementar 116/2003¹⁸, que já possuía item incluindo a comercialização de *software* como sujeito à incidência do ISS.

Dessa forma, ambos os dispositivos preveem a incidência de imposto sobre a comercialização de *softwares*. Tal conflito ainda não está pacificado na jurisprudência e no âmbito administrativo. Parte considerável da doutrina entende que, nesse caso, não há incidência do ICMS, mas do ISS. Nesse sentido, Eduardo Gomes, Felipe Dias e Phelipe Frota¹⁹:

A nosso ver, não é legítima a incidência do ICMS, na medida em que, nas operações com software, ainda que padronizados, via de regra, não há transferência de titularidade, a qual é imprescindível para exigência do imposto estadual. Logo, independentemente da forma de disponibilização do software (via download, “na nuvem” ou mídia física), o usuário somente obtém acesso ao software em razão de um contrato de licenciamento de uso, negócio jurídico que não resulta na transferência de titularidade do software, o que somente se verificaria caso o próprio código-fonte fosse transacionado (ou seja, caso a propriedade intelectual subjacente ao software fosse transferida).

[...] Portanto, adotando-se o critério material da regra-matriz de incidência tributária fixado pelo STF, seria legítima a incidência de ISS sobre o licenciamento de uso de software, independentemente da forma pela qual o software é disponibilizado (suporte físico, download ou em nuvem).

Dessa forma, verifica-se que a doutrina jurídica e o Poder Judiciário exercem função de grande relevância na interpretação da lei nos casos envolvendo tributação na economia digital, tendo em vista que envolvem conceitos e tecnologias muitas vezes não compreendidos na legislação, mas que não deixam de representar atividades lucrativas tributáveis. Contudo, a demora na atualização de seus entendimentos afeta diretamente a segurança jurídica no âmbito tributário.

¹⁶ BRASIL. *Convênio ICMS nº 181*, de 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV181_15>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹⁷ BRASIL. *Lei Complementar nº 157*, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹⁸BRASIL. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹⁹ GOMES, Eduardo de Paiva; DIAS, Felipe Wagner de Lima; FROTA, Phelipe Moreira Souza. *Incertezas sobre a tributação do software na computação em nuvem*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/opiniaotributacao-software-computacao-nuvem>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

As constantes evoluções tecnológicas e desenvolvimento de mercadorias e serviços digitais revolucionou as relações pessoais e negociais e trouxe um novo desafio aos operadores do Direito Tributário: acompanhar as evoluções para garantir uma efetiva tutela jurídica e jurisdicional à sociedade, além de implementar maior segurança jurídica tanto para contribuintes quanto para a Receita.

Os demais ramos do direito também sofreram impacto com a evolução tecnológica e, para não deixarem de tutelar novos casos, novas leis foram editadas. Como exemplo, destacam-se a Lei Geral de Proteção de Dados, que protege a privacidade do consumidor no âmbito da economia digital, e as alterações no Código Penal para incluir crimes praticados com uso de meios digitais.

No âmbito do Direito Tributário, deve-se ressaltar que os negócios firmados cujo objeto seja o fornecimento de mercadorias ou a prestação de serviços digitais envolvem grande complexidade, tendo em vista a natureza peculiar que cada um deles apresenta. Esse fato abre espaço para divergência de interpretações quanto aos fatos geradores dos tributos.

No caso do ISS e do ICMS, os Estados e Municípios adotam interpretações diversas sobre a natureza e classificação jurídica de um mesmo serviço ou mercadoria, em verdadeira disputa pela arrecadação respectiva. Tal fato ocorreu com casos relativos aos *softwares*, serviços de *streaming* e tributação na nuvem, por exemplo.

Tendo em vista que não é simples a elaboração de uma norma que abranja a totalidade dos atos digitais tributáveis existentes, é essencial o papel interpretativo do Poder Judiciário e da Doutrina Jurídica para conferir maior eficácia ao ato normativo. Desse modo, é possível apaziguar possível divergência de interesses entre entes federativos e conferir maior segurança às Fazendas ao tributarem e aos contribuintes, quando celebrarem negócios envolvendo serviços e mercadorias digitais.

Há, ainda, possíveis conflitos internacionais envolvendo o fornecimento de mercadorias e prestação de serviços digitais. Nesses casos, o conflito ocorreria por estar o fornecedor localizado em um país e o contratante em outro e terem os países normas de tributação diversas, o que pode resultar em dupla tributação ou em ausência de tributação ou elisão fiscal, afetando a economia e a arrecadação a nível internacional.



Em tais casos, a solução tem sido buscada por meio da realização de acordos internacionais visando a justiça tributária entre os países. Nesse ponto, ressalta-se a relevância de questões políticas e de diplomacia para evitar diminuição de arrecadação por planejamento tributário empresarial que busca evitar a tributação em duplicidade.

Salienta-se, portanto, que, apesar da dificuldade em se manter a atualização das leis, jurisprudência e doutrina, é essencial que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como os demais operadores do Direito Tributário, mantenham-se atentos às inovações tecnológicas e observem como os casos foram tratados em outros países. Dessa forma, é possível uma reação mais rápida à evolução da economia digital sem grandes prejuízos aos cofres públicos e à segurança jurídica dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 157*, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº. 456650/PR*. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173312/embargos-dedivergencia-no-recurso-especial-eresp-456650-pr-2003-0223462-0-stj/relatorio-e-voto12903342?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 357107/SC*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acesso em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1265256&num_registro=201301800884&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CASTRO, Aldemario Araujo. *Os meios eletrônicos e a tributação*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30477-31869-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.



FERREIRA, Victor Costa. *A tributação dos serviços de streaming e a legalidade da Lei Complementar nº 157/2016*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/curso-de-especializacao-em-direito-tributario/edicoes/3_2018/pdf/VictorCostaFerreira.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na economia digital no Brasil e o conflito de competência 4.0: Perspectivas e desafios. *Brasília: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, 2019.

FERREIRA, Antônio Sergio Seco. *Tributação do comércio eletrônico Perspectivas tecnológicas*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20488-20489-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.

GOMES, Eduardo de Paiva; DIAS, Felipe Wagner de Lima; FROTA, Phelipe Moreira Souza. *Incertezas sobre a tributação do software na computação em nuvem*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/opinioao-tributacao-software-computacao-nuvem>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

GRILO, Brenno. *Lei que tributa streaming iguala cessão de uso a serviço, alertam advogados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/imposto-streaming-igual-a-cessao-uso-servico-dizem-advogados>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Incidência de ISS sobre streaming é inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/betina-grupenmacher-iss-streaming-inconstitucional>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

LOPREATO, Francisco Luiz C. *Taxação no comércio eletrônico*. IE/UNICAMP, Campinas, n. 108, abr. 2002. Disponível em <<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/20433-20434-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.

PEDROSA, Paulo HC. NOGUEIRA, Thiago. *Computação em Nuvem*. Disponível em: <<https://www.ic.unicamp.br/~ducatte/mo401/1s2011/T2/Artigos/G04-095352-120531-t2.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

REVOREDO, Tatiana Trícia de Paiva. *A tecnologia “streaming” (fornecida pela Netflix, Spotify e outros) no contexto do direito tributário brasileiro e do direito digital*. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18609> Acesso em: 13 mai. 2020.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAAVEDRA, Rui. *A Proteção Jurídica do Software e a Internet*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO *HOPE PROBATION* NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS BRASILEIRAS

Anny Kamila Rodrigues Freire

Graduada em Direito pelo Centro Universitário São José. Pós-Graduada em Ordem Jurídica pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – nas existentes medidas socioeducativas brasileiras, percebe-se uma dificuldade em implementar a ressocialização dos adolescentes infratores, tendo em vista, a realidade fática e a ausência de fiscalização. A implementação de nova forma de abordagem e fiscalização da liberdade assistida, do sistema norte-americano chamado *Hope Probation*, traz à luz a discussão de nova implementação, bem como, sua possibilidade de utilização na abordagem das presentes medidas socioeducativas brasileiras. Buscando a adequada utilização da efetividade das medidas socioeducativas, com o implemento do sistema *Hope*, disposto no sistema norte-americano, e conseqüentemente a ressocialização dos menores infratores.

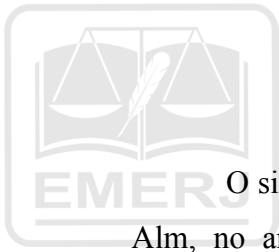
Palavras-Chave – Estatuto da Criança e do Adolescente. *Hope Probation*. Possibilidade. Medidas Socioeducativas. Adolescente Infrator. Fiscalização.

Sumário – Introdução. 1. Distinções e comparações entre as medidas socioeducativas e a *hope probation*. 2. Possibilidade e aplicação do *hope probation* nas medidas socioeducativas brasileiras. 3. A necessidade de fiscalização nas medidas no contexto social brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade discutir a viabilidade da introdução do sistema norte-americano, o *Hope Probation*, na aplicação das medidas socioeducativas brasileiras. Bem como, demonstrar as existentes medidas socioeducativas e sua consequência fática na sociedade.

Para tanto, serão abordados os conceitos e experiências dos sistemas do *Hope Probation* nos EUA, e as presentes medidas socioeducativas brasileiras, por meio do entendimento doutrinário, jurisprudencial, e as realidades sociais fáticas, de modo, a conseguir discutir a importância de uma nova proposta para fins de diminuir o encarceramento de jovens infratores, bem como, a sua reincidência ao “mundo” criminoso.



O sistema do *hope probation* teve início no Havaí, Estados Unidos, pelo juiz Steven Alm, no ano de 2004, na qual é baseada num programa de supervisão de liberdade condicional, que se evita o encarceramento, com procedimentos fiscalizatórios, com o intuito de evitar violações a liberdade condicional. Ademais, tem como objetivo uma forma de estratégia de mudanças no comportamento dos infratores, de uma forma positiva, com a fiscalização do Poder Judiciário. Tendo como finalidade, prevenir a vitimização e os crimes, numa forma de ajuda aos infratores e seus familiares, além disso, busca diminuir os gastos com sistema prisional.

No primeiro capítulo será abordado sobre as similitudes do sistema norte-americano, com a implementação do *hope probation*, ao sistema judiciário brasileiro, com o objetivo de verificar, se aquele sistema seria apto e eficaz no sistema brasileiro, em especial, nas medidas socioeducativas de combate a atos infracionais, cometidos por menores infratores. Ademais, será explicitado sobre o que de fato compõe o *hope probation* e suas consequências no local de origem.

Ao passo que no segundo capítulo existirá a abordagem sobre a real possibilidade de aplicação do *Hope Probation* com o sistema brasileiro de execução das medidas socioeducativas. A viabilidade ou não do sistema norte-americano, será feita por meio de pesquisas, na qual irá comparar os dois sistemas e suas efetividades.

Já no que tange ao terceiro capítulo do presente artigo, existirá a abordagem sobre o contexto atual brasileiro e as possíveis formas de fiscalizações que seriam eficazes e aptas, para o êxito do sistema do *hope probation* nas medidas socioeducativas brasileiras. Bem como, a discussão sobre a realidade social brasileira, no que tange as medidas já existentes.

O presente tema é inovador na doutrina e na jurisprudência, sendo bastante relevante em âmbito nacional, pois traz uma inovação ao combate ao encarceramento e tem como consequência uma mudança positiva nos comportamentos dos jovens infratores.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativa, haja vista que a pesquisadora se valerá de bibliografia referente ao tema em foco, tendo por objetivo sustentar sua tese.

Por fim, urge mencionar que com relação aos objetivos e aos procedimentos, a pesquisa será exploratória e bibliográfica, em virtude, do instituto sequer ter entrado no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese o tema não existir na seara brasileira, serão utilizadas fontes bibliográficas já existentes que discorrem sobre o *Hope Probation* e sua aplicabilidade no sistema norte-americano.

1. DISTINÇÕES E COMPARAÇÕES ENTRE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A HOPE PROBATION

O modelo judiciário adotado nos Estados Unidos da América (EUA) é o *common law*, da qual significa que seus julgamentos e análises não estão somente baseados em lei, e sim nas próprias decisões judiciais, ou seja, a análise é feita diante do caso concreto exposto, tendo como referência as decisões judiciais sobre o tema. O que se diferencia do sistema judiciário brasileiro, que é baseado no sistema romano-germânico, da qual é denominado como *civil law*, ou seja, as questões judiciárias serão enfrentadas com o análise técnico das leis e os seus códigos, da qual irão preceder os julgamentos¹.

A comparação e diferenciação dos sistemas judiciais, brasileiro e norte-americano, não estão apenas no estrito senso das questões jurídicas, e sim também na própria cultura e a sua busca por resoluções de conflitos.

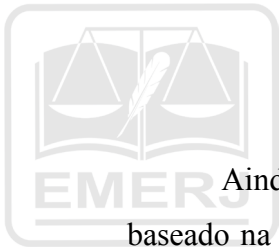
Conforme já explicitado na introdução da presente pesquisa, o sistema norte-americano do *Hope Probation* tem sua origem na ilha do Havaí (EUA), pelo juiz Steven S. Alm, da qual buscou como finalidade a modificação comportamental de pessoas que cometem crimes, em especial, evitando o encarceramento, sendo dada a oportunidade do indivíduo de ficar em liberdade, entretanto, deve existir um total comprometimento com as condições da liberdade condicionada, e diante de qualquer transgressão dessas condições, a pessoa é colocada na prisão por alguns dias. Conforme dispõe o magistrado norte-americano, as sentenças para esses casos são previstas de formas imediatas e proporcionais².

O sistema do *Hope Probation*, conforme elucida o artigo científico *State of the Art of Hope Probation* do *Institute for Behavior and Health*³ (Instituto de comportamento e saúde), tem como objetivo uma mudança comportamental dos indivíduos de uma forma positiva “[...]a premissa é que regras claramente definidas e de fácil compreensão são seguidas com mais facilidade pelos infratores quando qualquer violação das regras resulta rapidamente em uma breve passagem na prisão [...]”.

¹ALMEIDA, Gregório Assagra De. O Sistema Jurídico Nos Estados Unidos - Common Law E Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O Que Poderia Ser Útil Para A Reforma Do Sistema Processual Brasileiro? *Repro* V. 251. 2016. p. 5. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF>. Acesso em: 30 set. 2019.

²SUPER ABRIL. *Por uma Prisão sem Grades*. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/por-uma-prisao-sem-grades/>>. Acesso em: 30 set. 2019.

³NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS. *State of the Art of Hope Probation (2015)* p. 3. Disponível em: <<https://nicic.gov/state-art-hope-probation-2015>>. Acesso em: 29 set. 2019.



Ainda conforme o artigo *State of the Art of Hope Probation*⁴, o sistema do *Hope* é baseado na resposta rápida e de consequências proporcionais, para o descumprimento das medidas de liberdade condicionada para os que estão sob a supervisão do judiciário, da qual traz como resultado uma forma mais eficaz na cooperação com demais sistemas que buscam a diminuição das reincidências, bem como, elucida uma diminuição no uso de drogas das pessoas supervisionadas.

Com relação à expectativa de mudança comportamental dos supervisionados pelo sistema do *Hope*, o juiz Steven Alm, conforme dispõe a reportagem do site Super Abril⁵, aduz que tal estratégia foi inspirada pela própria educação familiar “[...]pensei então na educação do meu filho. Eu lhe explicava as regras e minhas expectativas. Se ele as transgredisse, a consequência viria de forma imediata, certa e proporcional [...]”.

Diante do sistema do *Hope*, a possibilidade de responsabilizar os indivíduos de forma pessoal, da qual os faça entender suas atitudes e possíveis punições pelas transgressões cometidas, trouxe, segundo dados do site da Super Abril⁶, das Universidades de Pepperdine e da Califórnia, uma mudança positiva nos números de infrações “[...]comparado à liberdade condicional, sentenciados da *Hope* têm risco 72% menor de usar drogas, 55% menor de reincidir no crime e 53% menor de ter a condicional revogada.”

O sistema brasileiro voltado para resolução e reprimenda de atos infracionais cometidos por menores infratores é denominado de medidas socioeducativas, com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁷ em seu artigo 112, que tem caráter punitivo, voltado ao combate de atos infracionais.

Para melhor entendimento acerca do tema, se faz necessário distinguir de forma legal quem são adolescentes e crianças, e conforme o artigo 2º do ECA, crianças são aquelas de até 12 anos incompletos, já adolescentes são aqueles de 12 anos completos e 18 anos incompletos. Para fins de punição por prática de atos infracionais, que são definidos na lei, artigo 103 do ECA, como conduta de crime e contravenção penal, cometida por criança ou adolescente, apenas os adolescentes serão submetidos as medidas socioeducativas⁸.

Urge mencionar, que as medidas socioeducativas são cabíveis também para pessoas de até 21 anos de idade, se o ato infracional foi praticado quando menor de 18 anos, tendo

⁴ Ibid., p.2.

⁵ SUPER ABRIL, op. cit.

⁶ Ibid., p.1.

⁷ BRASIL. *Lei n° 8.078*, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

⁸ Ibid.

em vista, a teoria da atividade do crime, que caracteriza a conduta infratora no momento da sua prática, conforme é corroborado pelo artigo 104, parágrafo único do ECA⁹.

Conforme a presente pesquisa não visa o aprofundamento das existentes medidas socioeducativas brasileiras, e sim na comparação dos sistemas, brasileiro e norte-americano, bem como, capacidade de implementação do *Hope*, no que tange aos menores infratores, se faz necessário refletir sobre a essência da criação das medidas socioeducativas, que não se basta apenas na punição pela transgressão legal e sim no ensino educativo e social para reparar o adolescente infrator, em moldes que seja readaptado ao meio social.

Diante dessa essencialidade das medidas socioeducativas, e conforme descrito sobre o sistema do *hope probation*, percebe-se que existe uma finalidade em comum, qual seja, a modificação comportamental dos indivíduos e a diminuição do encarceramento.

Em que pese, as diferenças dos sistemas judiciários, Brasil e EUA, a possibilidade de melhor atuação do Judiciário brasileiro, em análise do caso concreto, não apenas analisando a lei em estrito senso, se faz pelo uso dos princípios, que faz parte da lei, bem como, com o uso de jurisprudências, que são caracterizadas como um conjunto de decisões e interpretações feitas pelos tribunais superiores, voltadas para análise dos casos em concreto.

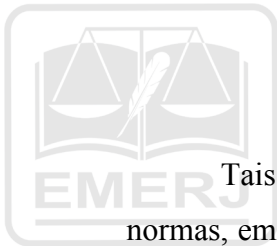
Conforme leciona o Guilherme de Souza Nucci¹⁰, sobre o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, sendo este um dos princípios descritos no ECA, não existiria o significado de preponderâncias de injustiças contra demais pessoas, e sim que na presença e no cenário do Estatuto citado, deve-se considerar de maior relevância o interesse voltado para criança e ao adolescente.

Ademais, em sua obra Nucci¹¹, faz referência ao entendimento de Eduardo Rezende de Melo acerca desse superior interesse, segundo entende ter uma função garantista, de forma interpretativa, da qual se deve ter uma visão sistemática, ou seja, critérios para resolução de conflitos e determinada orientação para avaliar a legislação, ademais, uma prioridade aos interesses das crianças e dos adolescentes pelo poder público, com ampla operatividade e uma mínima restrição dos direitos. E conseqüentemente uma maior interação na regulação das relações parentais.

⁹ Ibid.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Forense. 2017. p. 354.

¹¹ MELO apud Ibid.



Tais premissas, permitem uma maior interpretação e objetivam a real finalidade das normas, em especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo apenas a resposta do Estado ao cometimento de infrações, e sim, na modificação comportamental e social de menores, para evitar uma reincidência e um adentramento ao “mundo do crime”. Verifica-se assim, que as diferenças dos sistemas, americano e brasileiro, não se tornariam impedimentos para melhor análise e estudo do *Hope Probation* nas medidas socioeducativas brasileiras.

2. POSSIBILIDADE E APLICAÇÃO DO *HOPE PROBATION* NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS BRASILEIRAS

Com relação à implementação do sistema do *Hope* nas medidas socioeducativas brasileiras, faz-se necessário observar as existentes medidas descritas no ECA e conforme elucidada o artigo 112 do estatuto citado, poderá ser aplicada a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviço à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semi-liberdade e a internação em estabelecimento educacional.¹²

De forma elucidativa, para fins de melhor percepção de qual medida poderia ser utilizada como parâmetro do sistema *Hope*, segue definições breves sobre as medidas socioeducativas existentes no judiciário brasileiro.

No que tange à advertência, traduz-se como uma forma de repreensão verbal feita pela autoridade judiciária, que se reduz a um termo assinado pelo infrator e seus responsáveis. Já para a medida de obrigação de reparar o dano, tal situação é voltada para um ato infracional que detenha reflexos patrimoniais, sendo determinada a restituição da coisa, sua compensação ou alguma forma de ressarcimento pelo dano ocorrido. Sobre a prestação de serviços à comunidade, tal modalidade consiste na realização de tarefas por parte do adolescente, de acordo com sua aptidão física, que pode ser equivalente a uma sensação de reparação em prol da coletividade do ato infracional praticado.¹³

Ainda sobre as medidas citadas acima, a liberdade assistida é caracterizada como uma espécie de fiscalização aos atos praticados pelo adolescente, com o intuito de orientação e auxílio ao jovem infrator. Já no que tange a semi-liberdade, esta será consagrada como espécie de transição para o tipo aberto, sendo regida por atividades realizadas de forma externa pelo adolescente. E por fim, a medida da internação é

¹²BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 1201.

considerada a mais extrema e severa, pois atinge diretamente a liberdade do jovem infrator, sendo uma medida de privativa de liberdade.¹⁴

Com o intuito de buscar o esclarecimento para indagação feita neste segundo capítulo, que é a possibilidade ou não da aplicação do *Hope Probation*, em conjunto com as medidas socioeducativas, se faz necessário observar o caráter pedagógico das medidas brasileiras, que é o mesmo objetivo almejado no sistema do *Hope*. É certo que existe o caráter sancionatório, tendo em vista, a resposta do Estado a uma violação legal, entretanto, a real essência do ECA e das medidas é pela reeducação do jovem infrator.¹⁵

Diante do exposto, e ao observar a medida socioeducativa referente à liberdade assistida, descrita no artigo 118 e seus parágrafos do ECA, da qual descreve a existência de um acompanhamento e auxílio ao adolescente infrator, por meio de um orientador designado por autoridade judicial¹⁶, podemos fazer o comparativo com a liberdade condicionada descrita no sistema norte-americano para realização do processo *Hope*, na qual esta é composta por um oficial de liberdade condicionada, que irá supervisionar os atos dos assistidos em liberdade condicionada, bem como, tem como função essencial a mudança positiva na vida dos infratores, por meio de orientações.¹⁷

No *Hope Probation*, existe todo um esforço conjunto de ações e contribuições, pelo magistrado ao introduzir o procedimento, ao fiscal de condicional, a promotoria e a defesa. Ao aceitar o procedimento do *Hope*, o infrator tem a sua disposição a possibilidade de forma clara das regras a seguir, e se respeitá-las conseguirá até mesmo diminuir seu tempo em liberdade condicional, e em contrapartida ocorrendo violação ao estipulado, terá como consequência uma ação rápida com um encarceramento de forma imediata e a curto prazo. Tendo em vista, que no sistema do *Hope*, existe uma perspectiva de sistema que busca um resultado eficaz e imediato para uma violação ao sistema condicionado pelo *Hope*.¹⁸

Na seara da medida da liberdade assistida brasileira, pode ser verificado, que o ordenamento jurídico detém uma oportunidade positiva para o implemento da aplicação do *Hope* nas medidas socioeducativas, pois conforme elucida o artigo 112, §1º c/c art. 113 c/c art. 99 e 100¹⁹, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas devem observar as circunstâncias e gravidades do caso concreto para ser aplicado ao adolescente, e que será

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁵MACIEL, op. cit., p. 1.190.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁷NATIONAL, op. cit., p. 5.

¹⁸Ibid., p. 3.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 7.



aplicável as ações socioeducativas as medidas de proteção, sendo levado em conta as necessidades pedagógicas das medidas, o que corrobora na necessidade de impor ao adolescente infrator uma forma de proteção e de sanção contra o ato infracional, o que é disponibilizado pela teoria do *Hope*, em que pode condicionar ao adolescente uma forma de ser orientado em liberdade, de forma clara e objetiva as regras que deverá seguir, e caso ocorra a violação a estas regras, ocorra uma consequência direta e rápida.

Urge mencionar, que para aplicação da medida de internação, deverá ser observado os requisitos expostos no art. 122, ECA²⁰, que explicitam de forma exaustiva as possibilidades de privação de liberdade nos casos de ato infracional ser cometido com grave ameaça ou violência a pessoa, bem como no caso de reiteração em outras infrações graves, e no caso de descumprimento de medida anterior aplicada, de forma reiterada e injustificável.

Ainda sobre a possibilidade de implementar o *Hope*, na seara de medidas contra adolescentes infratores, e para hipótese no caso da transformação da liberdade assistida em medida de internação, como forma de ação rápida, em reprimir uma violação ao procedimento da liberdade assistida equiparada ao *Hope*, o ordenamento jurídico traz no inciso III do artigo 122 do ECA²¹, uma possibilidade de converter a liberdade assistida em internação, devido o descumprimento injustificável e reiterada da medida já imposta, no caso da liberdade assistida.

Importa mencionar, que a possibilidade citada acima está na esfera hipotética, em análise raso do ordenamento jurídico em questão e bem como, no procedimento do *Hope*, tal hipótese é baseada na similitude dos princípios de reeducação e medida pedagógica almejadas pelas medidas socioeducativas e pelo procedimento do *Hope Probation*.

De forma, a corroborar com as mudanças sociais positivas e que são objetivadas pelo ECA, o artigo *State of the Art of Hope Probation*²², descreve que as comunidades que adotam o sistema do *Hope*, se beneficiam com mudanças positivas, com reduções de crimes e menos encarceramento que custam caro. Tal premissa seria de grande valia ao sistema de encarceramento socioeducativo, que atualmente é atingido com superlotações e não atingem o objetivo de reintegração e ressocialização do jovem infrator, que muitas vezes, mantém uma perspectiva de continuar no meio criminoso.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² NATIONAL, op. cit., p. 6.



A fim de demonstrar a situação precária e atual dos centros de internações de adolescentes infratores a reportagem do Extra²³ relata sobre a realidade vivenciada nas unidades de internações no Estado do Rio de Janeiro, na qual constata que a capacidade máxima de lotação dos centro de internações é superior ao permitido, o que corrobora para um ambiente precário, e conseqüentemente não almeja ao objetivo pretendido, pela reeducação e o afastamento do adolescente a uma reincidência de maus comportamentos voltados ao cometimento de novos delitos.

A jurisprudência atual vem caminhando para uma política de maior proteção as crianças e adolescentes, em especial, no que tange a uma internação adequada ao adolescente, e a atuação dos tribunais superiores em resguardar a internação com o mínimo de garantias e direitos, conforme pode ser evidenciado no Recurso Especial nº 1.653.359²⁴ do Superior Tribunal de Justiça, na qual o Relator Ministro Herman Benjamin cita diversas irregularidades, como esgoto a céu aberto, acúmulo de lixo e infestação de ratos, entre outras irregularidades, no centro de internação provisório de São Benedito em Minas Gerais, e estabelece determinado prazo para a regularização da situação precária do estabelecimento.

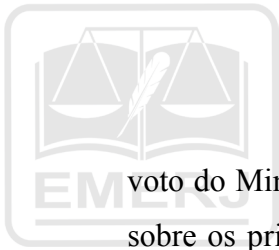
Além da superlotação e precariedade atual dos locais de internações, percebe-se que não existe de fato um acompanhamento diferenciado a esses jovens, muitas vezes pela incapacidade do Estado em promover tal acompanhamento e em fiscalizar adequadamente as medidas socioeducativas implementadas. Sob o viés da aplicação dos objetivos e princípios do *hope probation* em âmbito brasileiro, se faz necessário novamente observar a possibilidade de converter a liberdade assistida em internação, e ao contrário se necessário, entretanto, com a eficácia e presença de um orientador equiparado a um oficial de liberdade condicionada.

Conforme já exposto anteriormente, as possibilidades de conversão da liberdade assistida em internação estão descritas no ECA, e conforme o entendimento da jurisprudência sobre o tema em tela, as possibilidades de conversão estão limitadas ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 122²⁵ de forma taxativa, sendo a medida socioeducativa da internação uma forma excepcional, conforme se evidencia pelo

²³G1. Globo *Unidades destinadas a menores infratores operam 67% acima da capacidade máxima no Estado do Rio*. 2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/unidades-destinadas-menores-infratores-operam-67-acima-da-capacidade-maxima-no-estado-do-rio-23596199.html>> Acesso em: 11/4/2020.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.653.359*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700278908&dt_publicacao=01/02/2018>. Acesso em 21 ago. 2020.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 7.



voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze no Habeas Corpus nº 229303/SP²⁶, que esclarece sobre os princípios inerentes a internação e aduz sobre brevidade e o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Em busca de solucionar o questionamento feito neste capítulo, sobre a possibilidade de utilizar o *hope* nas medidas socioeducativas brasileiras, se faz necessário analisar a hipótese da “internação-sanção” disposta pelo inciso III do artigo 122 do ECA²⁷, que estabelece a internação como forma de coibir o descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, ao exemplo da liberdade assistida, sendo necessário para tanto que haja o devido processo legal. Sob essa perspectiva e hipótese, o implemento do *hope probation*, quando se tratar de descumprimento de medida socioeducativa, conforme exposto anteriormente, se faz possível no ajuste de novos entendimentos e interpretações jurídicas, tendo em vista, que atualmente a jurisprudência prevalente é pela excepcionalidade da internação.

E em que pese, a jurisprudência buscar outras medidas socioeducativas quando possíveis, invés da internação, o estudo e análise pela implementação do *hope probation* ajustado ao ordenamento jurídico do ECA, existiria com o intuito pedagógico e diferenciado, ao passo que as internações detenham um caráter sancionatório imediato para coibir e reeducar, juntamente com uma fiscalização eficaz.

Dessa forma, sendo caso de hipótese ou não, a real possibilidade de implementar o sistema *Hope* nas medidas socioeducativas não se torna tão distante do ordenamento jurídico brasileiro, e de caráter positivo existem as semelhanças dos dois sistemas, com o princípio da proteção ao adolescente, o caráter de reeducação pedagógica social, a integração social do infrator, redução do encarceramento e menor possibilidade de reincidência aos atos infracionais e demais crimes.

3. A NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO NAS MEDIDAS NO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Conforme debatido no capítulo anterior, com a possibilidade de implementação do *Hope* nas medidas socioeducativas, em especial, na liberdade assistida podendo ser convertida em internação, deve-se observar os requisitos essenciais para eficiência do

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 229303*. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&num_registro=201103099696>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 7.



sistema *Hope*, bem como, as necessidades de fiscalização efetiva das medidas socioeducativas.

O procedimento do *Hope Probation* tem como essência o elemento de monitoramento da liberdade condicional, bem como, o encarceramento rápido e breve para combater as violações²⁸. O que demonstra uma fiscalização ativa e eficaz em combate as violações do *Hope*. Diante desse parâmetro, se faz necessário observar a existente fiscalização no ordenamento brasileiro das medidas atuais contra atos infracionais dos adolescentes. E sobre essa perspectiva, existe a presença jurídica e fiscalizatória do Ministério Público (MP).

No que tange ao MP atuando nas medidas socioeducativas, observa-se que conforme dispõem os artigos 200 e 205 do ECA²⁹, o órgão ministerial atua como um fiscal acusatório para fins de manter a ordem jurídica, bem como, terá como função além das citadas expressamente em lei, assegurar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Sendo assim, percebe-se que o *Parquet* é um dos órgãos essenciais para essa fiscalização.

Faz-se necessário na presente pesquisa, além de abordar as possibilidades jurídicas do sistema brasileiro na aplicação do *Hope*, exemplificar as realidades fáticas vivenciadas no Brasil, no que tange a efetividade das medidas socioeducativas e dificuldades encontradas, nesse viés, se observa o Habeas Corpus (HC) nº 143988, na qual tem como Relator o Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal (STF), o citado HC foi proposto pelas Defensorias Públicas Estaduais do Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Pernambuco e pela Defensoria Pública Geral, com o objetivo de diminuir a superlotação das unidades de internação, sendo considerado pelas Defensorias como uma situação “calamitosa de verdadeira inconstitucionalidade, maculando a dignidade da pessoa humana e todo o mínimo sistema de proteção aos adolescentes”.³⁰

O Ministro Edson Fachin, delimitou a taxa de 119% de ocupação nas unidades de internação e determinou a transferência dos menores infratores ou que estes cumpram as medidas de forma domiciliar, nas situações de lotação superior a 119%, tendo como

²⁸ NATIONAL, op. cit., p. 8.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro impõe medidas contra superlotação em mais quatro unidades de internação de adolescentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412292>>. Acesso em: 29 abr. 2020.



determinação a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que estejam com a ocupação abaixo do limite.³¹

A decisão do HC citado acima trouxe como consequência uma instabilidade dos órgãos de controle, demonstrando um despreparo social de todos os poderes em lidar com a ressocialização dos menores infratores e de fiscalizar uma possível integração social desses menores, com o retorno ao convívio familiar e educacional. Conforme demonstra a reportagem da página do G1 de 10/06/2019, na qual o governador do Estado do Rio de Janeiro demonstrou preocupação com a liberação dos menores, por entender que não existiria uma fiscalização eficaz das famílias, e que esses menores não conseguiram frequentar efetivamente as escolas, e concluindo aduziu sobre o receio desses jovens retornarem a delinquir.³²

Ainda sobre o tema da liberação de menores infratores por decisão judicial do STF, importa observar, o entendimento da magistrada Lucia Glioche³³, juíza da Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Rio, que abordou sobre o tema e dispôs sobre a ineficácia da ressocialização dos menores quando internados, na qual o Estado não cumpriria sua obrigação, existindo uma verdadeira ociosidade do menor na internação, e não existindo uma volta ao ensino escolar quando em cárcere, o que dificultaria assim, na ressocialização desses jovens.

Ao analisar o exposto pela realidade social das medidas socioeducativas no sistema brasileiro, é perceptível que existem falhas e uma real necessidade de fiscalização adequada, não sendo apenas um papel do Ministério Público em garantir a efetividade das medidas e sim uma tarefa interdisciplinar com os demais poderes e órgãos.

Conforme já exposto nos demais capítulos a implementação do *Hope* demonstra uma diminuição significativa nas reincidências criminosas, e tendo em vista, a ideia central desta pesquisa em comparação aos sistemas e implementação do *Hope* nas medidas socioeducativas, pode-se perceber que se faz totalmente necessário uma efetiva fiscalização dos poderes responsáveis e um real investimento nessa ação, devendo existir uma junção de apoio do judiciário e do executivo.

³¹ Ibid.

³² G1. Globo. *Witzel acredita que menores liberados de unidades socioeducativas não poderão frequentar escolas: 'São problemáticos'*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/10/witzel-diz-que-menores-liberados-de-unidades-socioeducativas-nao-poderao-frequentar-escolas-sao-problematicos.ghtml>> Acesso em: 29 abr. 2020.

³³ G1. Globo. *Cerca de 400 menores infratores devem ser soltos no RJ a partir desta segunda*.

Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/10/cerca-de-400-menores-infratores-devem-ser-soltos-no-rj-a-partir-desta-segunda.ghtml>> Acesso em: 29 abr. 2020.



Dessa forma, com a finalidade de instituir o *Hope Probation* nas medidas socioeducativas brasileiras, observando todo contexto social existente, uma melhor fiscalização com uma resposta rápida e eficiente do Estado faz-se necessária.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a busca por integração dos sistemas, norte-americano e brasileiro, no que tange a adoção do *Hope Probation* nas medidas socioeducativas, não existiria apenas na integralidade da adoção do modelo *Hope*, e sim na utilização da essência e dos objetivos, tendo em vista, as diversas diferenças jurídicas e fáticas.

Percebe-se, assim, uma nova abordagem a ser introduzida no modelo brasileiro, dependente de uma nova roupagem para implementar nas já existentes medidas socioeducativas, a efetividade do *Hope Probation*.

A possibilidade jurídica de migração da liberdade assistida para a internação, aos menores infratores, de forma dinâmica e eficaz, depende de uma nova fiscalização e apoio ao adolescente, com a real utilização e capacitação dos orientadores indicados pela autoridade judicial, para que assim, seja atingida a mudança comportamental nos adolescentes.

Roga-se assim, por uma verdadeira força tarefa dos poderes, em especial, do judiciário e do executivo, com uma nova estruturação para o modelo socioeducativo, e uma visão diferenciada, que busque de fato a ressocialização dos jovens e conseqüentemente a quebra do ciclo criminoso.

Não se nega as diversas dificuldades encontradas no sistema socioeducativo brasileiro, dificuldades estas que estão ligadas a uma atuação interdisciplinar dos poderes, entretanto, uma inovação na abordagem do tema se torna imperioso, para que o sistema das medidas socioeducativas possa atingir seu objetivo primordial: a reintegração do jovem infrator em sociedade, o educando socialmente para que a reprimenda do Estado seja suficiente para a não existência da reincidência e/ou início na criminalidade como adulto, mas não se bastando apenas como uma repreensão e sim numa reeducação comportamental e social.

E por fim, constata-se, de forma inegável nesta singela pesquisa, que o que torna no sistema norte-americano, do *Hope Probation*, a eficácia da mudança comportamental e diminuição da reincidência, é o constante acompanhamento e fiscalização do poder responsável. Dessa forma, sendo imperioso ao sistema das medidas socioeducativas uma



efetiva fiscalização e apoio, missão que deverá ser abarcada pelo Ministério Público, Judiciário, Executivo e pela Sociedade, esta que deverá ser melhor instruída sobre o real intuito do Estado, que é a ressocialização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra De. O Sistema Jurídico Nos Estados Unidos - Common Law E Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O Que Poderia Ser Útil Para A Reforma Do Sistema Processual Brasileiro?. *Repro* V. 251. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF>. Acesso em: 30 set. 2019.

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

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 229303*. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201103099696>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.653.359*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700278908&dt_publicacao=01/02/2018>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministro impõe medidas contra superlotação em mais quatro unidades de internação de adolescentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412292>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CAVALCANTI, Maria Fernanda Vianez de Castro e. *O Sistema Brasileiro de Precedentes e os Precedentes do Sistema Common Law*. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52126/o-sistema-brasileiro-de-precedentes-e-os-precedentes-do-sistema-common-law>>. Acesso em: 01 set. 2019.

EMERJ. *Sentenças Alternativas – a Estratégia Probation*. Palestra realizada em 2017. Rio de Janeiro: EMERJ. 2017.

EXTRA. Globo. *Unidades destinadas a menores infratores operam 67% acima da capacidade máxima no Estado do Rio.* Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/unidades-destinadas-menores-infratores-operam-67-acima-da-capacidade-maxima-no-estado-do-rio-23596199.html>>. Acesso em: 11. abr. 2020.

G1. Globo. *Witzel acredita que menores liberados de unidades socioeducativas não poderão frequentar escolas: 'São problemáticos'.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/10/witzel-diz-que-menores-liberados-de-unidades-socioeducativas-nao-poderao-frequentar-escolas-sao-problematicos.ghtml>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. *Cerca de 400 menores infratores devem ser soltos no RJ a partir desta segunda.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/10/cerca-de-400-menores-infratores-devem-ser-soltos-no-rj-a-partir-desta-segunda.ghtml>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrina e jurisprudência.* 20. ed. São Paulo: Juspodivm. 2017.

LASNEAUX, Pedro de Caux. *Impactos sociais e efeitos ressocializadores das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.* Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/tomos/tomoII/versao_digital/revista_tomoII/arquivos/assets/basic-html/page-249.html>. Acesso em: 03 set. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos.* 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS. *State of the Art of Hope Probation (2015).* Disponível em: <<https://nicic.gov/state-art-hope-probation-2015>>. Acesso em: 29 set. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.* 3. ed. São Paulo: Forense. 2017.

SUPER ABRIL. *Por uma Prisão sem Grades.* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/por-uma-prisao-sem-grades/>>. Acesso em: 30 set. 2019.



A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI POR JURISDIÇÃO ARBITRAL

Bárbara Yumi dos Santos Kikuchi Sato

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – diante do aumento pela busca de métodos alternativos ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos, a arbitragem tornou-se um meio bem utilizado. A lei da arbitragem brasileira, em seus artigos 18 e 31, equipara o árbitro ao juiz, dessa forma, questiona-se se possível que aquele deixe de aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade. Após breves comentários quanto à natureza jurídica da arbitragem, conclui-se pela sua natureza jurisdicional, o que autorizaria, a princípio, o controle de constitucionalidade pela jurisdição arbitral. Nesse raciocínio, o presente trabalho analisa os limites do poder do árbitro, bem como o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que, por autorizar um controle difuso, acaba por permitir que a jurisdição constitucional também seja exercida pelo árbitro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade Difuso. Arbitragem. Poderes do árbitro.

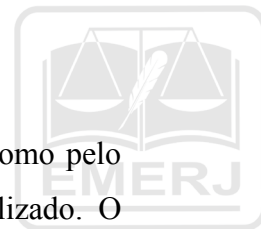
Sumário – Introdução. 1. A relevância de redefinir a natureza da arbitragem como jurisdição. 2. A definição dos limites dos poderes do árbitro. 3. O controle de Constitucionalidade realizado pelo árbitro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou, no seu artigo 3º, a ideia da tripartição dos poderes, dessa forma, incumbiu ao Poder Judiciário o protagonismo na resolução de conflitos. Assim, o processo judicial tornou-se o meio para os cidadãos em conflito resolverem seus litígios, o que gerou um cenário caótico dentro do sistema judicial brasileiro.

Dados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, no relatório “Justiça em Números” de 2019, inclusive, demonstram que o ingresso de processos no judiciário chega à casa dos milhões, com alta taxa de congestionamento, bem como um crescimento do tempo médio decorrido entre a petição inicial e a sentença, ou seja, há uma nítida morosidade dentro do sistema.

Nessa conjuntura, o sistema jurídico aliou-se a meios alternativos ao Poder Judiciário como forma de dirimir conflitos de maneira menos morosa. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, todavia, os números do CNJ exprimem uma lenta evolução dessa via de resolução de conflitos.



Outrossim, o instituto da arbitragem, por conta da Lei nº 9.307/96, bem como pelo advento do atual Código de Processo Civil, passou a ser, assim, por muito utilizado. O instituto vem apresentando tamanha relevância que a sentença arbitral passou a ter a mesma força da sentença judicial e tal meio alternativo passou a encontrar a mesma proteção que o processo judicial, sofrendo inclusive os efeitos irradiantes da Constituição Federal.

Destarte, pela presente pesquisa científica discute-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela jurisdição arbitral. O tema é ainda pouco discutido na doutrina; contudo, dado o crescente uso da jurisdição arbitral, merece atenção.

Para tanto, abordam-se diferentes posições doutrinárias a respeito do tema, pelas quais o árbitro teria o exercício de um controle de constitucionalidade, de maneira a garantir a supremacia da norma fundamental, qual seja a Constituição Federal.

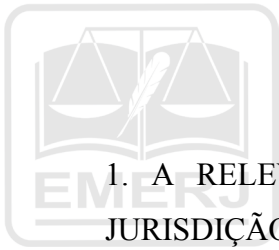
Para melhor compreensão do tema, busca-se questionar os limites do poder do árbitro, mormente no que tange à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Constata-se atualmente a equiparação entre árbitro e juiz pelo artigo 18 e 31 da Lei nº 9.307/96, dessa forma, depara-se com o seguinte questionamento: seria possível que aquele deixe de aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade?

Inicia-se o primeiro capítulo com o antigo debate em torno da natureza jurídica da arbitragem. Sendo assim, apresentam-se três teorias a respeito da questão, quais sejam: teoria privatista, publicista e mista.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise dos limites do poder do árbitro. Explicita-se que a arbitragem é baseada na autonomia da vontade das partes, que possuem a liberalidade na escolha da lei aplicável e das regras processuais do procedimento arbitral. Não obstante essas determinações das partes, procura-se analisar se o árbitro estaria limitado às regras procedimentais e às leis previstas.

O terceiro capítulo, por sua vez, inicia-se com a análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, por meio de suas premissas, bem como seu modelo concentrado e difuso; abstrato e concreto. Ato contínuo, abordam-se teorias favoráveis ao exercício do controle de constitucionalidade na jurisdição arbitral, quais seja, a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição arbitral simétrica” e a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição autônoma”.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, com objetivos descritivos e explicativos. 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 para consolidar a sua tese da problemática exposta.



1. A RELEVÂNCIA DE REDEFINIR A NATUREZA DA ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

O debate quanto à natureza jurídica da arbitragem é uma questão muito debatida pela doutrina e, até o momento, não atingiu uma unanimidade. O tema é de extrema importância, haja vista que a depender da natureza jurídica concedida diferente será a definição da atuação do árbitro e a limitação de seus poderes.

A discussão não se restringe ao Brasil, uma vez que vem sendo tratada por diversos doutrinadores estrangeiros há tempos. Nesse sentido, surgiram três correntes sobre o assunto.

A doutrina clássica, capitaneada por Chiovenda e Calamandrei, entende que a arbitragem é um instituto de direito exclusivamente privado¹. Para eles o instituto resulta de uma obrigação contratual firmada por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral.

Esse ponto de vista ficou conhecido no meio jurídico como “teoria privatista ou contratual”, segundo a qual a opção pela arbitragem seria um acordo derivado da autonomia de vontade das partes que, por sua vez, optam pela renúncia à jurisdição.

Trata-se de uma forma de pensar derivada do direito romano, no qual a solução dos conflitos era dada pelas próprias partes ou pelo agrupamento a que pertenciam. Com o tempo e a evolução do direito romano, a sociedade da época chegou ao entendimento de que um terceiro, escolhido pelas partes, poderia fornecer soluções mais justas ao conflito².

Nesse sentido, observa-se que, logo na antiguidade, o árbitro iniciava seu papel de julgador, oferecendo uma justiça privada.

A teoria privatista possuía maiores adeptos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem –³. Pelo antigo sistema, era necessária homologação judicial do laudo arbitral; somente esse ato judicial conferia força final de sentença ao laudo, possibilitando a incidência da coisa julgada⁴.

¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 43.

² BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem>. Acesso em: 06 out. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_02_05.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

Sobre o assunto, José Cretella Neto⁵ afirma que:

Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

Com o advento da lei de arbitragem, uma segunda teoria ganhou mais força, a “teoria publicista ou jurisdicional”. Os defensores da teoria publicista sempre defenderam que a jurisdição não é monopólio do Estado, visto que seria possível que um terceiro fosse escolhido para atuar como Estado-juiz, manifestando a jurisdição⁶.

Diferentemente do defendido pela teoria privatista, a premissa da teoria publicista não está na vontade das partes, mas sim na vontade do Estado, na sua função de legislador. Para ela, o Estado escolhe outorgar poderes aos juízes e árbitros para que eles exerçam uma função judicante, resolvendo litígios, na diferença que, no caso da arbitragem, caberia às partes a escolha dos árbitros.

Os críticos a essa corrente baseiam-se no fato de o árbitro não possuir todos os poderes de um juiz, mormente o *coertio* e o *executio*, isto é, malgrado possuir o poder de conhecer (*notio*) e esclarecer (*iudicium*) uma demanda, o árbitro não pode coagir as pessoas a cumprir suas decisões⁷. Outrossim, muitos rejeitam a teoria sob o argumento de que a jurisdição é indelegável, razão pela qual não poderia ser atribuída ao árbitro.

Diante da existência das duas teorias supracitadas, uma parte da doutrina passou a defender uma teoria mista ou intermediária. Por uma reunião de elementos de direito público e privado, entende-se que a origem da arbitragem é contratualista, isto é, pela autonomia da vontade, todavia, sua finalidade é a atividade jurisdicional⁸.

A crítica à teoria mista trata exatamente da mistura realizada, uma vez que a arbitragem iniciar-se-ia por meio do processo arbitral, no entanto, terminaria apenas na fase de execução, a qual ocorre no poder judiciário e de acordo com Ricardo Ranzolin⁹:

⁵ CRETELLA NETO apud BORBA, Thiago Medeiros de Borba. *A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro*. 2018. 66 f. Trabalho de conclusão final de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018. p. 19.

⁶ WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no Procedimento Arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano III, nº 4, v. I, p. 8-25.

⁷ MUNIZ, op. cit., p. 45.

⁸ BORBA, op. cit., p. 21.

⁹ RANZOLIN apud *ibid.*, p. 22.



Nem os defensores da tese jurisdicionalista enxergaram haver arbitragem no processo judicial de execução. Assim, se só há arbitragem antes da execução judicial, não pode o que ocorre nessa última ser considerado como parte constituinte da arbitragem e de sua natureza. Em outra palavras, a disposição sobre o caráter jurisdicional, contratual ou misto da arbitragem está fukcrado na condição de serem jurisdicionais, contratuais ou mistos o processo arbitral e sua decisão – que é quando há arbitragem. Depois dela, tanto os defensores da tese contratual como os da jurisdicional concordam que se está já em puro processo judicial.

Por derradeiro, a Lei nº 9.307/1996 afirma, no artigo 18, que o “árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder judiciário”¹⁰, em seguida, em seu artigo 31, a lei disciplina que a sentença arbitral produzirá “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.

Destarte, pela análise do ordenamento jurídico, conclui-se que legislação vigente corrobora o caráter jurisdicional da atividade arbitral. O árbitro ao prolatar a sentença arbitral declara o direito aplicado ao caso concreto e, dessa maneira, extingue a lide.

Essa decisão, conforme artigo 18 da Lei nº 9.307/1996 tem natureza de título executivo, não necessitando de homologação judicial, sendo esse o argumento que melhor fulmina a alegação de ausência de jurisdicionalidade da Lei nº 9.307/1996.

Importante ressaltar que o Código de Processo Civil¹¹ ao estabelecer, no artigo 42 e §1º, artigo 3º, que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”, não afasta a natureza jurisdicional da arbitragem. Desta feita, a interpretação correta do Código de Processo Civil seria pela jurisdição como regra geral, o gênero, e a arbitragem, como aplicação concreta da regra, a espécie¹².

Por fim, parece correto afirmar que a arbitragem possui natureza jurisdicional que representa o início da desestatização dos litígios, sem, contudo, visar à criação de um poder paralelo ao judiciário, mas apenas permitir outros meios de solução das lides¹³.

2. A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DOS PODERES DO ÁRBITRO

Precipuaente cumpre estabelecer uma distinção entre árbitro e arbitrador. Aquele se traduz na pessoa física indicada pelas partes para solução de controvérsia a respeito de direito

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 6 out. 2019.

¹² MUNIZ, op. cit., p. 44.

¹³ SOMBRA, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2019. p. 276.



disponível, já este, é a pessoa física indicada pelos contratantes para compor conteúdo de um negócio jurídico¹⁴.

Por conseguinte, o primeiro, árbitro, visa solucionar um litígio com a imposição, declaração de norma aplicável, enquanto, que o segundo, arbitrador, apenas integra, com sua vontade, negócio jurídico antes incompleto. Evidencia-se, assim, que as partes, ao nomearem um árbitro, buscam decisão para o caso concreto, uma sentença arbitral com os mesmos atributos da decisão estatal.

A nomeação do árbitro, entretanto, não pode se dar de forma livre. A princípio, o único requisito legal exigido é a capacidade civil, prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil¹⁵, contudo, existem vedações legais à figura do árbitro.

O juiz togado, por exemplo, não poderá ser árbitro, consoante ao previsto no artigo 26, II, alínea “a” da Lei Orgânica da Magistratura – Lei Complementar nº 35 de 1979¹⁶, recepcionada pela Constituição de 1988¹⁷. Tal legislação apenas autoriza ao magistrado o exercício de um cargo de magistério superior, sob pena de perda do cargo.

Ultrapassada certas vedações e requisitos, determinadas qualidades são exigidas do árbitro, quais sejam: imparcialidade; independência; competência; diligência e discrição.

Quanto à imparcialidade, inegavelmente, requer-se do árbitro a mesma equidistância que o juiz guarda em relação às partes do processo, a fim de garantir a justiça. Provavelmente, na situação em que o árbitro é escolhido pela parte, levanta-se a possibilidade de comprometimento dessa qualidade, por essa razão, diversas entidades arbitrais criam códigos de ética com recomendações¹⁸.

Por sua vez, a imparcialidade diferencia-se da independência. Nesta o árbitro não mantém quaisquer relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social com as partes. Trata-se de uma situação fática que pode ser avaliada objetivamente.

Pedro Baptista Martins apresenta o seguinte conceito de independência:

[...] a qualidade do que se mostra e age sem vinculações. Independente é o árbitro que não está ligado por algum vínculo próximo profissional ou pessoal com uma das partes ou seus patronos, ou tampouco possui interesses no objeto do conflito. Trata-

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96.3*. ed. rev., atual. e ampl. São Paul: Atlas, 2009. p. 228.

¹⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁸ CARMONA, op. cit., p. 240.

se de critério objetivo de apuração que deve ser avaliado com lógica, ponderação e bom senso¹⁹.

Seguindo essas duas características, há a possibilidade de apresentação de exceção de impedimento e suspeição nos mesmos casos de impedimento ou suspeição de juízes. A competência para o julgamento da exceção será exclusiva do árbitro, cabendo à parte vencida fazer valer suas razões ao juiz.

Existe, aliás, tentativa de padronização via *soft law* da *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines)*. O objetivo é traçar princípios gerais relativos a imparcialidade e independência do árbitro, segundo os quais, o árbitro deve permanecer imparcial e independente até a prolação da sentença arbitral²⁰.

Deste modo, como o magistrado, presume-se que o árbitro seja competente, isto é, tenha conhecimento específico capaz de dirimir a controvérsia suscitada. Essa competência, ainda, é expandida pelo dever de agir com diligência, melhor, o árbitro empenha-se na busca da verdade de forma a prolatar decisão com o maior zelo e cuidado.

Por fim, o árbitro age com discricção, sendo essa uma das vantagens da escolha pelo procedimento arbitral. As partes podem, inclusive, exigir segredo do árbitro, o qual quando violado, gera responsabilidade por perdas e danos.

Com as qualidades supramencionadas, percebe-se que o árbitro não se diferencia tanto de um juiz de direito, um magistrado. Por essa razão, o artigo 18 da Lei de Arbitragem, seguindo a tradição iniciada pelo art. 1.041 do Código Civil de 1916²¹, determina expressamente que “o árbitro é juiz de fato e de direito”. Segundo Carlo Alberto Carmona:

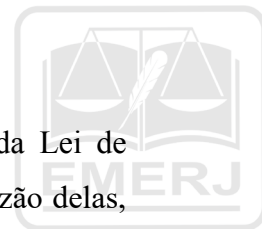
[...] talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), as sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quando com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito²².

¹⁹ MARTINS apud MUNIZ, op. cit., p. 138.

²⁰ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. 252 f. Trabalho de conclusão final de curso (Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, 2014. p. 55-57.

²¹ BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

²² CARMONA, op. cit., p. 269.



Essa equiparação pode ser, igualmente, observada quando o artigo 17 da Lei de Arbitragem dispõe que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.

Com essa hipótese, surge a questão se o ordenamento jurídico poderia restringir os poderes do árbitro, assim como, as partes. Como se sabe a arbitragem é caracterizada pela liberdade das partes escolherem o procedimento a ser aplicado, por essa razão, as partes poderiam limitar a atividade cognitiva do árbitro em matéria de direito, sempre respeitando os bons costumes e a ordem pública²³.

Em contrapartida, as partes não poderão limitar a atividade cognitiva do árbitro, visto que como destinatário da prova e em razão do princípio do livre convencimento, não podem as partes ou o tribunal limitar o conhecimento ou impedir produção de provas.

Quanto à limitação pelo Poder Judiciário, esse não pode controlar a aplicação da lei material pelo árbitro, tampouco opinar quanto ao mérito. Ocorre que o juiz togado poderá, no caso de provimento cautelar ou execução de sentença arbitral, negar a aplicação da medida cautelar ou execução da sentença quando houver violação dos bons costumes e da ordem pública.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO ÁRBITRO

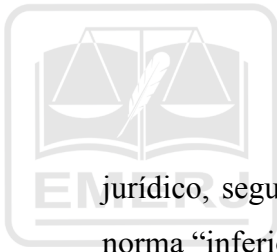
O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema composto de ordem e unidade, qualquer quebra nessa harmonia é capaz de deflagrar uso de mecanismos de correção, como o controle de constitucionalidade. Com efeito, esse controle baseia-se, mormente, em duas premissas: supremacia e rigidez constitucional²⁴.

A supremacia é assegurada essencialmente por uma questão formal; o fato de a constituição brasileira ser rígida, ou seja, possuir processo legislativo para a mudança do texto constitucional muito mais solene que outros atos normativos, a coloca em uma posição de hierarquia.

O jurista austríaco Hans Kelsen, mestre da Escola de Viena, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, segue a ideia de Adolf Merkl sobre uma formação escalonada do sistema

²³ AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real; HUCK, Hermes Marcelo. *Árbitro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/arbitro_juiz_fato_direito.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.



jurídico, segundo a qual há uma norma de elaboração jurídica “superior” que condiciona a norma “inferior”²⁵. Essa norma superior seria a Carta Magna de 1998.

Mister salientar que para Kelsen²⁶:

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento²⁷.

O segundo pressuposto do controle é a rigidez constitucional, uma vez que se tem necessário um processo de elaboração diverso e mais complexo da norma constitucional, caso contrário, inexisteria diferença formal entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ultrapassada essa questão a respeito da necessidade do controle de constitucionalidade, analisam-se os tipos de controle dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Os sistemas constitucionais modernos consagraram três modelos de Controle de Constitucionalidade: o *judicial review*, o dos Tribunais Constitucionais e aqueles que consagram o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A constituição federal de 1988 optou pelo último modelo, trazendo um sistema híbrido de controle de constitucionalidade²⁸.

No que tange o controle quanto ao órgão judicial que o exerce, ele pode ser de forma difusa ou concentrada. O controle difuso é o adotado pelo direito norte-americano com origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803. Por tal modelo, todo e qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, afastar sua aplicação no caso concreto²⁹.

Em oposição ao sistema difuso de controle, há o controle de constitucionalidade concentrado. Nesse sistema concentrado, o controle é exercido por um único órgão criado especialmente para esse fim, que decidirá o tema como questão principal e com eficácia *erga omnes*. A decisão proferida por esse órgão deveria ser tomada *in abstracto*, ou seja, sem ter por base a análise de um caso concreto.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book]. p. 50-51.

²⁶ *Ibid.*, p. 121.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ WEBER, op. cit., p. 14.

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 69.



Portanto, conhece-se o segundo modelo como controle difuso e abstrato de constitucionalidade. É o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, assim denominado por ter sido adotado pela primeira vez na constituição da Áustria de 1920.

O Brasil, conforme explicitado, adota o modelo híbrido, visto que desde a primeira Constituição Republicana adota o controle difuso e, desde a emenda constitucional nº 16 de 1965, introduziu o controle concentrado a ser realizado no Superior Tribunal Federal³⁰.

Na arbitragem, assim como os juízes, o árbitro possui a obrigação de julgar o caso concreto segundo o direito aplicado. Pode ocorrer de durante a análise do caso concreto, surgir uma questão prejudicial quanto à constitucionalidade da lei a ser aplicada. Nasce, então, a pergunta: poderia o árbitro, em conformidade com o artigo 18 da Lei de arbitragem, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma?

Esclarece-se, de início, que o controle de constitucionalidade a ser, possivelmente, exercido pelo árbitro e o difuso e concentrado, tendo em vista que realizado incidentalmente no julgamento de mérito do procedimento arbitral. Ademais, não se poderia falar em um controle abstrato da jurisdição arbitral haja vista que os árbitros não podem proferir decisões com eficácia *erga omnes*, por extrapolar os limites da jurisdição previstos convenção de arbitragem³¹.

Com o objetivo de responder à questão levantada, duas teorias acerca dos poderes do árbitro para exercer o controle de constitucionalidade surgiram. A primeira seria a do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição arbitral simétrica”, segundo a qual o árbitro só poderá exercer o controle de constitucionalidade se igual competência for outorgada aos juízes estatais:

De acordo com Pierre Mayer, há, portanto, uma verdadeira simetria de poderes entre a jurisdição estatal e a arbitral, estando os árbitros limitados àquelas atribuições conferidas, expressa ou implicitamente, ao juízo estatal para fins de controle de constitucionalidade de leis. Em síntese, se o juiz estatal não estiver autorizado a declarar inválida a norma, não se poderá conferir ao árbitro tal atribuição³².

Por certo, essa teoria, em uma arbitragem doméstica, isto é, realizada no território nacional, permite concluir pela possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de um

³⁰ Ibid., p. 70-71.

³¹ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/08/gustavo-fernandes-de-andrade-arbitragem-e-controle-de-constitucionalidade-algumas-reflexes-1006805061.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2020, p. 739.

³² Ibid., p. 741.



ato normativo pelo árbitro, em razão de sua equiparação ao juiz de fato e direito, o qual, este, pode realizar um controle de constitucionalidade difuso.

De outro ponto de vista, a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição autônoma” segue a tese kelsiana da validade da norma estar condicionada à norma superior que lhe serve de fundamento. O fundamento não está na simetria entre o árbitro e o juiz, mas no reconhecimento de que aos árbitros se confere jurisdição.

Dessa maneira, como se é conferido ao árbitro poderes para julgar o mérito nos limites da convenção arbitral, lhe deve ser reconhecido o poder de resolver, de forma incidental, as questões a respeito da validade constitucional da norma, visto que prejudicial ao mérito arbitral³³. Por esse entendimento, o árbitro também estaria autorizado a realizar um controle de constitucionalidade.

A conclusão acima pela possibilidade de controle de constitucionalidade pela jurisdição arbitral não é aplicável a todos os ordenamentos jurídicos. Na Itália, país que segue o sistema de controle concentrado, no caso *Consorzio Ricostruzione vs. Comune di Napoli*, o Tribunal concluiu que o árbitro deve suspender o procedimento arbitral e submeter eventual incidente de inconstitucionalidade de lei italiana a Corte Constitucional³⁴. Sem embargo, deve-se considerar que esse precedente provém de um ordenamento jurídico que não aceita o controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual esse precedente cai por terra quando trazido ao direito brasileiro.

CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro segue o princípio da supremacia da Constituição, assim, para manter a unidade e ordem dentro ordenamento jurídico, não é possível aplicar normas contrárias, formal e materialmente, a lei magna.

Como observado no primeiro capítulo do presente trabalho, a arbitragem é um instituto de natureza jurisdicional que representa o início da desestatização dos litígios; no momento da prolação da sentença arbitral, o árbitro declara o direito aplicado ao caso concreto. Esse direito leva em consideração a escolha pelas partes das leis aplicáveis ao procedimento arbitral.

³³ Ibid.

³⁴ WEBER, op. cit., p. 17.



Apesar do predomínio da autonomia da vontade das partes no procedimento arbitral, o árbitro ainda está submetido à Constituição Federal exatamente em razão da supremacia constitucional supramencionada. Nessa perspectiva, não se poderia aplicar a lei escolhida quando inconstitucional.

Nessa linha de raciocínio, o árbitro, agindo como juiz de fato e de direito, conforme o artigo 18 da Lei nº 9.307 de 1996, possuiria a obrigação de julgar o caso concreto em conformidade com a constituição, afastando, em uma análise incidental, a aplicação de ato normativo a ela contrário.

Essa conclusão é possível em razão do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela constituição de 1988, qual seja, o sistema misto que adota tanto o controle pela forma difusa quanto concentrada.

Destarte, entendeu-se pela relativização da competência para o exercício do controle constitucional, possibilitando tanto ao Estado-juiz quando ao árbitro a possibilidade da declaração de (in)constitucionalidade de lei.

Outrossim, o não afastamento da norma inconstitucional, suscita uma sentença arbitral inconstitucional que, conseqüentemente, será nula, como todo e qualquer ato inconstitucional.

Em conclusão, não obstante a existência de sistemas jurídicos que vedem o exame da constitucionalidade de ato normativo pelo árbitro, como o caso da Itália, a existência do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no Brasil, consente que a questão constitucional seja tratada com questão incidental ao julgamento do mérito da ação arbitral.

REFERÊNCIAS

AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real; HUCK, Hermes Marcelo. *Árbitro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/arbitro_juiz_fato_direito.pdf> Acesso em: 27 fev. 2020.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/08/gustavo-fernandes-de-andrade-arbitragem-e-controle-de-constitucionalidade-algumas-reflexes-1006805061.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem> Acesso em: 06 out. 2019.



BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 42, n. 274, p. 543-578, 2017.

BORBA, Thiago Medeiros de Borba. *A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro*. 2018. 66 f. Trabalho de conclusão final de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Justiça em Números 2019*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm> Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. *Lei n° 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 06 out. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n° 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. 252 f. Trabalho de conclusão final de curso (Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book].

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_02_05.pdf> Acesso em: 06 out. 2019.



TIBURCIO, Carmen. *Controle de Constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32144/30939>> Acesso em: 11 mai. 2020.

WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no Procedimento Arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano III, nº 4, v. I, p. 8-25.



EFICÁCIA DO SISTEMA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA PARA ELIDIR A RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL DA SOCIEDADE

Beatriz Cesario de Abreu

Graduada pela Universidade Federal Fluminense em Direito

Resumo – no presente artigo científico busca-se responder as indagações que possam surgir para as sociedades que adotam mecanismos de franquia com a entrada em vigor da lei 12.846/2013. Serão analisadas, com a entrada em vigor da referida legislação, as novas implicações penais, cíveis e administrativas, para as quais as *franchising* e seus dirigentes poderão ser chamados a responder em razão da prática de ilícitos. E, ainda, se o sistema trazido pelo art. 7º da norma seria eficaz na redução dos riscos impostos por essa, visto sua natureza jurídica de norma de eficácia limitada. Analisará também quais os instrumentos do sistema de *compliance* teriam capacidade de prover efetividade em sociedades de tamanha complexidade, como nas franquias.

Palavras-chave – Direito empresarial. Normas de eficácia limitada. Sistema de *compliance*. Contratos de franquia.

Sumário – Introdução. 1. Risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013 2. Análise da natureza jurídica da norma que instituiu o sistema de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e a sua efetividade. 3. Instrumentos do sistema de *compliance* que demonstrem a sua maior efetividade nos contratos de franquia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As recentes operações da polícia federal como a Lava Jato e a operação Zelote trouxeram à tona inúmeros casos de corrupção envolvendo sociedade empresariais, e a administração pública, o que levou a um caos político e econômico na sociedade brasileira, culminando no *impeachment* da ex presidente Dilma Rousseff e a prisão do ex presidente Lula, além de vários outros políticos e empresários. A população em meio a tantos escândalos de corrupção, iniciados com o julgamento do caso conhecido como Mensalão, em 2012, vai as ruas buscando providências do poder público, que, em resposta, anos mais tarde, cria a lei anticorrupção (Lei nº 12.846/15), norma que traz importantes mudanças para as sociedades empresárias, que não só passam a ser responsabilizadas de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa em casos de envolvimento em ilícitos perante a Administração Pública, bem como passam a sofrer sanções diretamente à pessoa jurídica.

Nesse contexto, busca-se analisar os contratos de franquia, pois estes possuem um risco elevado de responsabilização de seus dirigentes e da própria sociedade empresária

franqueada em razão de ilícitos cometidos, tanto pela própria sociedade franqueadora quanto pela sociedade franqueada, já que a ela, além de gerenciar a marca, também, deve conceder toda a assistência da qual o franqueado necessita, assim, possuindo um vínculo com a franqueada.

Desta forma, ao longo deste estudo pretende-se responder as seguintes questões: no primeiro capítulo será abordado o risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013, engloba também os atos ilícitos cometidos pelo franqueado?

No segundo capítulo será realizada uma análise da natureza jurídica da norma que instituiu o sistema de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e sua efetividade, buscando perquirir se o artigo 7º, VIII, da Lei nº 12.846/15 é capaz de reduzir os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais?

Por derradeiro, no terceiro capítulo, será indagado como implementar um sistema de *compliance* efetivamente capaz de vir a reduzir ou até mesmo excluir as sanções penais, administrativas e cíveis aplicadas a sociedade franqueadora?

Para tanto deverá ser verificando especificamente qual a responsabilidade a franqueadora possui diante dos atos praticados pela franqueada, bem como o sistema de *compliance* que poderia ser introduzido nos contratos de *franchising* que reduza a responsabilidade da franqueadora perante os atos da franqueada. E ainda, analisar se o sistema de *compliance* é eficaz no ordenamento jurídico diante da natureza jurídica da norma instituidora, bem como averiguar as atualizações desenvolvidas para garantir a efetividade da norma. E por fim, discutir quais os mecanismos do sistema de *compliance* trariam maior eficácia para o sistema nos contratos de franquia, analisando a capacidade deles de reduzirem os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais, administrativos e cíveis.

Para que o estudo pretendido seja desenvolvido de modo a contribuir de forma significativa para a comunidade jurídica é evidente que se deve basear em um recorte epistemológico, assim, podendo analisar o tema de forma sólida, sistemática e científica

O artigo será produzido através da utilização do método hipotético-dedutivo, no qual se estabelecerá premissas que serão acolhidas ou rejeitadas de forma fundamentada pelo pesquisador que terá como base a bibliografia (legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência) correspondente ao tema.



1. RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS DIRIGENTES E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA DIANTE DA LEI Nº 12.846/2013

Convém notar que a edição da lei anticorrupção¹, como é conhecida a Lei nº 12.846/13², passou a ter vigência em 29 de janeiro de 2013, e teve como embasamento político ser uma norma que objetivava reduzir ações de corrupção³, e assim, aplacar uma série de vigorosas manifestações populares⁴ que vinham ocorrendo, na época, e que tinham como substrato reivindicações de alteração na forma das conduções políticas.

Posto assim a questão, a referida lei, então, perquiriu minimizar procedimentos fraudulentos na Administração Pública, através da imposição da responsabilidade objetiva das sociedades⁵, tanto juridicamente, quanto administrativamente.

Tal imposição teve por fundamento o Art. 1.169 do Código Civil⁶, que trouxe ao ordenamento jurídico a culpa *in vigilando*, isto é, aqueles que possuem o dever de fiscalizar⁷ a atuação de empregados e preposto da empresa podem ser culpabilizados pelas condutas práticas por aqueles, tendo ou não dolo no resultado por aquele obtido.

Tem-se, assim, que os superiores hierárquicos em uma estrutura empresarial encontrar-se-iam em uma real posição de garante, assumindo um dever de vigilância para com os acontecimentos dados naquela dimensão empresarial⁸(...) Evidentemente, não se espera, com isso, que o empresário assuma a obrigação e evitar toda e qualquer inocorrência criminosa na empresa, mas, apenas, o que se entende por delitos vinculados ao estabelecimento⁹

¹XAVIER, Christiano Pires Guerra, *Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12846/13 – Elementos e estudo do caso*. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

²BRASIL. *lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 25 ago. 2020.

³Apesar do presente trabalho ter por escopo a análise do tema sob um viés empresarial pelo princípio da função da empresa e não sob uma análise criminal do tema se utiliza aqui da Código Penal para conceituar corrupção, com fulcro nos Arts. 317 e 333 do CP.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 25 ago. 2020.

⁴XAVIER, op. cit., nota 1.

⁵BRASIL, op. cit., nota 2. O termo sociedade deve ser compreendido ao longo deste trabalho a luz do Art 1º Parágrafo Único da Lei nº 12.846/13.

⁶BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54

⁸SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 130.

⁹Ibidem, p. 131.



Como se depreende do trecho acima reproduzido, a sociedade responderia, independente, de dolo ou culpa¹⁰, por atos lesivos a administração pública, tenha sido esta conduta praticada, ou não, com o conhecimento dos dirigentes da pessoa jurídica (em caráter *latu sensu* previsto no artigo 40 a 44 do Código Civil, a despeito de desenvolverem ou não atividade empresarial), posto que eles possuem dever *in vigilando* para com os seus funcionários, conforme dispõe o art. 1º da referida lei: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”¹¹

Insta, aliás, notar que com o advento da referida lei a alta administração das sociedades empresárias passou a ter que desenvolver uma diligência gigantesca quanto a conduta de seus prepostos para que a sociedade não viesse a ser responsabilizada por atos ilícitos cometidos por eles.

Partindo dessas premissas, parece oportuno considerar que em razão de ser o sistema de *franchising* uma forma de estruturação empresarial em que o franqueador disponibiliza onerosamente o seu *know-how* para que terceiro utilize e desenvolva o seu negócio, outro não é o escólio do professor Fábio Ulhoa, ao conceituar que “A franquia é um contrato pelo qual um empresário (franqueador – *franchisor*) licencia o uso de sua marca a outro (franqueado – *franchise*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos”¹² Isso posto, é salutar registrar que em que pese o franqueado ser um empresário independente do franqueador, este se beneficia do crescimento e bom desenvolvimento de seu franqueado, dado que auxilia tanto na imagem da marca quanto economicamente, portanto é indubitável que há reflexos positivos e negativos entre as condutas do franqueado no franqueador e vice e versa, pois existem atividades inerente o sistema de *franchising*.

Em virtude das considerações tecidas até o momento é inevitável não questionar se pode ser imputado *franchisor* a responsabilidade prevista no art. 2º da Lei nº 12.846/13 por atos do *franchise*.

Para responder tal indagação, convém notar nesse passo, que diante do novo panorama trazido pela legislação em comento e das elucidações acima que o ramo de *franchising* tem que dispender maior cuidado para com as suas atividades, visto que as atividades executadas pelo

¹⁰XAVIER, op. cit., nota 1.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹²COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492.



franqueador e pelo franqueado estão intrinsicamente relacionadas entre si, apenas em função de seu modo operacional.

Desta forma, parece razoável, diante de todas as considerações tecidas em seu desenrolar, responder a indagação alhures de forma positiva, ou seja, de que há risco de que o franqueador venha a ser responsabilizado objetivamente por condutas praticadas pelo franqueado, em razão de suas atividades estarem relacionadas entre si¹³.

Convém ponderar, entretanto, que tal responsabilidade só poderia ser imputada em casos em que haja conexão entre a atividade desempenhada ou benefício direito obtido pelo franqueador com a conduta ilícita, ou seja, não parece ser razoável que a sociedade franqueadora responda objetivamente por condutas ilícitas praticadas pelo franqueado das quais não possuía qualquer ingerência, conexão ou benefício.

2. ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 7º, VIII, DA LEI nº 12.846/15 E SUA EFETIVIDADE: A NORMA É CAPAZ DE REDUZIR OS RISCOS DE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA RESPONDER POR ILÍCITOS PENAIIS?

O sistema de *compliance* foi colocado no ordenamento jurídico de forma tímida pelo legislador na Lei nº 12.846 de 2015, que trouxe apenas um inciso sobre o tema no artigo 7º da lei¹⁴, juntamente com outros mecanismos que buscavam reduzir os casos de corrupção nopaís, como a conhecida delação premiada.

Nesse passo, cumpre esclarecer que não é o objetivo do presente trabalho trazer definições e conceitos do que se trata o sistema de *compliance*, o que vem sendo exaustivamente tratado por outras obras, inclusive por esta autora em seu trabalho de conclusão de curso pelo Universidade Federal Fluminense¹⁵, mas sim aprofundar a análise da efetividade do sistema no ordenamento jurídico.

Todavia, se faz necessário esclarecer que os mecanismos trazidos na legislação em comento possuem como interesse público primário a redução de ilícitos penais praticados contra a Administração pública por empresas privadas, inclusive tendo sido justamente em razão disso

¹³AMARAL, Luiz Henrique. *A nova lei anticorrupção e seu impacto nas franquias*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/nova-lei-anticorruptcao-e-seu-impacto-nas-franquias/>> Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵ABREU, Beatriz Cesario. *Compliance: breve esboço jurídico sobre a lei anticorrupção*. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4952/1/TCC_Beatriz%20Abreu.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

denominada de lei anticorrupção, portanto se faz necessário que se analise a norma tendo em mente a sua finalidade.

Para tanto, por mais antipatizado que seja a transcrição de artigo essa se faz fundamental nesse momento para a análise que se pretende desenvolver ao longo deste capítulo:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;¹⁶

É possível verificar com a mera leitura no artigo transcrito que a norma pretende reduzir as sanções trazidas pela lei quando a sociedade empresária tiver implementada um sistema de *compliance*, podendo, portanto, segundo Bacigalupe¹⁷, ser considerada uma causa de “excludente de culpabilidade da pessoa jurídica”.

Ou seja, o legislador optou por atenuar ou até mesmo por excluir a pena a ser aplicada daquelas sociedades que incluem mecanismos de *compliance*. Ora, é evidente que o Legislativo entendeu que aquelas sociedades que possuem o programa, ou que adotassem as medidas mencionadas no artigo, teriam tomadas as precauções necessárias para que não incorressem no ilícito penal, ou ao menos tivessem buscado reduzir os riscos de incorrem na conduta sancionada:

ao ser concedida atenuantes às penalidades sofridas pela empresa, o juiz responsável deveria analisar essa natureza do programa, pois não se pode considerar que um sistema que tenha por escopo a alteração da cultura dentro da sociedade empresária tenha a mesma valorização de um programa que tenha por objetivo apenas fiscalizar a sua atuação. Como dito alhures o *compliance* mais eficaz é a aquele que busca (ser *compliance*) e não apenas (estar em *compliance*)¹⁸

Todavia, conforme desenvolvido anteriormente, a norma em comento pode ser considerada, de forma analógica, como uma norma de eficácia limitada de José Afonso da Silva¹⁹ pois, em âmbito nacional, o inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/13 apenas implementa o sistema e não o normativa, não havendo qualquer norma com esse fim no ordenamento jurídico pátrio:

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷BACIGALUPE apud DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. *Compliance e direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.

¹⁸ABREU, op. cit., 2017, p.4.

¹⁹LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.



[...]não existindo qualquer outra normativa, ou diretriz interna, além da mencionada alhures, como ocorre no âmbito internacional, para a correta aplicação do dispositivo em comento se tornando fugaz a sua utilização, sendo colocado em prática ao bel prazer da pessoa jurídica, porém a constatação de sua aplicação reduz do mesmo modo as sanções a serem estabelecidas a sociedade que cometer os ilícitos previsto da lei em tela.²⁰

Portanto, para que o sistema de *compliance* venha a ser utilizado em acordo com o interesse público primário, cabe ao juiz da causa valorar se as medidas adotadas pelo *compliance* implementado na sociedade obtiveram efetividade de reduzir os riscos de incidência em um ilícito penal, já que não existem normas objetivas para tanto, existindo apenas um capítulo de um trabalho da Corregedoria da União com sugestão de elementos a serem implementados²¹ e o ISO 37.001 que “abrange tão somente suborno e não o *compliance* como um todo”²².

Assim, o juiz pode considerar que o sistema de *compliance* implementado pela sociedade não teve o condão de reduzir as más práticas que a empresa pudesse incorrer, e sim teve com mero objetivo se valer de uma “excludente de culpabilidade”²³ e não vir nesse último caso a valorar as medidas adotadas no momento da fixação da sanção penal a ser aplicada à pessoa jurídica.

Nesse caso, a empresa apenas teria dispendido altos valores com a implementação de um sistema sem que o mesmo tivesse qualquer retorno para a sociedade empresária e nem mesmo para o país.

A diferença entre ser e estar em *compliance* pode parecer tênue, mas altera de forma relevante a maneira em que o sistema é implementado e cumprido dentro da sociedade, não só pelos funcionários como também pela alta administração da empresa, deixando de ser meros mecanismos que tentam evitar ilícitos, e passa a ser uma cultura de eticidade cultivada e incentivada dentro da sociedade, sendo nesse um *compliance* efetivo e de fato capaz de excluir a culpabilidade da pessoa jurídica.

Assim, resta o questionamento, para que o sistema de *compliance* seja efetivo não basta que a empresa implemente mecanismos que busquem evitar ilícitos, mas sim que crie-se

²⁰ABREU, op cit., 2017, p.4.

²¹BRASIL. Controladoria Geral da União, *A responsabilidade Social das Empresas no Combate a Corrupção* Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/ manualrespsocialempresas_baixa.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²²COMPLIANCE TOTAL. *Norma ISO de compliance e Lei Brasileira* – o que você precisa saber para não ser surpreendido. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/14/norma-iso-de-compliance-e-lei-brasileira-o-que-voce-precisa-saber-para-nao-ser-surpreendido>> Acesso em: 21 out. 2019.

²³BACIGALUPE, op. cit., 2015, p.4.

um sociedade em *compliance*, o que por si só é um desafio gigantesco, então como implementar um sistema capaz de vir a reduzir ou excluir as sanções aplicadas as sociedade franqueadoras?

3. INSTRUMENTOS DO SISTEMA DE *COMPLIANCE* REVELADORES DE MAIOR EFETIVIDADE NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Preliminarmente, cumpre consignar que qualquer mecanismo de *compliance* que seja adotado apenas será eficaz se os altos dirigentes de sociedade estiverem de fato comprometidos a adotarem uma empresa em *compliance* para tanto é imprescindível que o primeiro passo do franqueador seja ter ao seu lado um *compliance officer*²⁴ dotado de autonomia financeira e independência em sua atuação, mas mais do que isso deve ele ter total confiança da administração.

Mister se faz ressaltar a importância de tal profissional para a organização de um sistema de *compliance* eficaz, pois apenas ele será capaz de identificar individualmente os pontos mais sensíveis e com maiores risco para a franquia, o denominado *risk assessment*, além de analisar os setores da companhia que necessitam de maior atenção e investimentos na prevenção de ilícitos, visto que “não basta conhecer o mercado para definir suas estratégias (variáveis exógenas), pois também é imperioso conhecer as próprias deficiências (variáveis endógenas) para então mitigar todos os riscos que possam afetar de maneira indesejável os resultados da empresa”²⁵

É, pois, com base em sólido conhecimento sobre o funcionamento, a atuação e os riscos da franquia que o *compliance officer* poderá elaborar um código de conduta, políticas e procedimentos a serem adotados de forma singularizada e individualizada para aquela companhia.

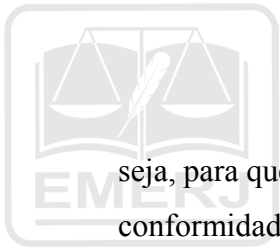
Não se pode olvidar que em razão do termo *compliance* ter derivado do verbo em inglês *to comply*²⁶ o que faz com que acreditem que o sistema se trata simplesmente do cumprimento de normas legais ou das impostas pelo código de conduta²⁷, tal equívoco se dá em função da importância do papel do código de conduta da empresa dado pelo instituto, ou

²⁴ABREU, op cit., 2017, p.27.

²⁵EDMO, Colnaghi Neves; FIGUEIROA, Caio Cesar. Gestão de Riscos. In: BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (org.) et al. *Manual de compliance*. São Paulo: Forense, 2019, p.22.

²⁶ABREU, op. cit., 2017, p.01.

²⁷Ibidem, p.18.



seja, para que um sistema seja eficaz é fundamental um bom código de conduta constituído em conformidade com as necessidades e riscos enfrentados pela franquia.

Convém obter, todavia, que de pouco adiantará um excelente *compliance officer* que estruture com maestria um sistema *compliance* e um código de conduta exemplar, principalmente nos casos das *franchisings*, se o *franchise* se não tiver em mente as boas práticas e o ser *compliance*.

Em virtude dessa consideração o instituto do *due diligence* é, sem sombra de dúvida, obrigatório quando se trata de pessoas jurídicas que desenvolvem a atividade de franquia, sendo essa a peça indispensável para um *compliance* eficaz nesse tipo de sociedade, em razão da atividade desempenhada por este instituto, com se verá a seguir:

Due Diligence refere-se à investigação completa de um negócio, geralmente feita durante o processo de negociação de compra de venda de um negócio ou empresa. É um serviço especial ligado à auditoria financeira, contábil e operacional que executa testes complementares para certificação dos números dos últimos demonstrativos financeiros da empresa em negociação, utilizados como base para a elaboração do cálculo do valor da empresa/negócio. Além disso, verifica também eventuais passivos ocultos, sejam eles fiscais, trabalhistas, ambientais, previdenciários, entre outros²⁸

Assim, tal instrumento se mostra crucial as franquias especialmente porque no caso dessas sociedades a interação com outras pessoas jurídicas ou até mesmo com pessoas físicas é o seu núcleo de atividade, como apontado no início desta obra.

Portanto, essencial que seja realizada uma investigação das atividades anteriormente realizadas pelo interessado em ser um franqueado, em virtude de ser essencial que este venha a cumprir as diretrizes estabelecidas pelo programa de *compliance* do franqueador. Ademais, se o *franchisor* pode vir a responder por atos ilícitos que venham a ser praticados pelo *franchise* parece ser do interesse daquele que este possua os mesmos padrões éticos e morais adotados por sua sociedade. Nesse sentido, preleciona Thiago Pinheiro, Paola Lorca e Victor Henrique Araújo:

O conhecimento sobre a imagem e reputação de terceiros perante o mercado e a sociedade em geral, bem como o grupo econômico do qual fazem parte são elementos que permitem à empresa conhecer mais profundamente seu prestador de serviço. Por exemplo, a pesquisa pelo terceiro em notícias de mídia e fontes de dados públicos para verificar se existe algum envolvimento de terceiros ou de empresas a ele relacionadas em processos ou investigação de natureza criminal, regulatória, eleitoral ou concorrencial. A informação sobre partes relacionadas pode ajudar a empresa a constatar se o terceiro

²⁸TOBIAS, Afonso Celso B. *O que é “DUE DILIGENCE”?* Disponível em: <<http://www.cavalcanteassociados.com.br/utd/UpToDate250.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2020.

cometeu ou é suspeito de ter cometido um ato de corrupção, fraude, improbidade administrativa, fraude a contratos públicos ou a licitações, ainda que mediante interposta pessoa. Além disso, dados públicos informam se o terceiro está inscrito em alguma das listas sancionadoras mantidas pelas autoridades públicas brasileiras (...)

A identificação da estrutura societária que o terceiro integra também é uma informação relevante, na medida em que é possível verificar quais são as outras empresas que integram o grupo e quem é beneficiário final dessas empresas. Verificar essas informações é fundamental para que a empresa entenda o histórico de terceiros e para que tenha mais conforto de que está se relacionando ou se relacionará com pessoas físicas e jurídicas íntegras e idôneas, e não com empresas de fachada²⁹

Desta forma, a instituição de um mecanismo de *due diligence* nas *franchisings* não se faz vital, apenas, em função de mitigar os riscos de responsabilização do franqueador, mas também, e talvez, tão importante quanto, mitiga os riscos à marca, como já mencionado no primeiro capítulo desta obra, a marca é um dos elementos “vendidos” pelo *franchisor*, portanto é dos elementos mais importantes da franquia.

É notório que atividade ilícitas ou contrária a práticas éticas e morais possuem condão de prejudicar em demasia uma marca, sejam essas internas como no caso da JBS S.A.³⁰ ou externas, através de terceirizados como nos casos das empresas Zara e Riachuelo³¹, sendo essencial que as *franchisings* só venham a se relacionar como aqueles que possuam os mesmos padrões éticos e morais adotados pelo *franchisor*.

Desta forma, infere-se que com a utilização dos três instrumentos apontados (*compliance officer*, código de conduta e *due diligence*) o sistema de *compliance* será atingido de forma eficaz na alta administração da sociedade, sendo certo que apenas com um alto grau de comprometimento desta é que uma sociedade conseguirá alcançar o *status* de ser *compliance*.³²

Destarte, que esse é o primeiro passo para um sistema de *compliance* eficaz, como bem denota Itamar Carvalho e Bruno Almeida “ambos os *guidelines*, da CGU e do CADE, destacam a importância da participação e do dever de comprometimento da Alta Direção da empresa para o sucesso na implementação e execução do Programa de Integridade”³³

²⁹PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. Due diligence anticorrupção para a contratação de prestadores de serviços e para fusões ou aquisições In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.124/125.

³⁰ABREU, op. cit., 2017, p.20/22.

³¹CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.70.

³²ABREU, op. cit., 2017, p.18 e 38.

³³CARVALHO, op. cit., 2019, p.62.



Entretanto, é patente que qualquer pessoa jurídica que busque implementar um sistema de *compliance* não é composta apenas da alta administração, razão pela qual é necessário também, a utilização de instrumentos de fiscalização e identificação de riscos, junto aos demais setores ou prepostos sejam eles integrantes da franqueada quanto do franqueador.

Em um sistema de franquia em que há autonomia entre o franqueador e franqueado, e que se tratar de empresários independentes entre si (apesar dos reflexos considerados no primeiro capítulo deste artigo) a estrutura de setores e prepostos é dispersa e complexa, o que invariavelmente, coloca óbices a implementação de um bom sistema de *compliance*.

Em virtude dessas considerações os mecanismos do sistema de *compliance* atenderiam de forma mais eficaz as necessidades das *franchisings* no primeiro momento seria através de treinamentos corporativos periódicos envolvendo tanto funcionários do franqueador quanto do franqueado, desta forma, é possível que o *franchisor* além de difundir os comportamentos e políticas de seu código de ética, tenha, também, contato com ocorre dentro de cada uma de suas franqueadas, conhecendo como aqueles prepostos atuam e, até mesmo, podendo verificar pontos de risco antes não percebidos.

Com a instituição de treinamentos corporativos periódicos é possível difundir a cultura do *compliance* que tem que ser inculcada na sociedade empresária quase de forma artesanal, fazendo com que cada funcionário tenha aquelas condutas internalizadas em sua atuação cotidiana e, ainda, demonstrar para os prepostos que de fato a franquia é comprometida com o seu código de conduta, com a ética, moral e boas práticas, e que o código de conduta não é um mero adorno na prateleira da empresa.

De se indagar, nessa ordem de ideias, de que adiantaria um treinamento corporativo se o preposto que internalizou as boas práticas e consegue averiguar uma conduta em desacordo com os princípios da franquia, não se sentir seguro e amparado pelo franqueador, imagine a situação de um funcionário do franqueado ao verificar que dentro daquela *franchise* na qual atua vem ocorrendo em práticas lesivas, ora, esse empregado não foi contratado e não responde ao *franchisor*, já que lembre-se são empresas independente e sem qualquer hierarquia entre si, podendo vir a se sentir vulnerável a possíveis retaliações por aquele.³⁴

Sob tal angulação é necessário que seja posta à disposição um canal de denúncias que poderá ser uma pessoa física ou jurídica externa, cumpre nesse passo esclarecer a importância da disponibilização de tal instrumento para a verificação se as boas práticas vêm sendo adotadas pelas sociedades, esse instrumento é um dos principais quando se trata de verificação de fraudes

³⁴ALVIM, Tiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Linha ética: funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In: BERTOCCELLI (org.) et al, op. cit., p.169.

e má práticas corporativas, outro não é o escólio dos ilustres Tiago Cripa e André Carvalho ao explicar:

a denúncia é uma forma mais comum de evitar fraudes do que os sistemas de controle e auditoria interna. Consoante o supramencionado estudo da ACFE, por meio de uma série histórica, é possível verificar que a “dica” ou a “denúncia” é responsável por cerca de 40% da detecção inicial de fraudes ocupacionais (*occupational fraud*) ou fraudes corporativas³⁵

Desta forma, o canal de denúncia terá “dupla função: viabilizar a denúncia enquanto assegura a quem o aciona a segurança do anonimato”³⁶ acredita-se que uma boa forma de garantir segurança para o denunciante será uma “espécie de estabilidade por um determinado período ao empregado no caso de denúncias mais graves”.³⁷

Aqui se faz necessário uma ressalva, já que no caso das franquias há a possibilidade de rescisão da franquia, sendo certo que dependendo da gravidade da denúncia esse instrumento poderá vir a ser utilizado, todavia, em tais casos, reitera que deve ser assegurado estabilidade ao denunciante.

CONCLUSÃO.

Partiu-se dos seguintes questionamentos, primeiramente, se o risco de responsabilização dos dirigentes e da sociedade empresária nos contratos de franquia diante da Lei nº 12.846/2013, englobaria também os atos ilícitos cometidos pelo franqueado? Se o artigo 7º, VIII, da Lei nº 12.846/15 tem eficácia para reduzir os riscos de a sociedade empresária responder por ilícitos penais, cíveis ou administrativos? E por fim, indagou-se como implementar um sistema de *compliance* efetivamente capaz de vir a reduzir ou até mesmo excluir as sanções penais, administrativas e cíveis aplicadas a sociedade franqueadora?

Diante de todo o exposto, verificou-se que a franqueadora apesar de ser uma sociedade independente da franqueada, pode vir a responder por ilícitos cometidos por essa, já que se tratam de sociedades intrinsecamente relacionadas entre si, podendo, ainda, que indiretamente se beneficiar do ilícito.

Assim, diante do alto risco de aos dirigentes da *franchisor* e a dela mesma vir a responder por atos da *franchise*, se deve adotar mecanismos que possam reduzir ou até mesmo excluir tal responsabilização seja penal, civil ou administrativa. Como visto, no que pese o

³⁵Ibidem, p.165.

³⁶Ibidem, p.157.

³⁷Ibidem, p.169.



sistema de *compliance* ter sido instituído por norma com eficácia limitada e não bastar a sua mera adoção para que venha ser considerado eficaz e ser capaz de minimizar a implicação sociedade em ilícitos praticados pela franqueada, é esse o sistema que a própria Lei nº 12.846/15 traz como uma excludente de culpabilidade da pessoa jurídica, razão pela qual deve a franqueadora buscar atentamente e cuidadosamente os mecanismos a serem adotados para que a implementação do *compliance* traga maior efetividade possível.

Diante da complexidade dos contratos de franquia e de sua forma operacional a franqueadora não tem um tarefa fácil na implementação de um sistema de *compliance* eficaz, devendo, ter ao seu lado um excelente *compliance officer*, e, principalmente, conhecer e confiar naqueles com os quais venham a ser seus franqueados, garantindo que estes tenham sempre em mente as políticas, padrões éticos e morais da *franchisor*, bem como garantir o treinamento de seus prepostos inspirando-os confiança e segurança para que venham, caso necessário a realizar denúncias sobre a pratica de ilícitos junto a franqueadora.

Conclui-se que com a implementação dos mecanismos apontados ao longo deste artigo a sociedade franqueadora terá desenvolvido um programa de *compliance* de forma eficaz à luz das especificidades e complexidade dos contratos dos sistemas de franquia, sendo este capaz de reduzir ou até mesmo excluir a responsabilidade que, eventualmente, a *franchisor* venha a ser implicada, pelos atos ilícitos praticados pela *franchise*.

REFERÊNCIAS

ABREU, Beatriz Cesario. *Compliance: breve esboço jurídico sobre a lei anticorrupção*. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4952/1/TCC_Beatriz%20Abreu.pdf> Acesso em: 24 set. 2019.

AMARAL, Luiz Henrique. *A nova lei anticorrupção e seu impacto nas franquias*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/nova-lei-anticorrupcao-e-seu-impacto-nas-franquias/>> Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União, *A responsabilidade Social das Empresas no Combate a Corrupção* Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

DAVID, Décio Franco. BUSATO, Paulo César, REINALDET, Tracy Joseph *Compliance e direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

BERTOCCELLI (org.) et al, *Manual de compliance*. São Paulo: Forense. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPLIANCE TOTAL. *Norma ISO de compliance e Lei Brasileira – o que você precisa saber para não ser surpreendido*. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/14/norma-iso-de-compliance-e-lei-brasileira-o-que-voce-precisa-saber-para-nao-ser-surpreendido>> Acesso em: 21 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO NETO, Gilberto. *Contratos de franquia - Responsabilidade civil do franqueado*. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/contratos-franquia-responsabilidade-civil-franqueado.htm#capitulo_7.1> Acesso em: 24 set. 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOBIAS, Afonso Celso B. *O que é “DUE DILIGENCE”?* Disponível em: <<http://www.cavalcanteassociados.com.br/utd/UpToDate250.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2020.

XAVIER, Christiano Pires Guerra, *Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12846/13 – Elementos e estudo do caso*. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.



POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Bruna Lamboglia Marques

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

Resumo – os animais domésticos vêm, crescentemente, ocupando um importantíssimo papel afetivo dentro das famílias. Percebe-se que, em diversos casos, são considerados verdadeiros membros familiares. Entretanto, em oposição a tal constatação, o ordenamento jurídico pátrio, por meio do Código Civil de 2002, mantém a posição de tratá-los como coisa. Diante desta realidade, é imperioso discutir alternativas para atender ao anseio social e, ao mesmo tempo, garantir a aplicação da justiça, sobretudo nos casos em que há disputa da guarda dos animais domésticos em virtude de litígio, buscando o melhor para todas as partes.

Palavras-chave – Direito de Família. Animais. Guarda compartilhada.

Sumário – Introdução. 1. Animais como coisa ou sujeito de direitos. 2. Guarda de animal: questão de família ou direito civil? 3. O reconhecimento do bem-estar animal e a aplicação da guarda compartilhada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o avanço das relações, cada vez mais se faz necessário à adequação do direito positivado com o que já vem sendo praticado. Comumente, os assuntos de relevância provocam o Poder Judiciário, antes mesmo de chegarem ao Legislativo, a fim de resolver problemas do cotidiano, que, por vezes, ainda não tem normas norteadoras, que só serão formadas com a quantidade repetitiva dos casos e debates acerca do assunto.

É o que se observa hoje em relação aos animais de estimação, que em muitos lares já são considerados parte da família, o que aumenta ainda mais a necessidade de uma regulamentação sobre temas que os envolvam, visando garantir a segurança jurídica e evitar decisões contraditórias.

Atualmente, segundo o IBGE, há mais cachorros do que crianças nos lares brasileiros. É incontestável o importante papel que esses animais vêm desempenhando no âmbito familiar, passando a serem considerados verdadeiros membros. Apesar disso, o Direito ainda não reconheceu esse seu novo posto, não tendo normas que supram os anseios dos donos de animais, especialmente em caso de litígios sobre sua guarda.

Por ainda serem classificados como “coisas” pelo Código Civil, é restrito a eles a aplicação de regras atinentes a direito de propriedade, o que não vem se mostrando suficiente na prática e nos leva a questionar o atual tratamento jurídico que se tem dado aos animais.

Com a expansão desse questionamento, vem ocorrendo um movimento de modificação de paradigma no tratamento dos animais de estimação, demonstrando a necessidade de um exame mais aprofundado para decidir quem ficará com eles num possível litígio, já que apenas observar o simples registro de propriedade pode gerar grandes prejuízos para todas as partes envolvidas.

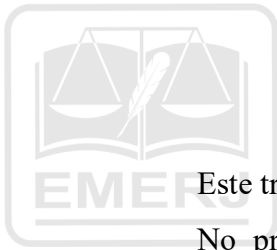
Para evitar decisões judiciais em extrema desarmonia e buscando a adequação da situação jurídica dos animais com a atual realidade e avanço de conscientização dos brasileiros em relação aos direitos deles, diversos magistrados pátrios verificam a possibilidade de aplicar às lides envolvendo animais institutos criados para a proteção e melhor interesse de incapazes no caso de divórcio de seus responsáveis legais, como a guarda compartilhada.

O presente trabalho visa, justamente, a questionar a adequação dessa aplicação analógica das regras da guarda compartilhada, originalmente criada para auxiliar no litígio que envolve filhos de casais em processo de separação, para resolver conflitos sobre a guarda de animais de estimação, o que implica, por vezes, num resultado antagônico do esperado pela legislação nacional, que prevê a entrega do bem ao seu proprietário e, em caso de condomínio sem acordo, a venda do bem com divisão igualitária do lucro, o que não atende aos interesses das partes no caso.

Nesta pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa brasileira, criando um conjunto de proposições hipotéticas, as quais a pesquisadora acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa.

O método de procedimento específico adotado foi a pesquisa exploratória, visto que se busca esclarecer e trazer conceitos e ideias sobre o tema, com caráter necessariamente qualitativa, se valendo da análise bibliográfica sobre o tema, por meio de doutrinas, jurisprudências, artigos jurídicos, legislação, revistas jurídicas, publicações da mídia e documentos na internet.

A escolha do tema se justifica na medida em que é necessário discutir-se a questão da tutela dos animais e seus direitos, trazendo uma reflexão sobre possíveis mudanças de paradigmas a fim de se oferecer maior proteção aos animais e garantindo os interesses de seus donos.



Este trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro, pondera-se sobre a adequação do tratamento jurídico conferido aos animais pelo Código Civil com o previsto na Constituição Federal e a realidade atual das famílias.

O segundo capítulo é reservado a uma sintética análise sobre a necessidade de um exame mais aprofundado quando precisar decidir quem ficará com o animal num possível litígio, buscando estudar qual seria a vara mais adequada para conhecer e julgar litígios dessa espécie.

Finalmente, o terceiro e último capítulo busca analisar a possibilidade de aplicação de institutos, como a guarda compartilhada, criados para a proteção e melhor interesse de incapazes no caso de divórcio de seus responsáveis legais aos animais domésticos.

1. ANIMAIS COMO COISA OU SUJEITO DE DIREITOS

Em uma leitura sistemática do Código Civil brasileiro de 2002, é perceptível que o tratamento dado aos animais ainda é de mera “coisa”, especialmente ao se conjugar os artigos 82, 445 e 1.232, além, é claro, dos artigos que permitem empenhar animais, como o artigo 1.442, V, 1.444 e 1.447, visto que penhor é um direito real de garantia constituído sobre coisa alheia.¹

Contudo, tal classificação vem sendo amplamente questionada, já que o direito à vida e ao tratamento digno são inerentes a todos os indivíduos, conforme destacado por Edna Dias²:

[...] Valorando a pessoa como um ser vivo, temos que reconhecer que a vida não é atributo apenas do homem, e sim um bem genérico, inato e imanente a tudo que vive. E, sob esta ótica, a pessoa tem seus direitos imbricados e sua condição de indivíduo, e não apenas pessoa física com identidade civil. Não poderemos chegar a outra conclusão senão a de que os animais, embora não sejam pessoas humanas ou jurídicas, são indivíduos que possuem direitos inatos e aqueles que lhes são conferidos pelas leis, sendo que os primeiros encontram-se acima de qualquer condição legislativa.

Outrossim, a Constituição Federal³ resguarda a proteção de direitos dos animais delegando ao Ministério Público o dever de assegurar a efetividade de tais direitos e

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 947.

² DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 897, 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667>>. Acesso em: 28 set. 2019.

³ Artigo 225, §1º, VII.

representar aqueles em juízo, determinação expressa também do art. 2º, §3º do Decreto nº 24.645/34.⁴

Ora, estaria a Constituição estabelecendo a existência de relações jurídicas entre coisas e pessoas ao eleger um ente público como legitimado para substituir bens em juízo ou demonstrar que os animais são sujeitos de direito?

Tradicionalmente, os bens, que tem como espécies as coisas e os semoventes, são tratados como objetos do direito, ou seja, bens jurídicos sobre os quais o sujeito titular do direito exerce o poder assegurado pela ordem legal.⁵

Considerando que personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações⁶, quem tem personalidade deve ser considerado sujeito de direitos. Sujeito de direitos não é apenas o homem, mas qualquer ente suscetível de ser detentor de direitos, incluindo entidades e organizações chamadas de pessoas jurídicas. Se a titularidade de direitos subjetivos fica condicionada à vontade do legislador, tendo ele atribuído direitos aos animais, por que estes ainda não são reconhecidos como sujeitos de direito?

Como destaca o Des. Carlos Alberto Garbi⁷:

Não é em virtude da habilidade dialética ou da capacidade intelectual que se deve definir o sujeito de direitos, mas em favor dos portadores de interesses. E nesse sentido FRANCESCA RESCINO observa que o progresso da ciência e da etologia tem demonstrado claramente que os animais são portadores de interesses, necessidades, desejos, instintos e direção e por isso não podem ser equiparados a coisas

É importante ressaltar que capacidade de direitos e capacidade de exercício ou de fato não se confundem. A primeira é a garantia de ter seus direitos assegurados, já a segunda é possibilidade de pleitear esses direitos em juízo por si só⁸. Portanto, o fato de alguém não possuir capacidade de exercício não implica no reconhecimento de inexistência de capacidade de direitos.

⁴ Apesar do Decreto 24.645/34 constar, no *site* do Planalto, como revogado pelo Decreto nº 11 de 1991, ele encontra-se em pleno vigor, dado que foi editado durante a vigência do Decreto nº 19.398/30, que em seu art. 1º atribuía ao chefe do Poder Executivo funções do Poder Legislativo. Isso é, por ter sido editado pelo chefe do executivo com o poder conferido pelo art. 1º do Decreto n. 19.398, o Decreto 24.645 tem força de lei, assim sendo, não pode ser revogado por um decreto posterior, em respeito a hierarquia das normas. Assim, apenas outra norma com *status* de lei (ou suprallegal) poderá revogar o Decreto 24.645, conforme destaca Alessandra Strazzi, no artigo “*Direitos dos animais: dever do Estado? Parte 3 (final)*”, disponível em <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/133033984/direitos-dos-animais-dever-do-estado-parte-3-final>>. Acesso em: 28 set. 2019.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 34.

⁶ CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007, p. 11.

⁷ BRASIL. 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Voto nº 20.626*. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. P. 1. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.



Para tanto, o CC/2002 traz a figura do incapaz para denominar quem possui apenas a capacidade de direitos. A incapacidade “é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil”⁹ e se divide em relativa e absoluta, a depender do grau de discernimento. Desta forma, na primeira – aplicada a quem tem certo grau de discernimento – se pode praticar alguns atos da vida civil, desde que esteja assistido por seus representantes legais (art. 4º, CC/2002); enquanto na segunda, por não possuir nenhum grau de discernimento, os considerados absolutamente incapazes não estão autorizados a praticar pessoalmente nenhum ato jurídico e nem exercer seus direitos sem estarem representados (art. 3º, CC/2002).

Heron José de Santana¹⁰, Promotor de Justiça do Meio Ambiente e doutor em Direito Animal, em companhia do também Promotor de Justiça do Meio Ambiente Luciano Rocha Santana e um pouco mais de uma dezena de juristas e associações, ao impetrar, em 2005, um *habeas corpus* (nº 833085-3) em favor da chimpanzé “Suíça”, caso histórico e inovador no Brasil, traz como um dos argumentos, o conceito de Kelsen, grande jurista austríaco, que:

não considerava nenhum absurdo que os animais fossem considerados sujeitos de direito, pois para ele a relação jurídica não se dá entre o sujeito do dever e o sujeito de direito, mas entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. Para o mestre de Viena, o direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico, uma vez que a relação jurídica é uma relação entre normas, ou seja, entre uma norma que obriga o devedor e outra que faculta ao titular do direito exigi-lo

Por esse motivo, Edna Dias¹¹ defende que o tratamento dado aos animais no ordenamento jurídico brasileiro deveria se aproximar do outorgado aos incapazes, uma vez que ambos detêm direitos e podem reivindicá-los através de um representante legal, ou seja, possuem capacidade de direito, todavia não a capacidade de fato. Concluí, então que “os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres (...) incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas.”

Já para Daniel Lourenço¹², se aplica aos animais a teoria dos entes despersonalizados, que diz que, mesmo não ostentando o *status* de pessoa, esses entes possuem determinados direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento jurídico, ficando a titularidade desses direitos condicionada a vontade do legislador. Destarte, não é necessária a

⁹ Ibidem. p. 107.

¹⁰ KELSEN apud HC nº 833085-3/2005, *Revista Brasileira de Direito Animal*. V. 1, n. 1 (jan. 2006), Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, p. 267.

¹¹ DIAS, op. cit.

¹² LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no congresso nacional brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 1, p. 826. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0811_0839.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

“adequação típica do animal na categoria de pessoa para que ele venha a titularizar determinados direitos subjetivos fundamentais.”¹³

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal admitiu em, ao menos, três casos emblemáticos que questionavam a constitucionalidade de leis que envolviam animais – farra do boi (RE nº 153.531-8/SC), briga de galo (ADI nº 1856) e vaquejada (ADI nº 4.983) – que a CF/88 garantiu direitos básicos a eles:

[...] não se deve desprezar o avanço representado pela possibilidade de regulamentação de muitas práticas envolvendo animais com vistas a evitar ou diminuir seu sofrimento e a garantir seu bem-estar. (...) o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, § 1o, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.¹⁴

Como todas as normas devem ser interpretadas conforme a constituição, é imperioso afirmar que os animais têm sim direitos subjetivos, não sendo mais possível serem considerados como simples coisas, meros objetos do direito, como prescreve o CC/2002. Hoje, no sistema normativo brasileiro, são assegurados aos animais direitos básicos e o mínimo existencial, além de lhes serem garantidos a possibilidade de exigir, por meio do Poder Público, o cumprimento de determinadas condutas das pessoas a fim de efetivar seus direitos.

2. GUARDA DE ANIMAL: QUESTÃO DE FAMÍLIA OU DIREITO CIVIL?

O ordenamento jurídico brasileiro determina que conflito entre particulares por direitos sobre bens privados será regido pelo Direito Civil. Assim, quando há litígio sobre a propriedade ou posse de uma coisa, a competência para conhecer a questão será da vara cível stricto sensu.

Desta forma, pela legislação atual, quando não há consenso nas lides relacionadas à propriedade ou posse dos animais de estimação, o competente para dirimir tais conflitos será o juízo cível.

¹³ Idem. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 310.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 Ceará*. Relator: Ministro Marco Aurélio. P. 39/40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º out. 2019.



“adequação típica do animal na categoria de pessoa para que ele venha a titularizar determinados direitos subjetivos fundamentais.”¹³

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal admitiu em, ao menos, três casos emblemáticos que questionavam a constitucionalidade de leis que envolviam animais – farra do boi (RE nº 153.531-8/SC), briga de galo (ADI nº 1856) e vaquejada (ADI nº 4.983) – que a CF/88 garantiu direitos básicos a eles:

[...] não se deve desprezar o avanço representado pela possibilidade de regulamentação de muitas práticas envolvendo animais com vistas a evitar ou diminuir seu sofrimento e a garantir seu bem-estar. (...) o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, § 1o, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.¹⁴

Como todas as normas devem ser interpretadas conforme a constituição, é imperioso afirmar que os animais têm sim direitos subjetivos, não sendo mais possível serem considerados como simples coisas, meros objetos do direito, como prescreve o CC/2002. Hoje, no sistema normativo brasileiro, são assegurados aos animais direitos básicos e o mínimo existencial, além de lhes serem garantidos a possibilidade de exigir, por meio do Poder Público, o cumprimento de determinadas condutas das pessoas a fim de efetivar seus direitos.

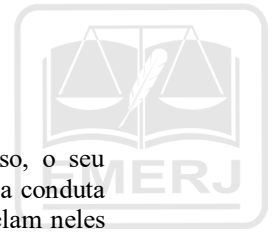
2. GUARDA DE ANIMAL: QUESTÃO DE FAMÍLIA OU DIREITO CIVIL?

O ordenamento jurídico brasileiro determina que conflito entre particulares por direitos sobre bens privados será regido pelo Direito Civil. Assim, quando há litígio sobre a propriedade ou posse de uma coisa, a competência para conhecer a questão será da vara cível *stricto sensu*.

Desta forma, pela legislação atual, quando não há consenso nas lides relacionadas à propriedade ou posse dos animais de estimação, o competente para dirimir tais conflitos será o juízo cível.

¹³ Idem. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 310.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 Ceará*. Relator: Ministro Marco Aurélio. P. 39/40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º out. 2019.



O animal é dotado tanto de intelecto quanto de consciência e, por isso, o seu sofrimento deve suscitar no homem uma profunda piedade. Não somente a conduta dos animais, mas seus próprios comportamentos, gestos e fisionomia revelam neles a existência de uma vida interior: uma vida talvez diversa e distante da nossa, mas dotada de consciência, de modo que não pode ser reduzida a um simples mecanismo fisiológico¹⁹

Com a nova ética senciocêntrica torna-se inviável a discussão de tais temas no âmbito puramente civil.

Nessa linha de pensamento, o juiz Leandro Katscharowski Aguiar²⁰, titular da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville - SC, em um julgamento de grande repercussão, declinou a competência em favor da Vara da Família daquela comarca sobre o processo de posse e propriedade da cadelinha de um casal recém-separado, por entender que magistrados das Varas da Família são muito mais sensíveis para resolver a questão e que poderiam processar e julgar a causa da melhor maneira, baseando-se na afetividade no âmbito familiar e “quem sabe se valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa a aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência”.

Tal posição já ganhou adeptos até mesmo em segunda instância. Em acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador Carlos Alberto Garbi²¹ inicia seu voto ressaltando Migliore, que defende que a lei, ao manter os animais como coisas, usou premissas que sucumbiram, baseadas em ideais ultrapassadas com egocentrismo absolutamente – chamado por ele de egoísmo especista.

Continua explicando que o homem não deve ser o único sujeito digno de consideração moral, visto que há outros seres com individualidades biopsicológicas, com psiquismo ativo e que são capazes de sentir e de querer, devendo, portanto, ser aplicado a eles também os princípios de igualdade e justiça, sob pena de afrontar a consciência ética da humanidade. Ao concordar com António Pereira da Costa, ressalta que:

a sensibilidade torna-os merecedores de tutela jurídica (...) o animal é um ser que sofre, sente alegria e tristeza, fica nervoso, cria relações de amizade e de inimizade, brinca e gosta de ser acariciado, tem por vezes um grande sentimento de gratidão, como o cão vadio recolhido, que é de grande dedicação à pessoa que o acolhe, e de solidariedade²²

¹⁹ MARTINETTI apud LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. p. 21. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁰ MEDEIROS, Ângelo et al. *Juiz entende que cão não é objeto e remete disputa por animal para Vara de Família. Poder Judiciário de Santa Catarina*. Sala de Imprensa. 19/05/2016. Disponível em: < <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animais-para-vara-de-familia> > Acesso em: 10 abr. 2020.

²¹ MIGLIORE apud BRASIL, op. cit., nota 6.

²² Ibidem. p. 5.



A única diferença é que o humano plenamente capaz consegue expressar seus sentimentos através de palavras.²³ Por isso, há necessidade de uma análise minuciosa do juízo ao decidir sobre conflitos envolvendo incapazes (seja animais ou pessoas com discernimento incompleto), a fim de se evitar injustiças escandalosas:

O animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, e ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciente, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração (...). O acolhimento da sua pretensão atende aos interesses essencialmente da agravante, mas tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal.²⁴

Privilegiando um fundamento ético e congruente aos valores da nova era, Garbi corrobora com Villela ao afirmar que independe o tratamento jurídico dado pelo código aos animais para que se possa protegê-los na prática. Ainda que o CC/2002 já tenha nascido velho e perdido a oportunidade de, seguindo os moldes de Códigos Europeus, rever a posição designada aos animais no direito pátrio, esta atualização não é necessária “para reconhecer que [os animais] são portadores de dignidade e lhes garantir tratamento justo.”²⁵ Afinal “o direito nunca dependeu da biologia para oferecer respostas convenientes”²⁶.

Isso posto, resta clara a adequação do tema a competência reservada à vara de família, que, por ser tratar de uma vara especializada, analisará a questão com mais cuidado e sensibilidade necessária ao caso.

3. O RECONHECIMENTO DO BEM-ESTAR ANIMAL E A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.

Reconhecendo a inadequada classificação do CC/2002 com o novo *status* jurídico dos animais, constata-se uma lacuna legislativa a respeito da regulamentação sobre animais adquiridos sem fins patrimoniais, e sim com a função precipuamente afetiva, tornando-se necessário adaptar a legislação existente para atender tais casos.

Pensando nisso, diversos projetos de lei foram propostos a fim de dirimir os conflitos decorrentes dessa relação afetiva e regulamentar a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem. p.1.

²⁵ VILLELA apud Ibidem. p. 9.

²⁶ Ibidem.



Atualmente, está em tramitação um projeto de Lei²⁷ que dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável.

Como justificativa para o projeto, a Senadora Rose de Freitas²⁸ argumenta que

Os animais de estimação ocupam um espaço afetivo privilegiado dentro das famílias brasileiras, sendo por muitas pessoas considerados membros da entidade familiar. (...) Apesar disso, o ordenamento jurídico ainda não possui previsão normativa para regular o direito à convivência com os bichos após o fim do casamento ou da união estável.

Enquanto a lei regulamentando um regime de guarda e visitação para o animal de estimação não é editada, magistrados de todos os cantos do país e nos mais variados graus de jurisdição vêm decidindo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, o que é permitido pela LINDB²⁹.

Ratificando essa ideia, foi aprovado, no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, o Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)³⁰, segundo o qual “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Com a expansão do conceito de família e o reconhecimento de um vínculo quase paterno-filial entre as pessoas e seus animais de estimação, a aplicação desse entendimento vem se tornando cada vez mais frequente.

É evidente que os deveres que obrigam os humanos a terem uma espécie de cuidado para com os animais não se originam do parentesco ou de um poder familiar advindo de uma relação de filiação, como no caso das crianças e adolescentes, mas de um comportamento ético-moral esperado. “É uma relação pautada pelo afeto que ambos os seres experimentarão, mas também vinculada a uma conduta responsável por parte dos humanos, que se exprimirá através de um dever de cuidado.”³¹

Assim, deve-se reconhecer que ao aplicar o direito de família ao conflito não estará o julgador privilegiando apenas o bem-estar do animal senciente, mas também os interesses

²⁷ Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018.

²⁸ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 542*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁹ Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

³⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³¹ CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?* 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede>>. Acesso em: 19 abr. 2020.



afetivos dos humanos em disputa, que querem, numa análise mais profunda, que o imparcial judiciário se manifeste acerca da lide atendendo o melhor interesse do animal.

O conceito jurídico de melhor interesse é indeterminado, portanto, o juiz, na análise dos elementos do caso concreto, que o materializará buscando o bem-estar do ser envolvido na causa, seja uma criança ou um animal.

É imperioso ressaltar que esse critério, diferente do que ocorre com as crianças, não se mostra absoluto dado as peculiaridades do caso. Deve-se, sempre que possível e da maneira mais viável, ser compatibilizado esse melhor interesse do animal com o interesse de seus tutores.³²

Marianna Chaves³³ defende, inclusive, que a guarda alternada³⁴ se adequa melhor aos animais do que propriamente a crianças e adolescentes, já que nessa modalidade de guarda o indivíduo terá uma divisão equilibrada do tempo de contato com cada responsável e uma alternância constante de residência, o que é desaconselhável para crianças e adolescentes:

O pet, assim como os filhos humanos, necessita de afeto, atenção e cuidado, mas não será prejudicado pela alternância constante de residência. (...) A mudança, para os animais, não irá gerar grandes conflitos, pois não deverá ser compatibilizada com horários das atividades escolares e extracurriculares, e tampouco irá acarretar suscitar distúrbios como a falta de raízes, que a guarda alternada impõe nas crianças e adolescentes que vivem como nômades, com uma mochila nas costas.

No que pese posições contrárias, que interpretam literalmente o CC/2002 e tratam os animais como meras coisas sem direito algum, é possível afirmar que o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência, inclusive com decisões do STJ neste sentido, é de que “o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.”³⁵

Em seu voto, no Recurso Especial nº 1.713.167, o Ministro Luis Felipe Salomão³⁶ destacou que:

A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Modalidade de guarda prevista no art. 1.583, §2º, CC/2002.

³⁵ BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Voto do relator no Recurso Especial nº 1.713.167 - SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. p. 3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 25 abr. 2020.

³⁶ Ibidem. p. 4.

Ao negar provimento ao recurso e manter o direito de visitas do recorrido ao animal, reconheceu que:

Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender [...] aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.³⁷

Nessa mesma linha, o Des. Marcelo Lima Buhatem³⁸, na apelação cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, assevera que “por sua natureza e finalidade [o animal de estimação], não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família.”

Por isso, o judiciário cada vez mais ratifica que “Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.”³⁹, mesmo sem normatização específica a respeito.

Desta maneira, torna-se claro que a atual realidade científica e jurisprudencial requer um modo de resolução de conflitos mais adequado a importância que esses animais exercem em suas famílias. Enquanto isso não ocorre, devido ao total retrocesso e descompasso que a normatização pátria apresenta, necessário é que o julgador, com seu senso de justiça, revise os conceitos do Direito para aplicar a correta decisão.

Demonstra-se, portanto, perfeitamente possível, a fim de compatibilizar os anseios da sociedade e a expectativa legítima que ela deposita no judiciário, o uso, analogicamente, das regras de guarda compartilhada, visitação e prestação de alimentos já existentes no ordenamento brasileiro aos animais de companhia, naquilo que for compatível e respeitando as peculiaridades do caso. Priorizando sempre o interesse de todos os envolvidos.

CONCLUSÃO

A proposta desta pesquisa foi refletir sobre o atual tratamento jurídico dado aos animais de estimação e sua adequação com a realidade fática das famílias.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRASIL. 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem, p. 1, 2 e 11. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>> Acesso em: 25 abr. 2020.

³⁹ Ibidem, p. 3.



É incontestável a confiança que a sociedade brasileira deposita no judiciário para a resolução de suas lides, contudo este não pode estar totalmente desconectado com as mudanças da sociedade, sob pena de cometimento de graves injustiças e um resultado nada efetivo.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou verificar a urgência da necessidade de uma mudança do paradigma atual e da visão juscivilista que se mantém ultrapassada em relação aos animais. Enquanto isso não se concretiza, forçoso é o reconhecimento das lacunas legislativas e a aplicação analógica de regras que se enquadram melhor no cenário contemporâneo.

Inicialmente, a análise se fundou no *status* jurídico dos animais, tanto o previsto no Código Civil, quanto a nova interpretação extraída da Constituição Federal. Esta, apesar de ser anterior ao CC/2002, se revela mais novel ao não negligenciar outras formas de vida não humana, ao passo que o Código Civil se mostra desatualizado quanto os sujeitos passíveis de tutela estatal, ainda tratando os animais como meras coisas.

Ao perceber que a senciência é um fato, não é possível manter-se indiferente com o sofrimento alheio simplesmente por ser com entes fisicamente diferentes da gente. Assim, o interesse dos animais nas relações que os envolvem passa a ser reconhecido.

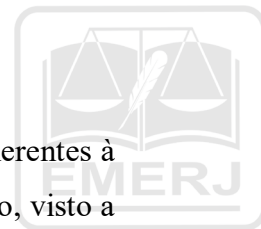
É perceptível que os animais domésticos fazem parte do núcleo familiar padrão brasileiro e, como tal, seus conflitos devem ser deliberados na vara especializada da justiça em resolver questões inerentes a família.

Conclui-se que o estágio evolutivo em que a sociedade contemporânea chegou exige não somente compaixão, mas uma verdadeira inclusão ética de outros organismos vivos ao atual rol de legitimados, que, assim como a gente, são capazes de sentir.

O princípio que veda o *non liquet* impede que a falta de disciplina legal que normatize integralmente determinado assunto sirva de alibi para a não resolução da questão e o cometimento de injustiças.

Não se pode esquecer que o direito é mutável, devendo adaptar-se a realidade fática, sob pena de ficar obsoleto e sem efetividade social. Se há alguns anos os animais eram relegados a segundo plano, hoje se revelam no centro de diversas lides, tornando-se merecedores de especial atenção.

Restou cristalino, por essas razões, que a proposta da pesquisadora consiste na tese de que deve haver uma considerável preocupação do magistrado na decisão que envolva animais domésticos com vínculos afetivos, resguardando-se os direitos e garantias conferidos a todos os envolvidos na relação, a fim de que a melhor solução seja tomada.



Desse modo, não há uma razão lógica para impedir a aplicação das regras inerentes à guarda compartilhada dos filhos menores aos conflitos envolvendo animais de estimação, visto a similitude das situações envolvendo incapazes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. *Voto do relator no Recurso Especial nº 1.713.167 - SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83443343&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 25 abr. 2020

_____. 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Voto nº 20.626*. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjstj.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codig=69099>>. Acesso em: 11 abr. 2020

_____. 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>> Acesso em: 25 abr. 2020

_____. HC n.833085-3/2005, *Revista Brasileira de Direito Animal*. V. 1, n. 1 (jan. 2006), Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

_____. *Projeto de lei do Senado nº 542*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7897707&ts=1567529324426&disposition=inline>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4.983 Ceará*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 out. 2019.

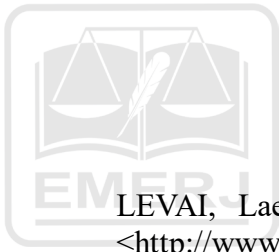
CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?* Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 897, 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667>>. Acesso em: 28 set. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 17 abr. 2020.



LEVAI, Laerte Fernando. *Os animais sob a visão da ética*. p. 21. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os__animais__sob__a__visao__da__etica.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no congresso nacional brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 1., p 826. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0811_0839.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

MAIA, Caroline Marques. *O que é senciência?* Blog Consciência animal. Disponível em: <<https://conscienciaanimalblog.wordpress.com/o-que-e-senciencia/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

MEDEIROS, Ângelo et al. *Juiz entende que cão não é objeto e remete disputa por animal para Vara de Família*. Poder Judiciário de Santa Catarina. Sala de Imprensa. 19/05/2016. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animais-para-vara-de-familia>> Acesso em: 10 abr. 2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIRES, Marco Túlio. “Não é mais possível dizer que não sabíamos”, diz Philip Low. *Veja*. Jul. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

Seu cão sabe quando você está mal, confirma estudo. *Veja*. Jan. 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/seu-cao-sabe-quando-voce-esta-mal-confirma-estudo/>>. Acesso em: 9 abr. 2020.

STRAZZI, Alessandra, *Direitos dos animais: dever do Estado?* Parte 3 (final). Disponível em <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/133033984/direitos-dos-animais-dever-do-estado-parte-3-final>>. Acesso em: 28 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011.

(IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NAS LOCAÇÕES
COMERCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO RE 605.709/SP

Bruna Nucci

Graduada pelo IBMEC/RJ. Advogada.

Resumo – as relações locatícias se apresentam de formas complexas e, por isso, o judiciário é solicitado a se manifestar com certa frequência para tratar de assuntos inerentes ao tema. Uma das grandes polêmicas que envolve as locações se refere a sua garantia mais comum: a fiança. Para a lei, há possibilidade de penhora do bem de família do fiador. Por ora, o plenário do STF diz que a penhora é possível, mas a 1ª Turma recentemente entendeu que nas locações comerciais não há razão para penhorar o bem de família do fiador. A essência do trabalho é demonstrar que permitir a penhora do bem de família do fiador nas locações comerciais atende melhor aos anseios constitucionais, por ser um prestígio ao direito à moradia do credor, atender a boa fé nas relações privadas e não desprezar o estatuto do inquilinato.

Palavras-chave – Direito Civil. Impenhorabilidade do bem de família. Locações comerciais. Recurso extraordinário nº 605.709/SP.

Sumário – Introdução. 1. A penhorabilidade do bem de família do fiador nas locações comerciais e o erro de *distinguishing* cometido pelo STF. 2. A lei do inquilinato como estatuto e o impacto econômico do contrato de locação comercial. 3. A proteção indiscriminada do bem de família – boa-fé objetiva como princípio fundamental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade de penhora do bem de família do fiador nas locações comerciais, considerando o conflito de princípios constitucionais que permeiam o tema e as recentes ponderações dos referidos princípios feitas pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 605.709/SP. Pretende-se sustentar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em todas as modalidades de locação.

Procura-se fazer uma abordagem do direito à moradia - argumento principal da tese de defesa da impenhorabilidade - como possível tese de defesa da penhorabilidade, considerando que o direito fundamental em questão deve ser visto sob a ótica não apenas do devedor como também do credor das dívidas locatícias.

Busca-se, ainda, sopesar outros princípios constitucionais inerentes ao tema, com abordagem de casos concretos e exposição da essência de diversos institutos previstos na Lei de Locações para que se demonstre a necessidade de reinterpretação dos fundamentos constitucionais usados pela jurisprudência para defesa da impenhorabilidade.



Inicia-se o artigo científico com uma breve análise histórica do tema no Brasil assim como os marcos jurisprudenciais da discussão. O primeiro capítulo também abordará a questão da distinção de tratamento da fiança nas locações comerciais daquelas não comerciais, além de abordar a previsão constitucional do assunto em Portugal. O capítulo pretende condensar os argumentos trazidos pela 1ª Turma do STF no julgamento do RE nº 605.709/SP e demonstrar o equívoco cometido na técnica de julgamento, considerando que não se trata de uma hipótese de *distinguishing*.

Em seguida, no segundo capítulo, será demonstrado que a Lei de Locações possui natureza de estatuto e, sendo assim, a penhorabilidade do bem de família do fiador pode ser medida mais protetiva que violadora de direitos constitucionais. Também será discutido o possível impacto econômico na criação de obstáculos para celebração de contratos de locação comercial, assim como será feita uma análise, sob a ótica do credor, para constatar que a busca pela efetivação do crédito locatício comercial não se apresenta em prejuízo à moradia, mas em favor desta, ao contrário do que foi recentemente decidido no RE nº 605.709/SP

Por último, no terceiro capítulo, será explorado o conceito do contrato de fiança e suas características, demonstrando que a boa-fé objetiva é um princípio norteador deste e de todos os demais contratos privados. Também serão estudados casos em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a boa-fé como princípio norteador do direito privado para flexibilizar a proteção ao bem de família, afastando uma possível proteção indiscriminada deste instituto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com a pretensão de eleger um conjunto de proposições hipotéticas, das quais se demonstrará serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, já que a intenção é se valer da bibliografia sobre o tema, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência pertinente a fim de sustentar a tese. O procedimento adotado no artigo científico é de análise bibliográfica, comparada e estudo de caso.

1. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NAS LOCAÇÕES COMERCIAIS E O ERRO DE DISTINGUISHING COMETIDO PELO STF

Seguindo o ensinamento preponderante no direito brasileiro, afirma-se que teve origem no direito americano em 1839¹ a possibilidade de isentar o único imóvel que serve de moradia

¹MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 467.



para a entidade familiar da execução de dívidas, sendo certo que a possibilidade só foi positivada no Brasil pela primeira vez no Código Civil de 1916², quando o instituto apareceu apenas em caráter voluntário, podendo ou não ser instituído pelo chefe da família.

Foi só em 1990, por meio da promulgação da Lei nº 8.009, que se passou a conhecer no Brasil o bem de família involuntário, ou seja, aquele em que o Estado confere proteção independente da vontade do proprietário ou de alguma formalidade adotada por este. A lei tratou de impor à sociedade que o bem de família ficasse resguardado de penhora por dívidas, a fim de dar proteção ao único imóvel residencial, urbano ou rural, destinado à moradia permanente do casal ou entidade familiar.

A salvaguarda do bem de família legal instituído pela Lei nº 8.009/90 já comportava exceções desde a promulgação do diploma legal, mas o rol do art. 3º que expunha a lista de hipóteses em que a impenhorabilidade do bem de família seria afastada foi ampliado por alteração imposta pela Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91). A partir de então mais uma exceção foi positivada: o bem de família do fiador que garante contrato de locação poderia ser penhorado em virtude de dívidas advindas do contrato locatício.

Embora o bem de família no Brasil tenha aparecido em 1916, foi só em fevereiro de 2000, com aprovação do texto da Emenda Constitucional nº 26, que ficou exposto na Constituição Federal o direito à moradia. Isso não significa que o direito a moradia já não fosse princípio constitucional implícito, ao contrário, ele sempre foi, desde a origem da proteção do bem de família nos Estados Unidos, a essência para implementação do instituto que, em última análise, foi a via de proteção à dignidade da pessoa humana por meio do resguardo do mínimo existencial.

Em que pese a comemoração do centenário desde a aparição da primeira norma protetiva do bem de família, é certo que as discussões sobre o tema estão sempre em voga e preenchem discussões acirradas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, inclusive, foi responsável por analisar a constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, inserida pela Lei nº 8.245/91, no emblemático julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP³ quando, por maioria, fixou-se o entendimento de que a norma não violava o disposto na referida Emenda Constitucional nº 26.

²BRASIL. *Código Civil de 1916*. Art. 70: É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 05 out. 2019.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 407.688-8/SP*. Relator: Min. Cezar Peluzo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/543_RE_407688.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.



Dentre todos os motivos determinantes daquele julgamento, destacam-se os argumentos trazidos pelo Ministro Relator Cezar Peluso, que permearam a ideia de que o direito à moradia não se restringe à propriedade, mas é amplo e sendo assim pode ser exercido de outras formas, como por meio de locação. O voto condutor sustentou que a penhorabilidade do bem de família do fiador não violaria o direito à moradia, ao contrário, o incentivaria, já que as razões de existência da possibilidade de penhora do bem de família do fiador estão calcadas em uma expressão do acesso à moradia por meio do mercado locatício.

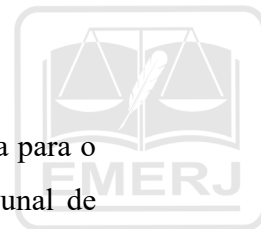
Dito de outro modo, o Ministro entendeu que colocando em cheque o direito à moradia de uma enorme classe de pessoas interessadas na locação e o direito do fiador – que nem é obrigado a se colocar nessa posição – o primeiro prevaleceria. O raciocínio foi de que o direito à moradia tem por escopo a proteção não apenas dos proprietários de imóveis, mas também dos locatários, que, podendo garantir o pagamento do aluguel mediante fiança, conseguem celebrar contratos de locação em condições mais favoráveis. Para os que assim votaram no julgamento, tornar a norma inconstitucional inutilizaria a garantia locatícia da fiança, fazendo com que os inquilinos tivessem que fazer uso de outras garantias, o que tornaria a locação mais onerosa e possivelmente a impossibilitaria.

A propósito, este é o mesmo raciocínio da Constituição Portuguesa, que impõe ao Estado o dever de assegurar um direito à habitação adequada por meio de diversas medidas, dentre elas o estímulo à habitação locada. Ou seja, a norma constitucional portuguesa impõe que o Estado estimule o arrendamento de imóveis para fins de proteção ao direito à moradia.

Artigo 65.º Habitação e urbanismo 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; (...)⁴

Outro marco jurisprudencial do tema foi o julgamento com reconhecimento de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 612.360/SP em 2010. Ali firmou-se a tese de que aquele que se comprometesse a garantir as dívidas advindas de um contrato de locação seria instado a sofrer restrições patrimoniais maiores que o devedor comum, até mesmo que o

⁴ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. *Constituição da República Portuguesa – V Revisão Constitucional*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 05 out. 2019.



próprio locatário – que gerou a dívida - pois aquele poderia perder sua única moradia para o credor, ora locador. Em seguida, o tema também foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 549⁵.

Desde o referido julgamento até hoje, considerando que não se introduziu naquele momento o debate acerca das diferentes espécies de locação em que se pode oferecer fiança, conservou-se a dúvida sobre a maneira que esse raciocínio poderia – ou não – ser aplicado ao contrato de locação comercial, já que nestes o contrato de fiança existe para viabilizar o exercício de uma atividade empresária pelo locador e não a sua moradia propriamente dita.

Além do julgado ter silenciado acerca da matéria, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador está positivada no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 sem que exista qualquer distinção entre a fiança outorgada em contrato de locação de imóvel residencial daquela feita em contrato de locação de imóvel não residencial.

Essa omissão, intencional ou não, tanto da lei quanto do STF, foi exatamente o que impulsionou a oportunidade de rever o tema, eis que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal usou o debate sobre as diferentes modalidades de locação como alicerce para rever a discussão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador, no recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 605.709/SP⁶. Por três votos a dois, declarou-se que a previsão do referido dispositivo legal que permite a penhora de bem de família do fiador de contrato de locação não abrange os contratos de locação comercial.

A Ministra Rosa Weber, condutora do voto divergente que acabou sendo acolhido pela maioria, sustentou que o bem de família do fiador não pode ser sacrificado para satisfazer crédito de locador de imóvel comercial ou estimular a livre iniciativa. O raciocínio é de que o fundamento da proteção à moradia dos locatários não poderia ser aplicado no caso de locações comerciais, pois estas teriam a finalidade de promover atividades empresariais.

Ficou definido o julgamento, então, pela ponderação entre o direito a livre iniciativa e o direito a moradia do fiador, já que os Ministros vencidos que entenderam pela penhorabilidade, o fizeram com o raciocínio de defesa da livre iniciativa como princípio fundamental (art. 1º, caput da CRFB/88). A referida decisão da 1ª Turma não possui efeitos vinculantes, mas já está sendo aplicada por alguns Tribunais Estaduais.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 549*. É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 605.709/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3793360> >. Acesso em: 11 nov. 2019.



Ocorre que, para passar por cima do entendimento já consolidado pelo STF quando do julgamento do RE, a Ministra Rosa Weber entendeu que era uma hipótese de *distinguishing*⁷. Ou seja, a ministra entendeu que a mudança de entendimento sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador se justifica pelo fato de existir uma distinção do caso por ela julgado daquele em que se firmou tese com repercussão geral sobre o tema. Para ela, a análise feita anteriormente pelo STF que originou a edição do tema 295/STF⁸, não considerou o contrato de locação comercial.

O processo originário⁹ que chegou no Supremo Tribunal Federal na oportunidade em que foi firmada a referida tese com repercussão geral, no entanto, era uma disputa que tratava de uma fiança dada em locação comercial. O referido processo que precedeu o RE nº 612.360, conta, inclusive, com cópia do contrato de locação comercial que originou a demanda.

2. A LEI DO INQUILINATO COMO ESTATUTO E O IMPACTO ECONÔMICO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL

Os direitos fundamentais são historicamente conhecidos por limitar o poder do Estado, pensados inicialmente com o objetivo de conter o poder do Estado Liberal. Os direitos fundamentais ganharam irradiação para as relações privadas quando se observou que não apenas o Estado poderia atacar as liberdades individuais como também o particular poderia atentar contra o direito individual do próximo. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o marco do reconhecimento da existência e irradiação destes direitos nas relações privadas¹⁰.

Assim, pode-se afirmar que o processo de constitucionalização das leis que regem as relações privadas, tais como o Código Civil, trouxe uma descentralização de poder das mãos de

⁷*Distinguishing* é uma técnica de julgamento positivada § 1º do art. 489 do CPC, em que se estabelece algumas balizas normativas a serem seguidas pelo magistrado ao proferir sua decisão, a fim de que ela seja considerada fundamentada, sob pena de nulidade. O inciso VI do referido dispositivo, por exemplo, reza que a decisão que deixa de seguir determinado enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente apenas será considerada fundamentada caso sejam demonstrados padrões de distinção entre as razões de fato e/ou de direito nele consubstanciadas e o caso em exame.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 295*: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000”. Relator: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0007021-13.2003.8.26.0005*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁰TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: vol. único. 7 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 62.

um dos contratantes para buscar um equilíbrio entre aqueles que contratam, ainda que isso signifique uma quebra da autonomia da vontade.

Desta forma, em um contexto global de aplicação dos direitos fundamentais ao contrato privado, tem-se que a função social deste e a eventual necessidade de reequilíbrio entre os contratantes possa dar chance para ruptura daquilo que foi previamente acordado. E foi a partir desta premissa que o Estado deixou de ser o único inimigo do cidadão para consolidar formas de proteção da sociedade contra si mesma, inclusive com edição de leis que determinam a forma de contratar em algumas situações específicas.

Neste cenário se insere a criação dos estatutos, que são o conjunto de leis que regulam determinada estrutura social coletiva, especialmente privada. São normas que determinam como uma coletividade específica deve atuar, diferenciando-a das relações privadas, não regidas por esse tipo de norma.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por exemplo, tem por objetivo fazer com que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos e liberdades fundamentais em condições de igualdade com as outras pessoas, visando à sua inclusão social e cidadania¹¹. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, tem por objetivo atender às necessidades dos consumidores, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia nas relações de consumo¹².

A Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) também é um estatuto que, por seu turno, rege as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Antes da sua edição o mercado locatício sofria fortes turbulências, com enorme dirigismo estatal, altíssimo déficit habitacional e o setor imobiliário suportava períodos de enorme insegurança “já que as regras que o disciplinavam alteravam-se em vertiginosa velocidade”¹³.

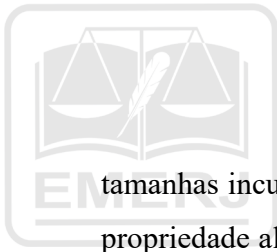
A referida lei surgiu da necessidade de encontrar equilíbrio nas relações de mercado entre as partes interessadas no contrato de locação, trazendo uma série de regras protetivas para o locatário, e outras que acolhem o locador. Trata-se de instituto legislativo cuja função primordial é de regulação das relações locatícias para que nenhuma das partes – locador ou locatário – fique em situação de extrema vulnerabilidade.

A Lei promoveu a devida proteção ao locatário, considerando-o como parte mais vulnerável da relação, mas também buscou não impor ao locador, a partir do dirigismo estatal,

¹¹LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 486.

¹²TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Ano 1 nº 2 da *Revista de Direito do Estado*, 2006, p. 48.

¹³SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.



tamanhas incumbências que tornassem o ato de ceder o gozo e uso de um bem imóvel de sua propriedade algo desarrazoado¹⁴. O mesmo raciocínio é adotado por Gustavo Tepedino¹⁵, que atesta a prioridade do inquilino na solução de conflitos regidos pela Lei:

A Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) não pôde prever todos os conflitos entre locador e locatário, mas fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*. Na operacionalização da Lei de Locações não será consentido ao intérprete deixar de levar em conta os princípios constitucionais que informam o legislador especial, em particular o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a estabilidade do inquilino na comunidade familiar, em seu local de trabalho e em sua moradia adquira valor prioritário na solução dos conflitos de interesse.

Sendo assim, considerando que a Lei foi editada para proteger as duas partes de uma locação – locador e locatário – com prioridade para o primeiro, é essencial que se leve em consideração o que a lei determina, ainda que isso signifique o sacrifício de algum direito fundamental. Isso porque, considerando a especificidade do contrato de locação e a escassez de normas gerais que fossem capazes de regular este mercado, a Lei do Inquilinato trouxe regras em que o eventual sacrifício de um direito fundamental significa a garantia de outro direito que permita o equilíbrio daquela relação e a harmonia dos contratos de locação e do mercado locatício como um todo.

Um grande exemplo do sacrifício de direitos fundamentais é o direito potestativo à renovatória. O contrato de locação empresarial confere ao locatário o direito potestativo de renovação compulsória do contrato de locação empresarial, ou seja, preenchidos os requisitos legais, o locatário tem o direito de impor ao locador a renovação do contrato.

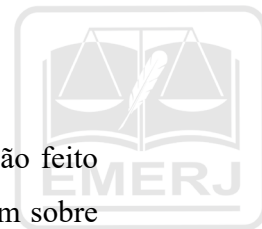
Considerando que o locador pode ser – e na maioria das vezes é – proprietário, o que justifica o sacrifício do seu direito de propriedade para manter compulsoriamente o inquilino no seu imóvel é uma garantia, em princípio, não constitucional: o ponto empresarial. Conforme explica Sylvio Capanema¹⁶, “não sendo possível a recondução amigável do contrato, o locatário valer-se-á da ação renovatória, como poderoso e eficiente instrumento de defesa do seu ponto empresarial”.

A renovatória é o mecanismo de defesa do ponto empresarial, permitindo a continuidade do exercício da atividade pelo locatário, ainda que o proprietário – locador – sacrifique os

¹⁴PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. 3. v. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 273

¹⁵TEPEDINO, op. cit.

¹⁶SOUZA, op. cit., p. 401.



direitos inerentes à sua propriedade. Trata-se, portanto, de um exemplo de ponderação feito pela Lei do Inquilinato em que a atividade empresarial e seus consectários prevalecem sobre um direito fundamental.

Se o raciocínio do voto vencedor no julgamento do RE nº 605.709/SP¹⁷, encabeçado pela Ministra Rosa Weber, é de que o direito à livre iniciativa não pode se sobrepor à moradia, tampouco faria sentido a existência da renovatória, que sacrifica o direito de propriedade em favor daquele mesmo princípio constitucional de autodeterminação empresarial.

Na verdade, é justamente a existência na Lei do Inquilinato de mecanismos eficientes de defesa da livre iniciativa e, por consequência, do ponto empresarial, que justificam a criação de uma exceção à impenhorabilidade do bem de família. Não se trata de violação ao direito à moradia, mas da criação de uma forma de garantia locatícia em que o garantidor, por livre e espontânea vontade, aceite a possibilidade de sacrificar todo o seu patrimônio em favor do afiançado, se tornando garantia forte o suficiente para baratear o custo da locação e permitir o desenvolvimento do mercado.

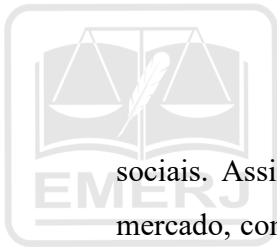
Também não faz sentido enxergar o direito à moradia do fiador em detrimento do locador sem considerar que, embora a locação possua fins exclusivamente empresariais, há quem sustente sua família e, inclusive, ofereça moradia a esta, com os rendimentos advindos da locação de um imóvel comercial de sua propriedade. Na verdade, toda e qualquer atividade empresarial lucrativa gera proventos que podem ser direcionados exclusivamente para o sustento de uma família.

Ainda é importante considerar que o pequeno empresário ou aquele que exerce atividades sem fins lucrativos pode ficar sem possibilidade de exercício da sua atividade, considerando o custo elevado de todas as outras garantias locatícias previstas em lei. O empresário necessita de um local para instalação do seu ponto comercial, a fim de desenvolver a atividade comercial que deseja. Sem a possibilidade de acesso ao estabelecimento comercial¹⁸ - que engloba o local onde a atividade será desempenhada - por meio de um mercado de locação comercial favorável, toda atividade empresarial é impactada e, com isso, a economia do país.

Examinar a previsão legal de penhorabilidade do bem de família do fiador olhando isoladamente para o direito à moradia, sem, contudo, verificar o contexto em que o sacrifício daquela moradia se insere, é analisar a questão de forma rasa. A harmonização do direito à moradia e o cumprimento dos contratos de locação devem pautar-se pela otimização dos anseios

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁸COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 1. v. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.



sociais. Assim, é possível que o ordenamento jurídico ofereça um caminho que respeite o mercado, com soluções racionalizadas pela união do direito com a economia, adequando-se à Constituição.

À título de exemplo, em que pese a Lei nº 8.009/90 tenha tratado o bem de família como o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar onde residem, a jurisprudência pátria tratou de torná-lo mais abrangente. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 486, definindo que é impenhorável o único imóvel residencial do devedor ainda que este esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para subsistência ou moradia da sua família.

Seguindo a mesma linha, a 2ª Turma do STJ¹⁹ ampliou ainda mais a proteção e decidiu que também é impenhorável o único imóvel comercial do devedor que esteja alugado quando o valor do aluguel é destinado unicamente ao pagamento de locação residencial por sua entidade familiar. Assim, fica evidente a existência de inúmeros casos em que a renda obtida com a locação comercial é usada para promover moradia à família do locador.

A penhorabilidade do bem de família do fiador nas locações comerciais não pode ser isoladamente considerada como uma afronta ao direito à moradia. Na verdade, a penhorabilidade pode ser um instrumento que viabilize o acesso à moradia, tanto nos contratos de locação residenciais, como naqueles com fins comerciais.

3. A PROTEÇÃO INDISCRIMINADA DO BEM DE FAMÍLIA – BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

A maior parte da doutrina²⁰ sustenta que a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à moradia, é a essência de todo o Direito. Sendo assim, a relativização do direito à moradia - ou de qualquer direito fundamental - só se legitima quando confrontado com outra norma fundamental que, na análise do caso concreto, se revele irradiadora em maior grau.

No caso em debate, o direito à moradia do fiador foi confrontado com o direito à livre iniciativa, mas foram ignorados outros aspectos práticos e principiológicos que permeiam o instituto da fiança, inclusive aqueles propositalmente inseridos no estatuto das locações – lei do inquilinato – para proteger a coletividade que exerce atividade no mercado imobiliário.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1616475/PE*. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> >. Acesso em: 11 fev. 2020.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70.

O contrato de fiança nada mais é do que um contrato em que uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida se o devedor não o fizer²¹. Assim, o fiador, por livre e espontânea vontade, garante ao credor o pagamento da dívida do seu afiançado, nos termos do art. 818 do Código Civil de 2002²².

A normatização do bem de família pela Lei nº 8.009/90 é sabidamente caracterizada como matéria de ordem pública e interesse social, objetivando a limitação do exercício de interesses privados. Dessa forma leciona Álvaro Villaça Azevedo²³, quando diz que o bem de família é um 'patrimônio especial', amparado por "um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social".

É possível perceber, no entanto, que não há nenhuma passagem na referida lei impedindo a alienação do único imóvel da família pelo seu proprietário, mas tão somente a proibição de que terceiros façam do imóvel um instrumento de penhora para pagamento de dívidas. Ou seja, aquele único bem que serve de moradia para a família do fiador - ou de qualquer outra pessoa - pode ser alienado a qualquer tempo por este e sua moradia pode passar a ser outra qualquer, inclusive por meio de locação de um imóvel residencial.

Desta forma, um bem de família pode ser alienado a qualquer momento pelo seu proprietário, desde que assim o queira. Considerando que o fiador não foi obrigado a assumir o encargo de pagar a dívida de outrem, é contraditório o comportamento daquele que assume esse papel e depois não possui bens alienáveis. Além disso, obrigar o locador a procurar um fiador com mais de um imóvel retira a essência do instituto da fiança que é de garantia fidejussória, ou seja, a fiança deixa de ser uma garantia pessoal.

Ora, se um ordenamento sem direitos fundamentais protegidos é despido de substância, também parece ser aquele ordenamento em que há permissão para atuação sem a mais ampla boa-fé ao se relacionar e contratar com seus semelhantes. Para Nelson Rosenvald²⁴, a boa-fé objetiva é um princípio e cláusula geral:

Com a edição do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva adquire o status de princípio e cláusula geral, impactando profundamente o direito privado clássico, ao impor padrões objetivos de conduta leal e proba as quais os contratantes ajustarão os seus

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 435.

²² BRASIL. *Código Civil de 2002*. Art. 818: Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

²⁴ ROSENVALD, Nelson. *A boa-fé objetiva*: CC X CPC/15. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/10/A-boafé-objetiva-CC-X-CPC15>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

comportamentos, de forma a que relação obrigacional transcenda os limites predeterminados pela autonomia privada, adequando-se às exigências éticas do ordenamento jurídico. A noção da obrigação como processo dinamiza o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para o qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. Esse percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que materializa deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustração das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

A partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a boa-fé foi implementada no direito privado brasileiro como um princípio fundamental das relações de consumo. Na edição do Código Civil, em 2002, o princípio da boa-fé está expressamente contemplado nos artigos 113, 187 e 422. E como ensina Flávio Tartuce²⁵, a boa-fé objetiva também foi valorizada no Código de Processo Civil de 2015, consolidando-se por meio da boa-fé objetiva processual.

Para Paulo de Tarso Sanseverino²⁶, ministro do STJ lotado na Terceira Turma, assim como pela expressa redação do Enunciado nº 26 do CJF/STJ²⁷, a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade, devendo o magistrado - quando necessário - suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva.

Para Tartuce²⁸, da boa fé objetiva decorrem conceitos parcelares como a *supressio*, *surrectio*, *tu coque*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium non potest* e outros. Para este artigo importa, no entanto, analisar como a boa fé incide na questão locatícia. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é repleta de decisões que usam a boa fé para balizar as relações contratuais de locação.

Para a 3ª Turma do STJ²⁹, por exemplo, a inércia do locador em exigir o reajuste dos aluguéis previstos no contrato por longo período de tempo suprime o direito à cobrança de valores pretéritos, mas não impede a atualização dos aluguéis a partir da notificação extrajudicial encaminhada ao locatário. Trata-se de reconhecimento da *surrectio*, que decorre da boa-fé, para fazer um redimensionamento da obrigação pela inércia qualificada de uma das

²⁵ TARTUCE, op. cit., p. 643.

²⁶ SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 431.

²⁷ BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>> Acesso em: 10 de março de 2019.

²⁸ TARTUCE, op. cit., p. 649.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1803278/PR*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em:<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1803278&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 mar. 2020.



partes em exercer um direito ou uma faculdade durante o período da execução do contrato, criando para a outra parte a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

O raciocínio de exigência da boa-fé, por meio da vedação ao comportamento contraditório, foi recentemente usado para afastar a impenhorabilidade do bem de família em caso que não se amolda como exceção legal à impenhorabilidade. Foi a hipótese em que discutiu-se no Superior Tribunal de Justiça, em ambas as turmas de direito privado, a possibilidade de consolidação da propriedade de imóvel, que era bem de família do devedor, mas foi dado voluntariamente em garantia de alienação fiduciária realizada em contrato de empréstimo com o Banco³⁰³¹.

Para o Ministro Luis Felipe Salomão, relator de um dos julgados, embora o bem de família seja irrenunciável por ser matéria de ordem pública, é possível que sua proteção seja afastada em análise concreta já que “a utilização abusiva desse direito, com violação do princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerada, afastando-se o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico.”³²

Pois bem. Partindo da análise da boa-fé como princípio fundamental das relações privadas, é possível concluir pelo comportamento contraditório daquele que assina um contrato em que se responsabiliza por toda a dívida locatícia do seu afiançado e, posteriormente, sustenta que seu único imóvel é aquele em que reside e por isso não poderá mais cumprir a obrigação de pagar. O credor, neste caso, é duplamente explorado, primeiro pelo seu devedor principal que se tornou inadimplente e, em seguida, pela pessoa com a qual ele contratou para que esta garantisse a dívida do seu devedor, ficando sob o risco de perder a própria moradia quando esta depender da renda obtida com a locação comercial.

Naturalmente, aquele que oferece seu patrimônio como garantia em sede de contrato de fiança, deve acreditar ou – no mínimo – aceitar, que pode vir a perdê-lo. Denota-se que, na prática, o credor que assina um contrato de fiança confia que caso a dívida não seja adimplida pelo devedor principal, terá a quem recorrer. E não há, no caso do contrato de fiança, espaço para enxergar o fiador como um desafortunado que teve que assumir a dívida de outrem, pois essa hipótese só se configura por ter aceitado se colocar nesta posição de garantidor.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.559.348/DF*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90208907&num_registro=201502459832&data=20190805&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.560.562/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807304&num_registro=201502547087&data=20190404&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020

³² BRASIL, op. cit., nota 8.



Trata-se, então, não apenas de uma ponderação entre moradia e livre iniciativa, mas uma análise do comportamento do fiador sob a ótica da boa-fé objetiva, que deve nortear todas as relações privadas a fim de evitar que a confiança das partes seja abalada por frustração da expectativa de um dos contratantes. A proteção do bem de família não pode, como bem entende o STJ, ser indiscriminada a ponto de atropelar a boa-fé e a ética, que devem nortear todas as relações negociais.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas entre a importância de conferir devida proteção à moradia e o alcance desta proteção quando há necessidade de penhora do bem de família do fiador de contratos de locação comercial, nos moldes da Lei nº 8.009/90.

O Supremo Tribunal Federal, em 2006, chegou à conclusão de que a permissão legal para penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação não violaria o direito à moradia uma vez que este não se restringe à propriedade e pode ser exercido por meio da própria locação quando, podendo garantir o pagamento do aluguel mediante fiança, os locatários conseguem celebrar contratos de locação em condições mais favoráveis. O meio jurídico passou, então, a enfrentar outro dilema: como compatibilizar o raciocínio usado pelo STF às locações comerciais? Dito de outro modo: é possível sacrificar o bem de família do fiador de locações comerciais já que neste cenário, a princípio, não há moradia do locatário em jogo?

A questão ficou polarizada e a penhorabilidade do bem de família do fiador nas locações comerciais foi questionada por duas visões antagônicas. A 1ª Turma do STF recentemente adotou a tese de que o bem de família do fiador não pode ser sacrificado para satisfazer crédito de locador de imóvel comercial ou estimular a livre iniciativa.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer do artigo, foi possível chegar à conclusão de que a decisão recente da 1ª Turma do STF foi incompatível com a técnica de julgamento de *distinguishing* prevista no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC. O processo originário que chegou no Supremo Tribunal Federal na oportunidade em que foi firmada a tese com repercussão geral era uma disputa que tratava de uma fiança dada em locação comercial, o que inviabiliza um novo exame do mesmo tema fora do plenário da Corte.

Também foi possível perceber, por uma análise sistemática, que a decisão da 1ª Turma é incompatível com a especificidade do contrato de locação. Isso porque a Lei do Inquilinato, que introduziu a possibilidade de penhora do bem de família do fiador no ordenamento, é um

estatuto que – por sua natureza – surgiu da necessidade de encontrar equilíbrio nas relações de mercado entre as partes interessadas no contrato de locação, trazendo uma série de regras protetivas para o locatário, e outras que acolhem o locador.

Desta forma, quando a jurisprudência afasta a aplicação de uma norma inserida em um estatuto de forma isolada, há um grave abalo naquelas relações jurídicas que – por tamanha especificidade e sensibilidade – precisam de uma regulação própria. Assim, quando há quebra de um direito conferido ao locador pelo estatuto do inquilinato, volta-se a deixar todas as relações locatícias em desequilíbrio, sob o risco de uma das partes ficar em situação de extrema vulnerabilidade.

Na prática, se o objetivo de afastar a norma posta é fazer com que o direito à livre iniciativa não se sobreponha à moradia, tampouco faria sentido a existência da renovatória - também prevista no estatuto do inquilinato - que sacrifica o direito de propriedade em favor da livre iniciativa.

Neste artigo também se demonstrou que a penhora do bem de família do fiador pode ter proporções infinitamente menores que uma provável violação à moradia das diversas partes envolvidas no contrato de locação. Aquele que desenvolve atividade empresária para promover o sustento e moradia da sua família precisa de um mercado locatício favorável, o que é impossível quando a fiança - garantia mais barata do mercado - é inutilizada. Da mesma forma, sem uma garantia eficiente do crédito locatício, aquele que faz do mercado imobiliário seu meio de sustento e promoção da moradia da sua família, fica sem morada.

Por fim, ao longo do terceiro capítulo, foi possível verificar que a decisão da 1ª Turma não abordou a boa fé objetiva, hoje considerada um princípio fundamental das relações privadas. A partir da exposição de casos concretos em que o Superior Tribunal de Justiça não permitiu que a proteção ao bem de família atropasse a boa fé objetiva, ficou evidente a importância de considerá-la para solucionar a questão aqui imposta.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. *Constituição da República Portuguesa – V Revisão Constitucional*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html>. Acesso em: 05 out. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Art. 70. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 05 out. 2019.



_____. *Código Civil de 2002*. Art. 818. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Conselho Da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>> Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.559.348/DF*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90208907&num_registro=201502459832&data=20190805&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.560.562/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807304&num_registro=201502547087&data=20190404&formato=PDF>. Acesso em: 10 fev. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1616475/PE*. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1803278/PR*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1803278&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 549*. Segunda Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 295*. Relator: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. n° 407.688-8/SP*. Relator: Min. Cezar Peluzo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/543_RE_407688.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. n° 605.709/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3793360>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n° 0007021-13.2003.8.26.0005*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. 3. v. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVALD, Nelson. *A boa-fé objetiva: CC X CPC/15*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/10/A-boafé-objetiva-CC-X-CPC15>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: vol. único*. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Ano 1 nº 2 da *Revista de Direito do Estado*, 2006.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS FABRICANTES DE CIGARRO PELO RESSARCIMENTO DAS DESPESAS SUPOSTAS PELO SUS COM O TRATAMENTO DE DOENÇAS CAUSADAS PELO TABAGISMO

Caio Assunção Andrade

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – o tabagismo é causa de diversas doenças fatais e incapacitantes que atingem não apenas aqueles que consomem a substância ativamente, mas também produz consequências severas à saúde das pessoas que não fumam. Todavia, tais impactos não se limitam apenas aos danos causados à saúde dos brasileiros, de modo que produz custos diretos e indiretos para os cofres públicos, sobretudo no Sistema Único de Saúde. Como a Constituição Federal de 1988 previu um sistema de saúde universal e gratuito, a magnitude dos custos das doenças atribuíveis ao cigarro toma grandes proporções, gerando efetivo impacto nas contas públicas. A essência do trabalho é abordar a temática da responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro pelo ressarcimento das despesas suportadas pelo SUS com o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo e apontar uma solução com fundamento nas teorias do risco proveito e do risco criado, nonexo causal epidemiológico, bem como no direito comparado.

Palavras-chave – Direito Civil. Saúde. Responsabilidade civil. Tabagismo. SUS.

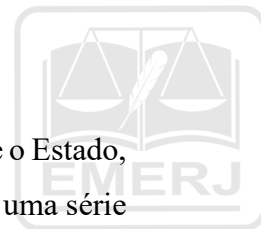
Sumário – Introdução. 1. O direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde na Constituição da República de 1988. 2. Aspectos da responsabilidade civil: o nexocausal epidemiológico 3. Das eventuais consequências provocadas pela responsabilização das empresas produtoras de cigarros pelas enfermidades causadas por seus produtos: análise da jurisprudência norte-americana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da responsabilização na esfera cível das empresas fabricantes de cigarros pelos danos causados ao sistema público de saúde com os tratamentos por problemas causados pelo tabagismo. Procura-se analisar os aspectos jurídicos relevantes sobre a responsabilidade civil das empresas pelos efeitos nocivos do consumo dos produtos que fabricam e como a jurisprudência pátria tem tratado a questão.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se se fazem presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexocausalidade, e o consequente dever de indenizar.

O tabagismo é causa de diversas doenças fatais e incapacitantes que atingem não apenas aqueles que consomem a substância ativamente, mas também produz consequências severas à saúde das pessoas que não fumam. Todavia, tais impactos não se limitam apenas aos danos produzidos à saúde dos brasileiros, de modo que produz custos diretos e indiretos para



os cofres públicos, sobretudo no Sistema Único de Saúde. O que se verifica hoje é que o Estado, financiado pela sociedade por diversas formas, vê-se obrigado a alocar recursos para uma série de tratamentos que derivam, diretamente, do consumo de cigarros. Como a Constituição Federal da República 1988 previu um sistema de saúde universal e gratuito, a magnitude dos custos das doenças atribuíveis ao cigarro toma grandes proporções, gerando efetivo impacto nas contas públicas.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que envolve a autonomia individual dos consumidores de cigarros e se essa autonomia prevalece em face do ônus suportado pelo sistema público de saúde brasileiro, de modo que merece atenção.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar que os gastos públicos com o tratamento de doenças causadas pelo consumo de derivados do tabaco ensejam para as fabricantes eventual responsabilidade e o dever de reparar, tratando no decorrer da pesquisa do conceito de “nexo causal epidemiológico” para compreender como esse conceito é relevante para a responsabilização de tais empresas. Pretende-se, ainda, impactos do consumo de cigarro ao Sistema Único de Saúde, constitucionalmente garantido.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o tratamento conferido pela Carta Constitucional ao direito à saúde, sobretudo pela criação do Sistema Único de Saúde, suas características e importância para a sociedade.

No segundo capítulo busca-se demonstrar, com amparo da doutrina especializada no tema, a presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil e o dever de indenizar. Ademais, busca-se neste capítulo analisar o nexo causal epidemiológico, seu conceito e repercussões para o reconhecimento da responsabilidade civil das empresas produtoras de cigarro.

O terceiro capítulo tem enfoque em pesquisa jurisprudencial de direito comparado, de modo que analisa decisões proferidas pelo Poder Judiciário norte-americano em casos semelhantes. Procura-se demonstrar a possibilidade de aplicar no Brasil as soluções adotadas nos Estados Unidos da América, considerando que as principais fabricantes de cigarros assinaram acordos com a maioria dos estados, após a propositura de processos judiciais, que culminaram na adoção de medidas com finalidade de reduzir o consumo de cigarros e no pagamento de indenizações a título de ressarcimento.

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 (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição Federal de 1988, segundo Gilmar Ferreira Mendes¹, foi primeira Carta brasileira a prever expressamente a saúde como um direito fundamental social, disciplinado tal direito em seu artigo 6º. De acordo com José Afonso da Silva²:

[...] a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que 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. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 660.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 833.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 ED/SE*, Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+855178%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q6u8omz>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Trata-se, portanto, de direito fundamental de segunda geração, restando ao Estado o dever de implementar políticas universais e igualitárias de saúde. Conforme narra o autor, os princípios que regem o direito à saúde, quais sejam, o da universalidade e da igualdade de acesso que a promovem, protegem e recuperam encontram-se positivados no art. 196 da Carta Magna.

De tais dispositivos extrai-se que não se admite uma postura passiva do Estado, de modo que é obrigação estatal a efetiva implementação de rede de saúde, fornecendo toda uma gama de tratamentos necessários para os cidadãos, por vezes até mesmo mediante comandos do Poder Judiciário.

Visando atender a essa demanda, o legislador constituinte originário atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS), entre os artigos 198 e 200, a coordenação e a execução das políticas para proteção e promoção da saúde no Brasil. Segundo Da Silva⁴, o SUS “[...] constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e proteção da saúde também é um direito coletivo”. Em complemento, Mendes⁵ sustenta que, “ao criar o SUS, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, como forma de melhor concretizar esse direito social”.

Considerando que o Brasil é um país de proporções continentais, para que o SUS lograsse êxito no cumprimento de suas finalidades, sobretudo em função do princípio da universalidade e da igualdade de acesso, a Constituição de 1988 estabeleceu no parágrafo primeiro de seu artigo 198 a forma pela qual se daria o financiamento desse complexo sistema, qual seja, mediante o repasse de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Sobre o tema, leciona Mendes⁶ que:

[...] a Emenda Constitucional n. 29/2000 buscou dar um norte ao assunto, ao estabelecer recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Alterou a redação do art. 34, VII, e, passando a ser possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências (...) nas ações e serviços públicos de saúde”.

⁴ SILVA, op. cit., p. 833.

⁵ MENDES, op. cit., p. 663.

⁶ Ibid., p. 663.



Logo, conforme afirma Da Silva⁷, o SUS tem como fonte de custeio os recursos do produto das arrecadações tributárias dos entes federativos, ou seja, pelos tributos pagos pelos cidadãos.

Em função da natureza constitucional do direito à saúde, tratando-se de direito de todos e dever do Estado, bem como em razão dos princípios da universalidade e da igualdade de acesso, é defeso ao Poder Público restringir o acesso de enfermos ao SUS, garantindo o tratamento adequado às enfermidades constatadas de forma gratuita. É o caso, por exemplo, dos portadores de moléstias que derivam do consumo de cigarros, devendo o tratamento ser prestado, sem qualquer ressalva. Esse tratamento obrigatório decorre do dever constitucionalmente previsto, como já citado, o qual é exigível no âmbito da relação Estado-indivíduo.

Todavia, diante da natureza tributária do custeio do sistema de saúde, financiado exclusivamente pelo repasse de recursos públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, discute-se a possibilidade de ressarcimento dos gastos suportados pelo SUS em função do tratamento de doenças causadas pelo tabagismo, responsabilidade esta a ser imputada às empresas produtoras de cigarro.

Conforme se depreende do texto do art. 220, § 4º da Constituição de 1988⁸, o constituinte originário impôs restrições à propaganda comercial do tabaco, mas não proibiu a comercialização dos seus derivados. Entretanto, o tabagismo somente foi identificado formalmente como uma doença pela CID em 1997, ou seja, quase 10 anos após a promulgação da Constituição, integrando o grupo dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa na Revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde⁹.

De tal contexto é possível extrair a conclusão no sentido de que o SUS, financiado por tributos pagos pela sociedade brasileira, é obrigado a direcionar seus escassos recursos para garantir tratamentos para doenças causadas diretamente pelo consumo de cigarros. Tratando-se de um sistema de saúde universal e gratuito, a magnitude dos custos das doenças atribuíveis ao cigarro toma grandes proporções, gerando efetivo impacto nas contas públicas. Ou seja, o Estado é obrigado a direcionar recursos para mitigar as consequências do consumo de cigarros,

⁷ SILVA, op. cit., p. 833.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019

⁹ BRASIL. *Décima Revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados Saúde (CID-10 - 1997)*. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/cid10.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.



recursos estes que poderiam ser melhor aproveitados em outras áreas do serviço público que demandam maior atenção.

Como se trata de produto cuja comercialização é lícita, restou ao Estado promover políticas públicas de conscientização da população acerca dos malefícios e consequências do consumo de cigarros. Contudo, conforme será demonstrado no curso da presente pesquisa, em que pese a redução do percentual de consumidores de derivados do tabaco nos últimos anos, o SUS ainda suporta unilateralmente o ônus da comercialização de tal produto, sobretudo pelos gastos direcionados ao custeio de tratamento de doenças causadas por ele causadas.

Em função do exposto, pretende-se discutir a possibilidade de determinar que as empresas produtoras de cigarro e semelhantes promovam o ressarcimento ao SUS pelas despesas suportadas com o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo, de modo a incluírem em seus custos de seu negócio os danos que seu produto causa a terceiros.

2. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O NEXO CAUSAL EPIDEMIOLÓGICO

É sabido que a responsabilidade civil pode ser classificada como responsabilidade contratual, na qual o dever jurídico é fundado em uma obrigação singular, como um contrato, por exemplo; e como responsabilidade aquiliana, aquela na qual o dever jurídico primário é fundado em dever legal. Nesta, o ônus da prova é daquele que alega a violação de um dever por parte do causador do dano, enquanto que naquela basta que o credor demonstre o descumprimento da obrigação para responsabilizar o devedor. Há culpa presumida, de modo que incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que não adimpliu a avença por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito ou força maior.

Para fundamentar a possibilidade de responsabilização das empresas produtoras de cigarro pelas despesas suportadas pelo SUS com o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo, passaremos a tratar da responsabilidade civil extracontratual em sua modalidade objetiva, também chamada responsabilidade pelo risco. Segundo a teoria objetiva da responsabilidade civil, conforme leciona Cristiano Chaves de Farias¹⁰:

[...] qualquer pessoa pode deliberar pela realização de uma atividade econômica. Empreender é próprio da sociedade capitalista e do instinto humano. O termo risco é oriundo do italiano *risicare*, que significa “ousar” ou “aventurar”. Pois bem, aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa. Se a opção do agente é de ousar e se aventurar, necessariamente arcará com os custos

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, V. 3. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 415.



relacionados à trasladação dos danos sofridos pela vítima, sem se considerar a licitude ou ilicitude da conduta.

Trata-se de teoria que reconhece a responsabilidade civil do agente sem que seja necessário perquirir a existência de ato ilícito, sobretudo quando os bens jurídicos afetados são aqueles eleitos pela Constituição como dignos de proteção, tais como o meio ambiente e a saúde. Desta forma, bastaria a configuração da lesão para a responsabilização do agente, sendo desnecessário perquirir acerca da existência de elementos subjetivos na atuação deste. Ao comparar a teoria subjetiva com a teoria objetiva, Farias¹¹ afirma que:

O mantra da teoria subjetiva sempre foi: “onde há culpa, há reparação”. Já na teoria objetiva, diz-se: “onde há lesão, há reparação”. Descarta-se o elemento subjetivo da culpa pela objetiva constatação da ocorrência do evento e de sua relação de causalidade com o dano. O fato danoso, e não o fato doloso ou culposos, que desencadeia a responsabilidade. [...]

Da teoria objetiva da responsabilidade civil diversas outras foram criadas, mas dentre estas destacaram-se a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado, decorrentes do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, tendo elas como ponto de intersecção a desconsideração da culpa, elemento subjetivo da responsabilidade civil, para se concentrar no dano provocado por atividades empresariais consideradas perigosas para a sociedade. Sobre as duas teorias, Rosenthal¹² sustenta que:

Urge destacar as extremas entre as teorias do risco proveito e risco criado. A primeira exigindo a demonstração do proveito auferido pelo agente com a atividade indutora de risco; em contrapartida, a teoria do risco criado se satisfaz com a constatação objetiva da relação de causalidade entre o risco de uma atividade e o dano injusto, ou seja, independentemente da obtenção de qualquer proveito, basta perquirir se em seu exercício e desenvolvimento, a atividade criou um risco para terceiros.

Logo, enquanto que para a teoria do risco proveito seria exigida a comprovação de lucro, ganho ou rendimento por parte do agente e decorrente da atividade por ele exercida, para a teoria do risco criado é prescindível a demonstração de obtenção de qualquer vantagem por parte do agente, bastando que seja comprovado a relação de causalidade entre o risco criado e o dano injusto produzido. Em função disso, ambas as teorias poderiam ser aplicadas à questão ora discutida. Isso porque as empresas produtoras de cigarro e assemelhados auferem elevados lucros decorrentes de suas atividades, bem como que os danos provocados decorrem das atividades por elas realizadas. Resta apenas verificar a relação de causalidade entre o risco

¹¹ Ibid., p. 417.

¹² Ibid., p. 437.

criado e o dano injusto produzido para o reconhecimento da responsabilidade civil: o nexo de causalidade.

O nexo causal é conceituado como “ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória”¹³. É, portanto, a ligação entre a atividade exercida pelo agente e o dano produzido em decorrência desta. Especificamente sobre o nexo de causalidade na teoria objetiva, Braga Netto¹⁴ nos ensina que

[...] a causalidade física é suplantada por uma causalidade jurídica, normativa, na qual a identificação da causalidade não resultará propriamente de um liame entre o dano e um fato, mas sim entre o evento lesivo e o fator de atribuição previamente selecionado pelo legislador. Ou seja, ao invés de qualificarmos o nexo como um elemento factual, devemos lhe emprestar uma qualificação jurídica, para selecionar quais são os danos reparáveis e em face de quem será atribuída a obrigação de indenizar.

Em demandas de natureza individual contra as empresas produtoras de cigarros, sabe-se que comumente é arguida a impossibilidade de estabelecimento de um nexo de causalidade individual, considerando que as doenças são resultantes de vários fatores entrelaçados, e não apenas o consumo de tabaco, o que impediria o estabelecimento de uma relação direta de causa e efeito. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1322964/RS¹⁵:

RECURSO ESPECIAL. PRELIMINARES. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FABRICANTE DE CIGARRO. MORTE DE FUMANTE. TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. ATIVIDADE LÍCITA. MODIFICAÇÃO DOS PARADIGMAS LEGAIS. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. CASO CONCRETO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO. REANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AUTORIA. NÃO COMPROVAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Caso concreto em que a recorrente foi responsabilizada objetivamente pelos danos morais sofridos pelos familiares de fumante, diagnosticado com tromboangeíte obliterante, sob o fundamento de que a morte decorreu do consumo, entre 1973 e 2002, dos cigarros fabricados pela empresa.

2. Não há deficiência de fundamentação na hipótese em que as premissas fáticas foram bem delineadas e a decisão foi embasada na análise do conjunto probatório, incluindo referências aos depoimentos testemunhais dos médicos que assistiram o falecido, assim como o cotejo entre o caso concreto e o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

¹³ Ibid., p. 367.

¹⁴ Ibid., p. 367.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1322964/RS*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/REsp-1322964.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.



3. Referências a textos científicos obtidos a partir de pesquisa realizada pelo magistrado não implicam, por si, nulidade ou violação do contraditório, quando utilizadas como mero reforço argumentativo. A vedação jurídico-constitucional é de que o juiz produza provas diretamente, ultrapasse os limites dos pedidos das partes ou se distancie do caso concreto, comprometendo sua imparcialidade, o que não ocorreu.

4. Controvérsia jurídica de mérito exaustivamente analisada pela Quarta Turma nos leading cases REsp nº 1.113.804/RS e REsp nº 886.347/RS. Resumo das teses firmadas, pertinentes à hipótese dos autos: (i) periculosidade inerente do cigarro; (ii) licitude da atividade econômica explorada pela indústria tabagista, possuindo previsão legal e constitucional; (iii) impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros atuais da legislação consumerista a fatos pretéritos; (iv) necessidade de contextualização histórico-social da boa-fé objetiva; (v) livre-arbítrio do indivíduo ao decidir iniciar ou persistir no consumo do cigarro; e (vi) imprescindibilidade da comprovação concreta do nexos causal entre os danos e o tabagismo, sob o prisma da necessidade, sendo insuficientes referências genéricas à probabilidade estatística ou à literatura médica.

5. A configuração da responsabilidade objetiva nas relações de consumo prescinde do elemento culpa, mas não dispensa (i) a comprovação do dano, (ii) a identificação da autoria, com a necessária descrição da conduta do fornecedor que violou um dever jurídico subjacente de segurança ou informação e (iii) a demonstração do nexos causal.

6. No que se refere à responsabilidade civil por danos relacionados ao tabagismo, é inviável imputar a morte de fumante exclusiva e diretamente a determinada empresa fabricante de cigarros, pois o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo não é instantâneo e normalmente decorre do uso excessivo e duradouro ao longo de todo um período, associado a outros fatores, inclusive de natureza genética.

7. Inviável rever as conclusões do Tribunal estadual quanto à configuração do dano e ao diagnóstico clínico do falecido diante da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

8. Na hipótese, não há como afirmar que os produto(s) consumido(s) pelo falecido ao longo de aproximadamente 3 (três) décadas foram efetivamente aqueles produzidos ou comercializados pela recorrente. Prova negativa de impossível elaboração.

9. No caso, não houve a comprovação do nexos causal, sob o prisma da necessidade, pois o acórdão consignou que a doença associada ao tabagismo não foi a causa imediata do evento morte e que o paciente possuía outros hábitos de risco, além de reconhecer que a literatura médica não é unânime quanto à tese de que a tromboangeíte obliterante se manifesta exclusivamente em fumantes.

10. Não há como acolher a responsabilidade civil por uma genérica violação do dever de informação diante da alteração dos paradigmas legais e do fato de que o fumante optou por prosseguir no consumo do cigarro em período no qual já havia a divulgação ostensiva dos malefícios do tabagismo e após ter sido especificamente alertado pelos médicos a respeito os efeitos da droga em seu organismo, conforme expresso no acórdão recorrido.

11. Aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de cigarros, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir a responsabilidade de sua conduta a um dos fabricantes do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público. Tese análoga à firmada por esta Corte Superior acerca da responsabilidade civil das empresas fabricantes de bebidas alcóolicas.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a demanda indenizatória.

Contudo, tal argumento não subsiste sob uma ótica coletiva, considerando que é possível aferir a relação de causalidade entre o consumo de derivados de tabaco e os danos suportados pelo Sistema Único de Saúde por mediante a análise do chamado nexos causal epidemiológico.

O nexa causal epidemiológico é uma forma de mensurar a relação de causalidade entre a atividade exercida pelas empresas produtoras de cigarro e pelas doenças comprovadamente causados pelo consumo de tais produtos. É metodologia sedimentada na aplicação de estudos científicos realizados pela epidemiologia, por meio da qual, em que pese não ser possível aferir se determinada doença foi causada em decorrência do consumo de derivados do tabaco, é possível aferir que um percentual de consumidores do mesmo produto desenvolveu a mesma doença em função do consumo de tal produto, como, por exemplo, o câncer no pulmão, esôfago, faringe etc.

Com base nessa metodologia, seria possível responsabilizar as empresas produtoras de cigarros e demais derivados de tabaco pela oneração do Sistema Único de Saúde para o tratamento de doenças comprovadamente causadas pelo tabagismo, limitado ao percentual aferido por estudos epidemiológicos que concluíram pela relação direta de causa e efeito entre o consumo de tais produtos e as doenças por eles causadas.

No Brasil, o mais próximo que temos da aplicação do nexa causal epidemiológico é o Nexa Técnico Epidemiológico, inserido pelo artigo 21-A na Lei nº 8.213 de 1991¹⁶, o qual estabelece uma presunção relativa de que o nexa causal é estabelecido pela natureza da atividade exercida pelo trabalhador. Todavia, no exterior, o nexa causal epidemiológico tem maior aceitação, sobretudo nos Estados Unidos, o qual elaborou um guia de epidemiologia¹⁷ para auxiliar os membros do Poder Judiciário na análise de situações que envolvam aspectos científicos que exorbitem a esfera de conhecimento técnico exigida de juízes, promotores, defensores e advogados.

Nada impede, contudo, que tal mecanismo seja adotado pelo Poder Judiciário brasileiro, considerando que os dados ali contidos possuem natureza científica e de extrema confiabilidade pela comunidade científica, razão pela qual poderiam fundamentar eventual condenação das empresas produtoras de cigarros ao ressarcimento ao SUS pelas despesas suportadas com o tratamento de doenças causadas pelo tabagismo, as quais, segundo dados do Ministério da Saúde e do Instituto Nacional do Câncer¹⁸, remontam a um prejuízo de R\$ 56,9 bilhões ao país a cada ano, sendo que R\$ 39,4 bilhões são com custos médicos diretos e R\$ 17,5

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 17 mai. 2020.

¹⁷ GREEN, Michael D.; FREEDMAN, D. Michal; GORDIS, Leon. Reference Guide on Epidemiology. In: Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2011. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/SciMan3D12.pdf>>, p. 6-9. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Tabaco causa prejuízo de R\$ 56,9 bilhões com despesas médicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28578-tabaco-causa-prejuizo-de-r-56-9-bilhoes-com-despesas-medicas-no-brasil>>. Acesso em: 09 jan. 2020.



bilhões com custos indiretos, decorrentes da perda de produtividade, provocadas por morte prematura ou por incapacitação de trabalhadores.

3. DAS EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS PROVOCADAS PELA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS PRODUTORAS DE CIGARROS PELAS ENFERMIDADES CAUSADAS POR SEUS PRODUTOS: ANÁLISE DA JURISPRUDENCIA NORTE-AMERICANA

Em que pese os argumentos contrários ao que foi exposto no presente artigo, diversos países têm adotado medidas de responsabilização das empresas produtoras de cigarros, rechaçando as suposições no sentido de que isso geraria incentivo ao contrabando e até que aumentaria o desemprego no setor produtivo em que atuam tais empresas.

Um exemplo de solução bem-sucedida foi a adotada pelo Poder Judiciário norte-americano. No início da década de 90, a advocacia pública dos Estados do Mississippi, Minnesota, Flórida e Texas ajuizaram ações nas quais pleiteavam o ressarcimento ao Estado pelos danos causados pelas doenças provocadas pelo consumo de tabaco, alegando que os produtos de tais empresas causavam danos ao patrimônio público, uma vez que incumbia ao Poder Público o tratamento dos cidadãos acometidos por tais doenças. Seguindo a iniciativa do Estado do Mississippi, diversos outros Estados ajuizaram ações semelhantes¹⁹.

Para evitar os ônus de eventuais condenações, as maiores empresas produtoras de cigarros – dentre elas a Philip Morris, R.J. Reynolds, Lorillard, Brown & Williamson, American Tobacco Company e a British American Tobacco²⁰ – optaram pela celebração de acordos judiciais com os Estados²¹, sendo o maior deles o Master Settlement Agreement (MSA)²². Neste acordo, as empresas se comprometeram a realizar pagamentos anuais aos Estados e forma perpétua, bem como a restringir suas campanhas de publicidade, proibindo, por exemplo o uso de desenhos animados e outros métodos de direcionamento para jovens, publicidade em outdoors ou em transporte público, limitações em patrocínios, dentre outros.

Conforme disposto no Master Settlement Agreement²³, as empresas produtoras de cigarro se comprometeram a pagar aos Estados valores que variam entre 4,5 bilhões de dólares

¹⁹ INDUSTRY DOCUMENTS LIBRARY. “*State of Minnesota, et al. V. Philip Morris*”. Disponível em: <<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/research-tools/litigation-documents/>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

²⁰ Ibid.

²¹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Indústria do tabaco sofre megaderrota*, 21 de jun. de 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft210612.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

²² MASTER SETTLEMENT AGREEMENT, nov. de 1998. Disponível em: <<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/wp-content/uploads/2016/06/MSA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

²³ Ibid., p. 56-57.



e 9 bilhões de dólares entre os anos de 2000 e 2018, valores estes proporcionais às suas respectivas participações no mercado de cigarros.

Mesmo com a implementação de tais acordos as empresas produtoras de cigarros continuam em pleno funcionamento, de modo que continuam lucrando em que pese as imposições estabelecidas. A título de exemplo, a Phillip Morris teve seu lucro quase triplicado no quarto trimestre de 2018²⁴.

Assim, em que pese os argumentos contrários, a experiência norte-americana demonstra que é possível a responsabilização das empresas produtoras de cigarros pelos gastos suportados pelo Poder Público com o tratamento de doenças provenientes do consumo de tais produtos sem que tal responsabilização provoque desemprego ou ainda incentive o contrabando.

Tal medida é de extrema importância para mitigar os impactos causados pelo consumo de tabaco ao Sistema Único de Saúde, sobretudo no contexto em que o Brasil gasta aproximadamente 57 bilhões de reais anualmente com o tratamento de doenças derivadas do tabagismo, sendo que arrecada cerca de 13 bilhões de reais com impostos incidentes sobre o consumo de cigarros, conforme divulgado pelo “Carga de Doenças e Custos Econômicos Atribuíveis ao Uso do Tabaco no Brasil”²⁵.

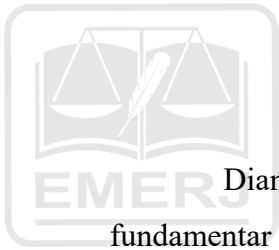
CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a oneração causada ao Sistema Único de Saúde pelas doenças causadas pelo tabagismo e a possibilidade de responsabilização das empresas produtoras de tais produtos pelo ressarcimento dos recursos direcionados ao tratamento das enfermidades causadas pelo consumo daqueles.

Conforme fora analisado no decorrer da presente pesquisa, o direito à saúde é um direito fundamental constitucionalmente garantido. Ademais, considerando o caráter universal do Sistema Único de Saúde, é vedado ao Estado restringir o acesso ao SUS, devendo promover o tratamento de doenças a todos e gratuitamente.

²⁴ VALOR ECONÔMICO. *Lucro da Phillip Morris mais que dobra no 4º trimestre de 2018*, 07 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/07/lucro-da-philip-morris-mais-que-dobra-no-4deg-trimestre-de-2018.ghtml>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

²⁵ BARDACH, Ariel et al. *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Documento técnico IECS N° 21. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017. Disponível em: <www.iecs.org.ar/tabaco>. Acesso em: 09/01/2020.



Diante de tal contexto, no segundo capítulo da presente pesquisa buscou-se fundamentar a responsabilidade civil das empresas produtoras de cigarro sob o prisma da responsabilidade civil no direito brasileiro, sobretudo à luz da teoria objetiva, bem como sobre as teorias do risco proveito e do risco criado, com fundamento no artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Outrossim, ainda foi defendida a tese com fundamento nonexo causal epidemiológico, método este amplamente adotado em outros países e por meio do qual seria possível aferir, mediante estudos epidemiológicos, a relação direta de causa e efeito entre o consumo de tais produtos e as doenças por eles causadas.

No terceiro capítulo foi feita uma análise jurisprudencial, especificamente da experiência norte-americana. Foi possível verificar que, em que pese os frágeis argumentos em sentido contrário sustentados pelas empresas no sentido de que eventual responsabilização impactaria a indústria de forma negativa, produzindo desemprego e incentivando o contrabando de cigarros, foi demonstrado que a judicialização da questão produziu efeitos benéficos, sobretudo com a celebração de acordos que culminaram em indenizações bilionárias aos Estados, bem como na implementação de políticas de prevenção e de desincentivo ao consumo de cigarros. Ademais, mesmo com a implementação de tais medidas a indústria do tabaco continua lucrando com o exercício da atividade empresarial.

Portanto, conclui-se que é possível e viável a responsabilização das empresas produtoras de cigarros, seja com fundamento nas teorias tratadas na presente pesquisa ou com fundamento nonexo causal epidemiológico. Enquanto em outros países foram adotadas medidas de responsabilização, o que se verifica atualmente no Brasil é que as referidas empresas colhem os lucros de sua atividade às custas da saúde da população e do sistema universal de saúde sem que haja qualquer tipo de assunção de responsabilidade pelas consequências causadas pelo consumo de seus produtos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 17 mai. 2020.

_____. *Décima Revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados Saúde (CID-10 - 1997)*. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/cid10.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Ministério da Saúde. *Tabaco causa prejuízo de R\$ 56,9 bilhões com despesas médicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28578-tabaco-causa-prejuizo-de-r-56-9-bilhoes-com-despesas-medicadas-no-brasil>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1322964/RS*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/REsp-1322964.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 ED/SE*, Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+855178%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q6u8omz>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BARDACH, Ariel et al. *Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos*. Documento técnico IECS N° 21. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017. Disponível em: <www.iecs.org.ar/tabaco>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, V. 3. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Indústria do tabaco sofre megaderrota*, 21 de jun. de 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft210612.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

GREEN, Michael D.; FREEDMAN, D. Michal; GORDIS, Leon. Reference Guide on Epidemiology. In: Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2011. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/SciMan3D12.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2020.



INDUSTRY DOCUMENTS LIBRARY. “*State of Minnesota, et al. V. Philip Morris*”. Disponível em: <<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/research-tools/litigation-documents/>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MASTER SETTLEMENT AGREEMENT, nov. de 1998. Disponível em: <<https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/wp-content/uploads/2016/06/MSA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VALOR ECONÔMICO. *Lucro da Phillip Morris mais que dobra no 4º trimestre de 2018*, 07 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/07/lucro-da-philip-morris-mais-que-dobra-no-4deg-trimestre-de-2018.ghtml>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Camila de Oliveira Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 está a possibilidade de realização de convenção processual entre as partes, a qual possibilita uma espécie de contratualização do processo, culminando em um empoderamento social e processual. Tendo em vista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei nº 9.099/95, o presente trabalho busca apresentar uma distinção conceitual entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência, além de analisar a possibilidade de negócios jurídicos processuais nas relações de consumo que se enquadrarem na competência dos Juizados Especiais Cíveis e o papel do magistrado no controle de validade dessas convenções.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Juizado Especial Cível. Negócio jurídico processual. Consumidor.

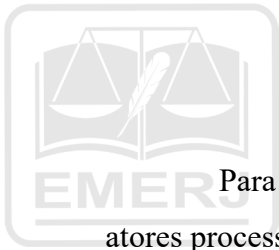
Sumário – Introdução. 1. A realização de negócios jurídicos processuais e o conceito de vulnerabilidade. 2. Convenções processuais em demandas consumeristas com aplicação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e do Código Processual Civil. 3. O controle da validade das convenções processuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a possibilidade de realização de negócio jurídico processual nas relações de consumo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis como forma de instrumentalizar a celeridade, com conseqüente efetividade na resolução dos conflitos e economia processual no procedimento de conhecimento de ações que versem exclusivamente sobre questões de direito e de fato.

Para tanto, busca-se repensar as normas processuais vigentes aplicadas ao procedimento especial da Lei nº 9.099/95, sobretudo quanto à possibilidade de as partes poderem, à luz dos princípios protetivos da Lei nº 8.079/90, celebrarem negócios jurídicos processuais, de modo a acelerar a resolução do litígio e desafogar o Judiciário.

O tema é pouco discutido na doutrina, tendo em vista que a possibilidade de realização de negócio jurídico processual nas relações consumeristas que tramitem na seara dos Juizados Especiais Cíveis esbarra no conceito de vulnerabilidade como uma das causas de nulidade, e é inovador, considerando a raridade jurisprudencial sobre o objeto da pesquisa.



Para melhor compreensão, objetiva-se discutir a posição das partes como principais atores processuais, sendo elas as mais interessadas na resolução rápida e eficaz do litígio.

O primeiro capítulo do trabalho pondera se a realização de negócio jurídico processual em causas de menor complexidade viola o princípio da vulnerabilidade, sobretudo nas relações de consumo.

Segue-se, no segundo capítulo, o exame da possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quando a demanda versar exclusivamente sobre questões de fato e de direito.

Por derradeiro, o terceiro capítulo analisa a atuação do juiz no controle da validade das convenções e até que ponto os magistrados estão vinculados às cláusulas do negócio jurídico processual.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que a pesquisadora visa eleger um conjunto de proposições, as quais acredita serem 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 qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação e doutrina) – para sustentar a sua tese.

1. A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Os fatos jurídicos ou jurígenos em sentido amplo dividem-se em fato jurídico em sentido estrito - fato da natureza, involuntário, não praticados pelo homem -, o qual dispensa qualquer ato humano, e em ato jurídico *latu sensu* - atos humanos voluntários. Este, desmembra-se em ato jurídico *strictu sensu*, no qual os efeitos estão previstos em lei, e em negócio jurídico, pautado pela autonomia da vontade, com a liberdade dos sujeitos para a escolha do tipo de ato e seus efeitos.¹

Os negócios jurídicos, segundo Antonio do Passo Cabral², “são a maior expressão da autonomia da vontade, para os quais o sistema jurídico confere o grau máximo de liberdade de conformação ao agente”.

¹CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodvim, 2016, p.43-44.

²Ibid., p. 44.



Transpondo esse conceito para a esfera processual, temos o negócio jurídico processual, no qual é possível, à luz da autonomia da vontade, a produção de efeitos no processo escolhido em função da vontade do sujeito que o praticou³. Assim, existe uma margem de conteúdo eficaz, sendo a vontade um elemento relevante para a estrutura do ato.

O Código Processual Civil de 1973 já previa a possibilidade de negócios jurídicos processuais. Entretanto, fizera-o apenas na sua forma típica, ou seja, permitia-se apenas as convenções com expressa previsão legal. Havia um monopólio do juiz na condução processual.⁴

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 190⁵, trouxe a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, a qual preceitua a possibilidade de as partes convencionarem negócios bilaterais atípicos sobre o processo, ou seja, convenções inominadas, sem previsão legal.

Pode-se distinguir os negócios jurídicos processuais quanto aos efeitos, que podem ser unilaterais, quando onerar apenas uma parte - desistência da ação, renúncia e desistência de recurso -, e podem ser bi- ou plurilaterais, quando onerar duas ou mais partes.

Merece observar que a lei adjetiva vigente caminha para o reconhecimento de um direito processual contemporâneo, uma vez que traz no capítulo que dispõe sobre a forma dos atos processuais a possibilidade de as próprias partes ditarem normas sobre o gerenciamento do processo em que figuram como sujeitos.

Ademais, permitir que os envolvidos no processo, e maiores interessados na resolução rápida e eficaz do litígio, estabeleçam suas convenções procedimentais, instrumentaliza o princípio da cooperação, além de estabelecer um dever geral de estímulo à autocomposição, conforme bem observa Pedro Henrique Nogueira⁶, *in verbis*:

O CPC/2015 (art. 3º, §3º) estabelece um dever geral de estímulo à autocomposição. A negociação sobre o processo constitui uma das formas de acordo sobre o modo de resolver os conflitos, especialmente quando não seja possível a sua própria resolução por via amigável.

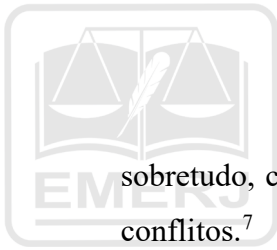
Nesse passo, a realização de negócio jurídico processual visa estabelecer regras procedimentais para melhor se adequar às necessidades dos envolvidos e ao direito em debate,

³Ibid., p. 48.

⁴CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 495-507.

⁵BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

⁶NOGUEIRA, op. cit., p. 227.



sobretudo, como forma de materialização da cooperação, celeridade e solução consensual de conflitos.⁷

Salienta-se que para a realização do gerenciamento processual pelas partes, deve-se observar as condições de validade comum aos negócios jurídicos, conforme fundamenta Ricardo Villas Bôas Cueva⁸:

Os negócios jurídicos processuais bilaterais e atípicos sujeitam-se, obviamente, às condições gerais de validade dos negócios jurídicos, previstas no Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC).

E complementa, citando Humberto Theodoro Júnior⁹:

Além disso, três são as condições específicas de validade das convenções processuais atípicas previstas no art. 190: a) o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; b) as partes devem ser plenamente capazes e c) a convenção deve limitar-se aos ônus, aos poderes, às faculdades e aos deveres processuais das partes, podendo ser celebrada antes ou durante o processo.

Posto isso, merece a reflexão acerca da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos no âmbito das relações consumeristas e se haveria conflito com o princípio da hipossuficiência ou com o princípio da vulnerabilidade.

Humberto Theodoro Júnior¹⁰ não faz distinção entre hipossuficiência e vulnerabilidade e, citando Cláudia Lima Marques, classifica a vulnerabilidade em quatro tipos: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

A vulnerabilidade técnica é presumida e diz respeito à ausência de conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido; a fática ou socioeconômica leva em conta a posição do consumidor em relação ao fornecedor, que se encontra em monopólio – fático ou jurídico; a jurídica ou científica constata-se quando houver ausência de conhecimentos específicos, sendo assim como a vulnerabilidade técnica, também presumida e, por fim, há a vulnerabilidade informacional, a qual se caracteriza pela deficiência de informação ao consumidor.

Cumprido destacar que, para Flávio Tartuce e Daniel Neves¹¹, o conceito de hipossuficiência é diverso do de vulnerabilidade. Segundo eles:

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

⁸CUEVA, op. cit., p.502.

⁹THEODORO JÚNIOR apud Ibidem.

¹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9 ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

¹¹TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, [e-book].

Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente. (...) a vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto*, em regra.

Para os referidos autores, enquanto a vulnerabilidade é um conceito indeclinável, de presunção absoluta, a hipossuficiência é um conceito fático e não jurídico, a qual deve ser notada no caso concreto.¹²

Sendo assim, para falar na possibilidade de aplicação da cláusula geral de negócios jurídicos processuais nas relações de consumo, imperioso se faz considerar a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência dada por Tartuce e Neves. Sendo aquela de caráter absoluto e indeclinável, deve ser considerada para fins de aplicação das regras de direito material, enquanto esta, de caráter relativo, deve ser analisada casuisticamente. Assim, é no âmbito da hipossuficiência, conceito fático, que a realização das convenções processuais atípicas se daria, porquanto falar em consumidor vulnerável seria um pleonasma.¹³

Portanto, quando o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil fala em “manifesta situação de vulnerabilidade”, o melhor seria falar em “manifesta situação de hipossuficiência”, eis que as convenções processuais, sejam típicas ou atípicas, endo ou exoprocessuais, devem ser analisadas casuisticamente, sobretudo sobre o prisma fático, levando em conta os efeitos que a convenção se dá entre as partes.

Atualmente, não se pode desconhecer a capacidade de cognição do consumidor em relação aos seus direitos, sobretudo com a democratização da internet, o que permitiu amplo acesso de informações aos interessados na palma de sua mão.

A vulnerabilidade, como elemento posto, bem como a hipossuficiência, a qual é reconhecida para fins probatórios, dizem respeito ao direito material. Segregando os institutos, merece o reconhecimento de que quanto ao direito processual, o consumidor em juízo, devidamente representado, não poderia ser impedido de negociar os ônus processuais da forma que melhor lhe atender.

Ademais, considerando que as relações de consumo orbitam na seara dos direitos disponíveis, não podendo, na competência dos Juizados Especiais Cíveis, haver parte incapaz - art. 8º da Lei nº 9.099/95¹⁴ -, nenhum óbice encontraria o consumidor para gerenciar as normas procedimentais, inexistindo, em regra, violação ao princípio da vulnerabilidade, nem à

¹²Ibid. [e-book].

¹³TARTUCE, op. cit. [e-book].

¹⁴BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 21 out. 2019.



possibilidade probatória, convivendo o gerenciamento processual em harmonia com a relativa hipossuficiência.

2. CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM DEMANDAS CONSUMERISTAS COM APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

Destaca-se, inicialmente, que o conceito de convenção processual é controverso na doutrina, sendo quatro os critérios utilizados, conforme preconiza Antonio do Passo Cabral¹⁵. Segundo o autor, adotam-se os critérios de convenção como ato do processo, o subjetivo, o critério da norma aplicada e o dos efeitos do acordo.

O critério de convenção processual como ato do processo leva em consideração o *locus* em que praticado. Consoante entendimento de Cabral¹⁶:

Subjacente a esta concepção está a ideia de que, enquanto as convenções processuais deveriam ser celebradas dentro do processo, todas as demais obrigações a um comportamento, se assumidas extraprocessualmente, pertenceriam ao direito material, mesmo que tivessem por objeto e disciplinassem situações processuais.

Sem muito esforço, percebe-se que tal argumento esbarra na legislação pátria, eis que não se compatibiliza com o compromisso arbitral, firmado fora do processo. Ademais, inconciliável com a possibilidade de eleição de foro e com a convenção do ônus da prova pelas partes¹⁷.

No que tange ao critério subjetivo, o qual conceitua o acordo processual como ato praticado pelos sujeitos do processo, igualmente não se sustenta. O referido critério deixa de considerar a eventualidade, ou seja, a possibilidade de o processo não existir.

Igualmente, não se ampara a conceituação de convenção processual cujo critério leva em conta a norma aplicada. Segundo este entendimento, “seriam públicos os acordos cujo objeto fosse a aplicação de regras de direito público ou que pretendessem criar, modificar ou extinguir situações jurídicas regulamentadas por normas do direito público”¹⁸.

¹⁵CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 58-62.

¹⁶Ibid., p. 59.

¹⁷Ibid.

¹⁸Ibid., p. 62.



Conforme entende Cabral¹⁹, o melhor critério é o que leva em consideração os efeitos que a convenção pretende produzir. Sendo assim, ele define convenção (ou acordo) processual como “o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”²⁰.

Nesse espeque, tendo em vista a possibilidade de realização de convenção processual havendo ou não processo, bem como levando em conta o critério dos efeitos do acordo, deve-se analisar os limites do autorregramento da vontade das partes.

Segundo Antonio do Passo Cabral²¹, ao abordar acerca do autorregramento da vontade das partes e possibilidade de criação de norma processual de base convencional elucida que:

O princípio dispositivo estabelece a disponibilidade sobre a cognição e decisão a respeito do direito material. E o princípio do debate atribui às partes autonomia para a condução do procedimento e lhes autoriza abrir mão de direitos fundamentais processuais. Por isso, não é propriamente a liberdade contratual do direito privado que justifica a autonomia das partes no processo. Como o processo é um ambiente publicizado, no qual a liberdade contratual encontra limitações, é a combinação entre o princípio dispositivo e princípio do debate que permite justificar a autonomia das partes.

E Pedro Henrique Nogueira²² acrescenta:

O espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes²³. No plano processual, os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados.

Note-se que o autorregramento determina limites às partes, considerando que elas devem observar o que a legislação processual vigente dispõe sobre comportamentos dos sujeitos interessados.

Ademais, em que pese as partes possuam autonomia para disporem sobre situações jurídico-processuais, o autorregramento impõe limites também ao juiz na condução do procedimento, que deve observar o acordo processual realizado, todavia, sem furtá-lo da competência de analisar nulidades, pois o que foi decidido em acordo processual não pode vincular o magistrado, por não ter ele participado da convenção e por lhe caber controlar a validade da convenção.

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid., p. 68.

²¹Ibid., p. 141.

²²NOGUEIRA, op. cit., p. 160.

²³Ibid. Segundo o autor, normas cogentes “são as que impõem ou proíbem comportamentos, determinando que se faça ou não faça, sem deixar margem à vontade dos destinatários.”



Sob esse prisma, merece a análise o cabimento das convenções em relações consumeristas. Humberto Dalla²⁴ elenca dificuldades:

Em primeiro lugar, o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as normas ali elencadas são de ordem pública. Em seguida, o art. 4º reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Ademais, o art. 6º, que trata dos direitos básicos do consumidor, assegura:

- a) a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inciso IV);
- b) a vedação à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (inciso V); e
- c) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor (inciso VIII).

Finalmente o art. 51, VI estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Entretanto, Dalla entende que não se trata de uma proibição absoluta e acredita ser improvável que o Judiciário admita tais convenções.

Com a máxima vênia, como visto alhures, normas cogentes devem ser observadas na realização de negócios processuais. Assim, a Lei nº 9.099/95²⁵ e o Código de Defesa do Consumidor²⁶ devem nortear as convenções nas ações de competência dos Juizados Especiais e, considerado o princípio da especialidade, o CPC de 2015²⁷ terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/ 95²⁸.

Ademais, levando em conta a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência feita no capítulo anterior, deve ser considerada a possibilidade de realização de convenções processuais nas demandas consumeristas de competência dos Juizados Especiais, sobretudo quando o consumidor estiver assistido por advogado²⁹, como forma de instrumentalizar a celeridade processual: critério norteador das causas de menor complexidade.

É neste sentido o enunciado 413 do Fórum de Processualistas Civis (FPPC)³⁰:

²⁴PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

²⁵BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁶BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁹FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado 18*. Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁰FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado 413*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2020.

Enunciado 413 (arts. 190 e 191; Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009). O negócio jurídico processual pode ser celebrado no sistema dos juizados especiais, desde que observado o conjunto dos princípios que o orienta, ficando sujeito a controle judicial na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)

Com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil³¹ à Lei nº 9.099/95³² e tendo como balizador os institutos protetivos do Código de Defesa do Consumidor, não há que se falar em nulidade do acordo processual, no qual participe um consumidor, devidamente representado por seu advogado, que disponha, por exemplo, sobre desinteresse de audiência de conciliação e instrução quando a demanda versar sobre questão de fato e direito, a ser instruída com provas exclusivamente documentais.

O enunciado 19 do FPPC³³ conjuga tal entendimento:

Enunciado 19 (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)

Sob esse prisma, sendo possível a convenção processual afastar a audiência de conciliação e mediação do art. 334 do CPC³⁴ quando a demanda puder ser lastreada com provas documentais pré-constituídas, poderia o consumidor convencionar a aplicação do parágrafo 10 do referido artigo, a fim de constituir advogado de modo a representá-lo em ações cujo procedimento observe a Lei nº 9.099/95³⁵.

Deve-se, com observância ao princípio da paridade das armas e, desde que assistido por advogado, dotar o consumidor de capacidade para a prática de acordo processual segundo

³¹BRASIL, op. cit., nota 5.

³²BRASIL, op. cit., nota 14.

³³FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 14.



seus interesses, vez que, em que pese a faculdade de assistência jurídica até o limite de vinte salários-mínimos previsto no art. 9º da Lei nº 9.099/95³⁶, muitos consumidores optam por constituírem advogado desde o início do processo.

Sendo assim, óbice não existiria na convenção processual em que o consumidor acordasse quanto à aplicação ou não do art. 334 do CPC no procedimento da Lei nº 9.099/95, pois nos termos do artigo 190 do CPC, podem as partes convencionarem sobre mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades de suas causas, bem como acordarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o que terá validade e eficácia imediatamente, nos termos do art. 200 da lei adjetiva.

Portanto, caberá ao juiz o controle, recusando a aplicação do acordo somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de “hipossuficiência”.

3. O CONTROLE DA VALIDADE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Como bem observa Antonio do Passo Cabral³⁷, o termo “juiz” utilizado no parágrafo único do artigo 190 do CPC³⁸ deve ser entendido como o Estado-juiz, o órgão (juízo), e não se refere à pessoa do magistrado³⁹.

Assim sendo, poderá o juízo, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções processuais, devendo negar aplicação somente nos casos de nulidade do acordo ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando se verificar que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade⁴⁰.

Nesse contexto, os questionamentos que podemos extrair são: até que ponto o juízo está vinculado aos termos acordados em convenção pelas partes e como se daria esse controle de validade?

³⁶BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁷CABRAL, op. cit., p. 222.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁹CABRAL, op. cit., p. 222, nota de rodapé: “Ora, se assim fosse, todo juiz ou desembargador, ao ser promovido e removido, poderia desconsiderar, revogar ou modificar os atos praticados pelo seu antecessor; ou ainda os atos jurídicos e negócios jurídicos celebrados pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público poderiam ser desfeitos pela mudança do membro que atua no processo.”

⁴⁰Conforme já esposado no Cap. 1 do presente artigo, esta autora entende que a melhor redação do parágrafo único do art. 190 do CPC seria “manifesta situação de hipossuficiência”.

Quanto aos requisitos gerais de validade do negócio jurídico, Pedro Henrique Nogueira⁴¹ informa que:

Todos os requisitos gerais de validade exigíveis para a prática dos atos processuais pelas partes em geral devem ser observados também nos negócios. As regras integrantes do regime de invalidades no Código de Processo Civil (art. 276 e segs.) estendem-se também aos negócios processuais.

E acrescenta:

Objetivamente, a validade da celebração de negócios processuais supõe: a) que causa verse sobre direitos passíveis de autocomposição; b) o respeito ao formalismo processual, inclusive quanto à observância dos limites ao exercício do autorregramento da vontade no processo na existência de regra jurídica cogente em confronto com o ato que reflita o exercício do autorregramento da vontade; c) não inserção em contrato de adesão.

Nessa toada, percebe-se que o dispositivo prevê dois requisitos para validade da convenção processual: um objetivo – direitos que admitam autocomposição -, e outro subjetivo – partes capazes.

Os direitos que admitem autocomposição são aqueles que comportam transação quanto ao modo de cumprimento, valor, vencimento e forma de satisfação. E, como bem salienta Pedro Nogueira⁴²:

Não se devem confundir os direitos patrimoniais disponíveis, opção conceitual da Lei nº 9.307/96, art. 1º, para o uso da arbitragem, com os direitos que admitam autocomposição, noção mais abrangente, pois mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de negociação, e frequentemente o são, quanto ao modo de cumprimento, tal como se passa nos compromissos de ajustamento de conduta.

É nesse sentido o enunciado 135⁴³ do FPPC, o qual preconiza que a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Nesse espeque, o controle da validade sob o prisma do direito, seja material ou processual, objeto do negócio processual deve se balizar somente nos limites desse empoderamento que o autorregramento proporcionou às partes, eis que será possível convenções com direito disponível e indisponível.

⁴¹NOGUEIRA, op. cit., p. 233-234.

⁴²Ibid., p. 234.

⁴³FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2020.



Portanto, dúvidas não deve haver que direitos do consumidor admitem autocomposição, por serem disponíveis e, conseqüentemente, poderão figurar em negócios de cunho processual, desde que observem a norma cogente da Lei nº 8.078/90⁴⁴

No que tange às partes, deverá ser considerado válido o negócio processual consumerista realizado por qualquer pessoa que não esteja no rol do art. 8º da Lei n. 9.099/95⁴⁵. Tendo em vista que o referido artigo elenca que não poderão ser partes no processo regido pela Lei dos Juizados Especiais os incapazes, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Assim, o negócio jurídico processual realizado entre um consumidor e um fornecedor que não se enquadrem no rol proibitivo, em regra, produzirá efeito imediatamente após a sua constituição, nos termos no art. 200 do CPC. Excepcionalmente, para produção de efeitos, exigir-se-á a homologação judicial caso as partes assim disponham no contrato processual ou se houver previsão na lei, sendo assim o entendimento do enunciado 260 do FPPC⁴⁶.

Humberto Dalla⁴⁷ elucida que “o ato criado a partir da manifestação de vontade de ambos os jurisdicionados apenas poderá ser revogado por disposição da lei ou do próprio pacto, ressalvada a hipótese extrema do art. 966, § 4º do CPC/2015⁴⁸.” Para o autor, facilitar alterações constituiria atentar à segurança jurídica.

Posto isso, na hipótese de o magistrado discordar dos termos da convenção e não queira se vincular a ela, deverá ser dada a oportunidade de as partes exercerem o contraditório, conforme inteligência do enunciado 259 do FPPC⁴⁹, para que, caso desejem, refaçam as cláusulas e alterem disposições, para que se proceda uma nova análise do órgão de julgamento.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 26.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 14: Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

⁴⁶FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, op. cit., nota 43. Enunciado 260 (arts. 190 e 200) A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

⁴⁷PINHO, op.cit., [e-book].

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 5. art. 966, § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

⁴⁹259. (arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio. (Grupo: Negócios Processuais)

CONCLUSÃO

O advento do Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes inovações, dentre elas, o art. 190, que trata das convenções processuais. Instituto esse com ideias controvertidas no códex de 73, mas com a nova norma expressa autorizativa, possibilitou uma formação policêntrica das decisões, passando a tingir-se de matizes cooperativas e dialéticas, culminando numa forma de contratualização do procedimento.

O primeiro capítulo do trabalho ponderou se a realização de negócio jurídico processual em causas de menor complexidade violaria o princípio da vulnerabilidade. Defendeu-se a necessidade de se fazer a distinção entre os conceitos de vulnerabilidade, constante no parágrafo único do art. 190 do CPC e de hipossuficiência, porquanto a vulnerabilidade seria uma característica intrínseca ao consumidor e, sendo assim, as convenções processuais nas relações de consumo seriam vedadas, por uma interpretação sistemática.

Entretanto, o melhor entendimento seria entender a vulnerabilidade conforme disposta, em vulnerabilidade processual ou hipossuficiência, o que permitiria vislumbrar a possibilidade de negócios processuais neste campo.

Observou-se ainda, que as relações de consumo orbitam na seara dos direitos disponíveis, não podendo, na competência dos Juizados Especiais Cíveis, haver parte incapaz - art. 8º da Lei nº 9.099/95. Por isso, nenhum óbice encontraria o consumidor para gerenciar as normas procedimentais, inexistindo, em regra, violação ao princípio da vulnerabilidade, nem à possibilidade probatória, convivendo o gerenciamento processual em harmonia com a relativa hipossuficiência.

Seguiu-se, no segundo capítulo, o exame da possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quando a demanda versar exclusivamente sobre questões de fato e de direito, com observância das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor. Concluiu-se que caberá ao juiz o controle, recusando a aplicação do acordo somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de “hipossuficiência”.

Por derradeiro, o terceiro capítulo analisou a atuação do juiz no controle da validade das convenções e até que ponto os magistrados estariam vinculados às cláusulas do negócio jurídico processual. Sustentou-se a possibilidade de o magistrado discordar dos termos da convenção e da oportunidade de não se vincular a ela, dando a oportunidade de as partes exercerem o contraditório, para, caso desejem, refaçam as cláusulas e alterem disposições, para que se proceda uma nova análise do órgão de julgamento.



Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de aplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil nas relações de consumo no âmbito do Juizado Especial Cível, eis que a vulnerabilidade processual ou hipossuficiência deverá ser analisada casuisticamente, havendo o controle da validade pelo juiz e, na hipótese de discordância com os termos da convenção, caberá ao magistrado oportunizar às partes esclarecimentos ou refazimento de seus termos, materializando, assim, o contraditório e o empoderamento social e processual trazido pelo novo CPC.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. *Lei 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodvim, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 2.ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2016.

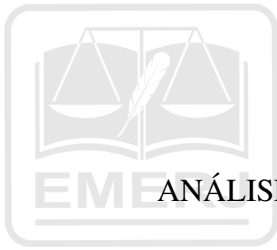
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, [e-book].

VOLTAR AO SUMÁRIO 



THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9.ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].



ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE DA VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DE INFORMAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA INVESTIGATIVA

Carlos Rafael de Oliveira Coutinho

Graduado pela Universidade Salgado de Oliveira.
Advogado.

Resumo – as diligências investigatórias policiais podem vir a limitar Direitos Fundamentais, de modo que, caso sejam iniciadas sem uma causa real, não só haveria limitação, como também verdadeira agressão e violação de tais direitos. Para evitar que o cidadão tenha seu estado de dignidade assediado, a lei trouxe uma ferramenta muito simples, mas com força suficiente para resguardar a liberdade e a dignidade do sujeito de direitos. O trabalho aborda a constitucionalidade e a natureza jurídica dessa ferramenta, denominada verificação da procedência de informações, bem como o porquê de ser um expediente a favor dos Direitos Humanos.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Investigação Preliminar. Verificação de Procedência de Informação.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade da VPI analisada sob a ótica da exclusividade do uso da força pública pelo Estado. 2. Natureza jurídica da VPI e sua função em favor da vedação ao constrangimento desnecessário do cidadão. 3. A positivação da verificação de procedência de informações e a possibilidade de arquivamento desta pela autoridade policial. Conclusão. Referências.

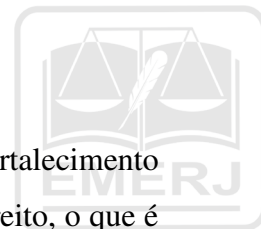
INTRODUÇÃO

A pesquisa a seguir desvelada discute a verificação preliminar de inquérito, apontada no art. 5.º, § 3.º, do CPP, como duplo instrumento a favor do cidadão e de seus direitos e garantias fundamentais. Buscar-se-á demonstrar que a autoridade policial, ao lançar mão deste expediente, formalizando-o por escrito, não estaria violando o controle externo do Ministério Público, mas, ao revés, estaria agindo em estrita observância ao seu dever legal.

Com esse objetivo norteador, inicialmente pretende-se reunir algumas opiniões doutrinárias de importante relevância na atualidade e encontrar necessária interseção nuclear, o núcleo duro no qual se realizou clivagem para abordar, sob outros pontos de vista, as críticas tecidas.

A verificação de procedência de informação, enquanto fato administrativo previsto em lei, mostra a importância de sua formalização escrita para controle do Ministério Público e para salvaguardar a garantia do cidadão e da sociedade.

Nada obstante, caso se concretize a promessa realizada pela Administração Pública de um modo geral, de maior investimento na polícia civil, ela estará estruturalmente mais forte e, portanto, mais atuante e presente, o que implicaria em mais situações de ocorrência de VPIs. Se



inconstitucional esse tipo de expediente, como afirma relevante parte da doutrina, o fortalecimento da polícia seria logicamente acompanhado por um abuso ao Estado Democrático de Direito, o que é impensável. Entretanto, se constitucionais e legais, as VPIs precisariam, ainda assim, serem definitivamente reguladas para que se pacificasse a insegurança jurídica na qual se encontra a sociedade.

Assim, o primeiro capítulo visa a demonstrar a constitucionalidade do art. 5.º, § 3.º, do CPP, e o motivo pelo qual teria sido ele recepcionado pela CRFB de 1988. O objetivo é o de fazer-se chegar à conclusão de que as VPIs são, na realidade, muito mais do que uma simples incursão policial: são na verdade um instrumento de garantias para o cidadão, seja diretamente, não permitindo que contra ele seja instaurado inquérito policial desnecessário; seja indiretamente, com o controle externo do Ministério Público.

No segundo capítulo, busca-se analisar a VPI a partir do ponto-de-vista do Direito Administrativo. Ou seja, explicitar qual seria sua natureza jurídica e como essa resposta poderia explicar muitos questionamentos levantados pela crítica doutrinária. Por conta do encravamento temático, será abordado ainda a pertinência da VPI no dia-a-dia policial e o seu valor prático.

Por fim, no último, mas não menos importante capítulo da pesquisa, será abordado reforçado à matéria com a nova Lei de Abuso de Autoridades, de 2019, e a possibilidade de seu arquivamento pela própria autoridade policial. Conclui-se que parcela da doutrina tem razão em dizer que a VPI poderia ser, sim, um objeto de iniquidades nas mãos de maus policiais, mas que, havendo regulamentação mediante lei, a uniformização traz segurança à instabilidade na qual se encontrava a VPI.

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 silogisticamente.

Por isso, a abordagem utilizada será a qualitativa e eminentemente bibliográfica, utilizando-se da genialidade dos doutrinadores para sustentar sua tese.



1. A CONSTITUCIONALIDADE DA VPI ANALISADA SOB A ÓTICA DA EXCLUSIVIDADE DO USO DA FORÇA PÚBLICA PELO ESTADO

A partir do conceito substancial ou material, de Giuseppe Bettiol, define-se crime como sendo todo fato humano lesivo capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade¹. Percebe-se, no entanto, que, pelo contexto, a palavra “sociedade” possivelmente foi utilizada no lugar de outra: “Estado”.

Pois, diferentemente da sociedade, para a qual importam o idioma comum, as tradições, os costumes e as aspirações convergentes, independentemente de política e ordem jurídica, para o Estado há preponderância de elementos constitutivos-objetivos, ou seja, população, enquanto elemento quantitativo; território, enquanto base geográfica; e, principalmente, governo, haja vista que um Estado nada mais seria uma sociedade organizada política e juridicamente. Logo, o crime comprometeria, não a existência, conservação e desenvolvimento da sociedade, mas do Estado.

José dos Santos Carvalho Filho² cita Dalmo Dallari e aponta que a denominação “Estado”, no sentido de *status*, surgiu pela primeira vez no século XVI, na obra *O Príncipe*, de Maquiavel, e que, enquanto alguns estudiosos defendiam que o Estado e a sociedade sempre existiram, outros admitiam que a sociedade, enquanto organização social, teria tido precedência sobre a formação do Estado, decorrendo este último da necessidade ou conveniência de grupos sociais

O Estado seria o betume político-jurídico que uniria a pirâmide da sociedade. E para que isso fosse possível, cada indivíduo teria tido que abrir mão de, ou nascer sem, parcela de sua liberdade natural no intuito de compor um Estado unitário. Ainda hoje é possível observar resquícios da teoria contratualista de Thomas Hobbes³, a partir da qual seria preciso concentrar esforços e conceder o direito de governar a um único homem ou a uma assembleia de homens, no intuito de alcançar a paz e a segurança comuns:

[...] A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los (...) das injúrias um dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que (...) possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem ou uma assembleia de homens representantes das pessoas (...) uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa (...) de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito (...) Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas.

¹ BETTIOL apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. v.1. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 198.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.

³ HOBBS apud RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco Correa (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 62.



É o que ocorre no uso da força pública, de uso exclusivo do Estado. O poder de polícia, cujo um dos atributos é o da coercibilidade, é expressão da força pública e faz com que determinado ato de polícia seja imposto ao particular, independentemente de sua concordância. É a manifestação do *ius imperii* estatal, apontado por Ricardo Alexandre⁴.

Noutro giro, podem ser citados o *ius perseguendi in judicio* e o *ius puniendi*, a partir dos quais, caso um indivíduo viesse a praticar determinada conduta delituosa prevista num tipo penal, ou seja, a praticar determinado ato dentro das balizas do conceito formal de crime, autorizado estaria o Estado a perseguir mediante processo judicial e punir o infrator, mediante constitucional processo submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa. E essa perseguição em juízo, no atual Estado Democrático de Direito, não poderia se dar, jamais, sem que houvesse um suporte probatório mínimo de infração à lei penal, pois *nulla accusatio sine probatione*⁵.

A prova da infração penal, como resultado de uma atividade probatória, ou seja, “como um ‘procedimento lógico’, extraído de um fato produzido no processo”⁶ jamais poderia se dar sem que houvesse a coleta de elementos de informações minimamente suficientes para a propositura da ação penal pelo órgão de acusação.

E essa coleta de informações pode dar-se de diversas maneiras, como, por exemplo: por inquérito policial, por comissões parlamentares de inquérito, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, entre outros. O que revela, sempre, o exclusivo domínio Estatal (monopólio), não só do *ius puniendi*, como do *ius perseguendi*, bastando atentar-se, por exemplo, para a vedação imposta por lei ao detetive particular quanto sua atuação na esfera penal (art. 2.º da Lei n.º 13.432/17)⁷.

Ora, se o Estado, hoje, não poderia mais ser concebido como a figura hobbesiana do Leviatã⁸, ainda assim não haveria evidentes resquícios da teoria contratualista na investigação e na ação penal?⁹ O monopólio é claro e incontestado; a inquisitorialidade é característica intrínseca da investigação preliminar, seja ela qual for, revelando novamente o *ius imperii* estatal. Mas se cada indivíduo deu ao Estado parte da liberdade para que, em contrapartida, fosse protegido, não deveria ele, o indivíduo, enquanto parte do povo – elemento constitutivo do Estado e de quem emana o

⁴ ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 264.

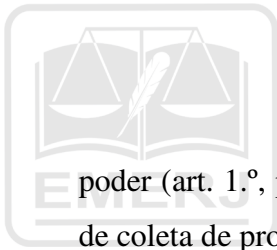
⁵ FERRAJOLI apud GRECO, op. cit., p. 10.

⁶ POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 33

⁷ BRASIL. *Lei n.º 13.432*, de 11 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm>. Acesso em: 9 set. 2019.

⁸ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed., rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53.

⁹ O art. 129, inciso I, da CRFB/88 aponta, privativamente, o próprio Estado como sendo o órgão responsável pela ação pública incondicionada.



poder (art. 1.º, parágrafo único, da CRFB/88) –, ter a possibilidade de apurar se a atividade estatal de coleta de provas estaria sendo executada da forma correta (art. 5.º, inciso XXXIII, da CRFB/88)?

O art. 20 do CPP nos diz que a autoridade policial assegurará, no inquérito, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. E se a própria Constituição Federal nos diz que a segurança é um direito social do cidadão (arts. 6.º e 144 da CRFB/88) e que o sigilo é possível e imprescindível até mesmo no processo judicial (art. 5.º, incisos XXXIII e LV, e art. 93, inciso IX), que é de maior e mais amplo interesse da sociedade, mais acertadamente seria possível uma investigação preliminar, até mesmo para o interesse social. O Ministério Público atua exercendo o controle externo da atividade policial, e seria ele quem determinaria o arquivamento ou não dessas investigações (art. 28 do CPP).

Mas, então, seria concebível uma atividade policial, supostamente em prol da segurança do cidadão, com suposta discricionariedade da autoridade policial, que não fosse submetida nem mesmo ao crivo do Ministério Público para sua instauração e arquivamento? Parte da doutrina afirma que não ¹⁰⁻¹¹. Mas para o legislador e para o administrador público, sim, seria concebível. Tratar-se-ia da verificação de procedência de informações, insculpida no art. 5.º, § 3.º, do CPP.

Ora, se há incontestável possibilidade do uso da força pública, pelo Estado, para a realização de inquérito policial na apuração de fatos – existentes – supostamente delituosos, claramente seria possível o uso dessa mesma força para a apuração, não de transgressão delituosa, mas sim da mera existência de um fato qualquer. Pois o art. 144, § 4.º, da CRFB/88 aduz ser de incumbência da polícia investigativa a apuração de infrações penais, enquanto que o art. 5.º, § 3.º, do CPP é no mesmo sentido, mas determinando que deverá, primeiro, a autoridade se certificar, não da elucidação, mas da própria existência de um fato jurígeno ilícito. Isso porque, consoante os princípios da proporcionalidade e da supremacia do interesse público, deve-se evitar mobilização de agentes, edições de atos administrativos e gasto do erário para investigar algo que talvez sequer exista.

Não há inconstitucionalidade no arquivamento (*rectius*, cessação unilateral) da VPI ante a inexistência de qualquer fato. Porque ao Ministério Público é incumbida a tarefa do controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, da CRFB/88), mas não interno. O *parquet* não é o destinatário final de toda e qualquer atividade administrativa policial, como, por exemplo, a verificação da procedência de informações da qual não resultaria o reconhecimento de uma atividade criminosa qualquer. Isso porque não há nela *ius imperii*, do qual seja necessário controle.

¹⁰ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 224-225.

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. Sobre a ilegalidade das sindicâncias policiais. *Revista Justitia*. São Paulo, n.º 135, p. 113-118, 1986. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/027x22.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2020.



Ao contrário do inquérito policial, não há nela coerção e restrição de direitos do cidadão; na verdade, haveria garantia de que contra esse cidadão não seria instaurado nenhum constrangimento advindo de um procedimento investigatório infundado (art. 144, *caput*, da CRFB/88).

2. NATUREZA JURÍDICA DA VPI E SUA FUNÇÃO EM FAVOR DA VEDAÇÃO AO CONSTRANGIMENTO DESNECESSÁRIO DO CIDADÃO

A soberania Estatal divide-se em duas, interna e externa. No campo interno, tal poder soberano é exercido mediante três funções básicas: legislativa, executiva e jurisdicional, que são o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689¹². A função executiva utiliza-se das normas criadas pelo poder legislativo para administrar a vida em sociedade, enquanto que a judiciária, quando provocada, dirime os conflitos existentes no bojo da própria sociedade.¹³

Ao contrário do Judiciário, que necessitaria de, via de regra, provocação para sua atuação (cf. art. 2.º do CPC/15¹⁴), o Executivo gozaria, entre outros, do atributo da autoexecutoriedade, que decorreria do princípio da supremacia do interesse público e permitiria que o Administrador realizasse os atos necessários à administração da vida em sociedade diretamente. Haveria, mediante este atributo, a execução direta desses atos, sem intervenção prévia do Judiciário, no intuito de que pudesse se dar com rapidez e eficiência.¹⁵

Assim, o legislador permitiu à Administração, mediante atuação da polícia judiciária, que seria um instrumento da própria Administração destinado a manter a paz pública e a segurança individual¹⁶, a instauração de inquérito policial, caso houvesse elementos mínimos que revelassem a existência de determinado fato atentatório à ordem pública (cf. art. 5.º do CPP), ou seja, fato jurígeno ilícito penal, que viesse a transgredir norma penal conforme o conceito formal de crime.

O inquérito policial é classificado por Renato Brasileiro como sendo um procedimento administrativo inquisitório e preparatório – de natureza instrumental –, presidido pela autoridade policial, consistente de um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, objetivando

¹² FERREIRA FILHO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 568.

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 73-74.

¹⁴ BRASIL. *Lei n.º 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019

¹⁵ ALEXANDRE; DEUS, op. cit., p. 447.

¹⁶ MIRABETE apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 110.



esclarecer fatos delituosos relatados em notícia de crime, mediante a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.¹⁷

O objetivo final do inquérito policial seria, portanto, a reunião de elementos suficientes para que o Estado, após constitucional processo penal, pudesse exercer seu *ius puniendi* sobre o infrator. Entretanto, ainda que se trate de procedimento administrativo, de natureza preparatória, a instauração de um inquérito policial poderia vir a desestabilizar a vida de um cidadão. Isso porque, a partir de sua existência, diversos são os fatos jurídicos, com poderes para constranger e/ou suspender a liberdade de uma pessoa, que poderiam ser tomados privativamente pela autoridade policial ou, à sua requisição, pelo Judiciário. É o caso, por exemplo, do indiciamento e das prisões cautelares.

A prisão cautelar, também denominada de prisão provisória ou prisão processual, é espécie do gênero prisão. Nessa espécie, há a sua decretação, durante o curso da ação penal, ou ainda na fase de investigação administrativa, quando existente a necessidade de segregação do suspeito do cometimento de um delito. São modalidades de prisão provisória a flagrancial, a temporária e a preventiva. Já o indiciamento é a atribuição de autoria ou participação de uma ação penal a uma pessoa, apontando-a como provável autora ou partícipe de um crime. Logo, dada a importância de ambos os institutos, prisão cautelar e indiciamento, e ante o claro advento de prejuízos à pessoa do indiciado, mostra-se obviamente indispensável a presença de elementos informativos acerca de materialidade e autoria do delito para que sejam possíveis.

Isso porque a sociedade abriu mão de parcela de sua própria liberdade para que o Estado, enquanto ordem político-jurídica, pudesse protegê-la¹⁸. E ele, em tese, o faz. No entanto, é necessário refletir sobre o tema e lançar sobre ele um olhar constitucional, pois só assim o sistema penal não seria usado como uma forma de dominação social e um instrumento de preservação dos interesses das classes dominantes.

Wilson Ferreira¹⁹ diz que: “[...] Por mais que as circunstâncias fáticas façam com que a opinião da mídia ou da sociedade seja desvirtuada, o fato é que o clamor dessas instituições não pode sobrepujar o ideal de justiça perseguido.”

A rotulagem pode vir a ser demasiadamente lesiva a um cidadão. Eduardo Viana²⁰ cita lúdico exemplo que, no contexto ora abordado nesse trabalho, demonstraria como a instauração de

¹⁷ LIMA, op. cit., p. 107;

¹⁸ HOBBS apud RIBEIRO, In: WEFFORT, op. cit., p. 62.

¹⁹ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do delegado de polícia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 53.

²⁰ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 298-299.



imediatamente inquirido policial incitado pela rotulação – e seus desdobramentos – poderia ser lesiva a um cidadão:

[...] Imagine-se (...) que uma senhora, idosa e bem apresentada, seja flagrada saindo de uma joalheria com um relógio de ouro no punho; os demais clientes, bem assim o segurança que efetue um eventual controle descreverá o seu comportamento como uma *distração* ou um *esquecimento*; poucos, por outro lado, o descreverão como comportamento desviante. Contudo, se comportamento idêntico fosse realizado por outra pessoa, agora mais jovem e miseravelmente vestida, essa seria imediatamente etiquetada como *gatuna* ou *larapia* e o mesmo comportamento, outrora tratado como esquecimento, seria interpretado como tentativa de furto.

Numa hipótese em que o segundo personagem do exemplo tenha simplesmente se esquecido de devolver o aludido objeto, a instauração de um inquirido policial, com as possíveis consequências, de constrangimentos sobre sua pessoa, demonstrar-se-ia inconstitucional. Constrangimentos esses cuja ocorrência é de infeliz plausibilidade no mundo sensório, sendo de fácil concepção hipótese na qual houvesse precipitada e mal aplicada prisão flagrancial “própria”; ou uma, na qual, assustado, o cidadão humilde e desconhecedor da lei processual, especialmente sob vexame, tenha se negado a fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, e por isso tenha sido preso preventivamente (cf. 313, parágrafo único, do CPP)²¹.

Diz Pacelli²² que “O acusado, antes de qualquer outra ordem de considerações, é um cidadão...”, e completa: “[...] não pode estar entregue nem à (má) sorte da (in)eficácia da atuação de seu defensor e tampouco à ira de um acusador com desejo de vingança”.

Do ponto de vista da autoridade policial, por sua vez, basta imaginar um exemplo no qual determinada pessoa, utilizando-se da faculdade de não se identificar (cf. art. 3.º da Lei n.º 13.608/18)²³, ofereça *notitia criminis* inqualificada (v.g. disque-denúncia). Claramente, haveria de ser tida como inconstitucional a imediata instauração de inquirido policial. Primeiro por ser vedado o anonimato (cf. art. 5.º, inciso IV, da CRFB/88)²⁴, e, segundo, por dar azo, como disse Renato Brasileiro²⁵, ao denunciamento inescrupuloso. Nada obstante, numa situação de trote, haveria temporário deslocamento de agentes policiais, gasto de erário e paralisação desnecessária da máquina pública para a instauração de um procedimento administrativo inútil.

²¹ BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

²² PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 106.

²³ BRASIL. *Lei n.º 13.608*, de 10 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019

²⁵ LIMA, op. cit., p. 133.



Para que se evitassem tais situações, o Código de Processo Penal previu em seu art. 5.º, § 3.º, o instituto da verificação de procedência de informações, no qual a autoridade policial, antes de expedição de portaria para a instauração de inquérito, deveria se certificar, não da identificação das fontes de prova e da colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, mas da simples existência de um fato qualquer, ou seja, uma ocorrência, seja ela jurídica ou não, no mundo sensível.

É que, como bem se pode observar, o inquérito policial se inicia, via de regra, mediante portaria (cf. art. 5.º, § 2.º, da Resolução SEPC/RJ n.º 605/93)²⁶, ato administrativo. Ou seja, nasce na Administração uma vontade, provocada por um acontecimento humano que tenha relevância jurídica (fato jurígeno). Entretanto, a simples verificação de procedência de informações, sequer exigiria a expedição de ato administrativo, quando muito, um despacho. Até mesmo porque, nas condições em que obteve conhecimento da notícia do suposto crime, sequer seria possível, por parte da autoridade policial, dizer se haveria a existência de um fato qualquer.

Assim, evitar-se-ia, em nome da eficiência, desnecessário deslocamento de recursos e pessoal para se instaurar todo um inquérito policial, que não só paralisaria parte do contingente policial, como do Ministério Público, e, antes da Lei n.º 13.964/19, também do Judiciário, em ulterior arquivamento (cf. art. 28, *caput*, do CPP, com redação anterior à lei do Pacote Anticrime²⁷). Logo, inegável a conclusão de que, *prima facie*, a VPI não é um ato administrativo, mas sim mero fato administrativo, sendo ele entendido como a atividade material realizada no âmbito da atividade administrativa. A falta de um ato administrativo anterior não impede sua existência²⁸:

[...] o fundamento do fato administrativo é o ato administrativo que o determinou. No entanto, nem sempre é assim, pois há casos de atividades materiais da administração que não são precedidas da formalização do ato administrativo, por exemplo, a conduta material de prender um criminoso em flagrante delito, antes da lavratura formal do auto de flagrante (ato administrativo).

Da mesma forma, ante à inequívoca hipótese de estar, a autoridade policial, frente a um fato não jurídico ou, ainda que jurídico, fosse ele natural, jurígeno lícito (ato lícito) ou jurígeno ilícito não interessante ao Direito Penal (fragmentariedade), não haveria que ser iniciado inquérito policial, com possível constrangimento desnecessário a um cidadão. Constrangimento óbvio, numa eventualidade de a autoridade policial relatar inexistir crime, mas, pela dispensabilidade, o *parquet*

²⁶ BRASIL. Secretário de Estado da Polícia Civil do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 605*, de 27 de julho 1993. Disponível em: <http://adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16853>. Acesso em: 14 fev. 2020.

²⁷ Até o fechamento, a alteração estava suspensa por força de decisão liminar na ADI n.º 6.305.

²⁸ ALEXANDRE; DEUS, op. cit., p. 414.

vier a oferecer denúncia por acreditar ter existido substrato mínimo para sua realização. Ou então, ainda que tenha pedido seu arquivamento, o juiz tenha nela insistido (art. 28 do CPP²⁹).

Por fim, ante a uma atipicidade material, ou mesmo conglobante, no caso de insignificância, não estaria a autoridade obrigada a baixar inquérito.³⁰ Isto é, se os Tribunais Superiores aplicarem o princípio no caso concreto, e se não há registro de reincidência.³¹

3. A POSITIVAÇÃO DA VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DE INFORMAÇÕES E A POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO DESTA PELA AUTORIDADE POLICIAL

Entende-se que a verificação de procedência de informações é útil não só ao cidadão e à autoridade policial, como sua formalização em documento escrito serve de fonte material de prova para eventual controle externo do Ministério Público. Entretanto, parte da doutrina brasileira mantinha-se contra essa prática, em especial quanto ao seu arquivamento realizado pela própria autoridade policial. Assim, era da opinião de Afrânio Silva Jardim³² que:

[...] de forma hábil, procura-se justificar a prática ilegal de não instaurar formalmente o inquérito policial, subtraindo a atividade de polícia judiciária da fiscalização do Ministério Público, bem como impedindo que o Poder Judiciário possa fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade e da ação penal pública. Assim, a Polícia Civil limita-se a instaurar as chamadas “sindicâncias”, como investigação prévia ou preliminar à abertura do necessário inquérito, invocando a regra do artigo 5.º, § 3.º, in fine, do Código de Processo Penal.

Em verdade, como é sabido por todos, as coisas e as categorias jurídicas têm a sua ontologia própria, não alterando a sua natureza em razão do nome que se lhes dê. Vale dizer, a essência não depende do rótulo.

Da mesma forma, aponta André Nicolitt³³ que, a partir do referido parágrafo 3.º do citado artigo 5.º, teria sido criada uma “prática criticável de se efetuar verdadeiras sindicâncias (procedimentos administrativos investigatórios)” e que, por isso, independentemente do nome a que tivessem dado à referida diligência, estar-se-ia “diante de um procedimento investigatório, e, por tal razão, submetido ao controle do Ministério Público, não podendo ser arquivado em sede policial.”

Entretanto, como já demonstrado, a redação do art. 5.º, § 3.º, do CPP aponta, na realidade, que a autoridade policial somente baixará portaria, efetivamente instaurando inquérito policial, se

²⁹ Ainda vigente, por força da ADI n.º 6.305 que suspendeu as alterações da Lei n.º 13.964/19.

³⁰ NICOLITT, op. cit., p. 225.

³¹ FERREIRA, op. cit., p. 94-95.

³² JARDIM, Afrânio Silva. Sobre a ilegalidade das sindicâncias policiais. *Revista Justitia*. São Paulo, n.º 135, p. 113-118, 1986. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/027x22.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

³³ NICOLITT, op. cit., p. 224.



verificada a procedência das informações que para ela chegaram. Ou seja, se constatar a mínima existência de um fato jurígeno e, obviamente, ilícito.

Muito menos poderia ser adotada a ideia de que, quando o referido § 3.º, *in fine*, diz “verificada a procedência das informações”, quisera ele dizer que só seria instaurado o inquérito se verificado que a conduta típica noticiada pela pessoa seria aquela capaz de provocar uma ação penal pública. Ou seja, caso fosse uma conduta, ainda que típica, mas somente capaz de provocar uma ação penal privada, não seria possível a instauração de inquérito. Equivocado tal pensamento. Isso porque o art. 19 do CPP³⁴ afirma que nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

Portanto, o § 3.º do art. 5.º do CPP³⁵ diz exatamente o que parece dizer. Entretanto, como já salientado alhures, isto não significa que a diligência a ser realizada, ou seja, a verificação de procedência de informações, signifique uma diligência investigatória, no sentido de investigação criminal. A investigação criminal, ou seja, a diligência investigatória realizada pelo órgão incumbido de fazer a colheita de elementos informativos suficientes acerca da materialidade e autoria de determinado crime, no intuito de conseguir-se justa causa para a propositura de denúncia por parte do Ministério Público, não pode ser iniciada pela verificação de procedência de informações. Repita-se, a VPI tem como finalidade verificar a existência de um fato e, verificado, constatar de plano se não se trataria de hipótese, inequívoca, de fato não jurídico, jurídico natural, jurígeno lícito (ato lícito) ou ilícito desinteressante ao Direito Penal. Caso contrário, ou caso restasse dúvidas, aí sim seria imprescindível a expedição de portaria de inquérito.

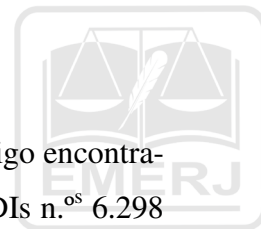
Significa dizer, portanto, que, enquanto mero fato administrativo, e não se tratando de investigação criminal, não haveria para a Administração (órgão policial) qualquer possibilidade de realizar diligências investigatórias, como oitiva de suposto autor do fato, colher elementos informativos ou, mais grave ainda, realizar de ofício ou representar perante o Judiciário quaisquer meios de obtenções de provas. Caso quaisquer medidas similares a estas sejam tomadas, a conclusão seria de que, verdadeiramente, estar-se-ia diante de uma investigação criminal, obrigando a existência de pretérito inquérito. Inclusive, o novo art. 3.º-B, inciso IV, do CPP³⁶ deixa claro que ao Juiz das Garantias deve ser informada qualquer instauração de investigação criminal³⁷, o que não

³⁴ BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 232.



se aplicaria à VPI. Salienta-se, entretanto, que atualmente que a eficácia do referido artigo encontra-se suspensa por tempo indeterminado, por força da decisão prolatada nos autos das ADIs n.ºs 6.298 e 6.299³⁸⁻³⁹.

Hipoteticamente, caso a autoridade policial, em VPI depare-se com determinado agente praticando ou terminado de praticar uma conduta penalmente típica, não haveria qualquer ilegalidade em sua prisão-captura e consequente condução coercitiva para lavratura de auto de prisão em flagrante. O fato de a autoridade policial não estar, durante a VPI, praticando uma verdadeira investigação criminal não retira dela a sua obrigação de, enquanto órgão estatal de combate ao crime, resguardar a ordem pública, fazendo cessar a lesão que estava sendo cometida ao bem jurídico.

Ademais, com o advento da Lei n.º 13.869/19 (denominada “nova Lei de Abuso de Autoridade”) ⁴⁰, houve verdadeira positivação e confirmação, no parágrafo único de seu art. 27, daquilo que o art. 5.º, § 3.º, do CPP já informava. Diz o *caput* e o parágrafo único:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Reforça-se, portanto, que a má instauração de um inquérito policial, com as possíveis consequências de constrangimentos sobre o *status dignitatis* do cidadão, seria um instrumento contrário à sua finalidade precípua, que é a de proteger o povo. Diz Renato Brasileiro ⁴¹ a respeito da VPI que:

Como o próprio nome sugere, cuida-se de investigação preliminar e simples, verdadeiro filtro contra inquéritos policiais temerários, que possibilita a colheita de indícios mínimos capazes de justificar a instauração de um inquérito policial. (...) são relativamente simples e devem ser documentadas em relatórios [...]

Evidente a necessidade da simplicidade, e, mais ainda, da documentação em relatório. Ao contrário do que diz a doutrina que critica tal instituto, a documentação em relatório não significa,

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁴⁰ BRASIL. *Lei n.º 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁴¹ LIMA, op. cit., 2020, p. 198.

Mediante a pesquisa realizada e ora apresentada, constatou-se, como problemática nodal, a existência de aparente conflito entre a possibilidade da realização da verificação de procedência de informações e a obrigatoriedade de instauração de inquérito policial frente a qualquer comunicação de crime, mediante ato administrativo. Da mesma forma, e como face da mesma moeda, o aparente conflito entre o arquivamento da referida verificação pelo próprio delegado e o inafastável controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

Como ponto convergente, no qual se desembocaram os cursos das ideias advindas das fontes doutrinárias citadas, ainda que possivelmente opostas em determinados pontos controvertidos, foi o de que a atividade policial, como instrumento do Estado, serve para resguardar a sociedade, especialmente o próprio cidadão. Resguardá-lo, inclusive, da própria atividade policial e do processo criminal, que possuem o condão de afetar a dignidade de uma pessoa.

Assim, o pesquisador chegou ao entendimento de que, para que isso fosse possível, inclusive servindo ela de ferramenta contra denunciamentos inescrupulosos ou, ainda que bem intencionados, não relatassem com fidedignidade a realidade dos fatos, a verificação da procedência de informações é de grande valia. Uma ferramenta poderosa a favor dos direitos fundamentais, estando ela à disposição da autoridade policial e a favor do Estado e do indivíduo, sujeito de direitos.

Isso porque, como foi apontado no primeiro capítulo, a verificação da procedência de informações, ainda que atividade policial diferente da diligência investigatória criminal, é, primeiramente, absolutamente constitucional. Sua constitucionalidade se dá diante da conclusão lógica de que, se o poder de polícia ainda mais restritivo, consubstanciado nas diligências investigatórias decorrentes da instauração de inquérito, é incontestavelmente constitucional, muito mais seria a mera verificação, mediante a qual a autoridade apenas tomaria ciência da existência ou não de um fato.

Para melhor elucidação da questão, e permitir melhor distinção entre a finalidade do inquérito policial – procedimento administrativo – e a verificação da procedência de informações – fato administrativo –, lançou-se mão no segundo capítulo das referidas explicações. Inclusive, acreditou o pesquisador ter sido necessário adentrar, ainda que brevemente, nas esferas do Direito Administrativo e do Direito Civil.

Parte da doutrina brasileira critica a verificação da procedência de informações, aduzindo, de forma parafraseada, que ela, a verificação, nada mais seria que um inquérito policial por vias



transversas. No entanto, para o pesquisador esse seria um reducionismo que talvez não fosse o mais correto.

O principal argumento utilizado foi o de que, enquanto um, o inquérito, teria uma natureza de procedimento administrativo, iniciado, portanto, por ato administrativo (portaria), a outra, a verificação de procedências, não seria nada mais que um mero fato administrativo, cuja intenção não seria a de realizar diligência investigatória e de colher elementos informativos para dar justa causa a uma denúncia, mas sim de se ter a ciência da simples existência de um fato humano.

Encarada verificação de procedência de informações por esta ótica, que teria respaldo no Direito Administrativo, passa-se a observar que não se trata de expediente que vem a violar os direitos do cidadão. Pelo contrário. Seria ela um instrumento contra a persecução penal infundada e inútil, que acarretaria em prejuízos, não só à máquina pública, como também ao cidadão.

No terceiro e último capítulo, o pesquisador mostrou que, após o início das pesquisas, foi promulgada a lei denominada “nova lei de abuso de autoridades”, a qual ratifica a existência e a legalidade da verificação da procedência de informações em seu art. 27. Diante do forte teor repressivo do estatuto, que visa coibir as atividades administrativas que venham a exceder suas finalidades, acreditou-se ter sido adicionado grande peso na balança em favor da existência, da constitucionalidade e da legalidade da VPI, já que a reafirma.

Um dos principais alvos da pesquisa, nela repetidamente reiterado, foi a preservação da dignidade do sujeito de direitos. E, assim, o art. 27 da nova lei de abuso de autoridades reafirmou a inexorável necessidade dessa preservação de direitos, aduzindo ser inadmissível a instauração de inquérito sem que haja indícios para tal – e reiterou que a VPI, não só não ofende o bem juridicamente tutelado, como não se confunde com o procedimento administrativo (investigação preliminar).

Ficou evidente, portanto, que a realização da verificação, bem como sua documentação e eventual arquivamento jamais poderia ofender o indivíduo ou qualquer bem jurídico tutelado. Também não ofenderia a Constituição Federal ou o controle externo a ser realizado pelo Ministério Público. Na verdade, havendo a documentação, permitir-se-ia maior e melhor controle por parte do *parquet*, além de maior transparência.

Desse modo, concluiu-se que a VPI, ferramenta há muito tempo posta à disposição da sociedade como um todo, haja vista sua positivação desde a promulgação do Código de Processo Penal, mas que recebeu reiterada força no ano de 2020, com a nova legislação em vigor, deve ser utilizada com cautela e sabedoria pela autoridade policial para efetivar a finalidade mais importante de seu e de todos os cargos públicos: a preservação e manutenção da dignidade humana, que é o objetivo da sociedade.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Gabinete do Procurador-Geral de Justiça. *Resolução n.º 1.524*, de 08 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418886/res1524.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro n.º 106*, de 03 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. *Lei Complementar n.º 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. *Lei n.º 8.625*, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. *Lei n.º 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. *Lei n.º 13.432*, de 11 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm>. Acesso em: 9 set. 2019.

_____. *Lei n.º 13.608*, de 10 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. *Lei n.º 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Secretário de Estado da Polícia Civil do Rio de Janeiro. *Resolução n.º 605*, de 27 de julho 1993. Disponível em: <http://adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16853>. Acesso em: 14 fev. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 6.305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

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

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do delegado de polícia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. Sobre a ilegalidade das sindicâncias policiais. *Revista Justitia*. São Paulo, n.º 135, p. 113-118, 1986. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/027x22.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed., rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

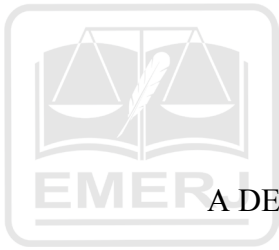
PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco Correa (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006..

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.



A DESNECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Châncelis Celis Nery Pereira Araújo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós Graduada em Direito
Público e em Direito Penal e Processual
Penal pela UNESA.

Resumo - o trabalho tem como objetivo analisar o tipo penal do crime de infanticídio, notadamente a elementar do estado puerperal, averiguando a sua origem e as razões que justificam ou não uma pena diminuída para esse crime, se comparado ao crime de homicídio. Nessa esteira, buscar-se-á fundamentos na medicina legal para comprovar que tal estado psicológico não é mórbido e capaz de influenciar a genitora a matar seu próprio filho. Pretende-se demonstrar que o delito de infanticídio não se sustenta de forma autônoma, uma porque se adota a teoria monista do crime e em razão disso, as elementares do crime são comunicáveis aos seus coautores; e duas porque é um delito infundado pela medicina legal, no que tange a influência do estado puerperal. O crime de infanticídio deveria ser revogado do Código Penal, uma vez que o tipo que disciplina o homicídio é capaz de tutelar essa forma especial de matar.

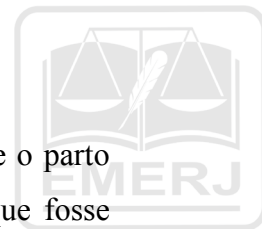
Palavras-chave – Direito Penal. Infanticídio. Estado Puerperal. Honoris Causa.

Sumário – Introdução. 1. Legislações anteriores e o motivo de honra. 2. A incongruência entre os conceitos médico-legais e a doutrina jurídica. 3. Os problemas do Infanticídio enquanto tipo autônomo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica estuda o tratamento penal dado ao crime de infanticídio. Observa-se que no Código Penal há apenas dois crimes em que o núcleo do tipo é o verbo matar, são eles: o homicídio e o infanticídio, no primeiro a pena é de reclusão de seis a vinte anos, já no segundo a pena é de detenção de dois a seis anos. Como se pode entender que ambos os crimes tenham penas tão díspares? É bem verdade que existem outros elementos que compõe o crime de infanticídio, enquanto a redação do homicídio é a de “matar alguém”, a do infanticídio é a de “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. O objetivo desse trabalho é questionar e tentar responder se as elementares do crime de infanticídio realmente impõem uma pena mais branda.

Os Códigos Penais anteriores adotavam o motivo de honra como elementar do tipo. No entanto, não era lógico admitir que a honra da mulher se sobrepusesse a vida de seu filho recém-nascido, por isso, passou-se a adotar um critério biopsíquico.



Ao adotar a elementar do “estado puerperal” o legislador deu a entender que o parto poderia ser capaz de gerar alguma espécie de extinto assassino na genitora, ou, que fosse capaz de atenuar a sua culpa em relação ao crime, e por isso deveria ter uma pena reduzida. O que não se pondera é que essa elementar pode favorecer os crimes cometidos pelos motivos mais egoísticos.

Na exposição de motivos do Código Penal, o legislador diz que o crime se trata de delito excepcional e que depende de laudo médico para comprovar a perturbação psíquica no momento do parto. Entretanto, a medicina não reconhece a existência da elementar psicológica do crime em estudo. E aqui moram muitos dos problemas referentes ao crime de infanticídio, pois qualquer premissa seria falha, de modo que, se for aceita como existente e válida a elementar, a lei teria consagrado uma pena para uma inimputável. De outro modo, se a conclusão for pela invalidade da elementar, e mesmo assim aplicando-se a pena do Art. 123 do Código Penal, estar-se-ia privilegiando a infanticida, que em verdade seria uma homicida. É sob essas questões que se funda a pesquisa.

Inicia-se o primeiro capítulo com a evolução histórica legislativa do infanticídio no Brasil. Verificar-se-á que a legislação penal pátria possui um histórico de desigualdade no tratamento entre homens e mulheres, notadamente no que tange a moralidade masculina e feminina.

Por sua vez, o segundo capítulo aborda o infanticídio como delito excepcional, especialmente no que tange a diferença de puerpério e estado puerperal. É nesse tópico que abordarão os transtornos do pós-parto e as suas influências reais na mulher.

O terceiro capítulo tratará do infanticídio no Brasil nos tempos atuais. Será discutido os problemas do infanticídio enquanto tipo autônomo, tais problemáticas fundam-se na teoria monista adotada pelo direito penal brasileiro.

A conclusão que se pretende chegar é que a aplicação desse crime não condiz com a realidade nas quais o crime ocorre, além de se comunicar com o terceiro que participa do crime. Entende-se que o ordenamento penal é capaz de tutelar os casos que envolvam esse crime, sem a necessidade de um tipo autônomo.

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 tese.

1. LEGISLAÇÕES ANTERIORES E O MOTIVO DE HONRA

O tratamento penal dado ao crime de infanticídio ao longo da história passou das penas mais leves até as penas mais severas, no entanto, somente com o movimento iluminista que essa questão foi repensada de forma mais humanitária e o crime passou a ter uma resposta penal mais branda.

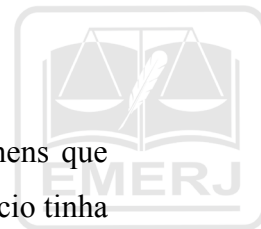
Ao estudar o infanticídio ao longo da história chega-se à conclusão de que a legislação evoluiu pouco. É necessário analisar esse tipo penal com maior comprometimento, a fim de corrigir suas imprecisões técnicas e de fornecer um tratamento penal mais coerente.

Desde o primeiro Código Penal Brasileiro de 1830 é possível observar expressões que deixam clara a forma diferenciada que a mulher foi tratada. O crime de estupro, por exemplo, que tinha previsão no primeiro Código Penal do Império falava em “Deflorar mulher virgem”, ter copula com “mulher honesta”, “seduzir mulher honesta”, cometer ato libidinoso com “mulher casada”.

Havia nítida distinção entre a moralidade masculina e a moralidade feminina. A moralidade da mulher sempre esteve intrinsecamente ligada a sua sexualidade, enquanto a moralidade do homem é ligada ao seu poder financeiro. Essa premissa pode ser facilmente comprovada na análise do crime de adultério, pois para a mulher bastava que ela cometesse algum ato de satisfação da lascívia, enquanto que o homem só respondia se provesse o sustento da sua concubina.

Por sua vez, o Código Penal de 1890 ao tratar dos crimes de violência carnal estabelecia penas distintas levando em consideração aspectos referentes a sexualidade das mulheres. Responderiam com pena de um a quatro anos se a mulher fosse menor de idade; se fosse virgem, a pena seria mais alta, um a seis anos; porém se a mulher fosse “pública ou prostituta” o delinquente recebia a indulgência de pena de seis meses a dois anos.

Vale dizer que se a mulher vítima de estupro fosse honesta ou virgem, teriam direito de receber indenização do criminoso. Já no que concerne ao crime de rapto, somente a “mulher honesta” é que poderia ser sujeito passivo. Nesse caso, se fosse raptada uma mulher que não se encaixasse nos padrões sociais e culturais de honestidade, não haveria crime algum, a conduta seria atípica.



O Código de 1890 manteve ainda o crime de adultério apenas para os homens que proovessem o sustento de sua concubina. Além do mais, naquela época a ação de divórcio tinha natureza condenatória e a mulher divorciada que continuasse a usar o nome do ex-marido era sujeita a pena de prisão por quinze a sessenta dias¹:

Na verdade, essa vigilância social é encontrada tanto nos meios formais de controle social, dentre os quais se vislumbra a inserção do Direito Penal, mas também pode ser constatada nos meios informais, tais como a igreja, a mídia, a escola, a prática da medicina, o mercado de trabalho e a opinião pública.

A consequência mais imediata desse problema é o processo de segregação e preconceito encontrado nas leis penais, de modo que fica evidente a impregnação de valores extremamente machistas.

O atual Código Penal entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1942, e vem sofrendo alterações deste então para se adequar a realidade social. Entretanto, até no ano de 2005 existia o crime autônomo de atentado violento ao pudor, previsto no Art. 215, que estabelecia que somente poderia ser sujeito passivo a “mulher honesta”. Tal previsão normativa reforçava a ideia de inferiorização feminina.

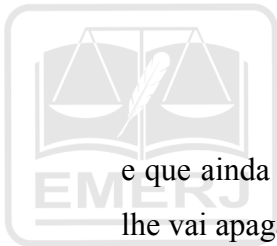
Após 2005 foi retirada a expressão “mulher honesta” do crime de atentado violento ao pudor e acrescentado o parágrafo único que previa um aumento de pena se a mulher fosse virgem, entre quatorze e dezoito anos de idade, esse parágrafo perdurou até o ano de 2009. Segundo Nelson Hungria mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes².”

A expressão que fazia referência a mulher honesta foi abolida em 2009, uma vez que em uma democracia não há espaço para criar parâmetros que idealizem comportamentos morais, até porque a Constituição Federal prevê igualdade entre todos. Entretanto, embora pareça um relevante avanço, é bem verdade que o Código Penal ainda deve ser profundamente revisto.

O motivo de honra (*honoris causa*) antes utilizado pelo código penal para “justificar” o crime infanticídio é a necessidade psicológica de defesa da moralidade sexual feminina. O medo do julgamento cruel da sociedade causa na mulher “que engravida fora do matrimônio,

¹ SILVA, Lilian Ponchio e. *O Estado Puerperal e suas Interseções com a Bioética*. 130. 42 f. (Mestrado em direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”, São Paulo, 2010.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5. ed. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 139.



e que ainda perdeu o pudor, um verdadeiro “estado de angústia”, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fructo de seu amor ilegítimo³.”

Aníbal Bruno, nessa mesma linha, afirma que:

A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama e respeito público de que goze a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra já era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra⁴.

Segundo Nelson Hungria⁵ mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes.”

A conclusão a que se chega é que há uma distorção entre as lutas sociais com busca pela igualdade entre os gêneros e o tratamento da lei penal as mulheres. O papel do direito é resolver conflitos sociais e não reforçar antigos preconceitos.

Sabe-se que o direito é um reflexo da sociedade e por muitos anos a mulher foi tratada de forma discriminatória e ainda é vista de maneira desprotegida ou não tão protegida pela lei, como sempre foram os homens. Um grande exemplo disso é o crime de infanticídio, que prevê punição para a mulher que, em tese, não cometeu o crime de maneira livre e consciente, já que estaria psicologicamente perturbada.

Segundo Nelson Hungria⁶ o tempo trouxe transformações importantes na moral pública sexual, de modo a ampliar e respeitar a liberdade feminina. É diante disso, que o crime de infanticídio somente se condiz com a realidade se for considerado por motivo de honra.

2. A INCONGRUÊNCIA ENTRE OS CONCEITOS MÉDICO-LEGAIS E A DOUTRINA JURÍDICA

O primeiro registro clínico de uma psicose pós-parto foi feito por Marcé, psiquiatra francês, em 1858, quando publicou o “*Traité de la folie des femmes enceintes, des nouvelles accouchées et des nourrices*”, que significa em sua tradução literal: “Tratamento da loucura

³ LYRA apud Ibid., p. 261.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 148.

⁵ HUNGRIA, op. cit., p. 139.

⁶ Ibid.

de mulheres grávidas, novas companheiras e babás.” O livro retrata sua experiência com trezentas e dez pacientes acometidas de psicoses puerperais que estavam internadas no hospital Ivry-sur Seine.

Marcé⁷ acreditava que ocorria uma simpatia mórbida entre os órgãos pélvicos e a mente. Seu trabalho ficou tão conhecido que a psicose puerperal passou a ser um dogma inquestionável para a comunidade médica no século XIX. A doença descrita por Marcé era inexistente e jamais manifestada em parturientes assistidas em maternidades, profunda e de curta duração, porém, capaz de levar a mãe a assassinar o seu próprio filho.

Tempos depois, o psiquiatra francês, Kraepelin⁸, lançou uma segunda edição de seu tratado em 1907, no qual negou a autonomia nosológica da mania puerperal, vinculando-a a insanidade maníaco-depressiva. Dividiu os transtornos puerperais, naqueles causados pelo parto, e noutros que eram apenas precipitados pelo parto. A mania puerperal estaria entre as antecipadas pelo parto. Por sua vez, os quadros puerperais induzidos pelo parto, seriam as psicoses de exaustão, as psicoses tóxicas e “os estados de excitação delirante violentos e súbitos” que segundo Kraepelin⁹:

podem se manifestar durante o parto e são de grande importância do ponto de vista forense por estarem associados à grande tendência para a violência; eles geralmente duram apenas algumas horas. A dor, a perda de sangue e as alterações circulatórias rápidas, por um lado, e as influências psíquicas do parto e, possivelmente, de distúrbios deste processo, por outro, exercem um papel garantido neste processo. [Kraepelin observou] uma parturiente se atirar de uma janela e cair através do telhado de vidro ele uma estufa. Outras mulheres esganam seus filhos ou as deixam morrer desassistidas, sem alimentá-las ou delas cuidar. Em vista dos seus quadros clínicos, parece provável que estes sejam estados semiconscientes epilêpticos ou histéricos que podem ser liberados pelas emoções violentas específicas do parto mesmo em pessoas que mostravam sintomas leves de predisposição patológica e que por isto mesmo passavam despercebidos.

Kraepelin e Marcé possuíam a mesma concepção, no entanto, não foi esse o legado que eles deixaram. Em 1924, Bleuler¹⁰ defendeu que “a verdadeira psicose puerperal não existe, nem no sentido amplo, nem no sentido próprio da palavra”. Segundo sua experiência, a ocorrência de quadros psicóticos puerperais corresponderia a um surto esquizofrênico ou, mais raramente, a um “ataque maníaco-depressivo”. Atualmente é voz unânime entre

⁷ MENDLOVIZ, Mauro Vitor. *O infanticídio no Código Penal de 1940: crítica à aplicação do critério psiopsíquico*. 333 f. Trabalho monográfico (Doutor em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1994, p. 93.

⁸ KRAEPELIN apud Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BLEULER apud Ibid., p. 94.



obstetras e psiquiatras¹¹ que essa loucura que somente é identificada com partos clandestinos, foi criada como tese defensiva.

Em 1964, a Classificação Internacional das Doenças [CID VIII]¹² recomendou que os quadros psiquiátricos, ocorridos no pós-parto, que não se enquadrasse em nenhuma categoria patológica, deveriam ser classificados sob a rubrica “psicose puerperal”. Porém, na IX^o Revisão Internacional Da Classificação Internacional das Doenças de 1975 [CID IX]¹³, os quadros psiquiátricos do pós-parto foram chamados de “Complicações da Gravidez, do Parto e do Puerpério”, o termo “psicose puerperal” não foi mais empregado.

O sintoma de “confusão” gerado pela psicose puerperal, embora comumente citado na literatura especializada, não se reflete um déficit cognitivo significativo, e não corresponde a um delírio.¹⁴ Não há nenhum registro que comprove a existência da elementar psicológica exigida pelo tipo penal de infanticídio.

Conclui-se que o parto não gera estados mentais mórbidos, em mulheres sadias, exceto em mulheres psicopatas, sendo estas inimputáveis por serem patologicamente doentes mentais. Segundo França¹⁵ os transtornos emocionais do parto não vão além do *maternity blues*, ou tristezas do parto que não constitui doença, ocasionando apenas mudanças repentinas de humor, choro desmotivado, indiferença ao bebê e irritação. Não implica em instintos assassinos e, portanto, não se confunde com o chamado estado puerperal. “Nada mais fantasioso que o chamada estado puerperal, [...]. Esse conceito pode ser favorável até mesmo aquelas mulheres que, levadas por motivos egoístas ou de vingança, matam seu próprio filho”.¹⁶

Atualmente a medicina aceita como existente a depressão pós-parto e a *maternal blues*. Embora nenhuma dessas perturbações mentais decorrentes do parto se assemelhe ao “estado puerperal” exigido pelo tipo penal, não se podem descartar essas perturbações, como se elas fossem inexistentes. Em outras palavras, nenhum desses transtornos leva a mãe a dizimar a vida de seu filho recém-nascido, mas são perturbações psicológicas desencadeadas pelo parto.

No que tange a psicose do pós-parto, malgrado a literatura médica insista em denominá-la assim, não é tecnicamente possível esse conceito, em razão de que não há

¹¹ CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 585.

¹² MENDLOVIZ, op. cit., p. 94.

¹³ Ibid.

¹⁴ BROCKINGTON apud Ibid., p. 99.

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 329

¹⁶ Ibid.



relação etimológica entre o parto e a psicose.¹⁷ Isso porque, como já visto, essa denominação foi rejeitada pelos criadores das classificações oficiais e dos dados clínicos.

Delton Croce¹⁸ reconhece uma psicose puerperal toxinfeciosa, aceita por psiquiatras e obstetras, que se manifesta por um quadro de reações esquizofrênicas, excessos de melancolia, depressão ansiosa, autoacusação, ideias hipocondríacas, alucinações, delírio alucinatório, impulsões mórbidas. Esses sintomas veem acompanhados de febre, e em 75% dos casos, cura-se com eletroconvulsoterapia.

Segundo Croce, não se trata da influência do estado puerperal, pois a referida psicose é um desencadeamento de uma doença pré-existente. Nesse caso, a genitora é uma doente mental e por isso, inimputável, nos termos do art. 26 do Código Penal¹⁹.

Por outro lado, a doutrina jurídica classifica o estado puerperal o desgaste físico e mental resultante do parto que gera instintos perversos capazes de criar o desejo de matar o próprio filho.

Damásio de Jesus classifica esse estado como sendo o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.²⁰

No entanto, o melhor entendimento é aquele consagrado por Nelson Hungria²¹ que diz que “num CP moderno não há mais lugar para o crime de infanticídio. A orientação adotada pelo código vigente é particularmente insustentável, não havendo notícia de que o estado puerperal, por si só, possa produzir na mulher parturiente perturbação de ânimo capaz de levá-la à morte do próprio filho.”

No mesmo sentido, Jamil Chaim Alves²² afirma que o estado puerperal consiste em abalos físicos e psíquicos gerados pelo parto que podem levar a uma diminuição da capacidade de discernimento de forma transitória.

3. OS PROBLEMAS DO INFANTICÍDIO ENQUANTO TIPO AUTÔNOMO

O Código Penal de 1940 foi inspirado no Código Dinamarquês de 1930, que tinha a seguinte tradução literal: “Se uma mãe mata seu filho durante ou imediatamente após o parto,

¹⁷ MENDLOVIZ, op. cit., p. 98.

¹⁸ CROCE, op. cit., p. 585.

¹⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

²⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - parte especial*. 30. ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

²¹ HUNGRIA, op. cit., p. 593.

²² ALVES, Jamil Chaim. *Manual de Direito Penal - Parte Geral e Parte Especial*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 769.



e presume-se que tenha agido em um estado de angústia por medo de desonra ou sob a influência de um estado de parto, é passível de prisão por um período máximo de 4 anos²³.”

O Infanticídio como crime autônomo invocou um critério biopsicológico, como elementar do crime. Na exposição de motivos do Código Penal, o Ministro Francisco Campos²⁴ afirmou:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* [considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena], a pena aplicável é a de homicídio.

Extrai-se que as elementares do crime: o sujeito ativo é a mãe, o passivo é o nascente ou o recém-nascido, o elemento objetivo é a ação de matar, o subjetivo é o dolo, o elemento cronológico exige que a seja o crime cometido durante ou logo após o parto, e o elemento personalíssimo é a influência do estado puerperal.

No entanto, a elementar personalíssima é comunicada ao agente que participa do crime, bastando para tanto, que haja relevância causal das condutas para a produção do resultado. Isso porque o vínculo subjetivo entre os agentes é capitaneado pela vontade homogênea da produção de um mesmo resultado. Tal liame subjetivo não depende de prévio ajuste, basta a ciência por parte do agente no tocante ao fato de concorrer com a conduta criminosa de outrem.²⁵

Ao dizer que o vínculo subjetivo não necessita de um prévio ajuste, significa que uma terceira pessoa pode se aproximar da mãe que está executando atos para eliminar o seu filho, e prestar-lhe auxílio.

Além disso, deve a conduta ser relevante para a produção do resultado. O art. 29 do Código Penal determina que:²⁶ “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Entende-se que a conduta praticada

²³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 245.

²⁴ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 122*, de 12 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: 26 abr. 2020.

²⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal - Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 569.

²⁶ BRASIL, op.cit., nota 19.

por cada agente deve influir de forma efetiva para a consumação do delito. A conduta inócua é um irrelevante penal.

O Código Penal filiou-se a teoria monista, prevista no art. 29 do Código Penal, ou seja, todos que concorrem para o resultado, respondem pelo mesmo crime. Isso não significa que a pena será a mesma, uma vez que é certo que o juiz ao sentenciar deverá realizar o sistema trifásico da pena, avaliando a culpabilidade de casa agente.

A circunstância judicial “culpabilidade”, disposta no Art. 59 do CP, atende ao critério constitucional da individualização da pena. Com base nessa orientação, o Plenário proferiu *habeas corpus* em que pleiteava o afastamento da mencionada circunstância judicial. Consignou-se que a previsão do aludido dispositivo legal atinente à culpabilidade mostrar-se-ia afinada com o princípio maior da individualização, porquanto a análise judicial das circunstâncias pessoais do réu seria indispensável à adequação temporal da pena, em especial nos crimes perpetrados em concurso de pessoas, nos quais se exigiria que cada um respondesse, tão somente na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29). Afirmou-se que o dimensionamento desta, quando cotejada com as demais circunstâncias descritas no art. 59 do CP do CP, revelaria ao magistrado o grau de censura pessoal do réu na prática do ato delitivo. Aduziu-se que, ao contrário do que sustentado, a ponderação acerca das circunstâncias judiciais do crime atenderia ao princípio da proporcionalidade e representaria verdadeira limitação da discricionariedade judicial na tarefa individualizadora da pena-base.²⁷

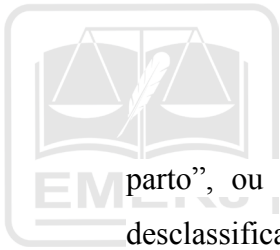
Contudo, o art. 30 do CP estabelece que: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” Entende-se por circunstância incomunicável aquela que não se transmitem aos coautores do delito.

Ante esse preceito, faz-se necessário estabelecer a distinção entre circunstâncias e elementares do crime. As elementares²⁸ são os dados principais que integram a definição básica do crime, no crime de infanticídio são elementares: “matar”, “o próprio filho”, “durante ou logo após o parto”, “sob a influência do estado puerperal”. Por sua vez, as circunstâncias são os fatores que agregam ao tipo fundamental com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena.

Para se ter certeza da diferenciação entre elementar e circunstância, deve-se usar o critério eliminatório, basta retirar uma das palavras do preceito primário, ao fazer isso, se o fato se tornar atípico ou se amoldar em outra infração penal, estar-se-á diante de uma elementar. Sendo assim, ao retirar, por exemplo, o critério temporal “durante ou logo após o

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 105.674/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 set. 2019.

²⁸ MASSON, op. cit., p. 569.



parto”, ou o critério psicológico “sob a influência do estado puerperal”, o crime seria desclassificado para o crime de homicídio contido no art. 121 do CP.

Sendo assim, as elementares compõem o preceito primário e as circunstâncias são fatores exteriores, como é o caso, por exemplo, do “motivo fútil” no crime de homicídio. Suprimindo o motivo fútil, o crime continuará sendo apenado nos moldes do art. 121 do CP, não deixará de ser homicídio.

Vencida a explanação do conceito de elementares, é preciso definir que elas podem ser objetivas ou subjetivas. Aquelas possuem caráter real e dizem respeito ao fato e não ao agente, nesse contexto são elementares reais: “matar” e “durante ou logo após o parto”. De outro modo, as de caráter pessoais são aquelas que dizem respeito ao agente: “o próprio filho”, “sob a influência do estado puerperal”. Por serem todas elementares devem se comunicar ao terceiro que com unidade de desígnios coopera para a execução do crime.

Nelson Hungria sustentou a tese de elementares personalíssimas, de modo a defender que essas, mesmo sendo elementares não se comunicariam no caso de concurso de pessoas. Entretanto, posteriormente reconheceu seu equívoco diante da clareza do art. 30 do Código que descreve: “salvo quando elementares do crime”.

Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos ao seguinte: a incomunicabilidade das *qualidades e circunstâncias pessoais*, seguindo o Código hevélico (art. 26), é irrestrita (“Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l’effet est d’augmenter, de diminuer ou d’exclure la peine, n’auront cet effet qu’à l’égard de l’auteur, instigateur ou complice qu’elles concernent”²⁹), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: Salvo quando elementares do crime”. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas a este cominadas, e não pelo homicídio³⁰.

Justa ou não, essa é vontade da lei, que as elementares do crime sejam comunicadas a todo aquele que colabore para o resultado do delito. É diante disso, que merece ser revista a necessidade de o crime de infanticídio deixar de figurar como delito autônomo. Ademais, a literatura médica-legal, entende que o “estado puerperal” não passa de uma ficção jurídica, “um produto da imaginação nunca ocorrido em gestantes, de vida pregressa mental sadia, casadas e felizes, (...) cercada do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares (...). Por

²⁹ Tradução: Relações, qualidades e circunstâncias pessoais especiais de que o efeito é aumentar, diminuir ou excluir a penalidade, terá esse efeito somente com respeito ao autor, instigador ou cúmplice que eles dizem respeito.

³⁰ HUNGRIA, op. cit., p. 266.

que estas não sofrem a chamada influência do estado puerperal?³¹” É diante desses questionamentos que se reflete que a pena não poderia ser branda nem mesmo para a mãe que pratica o crime, menos ainda para um terceiro que com ela colabora.

Guilherme Nucci³² afirma que não importa quem inicia a execução e quem presta auxílio, se a mãe estiver participando do crime, ambos devem responder por infanticídio, não porque isso é justo, mas porque é a vontade da lei.

Sendo assim, enquanto o infanticídio for crime autônomo, haverá o problema a comunicabilidade das elementares do crime, que privilegia o terceiro que colabora com o crime. Mais adequado para uma resposta penal seria a incomunicabilidade das elementares.

CONCLUSÃO

O objetivo principal desse trabalho, que por hora se conclui consiste em analisar sob um olhar crítico o crime de infanticídio, notadamente, o estado puerperal. De modo a comprovar que esse não ultrapassa os limites de ser uma mera ficção jurídica trazida a lei penal como elementar determinante de uma pena notadamente mais abrandada que a pena do crime de homicídio.

Para tanto, foi necessário traçar uma perspectiva histórica do crime e suas motivações morais ou culturais, passa-se desde o período da total impunidade, às severas penas e o pós iluminismo, que trouxe uma redução humanística da pena. O trabalho também faz uma comparação entre o tratamento penal dado ao homem e a mulher, diferenciando-os quanto a moralidade de ambos.

No Brasil, o referido crime teve como elementar o motivo de honra, desde a primeira codificação até o Código Penal de 1940 que trouxe o critério biopsicológico. Entende-se que motivo de honra pode até ter tido o seu valor de forma tão considerável que pudesse atenuar a pena do crime de infanticídio em épocas remotas. Entretanto nos tempos atuais, o entendimento de gravidez desonrosa não se sustenta, salvo em casos excepcionalíssimos em que restar cabalmente comprovado de que o nicho em que a infanticida está inserida é preconceituoso e cruel. Mesmo nesses casos, que fogem do contexto geral dos crimes, entende-se que o Código Penal é perfeitamente capaz de tutelá-lo sem se utilizar do tipo de

³¹ CROCE, op. cit., p. 589.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 876.



infanticídio, bastaria inserir a conduta ao tipo de homicídio privilegiado por relevante valor moral.

Outra solução seria acrescentar o crime de infanticídio a um dos parágrafos do crime de homicídio, fazendo com que aquele deixasse de ser crime autônomo e conseqüentemente afastasse a comunicabilidade de suas elementares aos coautores do crime.

Vale ressaltar, que mesmo se o crime de infanticídio fosse previsto em um dos parágrafos do crime de homicídio, o ideal seria remover o critério do chamado estado puerperal, uma vez que tal critério sofre diversas críticas, no âmbito médico por não ser reconhecida como existente e válida.

Portanto, conclui-se que a melhor maneira de por fim as incongruências jurídicas geradas pelo crime de infanticídio é revogando esse delito, que não tem razão de ser. Isso porque, o Código Penal é inteiramente capaz de disciplinar os crimes praticados nas circunstâncias do parto, sem o determinado delito.

Resta evidente, que a proposta da autora é abolir o crime de infanticídio do ordenamento penal brasileiro. Embora seja perfeitamente possível reconhecer que parto gere algumas perturbações na mulher, não se pode reconhecer que o parto gere instintos assassinos, ou que foi o parto que levou a mulher a cometer o delito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 105.674/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

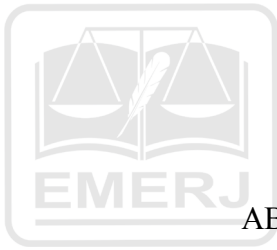
_____. *Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5. ed. V.8. Rio de Janeiro: Forense, 1981.



LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: parte especial* por Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDLOVIZ, Mauro Vitor. *O infanticídio no Código Penal de 1940: crítica à aplicação do critério fisiopsíquico*. 333 f. Trabalho monográfico (Doutor em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1994.



O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE ABORTAMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cristiana de Oliveira Magalhães

Graduada pela UNESA – Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Civil pela UCAM - Universidade Cândido Mendes.

Resumo – as transformações sofridas na sociedade, principalmente em relação à emancipação feminina exige que o Judiciário se debruce sobre questões como o direito da mulher de decidir quanto ao abortamento. Essa questão ensejou em decisões do Supremo que demonstraram a tendência pela descriminalização do aborto. Essa atuação ativista levantou discussões acerca da violação a separação dos poderes. O trabalho procura abordar se realmente tais decisões afrontam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Penal. Aborto. Ativismo Judicial. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. O conceito do aborto para a ciência médica e jurídica. 2. O aborto no direito penal brasileiro. 3. O ativismo judicial em relação ao aborto no estado democrático e de direito. Conclusão. Referências.

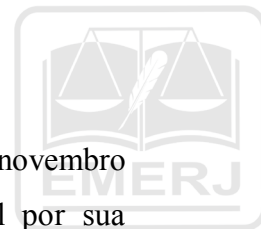
INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o tema da constitucionalidade na relativização dos crimes contra a vida consoante às decisões do STF. O fenômeno do ativismo judicial tem sido alvo de acaloradas discussões no meio acadêmico, qualificando-o positiva ou negativamente.

A postura proativa do Poder Judiciário frente aos desafios que cotidianamente se apresentam, tem despertado várias discussões no mundo acadêmico. Diante disso, parte da doutrina acredita que o fenômeno é pertinente, pois se deve a necessidade de uma leitura que acompanhe as constantes transformações enfrentadas pelos indivíduos, uma vez que o processo legislativo, por sua natureza, não poderia acompanhar tais mudanças.

Inversamente, há autores que apontam esse movimento como uma injustificada invasão a competência dos outros poderes estatais, qualificando como prática antirrepublicana; com fundamento na Teoria da Separação dos Poderes, consignada no art. 2º da CRFB/88, concebida por Montesquieu em sua obra: “O Espírito das Leis” - não cabendo ao Judiciário a prerrogativa de criar ou modificar uma lei.

Nesse contexto, ganha fôlego questões atinentes a descriminalização do aborto como no caso dos fetos anencéfalos que deu origem a uma nova interpretação dos crimes de aborto no Código Penal, com a ADPF nº 54. Desse prisma, ampliando sua interpretação, a Primeira Turma



do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 124.306, decidiu em novembro de 2016, que a criminalização do aborto pelo Código Penal é inconstitucional por sua incompatibilidade com diversos direitos fundamentais.

Tal postura proativa apontou para uma tendência: a jurisprudência progressiva do poder judiciário ao interpretar a Constituição. Essa prerrogativa, conferida pelo constituinte originário, esbarra na limitação da dosagem que em exagero seria capaz de matar por envenenamento a letra fria e com fronteiras pré-estabelecidas da lei. Interferência que se tornaria ainda mais temerária, se de tão independente resultasse na desarmonia dos Poderes da União.

No primeiro capítulo serão abordados os conceitos imprimidos pelas ciências médicas e jurídicas, bem como da importância da distinção entre definição e conceito para os operadores do direito.

No segundo capítulo será apresentado o tratamento que o Direito Penal brasileiro tem dado ao tema e como a doutrina conceitua e define o crime de abortamento, aduzindo-se os meios que costumeiramente têm sido empregados para o cometimento do crime.

No terceiro capítulo será apresentada a postura ativista dos magistrados que tem sido alvo de discussões acerca do comprometimento do direito aplicado ao caso concreto, tendo cada vez mais se afastado da isenção e imparcialidade previstas no ordenamento jurídico, capaz de ensejar em afronta a separação de poderes.

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 – com exploração do tema em livros doutrinários, artigos, legislação e jurisprudência ou mediante outros meios escritos de professores e estudiosos do tema, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.

1. O CONCEITO DO ABORTO PARA A CIÊNCIA MÉDICA E JURÍDICA

A origem do homem é um dos assuntos mais controversos capaz de ocupar a mente humana. Aquele que se debruça sobre o tema precisa de grande diligência e precaução em sua condução que, por vezes, é violadora da natureza moral. Um cuidado maior ainda, daquele que



comunica, deve haver com a escolha das palavras. Isso porque elas carregam um perigo que lhes é inerente, que se origina do seu alto grau de persuasão e com um poderio de envolvimento tal, capaz de influenciar psicologicamente toda uma geração. É um fato que a história de maneira assombrosa já comprovou em evidente demonstração desse poder, por meio da disseminação de doutrinas que se sustentaram em ideias racistas, culminando na produção dos vergonhosos registros das mortandades de inocentes vitimados pelas sangrentas e desnecessárias guerras. Porém o que mais amedronta é a capacidade humana de construir essas teorias e com elas conquistarem seus asseclas, simplesmente porque conhecem o efeito magnético e incendiador que a retórica pode causar aos interlocutores. É a triste comprovação de que a palavra em mãos erradas pode se tornar a arma mais devastadora de que se tenha notícia.

Do latim, *abortus*, é a ação de abortar, que é participio passado de *abor̃or*, desaparecer, extinguir-se ou morrer ou de *abortāre*, nascer antes do tempo. Do étimo da palavra, dimana a preposição latina *ab*, que é usada para compor palavras indicativas de movimento para fora, distanciamento, afastamento, separação, ausência ou privação. Aglutina-se ao afixo *orior*, nascer; *ortus*, nascimento ou *oriori*, nascer, originar-se; e, assim, o termo *ab-ortus*, traduz-se na ideia de privação do nascimento. É o ato de dar à luz antes do tempo¹. Trata-se da interrupção da gravidez, com a morte e expulsão do feto.

No vocabulário médico oficial, o aborto é a interrupção da gravidez antes do início do período perinatal, definido pela OMS (CIE 10), a partir de vinte e duas semanas completas, ou seja, cento e cinquenta e quatro dias de gestação, quando o peso ao nascer é normalmente de quinhentos gramas. Já o processo de interrupção da gravidez, segundo a Medicina, é denominado abortamento. Sendo considerado, pela medicina, como precoce quando ocorre antes da décima terceira semana da gravidez, e como tardio quando se dá entre à décima terceira e a vigésima segunda semana²; e, portanto, de acordo com Débora Diniz e Marcos de Almeida, classificada como:

1. Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar; 2. Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e

¹ PORTO. *Dicionário Acadêmico de Latim-Português*. 2. ed. Porto: Porto, 2001, p.13.

² UFRJ. *Obstetricia*. Disponível em: <http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2019.

tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento.

No discurso jurídico, coube a doutrina conceituar o aborto, tendo em vista que o legislador penal não se empenhou em fazê-lo. Portanto, de acordo com Celso Delmanto³, é a interrupção intencional do processo de gravidez, com a morte do feto. O autor Frederico Marques, define como a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção⁴. Para Aníbal Bruno, é a interrupção do processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto, admitindo-se muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo gestacional, porém de modo isolado não bastam esses fatos para caracterizá-lo⁵. De acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶, é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião. A doutrinadora Maria Helena Diniz⁷ assim conceitua, “o termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.”

Apropriado se faz distinguir definição de conceito. Terminologias frequentemente usadas de modo viciado pelo operador do direito, que não se atenta ao mecanismo envolto na tensão entre o entendimento e os rigores da lei. A definição é estática, única, válida, autorizada; e, por vezes, autoritária. É a dura lex. Enquanto, o conceito por estar em constante movimento é inconstante; por isso, comporta o debate. E, assim, se faz ciência.

Essas definições estáticas, mas modificáveis têm profunda dependência do signo linguístico. Porque a escrita acadêmica depende da linguagem com alto grau de precisão. Isso torna a palavra, o instrumento fundamental para a discussão dos temas jurídicos. A definição é estática, mas não imutável. Essa mutabilidade depende das releituras realizadas pelo raciocínio aprofundado de determinada lei ou decisão judicial. Essas interpretações podem desaguar em nova categorização. Exemplo disso é o fenômeno da mutação constitucional – interpretação capaz de transformar definições estáticas, por meio de conceituações decorrentes da evolução

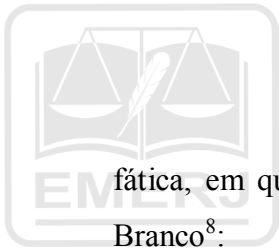
³ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 716.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. IV, São Paulo: Millennium, 1999, p. 183.

⁵ BRUNO apud VALFRIDO, Carlos. *O Crime de Aborto e Suas Principais Características*. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_12924/artigo_sobre_o-crime-de-aborto-e-suas-principais-caracteristicas). Acesso em: 16 abr. 2019.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 467.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. Aum. e atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86.



fática, em que há a incidência da norma. Sobre a matéria disciplina Paulo Gustavo Gonet Branco⁸:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.

Nesse contexto, a tarefa enfrentada, que não se limita aos operadores do direito, se torna árdua quando se misturam aos textos científicos os sentimentos de ordem religiosa, política e moral. Devendo, primeiramente, aquele que se debruça sobre a temática, desvendar quais pressupostos morais se escondem na retaguarda da escolha de cada termo conceitual. De modo que, o debate é permeado por conceitos que se delineiam proporcionalmente ao impacto social que cada termo pode provocar. É um desafio ao paralelismo semântico. Não seria ousado dizer, que os termos que estampam os conceitos jurídicos se perfazem quase de modo autônomo e extrínseco ao próprio texto. Isso se deve ao fenômeno natural do direito: de que apesar da dependência do homem, ele se desenvolve sem a sua permissão, pois tem uma lógica própria, influenciável pelos fatos históricos e sociais. E faz do direito o fenômeno do inalcançável, pois sempre estará à nossa frente. É a ciência das frustrações, por sua incapacidade de responder a todas as indagações humanas. No entanto, se conformando a esse cenário, a doutrina nos apresenta as classificações que entende serem as mais adequadas e úteis ao direito, desprovidas, no entanto, do absolutismo conceitual próprio da leviandade.

2. O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A exposição de motivos do Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940, o atual Código Penal do Brasil, manteve a incriminação do aborto; no entanto, declarou penalmente lícito, “quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro”; acrescentando que a exceção tem por base razões de ordem social e

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender⁹. Com efeito, o aborto, em regra, é conduta tipificada como crime previsto no Título I, Capítulo I, que trata dos Crimes Contra a Vida, do artigo 124 ao 128 do Código Penal¹⁰.

Conforme dito anteriormente, o legislador não se preocupou em dizer o que é aborto, tendo, portanto, a doutrina considera que é a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção consistindo na eliminação da vida intrauterina¹¹. A lei não distingue óvulo fecundado, ou seja, as três primeiras semanas de gestação; de embrião, com tempo gestacional de três meses ou de feto, a partir dos três meses. Há proteção desde a germinação das células que se constituem em ovo ou zigoto.

Para a medicina, o termo inicial da gravidez é a fecundação ou concepção, i.e., a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Esse processo é assim descrito por Scott F. Gilbert¹²:

[...] em quase todos os casos, o desenvolvimento de um organismo pluricelular começa com uma única célula - ovo fertilizado ou zigoto, que dividido através da mitose, produz todas as células do corpo. O estudo do desenvolvimento animal tem sido tradicionalmente chamado de embriologia, se referindo ao fato de que entre a fertilização e o nascimento, o organismo em desenvolvimento é conhecido como embrião. (...) A vida de um novo indivíduo é iniciada pela fusão do material genético de dois gametas, o espermatozóide e o óvulo. Essa fusão, chamada fertilização, estimula o ovo a iniciar o desenvolvimento. Os estágios subsequentes do desenvolvimento são coletivamente chamados de embriogênese.

Ao revés, há posicionamento no sentido de que a gravidez ocorre após a nidação, que é a implantação do óvulo fecundado no útero. Essa corrente, defende que mulheres que usam anticoncepcionais e dispositivo intrauterino (DIU), cometem o aborto, porque esses métodos agem após a fecundação, impedindo o alojamento do ovo no útero. Esse raciocínio tem sido refutado por doutrinadores modernos, uma vez que, o Brasil permite o uso desses métodos contraceptivos. Portanto, as mulheres que deles fazem uso, por estarem acobertadas por causa de exclusão da ilicitude, prevista no artigo 23, inciso III, in fine, do Código Penal, não cometem o delito do aborto. É o mesmo raciocínio que se faz para com a, vulgarmente conhecida, pílula do dia seguinte.

O crime de aborto estará realizado em quaisquer das fases da gravidez. A ação de provocar descrita no núcleo do tipo penal deve visar o ovo, embrião ou feto. O que distingue o

⁹ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 13 abr. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Código Penal*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr 2019.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 2, parte especial. São Paulo: Saraiva, 201, p. 129.

¹² GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC, 2003, p. 3.



delito de aborto dos crimes de infanticídio e homicídio é o fato de que os dois últimos casos são posteriores ao início do parto. Assim, segundo Fernando Capez¹³:

no art. 123 do Código Penal, podemos definir o infanticídio como a ocisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal. Trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo privilegium é concedido em virtude da “influência do estado puerperal” sob o qual se encontra a parturiente. É que o estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, os quais diminuem a sua capacidade de entendimento ou autoinibição, levando-a a eliminar a vida do infante

Na tipificação do autoaborto, prevista no artigo 124 do Código Penal, - que é crime denominado de mão-própria, porque somente a gestante é o sujeito ativo, ou seja, autora do crime -, o Estado tutela apenas um bem jurídico, que é o direito à vida do produto da concepção. Sendo preservada, assim, a vida humana extrauterina.

Já nos abortos provocados por terceiros, com previsão nos artigos 125 e 126, ambos do Código Penal, em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, por tratar-se de crime comum. O bem jurídico tutelado é a incolumidade física e psíquica da gestante, em concomitância com o direito à vida. Somente o feto pode ser o sujeito passivo do crime de autoaborto ou aborto consentido. Ele é detentor dos direitos civis, desde a concepção, nos termos da lei civilista, que adotou a teoria concepcionista no artigo 2º; que explica a tutela jurídica do nascituro. Já no aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, o sujeito passivo tanto é a gestante, quanto o feto, por tratar-se de crime de dupla subjetividade passiva¹⁴.

Por tratar-se de crime, classificado pela doutrina, de ação livre, a provocação da conduta típica pode ser realizada com *modus operandi* diverso, seja por ato omissivo ou comissivo. Para ser penalmente relevante, a omissão, depende da existência do dever de agir conforme prevê o artigo 13, p. 2º do CP. Quanto ao ato de abortamento por comissão, os meios executórios, normalmente, usados são: químicos; psíquicos e físicos.

Os meios químicos são os mais frequentes, sendo considerados pela ciência como não propriamente abortivos, porém com atuação por via de intoxicação de substâncias medicamentosas ou não, conforme é descrito por Francisca Rosana do Nascimento e Irineu Lima Albuquerque¹⁵:

estudos realizados sobre a utilização de medicamentos ou substâncias como abortivos em várias regiões do Brasil, apresenta na região Nordeste o uso de várias substâncias,

¹³ Ibid., p. 119-120.

¹⁴ MASSON, Cleber *Direito penal esquematizado*: parte especial. V.2. 6. ed. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 103.

¹⁵ BARROS, Francisca Rosana do Nascimento, ALBUQUERQUE, Irineu Lima de. Substâncias e medicamentos abortivos utilizados por adolescentes em unidade secundária de saúde. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde* n. 18, 2005 Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40818404>> ISSN 1806-1222. Acesso em: 14 abr. 2019.



entre elas: Reguladores do fluxo menstrual, “Coquetel” feito com mistura de drogas com atividade hormonal, Misoprostol, Arruda (*Ruta graveolens*), Quebra-Pedra (*Phyllanthus niruri*), Cabacinha (*Luffa Operculata*), Erva de Bicho (*Polygonum acre*). Não existem substâncias propriamente abortivas que sejam capazes de esvaziar o útero grávido. As substâncias utilizadas para provocar o aborto são geralmente tóxicas e envenenam o organismo da gestante, com quadro mais ou menos grave, por consequência, morte ovular, embrionária ou fetal.

Os meios psíquicos são aqueles capazes de afetar negativamente o estado emocional da gestante como provocações de susto, terror e sugestão de terceiros. Os meios físicos são os mecânicos, como por exemplo, a curetagem à vácuo que é a remoção do conteúdo introduzindo-se uma cureta oca no útero, por meio da qual é aplicado o vácuo. Os meios térmicos, como no caso de aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre da grávida ou, ainda, meios elétricos, como, v.g., o emprego de corrente galvânica ou farádica¹⁶.

O crime de aborto, pode ter o *iter criminis* fracionado, por tratar-se de crime material. Sendo admitida pela doutrina a modalidade tentada de aborto. A consumação ocorre com a efetiva morte do produto da concepção, não havendo necessidade de sua expulsão do organismo da mulher, podendo, portanto, ocorrer sua petrificação, reabsorção ou mesmo dissolução no útero em um processo de autólise.

Por fim, o aborto legal está previsto no artigo 128¹⁷, prevendo duas modalidades: o terapêutico (curativo) e o sentimental, humanitário ou ético. Para Rogério Greco, a primeira hipótese é causa de justificação correspondente ao estado de necessidade¹⁸. Porém, a segunda modalidade é “hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”¹⁹.

3. O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO ABORTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora muito do que se discuta na academia científica do direito sobre a postura ativista dos magistrados se lastreie no direito construído por países de origem anglo-saxônica, um sistema que foi estruturado na lei comum, o dito *common law* - quando se aplica o direito criado

¹⁶ CAPEZ, op. cit., p. 131.

¹⁷ As hipóteses de aborto legal estão expressas nos incisos do artigo 128, que exclui a punibilidade do aborto praticado por médico quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de estupro desde que precedido de consentimento dela; ou quando tratar-se de incapaz, de seu representante legal.

¹⁸ GRECO, op. cit., p. 183.

¹⁹ *Ibidem*, p. 187.



e aperfeiçoado pelos juízes despontando no conjunto de precedentes capaz de vincular as decisões futuras. Se verifica que na contramão dessa história, o Brasil é enquadrado entre os países de tradição romano-germânica, com modelo sistematizado no *civil law* que se construiu ao longo do tempo, primordialmente pelo fenômeno da codificação do direito a partir do século XVIII. Trata-se de um direito que se serve da lei como seu principal sustento para a motivação das decisões proferidas pelos magistrados.

As questões que logo se levantam, no entanto, não dizem respeito apenas à forma. Deve se ter em mente que sentença é a expressão do sentimento do julgador. Nesse sentido, o magistrado julga conforme seu “livre” convencimento motivado. Esse postulado enquanto norma norteia sua atuação que mais se aproxima de uma atividade inata da consciência. Eis o mais brilhante reconhecimento de que o juiz não é um ser divino.

Ao contrário da ideia propagada por filósofos defensores da ideologia de um ser escolhido por Deus como seu representante entre a mediocridade pertencente aos vis seres mortais, de sorte que o juiz tem a difícil tarefa e nobre prerrogativa divina à qual foi investido de julgar os conflitos inerentes à natureza dos homens sem olvidar-se que também é um deles. Por isso sua atuação apenas se sustentará se agir de acordo com os princípios consagrados ao longo do desenvolvimento da ideia de justiça que foi classicamente se sistematizando com a ideia crucial para as sociedades do que pode ser definido por Estado Democrático e de Direito.

E sendo essa a configuração moderna defendida pelo Legislador Constitucional, ao entendimento de que um não poderia existir com plenitude sem a existência do outro, seu cumprimento é o que cabe a quem incumbe a aplicação das normas. Sabendo que essa configuração não se deu ao acaso.

Só a história pode trazer à baila todo o sofrimento experimentado pela humanidade ocasionado pelos governos absolutistas e totalitários, e assim nos lembrar que o Estado democrático que conhecemos é a herança deixada por todos aqueles que corajosamente sacrificaram a vida ao travarem batalhas com governos despóticos. Olhar para trás ensina a não repetir os mesmos erros. Encoraja a impedir os holocaustos provocados pela insanidade de um único homem. Fechar os olhos para esses fatos no mínimo poderá transformar essa geração em frívola, alienada, vil. E pior: desumana, monstruosa.

Para combater tais injustiças o Estado instrumentaliza o direito, é assim com a possibilidade de descortinar de maneira reflexiva e com as indagações que se fazem pertinentes para o melhor enfrentamento e esclarecimento da ideia de justiça da decisão que se faz em meio às manifestações decisórias do judiciário, situadas nas mudanças que dão os contornos do direito no ambiente doméstico, e no cenário mundial.



É nessa persecução da verdade, intuído em responder às indagações que se apresentam, o pesquisador se aventura sabendo, pois, que é de suma responsabilidade o uso das ferramentas mais confiáveis. Portanto, ao se enveredar na investigação da origem do direito, mais seguro se faz o entendimento da historicidade, sabendo que sua construção teve a contribuição do próprio homem.

Essa forma descritiva dos acontecimentos, desenhada já desde as primeiras civilizações e que culminou nessa formação histórica de Estado é a ideia central do desenvolvimento das democracias mundo afora pré e pós revoluções mundiais que estruturaram também a ideia que se tem hoje de Direito. De modo que, não por acaso se transformou na ciência das gentes, tendo sido talhada a duras penas. Por tendência, as ciências jurídicas têm sofrido há algum tempo uma espetacularização midiática que tem feito das decisões dos Tribunais uma matéria cada vez mais popularizada. Na era da comunicação frenética, muito se fala sobre tudo, mais ainda sobre direito. Mas, afinal, o que é o Direito?

Terminologicamente, a expressão direito, proveniente do latim *dis* (muito) e *rectum* (reto ou justo), em um sentido lato sensu da ciência do direito é definida como o que é reto, o que tem justiça.

Além disso, pode se conceituar como a ciência que estuda a aplicação das normas em situações distintas buscando mediação de conflitos. O escopo do direito é garantir a convivência harmônica entre os indivíduos, nesse sentido as decisões judiciais buscam a (utópica) paz social entre os membros da comunidade. Para que essa finalidade seja alcançada o direito objetivo pode ser aplicado como meio de coibir comportamentos inadequados regulamentando comportamentos com força coercitiva que é atribuída indiretamente à sociedade pelo poder de representação.

No entender de Miguel Reale²⁰ é a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum. É ordenação porque se sustenta em um conjunto normativo. Por se tratar de ordenações éticas tem como característica geral a imperatividade, pois regem-se pelo princípio da imputação ou dever ser. Ainda que sejam violadas não é possível a perda do seu valor por serem contrafáticas. Nesse sentido, a norma é coercível, pois busca minimizar sua violação. É heterônoma pois as normas são confeccionadas após um processo legislativo que as legitimam, devendo ser cumpridas por todos os seus destinatários, independentemente de sua aceitação, que tornar-se-á irrelevante pelo fato de a norma estar revestida de imperatividade estatal. É axiologicamente bilateral já que há uma

²⁰ REALE, Miguel. *Preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.



constante busca pela concretização dos valores sinalagmáticos das partes visando o bem-estar comum não se atendo ao individualismo. Por fim, é atributivo, no momento em que se dota de poderes já garantidos aos destinatários das normas jurídicas.

Convém destacar que na definição tridimensional bifurcada em tridimensionalismo específico e genérico, Miguel Reale²¹ congrega três elementos “fato, valor e norma” como:

o que denominamos tridimensionalismo específico assinala um momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pelo superamento das análises em separado do fato, do valor e da norma, como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores.

Já o tridimensionalismo genérico concebe cada um dos três elementos de maneira individualizada, fazendo com que cada um deles tenha correspondência com ramos distintos do saber científico, ora os fatos estudados autonomamente pela sociologia jurídica, ora o valor pelo moralismo jurídico, ora as normas estudadas pelo normativismo jurídico. Para Reale²² o reconhecimento de uma correlação entre os três fatores é essencial para a compreensão do direito. Para o autor o Direito:

não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor

Essa leitura moderna apoiada em um idealismo que defende o direito como uma cultura humana decorrente do processo natural que fornece elementos axiológicos capazes de torná-lo mais próximo à realidade à qual se encontra inserido é a novidade que foi se construindo ao longo da história. Para compreender essa transformação do direito no fenômeno incipiente do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é preciso retroceder no tempo e no espaço e refletir sobre o princípio.

Visto por esse prisma, o direito se mostra mais que um apanhado de documentos autoritários de normas reconhecidas como válidas em determinado espaço-temporal, por tratar-se de uma *práxis* social cujo sentido se constrói historicamente pela contribuição coletiva orientada pela ética da razão. Assim, Hespánha²³ observa que “o direito de que os juristas falam não é nada que exista como entidade definida antes e para além do discurso dos juristas. São

²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999, p. 591.

²² Idem. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.91.

²³ HESPANHA, Antônio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p.72.



estes, ao falar dele e ao transformá-lo em objeto de uma prática, que constituem o seu próprio corpo e lhe traçam os limites”. Porque trata-se da construção realizada por determinado povo em território específico e por certo lapso temporal, nesse sentido Haddock²⁴ observa que:

na história, a melhor parte do direito universal acha-se escondida, enterrada em obscuros estatutos e ponderosos comentários, e é apenas quando o direito é visto em relação a uma teoria geral de 'o costume dos povos e os começos, crescimento, condições, mudanças, e decadência de todos os estados que diferentes sistemas de direito podem ser convenientemente avaliados.

Portanto, a transição sofrida pelo direito que cria e modifica as regras vigentes em uma determinada comunidade reflete profundamente nas premissas que constroem os princípios e regras que limitam a atuação dos intérpretes da norma. Eis que os axiomas resultantes de profundas reflexões e feitos humanos considerados desde o primeiro sopro de vida na Terra são as evidências mais confiáveis de tudo que se conseguiu definir como direito, assim como nas memoráveis palavras de Cícero²⁵, “a história é testemunha dos séculos, luz da verdade, vida da memória, mestra da vida, mensageira do passado”. Se o direito é o produto das transformações então é o produto da história humana.

A Constituição de um país retrata essa história. A Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê em seu art. 22, inciso I²⁶, “que compete privativamente à União legislar sobre direito penal”. Sendo assim, a criminalização do crime de abortamento é reserva de lei. No entanto, as lacunas deixadas pelo legislador têm sido alvo constante de profundas controvérsias como no caso da ADPF nº 54²⁷, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na

²⁴ HADDOCK apud LENZ, Sylvania Ewel. Jean bodin: as premissas de um estado soberano. *Revista de Ciências Sociais*, v. 9, nº 1, 2004, p. 121.

²⁵ FERNANDES apud TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Cícero e a história como mestra da vida*. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/historia/cicero-e-a-historia-como-mestra-da-vida.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago 2019.

²⁷ JUS NAVIGANDI. *Aborto de anencéfalos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: 02 jul 2019. A questão consistia em saber se a interrupção da gestação de feto sem cérebro caracteriza o crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal. A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cuja atuação foi representada por Luís Roberto Barroso e que aviou, em resumo, as seguintes alegações: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, que pressupõe potencialidade de vida do feto. A interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura hipótese prevista no artigo 124 do Código Penal; b) o sistema jurídico pátrio não define o início da vida, mas fixa o fim da vida (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos). Na hipótese em julgamento não haveria vida e, portanto, não haveria aborto; c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição). O STF, por maioria de votos (8 x 2), julgou procedente o pedido veiculado na ADPF 45. Em resumo, foram utilizados os seguintes fundamentos: Min. Marco Aurélio (relator): o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental; Ministra Rosa Weber: deve-se proteger a liberdade individual e de opção da gestante, pois não há interesse jurídico na defesa de um feto natimorto; Ministro Luiz Fux: o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher. Ministra Cármen



estes, ao falar dele e ao transformá-lo em objeto de uma prática, que constituem o seu próprio corpo e lhe traçam os limites”. Porque trata-se da construção realizada por determinado povo em território específico e por certo lapso temporal, nesse sentido Haddock²⁴ observa que:

na história, a melhor parte do direito universal acha-se escondida, enterrada em obscuros estatutos e ponderosos comentários, e é apenas quando o direito é visto em relação a uma teoria geral de 'o costume dos povos e os começos, crescimento, condições, mudanças, e decadência de todos os estados que diferentes sistemas de direito podem ser convenientemente avaliados.

Portanto, a transição sofrida pelo direito que cria e modifica as regras vigentes em uma determinada comunidade reflete profundamente nas premissas que constroem os princípios e regras que limitam a atuação dos intérpretes da norma. Eis que os axiomas resultantes de profundas reflexões e feitos humanos considerados desde o primeiro sopro de vida na Terra são as evidências mais confiáveis de tudo que se conseguiu definir como direito, assim como nas memoráveis palavras de Cícero²⁵, “a história é testemunha dos séculos, luz da verdade, vida da memória, mestra da vida, mensageira do passado”. Se o direito é o produto das transformações então é o produto da história humana.

A Constituição de um país retrata essa história. A Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê em seu art. 22, inciso I²⁶, “que compete privativamente à União legislar sobre direito penal”. Sendo assim, a criminalização do crime de abortamento é reserva de lei. No entanto, as lacunas deixadas pelo legislador têm sido alvo constante de profundas controvérsias como no caso da ADPF nº 54²⁷, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na

²⁴ HADDOCK apud LENZ, Sylvia Ewel. Jean bodin: as premissas de um estado soberano. *Revista de Ciências Sociais*, v. 9, nº 1, 2004, p. 121.

²⁵ FERNANDES apud TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Cícero e a história como mestra da vida*. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/historia/cicero-e-a-historia-como-mestra-da-vida.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago 2019.

²⁷ JUS NAVIGANDI. *Aborto de anencéfalos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: 02 jul 2019. A questão consistia em saber se a interrupção da gestação de feto sem cérebro caracteriza o crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal. A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cuja atuação foi representada por Luís Roberto Barroso e que aviou, em resumo, as seguintes alegações: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, que pressupõe potencialidade de vida do feto. A interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura hipótese prevista no artigo 124 do Código Penal; b) o sistema jurídico pátrio não define o início da vida, mas fixa o fim da vida (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos). Na hipótese em julgamento não haveria vida e, portanto, não haveria aborto; c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição). O STF, por maioria de votos (8 x 2), julgou procedente o pedido veiculado na ADPF 45. Em resumo, foram utilizados os seguintes fundamentos: Min. Marco Aurélio (relator): o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental; Ministra Rosa Weber: deve-se proteger a liberdade individual e de opção da gestante, pois não há interesse jurídico na defesa de um feto natimorto; Ministro Luiz Fux: o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher. Ministra Cármen



Saúde, questionando a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, em relação ao feto anencéfalo. Ao declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que levasse ao enquadramento como aborto criminoso do que chamou de antecipação terapêutica de feto anencéfalo. A Corte entendeu que o feto diagnosticado com anencefalia não goza da mesma proteção à vida, prevista no artigo 5º da CRFB/88 e do artigo 7º do ECA, que outros tipos de feto por não tratar-se de uma vida juridicamente viável.

Nesse sentido, outro julgado histórico em sede de controle difuso, foi o HC nº 124.306 do STF, em que a Primeira Turma decidiu que a interpretação que leve a se considerar criminosa a manobra abortiva, até os três primeiros meses de gestação, não deve ser recepcionada pela Constituição Federal. De forma que, o Supremo Tribunal Federal foi mais uma vez o protagonista das discussões que dividem o meio acadêmico se estaria atuando como legislador positivo e violando a separação de poderes ao criar mais uma exceção não prevista pelo legislador penal.

A postura proativa do Judiciário conduz a uma séria crise de decidibilidade no sistema jurídico e gerar insegurança jurídica. No entanto, o maior perigo está no risco da desarmonia entre os poderes, quando, com o fundamento de dar uma interpretação conforme a Constituição, cria norma, funcionando assim como um legislador positivo, em uma clara demonstração de violação aos princípios republicanos do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa enfrentou a temática relativa às decisões do Supremo quanto ao crime de abortamento. A doutrina majoritariamente tem se posicionado no sentido de que o ativismo é incompatível com a Constituição Federal do país.

Assim, as decisões recentes do STF com relação ao crime de abortamento têm sido duramente criticadas pela maioria da doutrina que tem dito que o Tribunal que deve prezar

Lúcia: considerando que o feto não tem viabilidade fora do útero, deve-se proteger a mulher, que fica traumatizada com o insucesso da gestação. Ministro Ayres Britto: afirmou que todo aborto é uma interrupção da gestação, mas nem toda interrupção de gestação é um aborto, de modo que não se pode impor à mulher o martírio de gestar um feto anencéfalo. Ministro Gilmar Mendes: a interrupção da gestação, no caso, tem por finalidade proteger a saúde da gestante e o legislador do Código Penal não possuía elementos para a identificação da anencefalia na gestação. Ministro Lewandowski: votou pela improcedência do pedido, entendendo que o STF não possui legitimidade para deliberar sobre o caso, apenas o Congresso Nacional, por meio de lei. Ministro Joaquim Barbosa: acompanhou o voto do relator. Ministro Celso de Mello: não se trata do aborto previsto no Código Penal, pois o feto sem cérebro não está vivo e sua morte não tem por origem alguma prática abortiva. Ministro Cezar Peluso: votou pela improcedência do pedido, afirmando que o feto anencéfalo é um ser vivo e, por conseguinte, a interrupção da gestação caracteriza o aborto. Ministro Dias Toffoli: não participou do julgamento, pois atuara na condição de Advogado Geral da União. A tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral.



pela observância do texto constitucional não pode por outro lado violar com a justificativa de estar dando interpretação conforme. Nesse sentido, a decisão quanto à ADPF nº 54, criou mais uma hipótese de extinção da punibilidade no Código Penal. Essa foi a demonstração de que o STF vem usurpando a atuação do Legislativo e, portanto, funcionando como legislador positivo.

Observou-se no trabalho que o entendimento doutrinário se lastreia no fato de a Constituição Federal ter previsto no artigo 2º de seu texto a separação entre os poderes. Ocorre que essa atuação proativa tem sido considerada violadora da Carta Magna do país.

Como ficou demonstrado por meio da reflexão de como o Estado Democrático foi sendo desenvolvido ao longo dos tempos, isso levou ao entendimento de que o Estado separado em poderes foi a saída encontrada pelas nações que buscaram um modelo adequado para a participação dos cidadãos. O Legislativo e o Executivo são formados pelos representantes do povo, o que não ocorre com o Judiciário brasileiro que se distingue de outras nações que elegem seus juízes. De modo que, ao modificar a *mens legis* pode-se entender que existe uma invasão vedada pela sistemática do constituinte transformando essas decisões em inconstitucionais.

Verificou-se, portanto, que as mudanças quanto à descriminalização do crime de abortamento no País, devem ser discutidas no seio da Casa do Povo e não no Judiciário, conforme tem sido feito. É uma questão que interessa a toda a sociedade brasileira e não apenas a um segmento profissional como no caso dos agentes de saúde que deram ensejo à ADPF nº 54.

Ao longo do trabalho pode se verificar que essas manifestações retiram dos verdadeiros legitimados a oportunidade de levar o tema ao diálogo da sociedade brasileira por meio de seus representantes. É essa participação que deve gerar as leis do país e não as decisões tomadas pelo poder que não é legitimado para isso.

Nesse sentido, o modelo jurisdicional de um Tribunal que interfere na atuação do legislativo é causador de preocupação, uma vez que este mesmo Tribunal tem a responsabilidade de zelar para que não haja inobservância do texto constitucional.

Portanto, as decisões sobre a descriminalização do aborto, malgrado se defenda que a leitura foi feita conforme à constituição a fim de implementar os direitos e garantias quanto à liberdade sexual e vida plena da mulher, ao fazer a escolha pelo aborto, deve se ter em mente que essa leitura não pode ser feita à mingua do texto constitucional. Sendo assim, as limitações à atuação do Supremo já foram estabelecidas pela Constituição e devem ser respeitadas para que não haja o alijamento da Democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Decreto lei nº 2848* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. V. 2, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. Aum. e atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. 5. ed. Ribeirão Preto, SP: FUNPEC, 2003.

HADDOCK, apud., LENZ, Sylvia Ewel. Jean bodin: as premissas de um estado soberano. *Revista de Ciências Sociais*. V. 9, nº 1, 2004.

HESPANHA, Antônio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

JUS NAVIGANDI. *Aborto de anencéfalos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. V. IV, São Paulo: Millennium, 1999.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. V.2 .6 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999

_____. *Preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Felipe Charbel. *Cícero e a história como mestra da vida*. Disponível em: <https://escolakids.uol.com.br/historia/cicero-e-a-historia-como-mestra-da-vida.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

VALFRIDO, Carlos. *O crime de aborto e suas principais características*. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_12924/artigo_sobre_o-crime-de-aborto-e-suas-principais-caracteristicas>. Acesso em: 16 abr. 2019.

PROIBIÇÃO DO CASAMENTO INFANTIL: CONTROVÉRSIAS SOBRE TEMPORALIDADE E EXTENSIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.811/19

Daniel Banhos Doell de Paiva

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Resumo – a recente Lei nº 13.811/19 alterou o art. 1.520 do Código Civil Brasileiro para expressamente proibir o casamento infantil, mas deixou intocados diversos outros dispositivos legais a respeito do tema. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias quanto à forma mais adequada de interpretação da nova proibição, dada a sua concomitância com todo o sistema legal de anulabilidade e convalidação ainda previsto para aquela espécie de matrimônio. No presente trabalho, visa-se à análise desses posicionamentos divergentes, com a finalidade precípua de sustentar a harmonia de todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a compatibilização da Lei nº 13.811/19 com o restante do Ordenamento, de maneira a restringir o alcance da nova norma no que couber, mas também a manter resguardados os fundamentos legais e constitucionais do Direito de Família.

Palavras-chave – Direito de Família. Casamento Infantil. Lei nº 13.811/19.

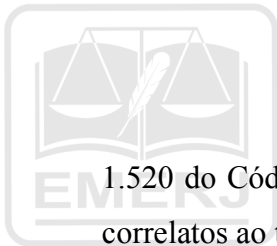
Sumário – Introdução. 1. A controversa sistemática de invalidade do casamento infantil em razão da alteração do artigo 1.520 do Código Civil Brasileiro e a necessidade de uma interpretação harmônica do conjunto normativo em vigor. 2. Irretroatividade da Lei nº 13.811/19: o contexto normativo anterior à atual proibição e a possibilidade de convalidação dos casamentos infantis já celebrados. 3. Inviabilidade de extensão da proibição legal do casamento infantil à união estável infantil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa temporalidade e extensividade na aplicação da Lei nº 13.811/19, a qual proibiu um fenômeno sociocultural que há tempos vem sendo repudiado e combatido no Brasil: o casamento infantil. Trata-se de espécie de matrimônio na qual pelo menos um dos contraentes não atingiu a idade núbil de dezesseis anos completos.

Tendo em vista a reconhecida condição peculiar de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes – que lhes enseja uma proteção sociojurídica diferenciada – entende-se que o conteúdo daquela recente norma não revolucionou o Ordenamento Jurídico pátrio, tampouco contrariou entendimento já majoritário entre os juristas. Afinal, embora as hipóteses de celebração de casamento infantil até então permitidas pelo Código Civil Brasileiro fossem excepcionais, eram verdadeiramente rejeitadas na prática e na interpretação forenses.

Todavia, faz-se necessário confrontar alguns relevantes posicionamentos jurídicos a respeito da atual sistemática proibitiva instaurada, tendo em vista que a nova lei alterou o art.



1.520 do Código Civil Brasileiro, mas manteve intocados diversos outros dispositivos legais correlatos ao tema.

Nesse sentido, a pesquisa realizada visa a apresentar soluções plausíveis e uniformes para as controvérsias evidenciadas, a partir de argumentos que permitam a harmonização do conjunto normativo analisado e que também possam conferir a melhor eficácia possível à Lei nº 13.811/19 em face dos fundamentos constitucionais que permeiam o Direito de Família hodierno.

Destarte, o primeiro capítulo deste trabalho pretende analisar as divergências doutrinárias acerca da invalidade do casamento infantil a partir da proibição trazida pela Lei nº 13.811/19. Nesse diapasão, a despeito das teses que sustentem eventual antinomia entre os referidos diplomas legais, busca-se a prevalência de uma interpretação sistemática da nova lei com os demais dispositivos vigentes no Código Civil Brasileiro, de maneira a manter-se o sistema de anulabilidade já existente.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da aplicabilidade do sistema de anulabilidade constante do Código Civil Brasileiro para as hipóteses de casamentos infantis realizados antes da entrada em vigor da Lei nº 13.811/19 – independentemente do posicionamento de que essa espécie de matrimônio já não era admitida pelo sistema jurídico nacional – e defendendo, inclusive, a possibilidade legal e constitucional de sua convalidação.

Por fim, o terceiro capítulo trata da restrição do alcance da Lei nº 13.811/19 no Direito de Família, com vistas a demonstrar a impossibilidade de extensão da novel proibição para a união estável infantil, cuja natureza é de ato-fato jurídico. Para tanto, argumenta-se pelo reconhecimento de que ambos os institutos – casamento e união estável – devem ser tratados como entidades familiares legitimamente diversas para a hipótese em tela.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e por meio de revisão *ad hoc* da literatura correlata, uma vez que se pretende analisar hipóteses a partir da legislação aplicável ao tema e dos textos atualizados da doutrina especializada, de maneira a reunir, confrontar e, se possível, compatibilizar informações e entendimentos a respeito da problemática a ser discutida.

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



1. A CONTROVERSA SISTEMÁTICA DE INVALIDADE DO CASAMENTO INFANTIL EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DO ART. 1.520 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA DO CONJUNTO NORMATIVO EM VIGOR

No Brasil, convencionou-se chamar de casamento infantil a espécie de matrimônio na qual um dos nubentes, pelo menos, ainda não tenha atingido a idade de dezesseis anos completos, na forma do art. 1.517 do Código Civil Brasileiro¹. Atualmente, a proibição a essa modalidade de casamento no país é expressa, graças à recente Lei nº 13.811/19², cuja única modificação promovida no Ordenamento foi direcionada ao art. 1.520 do Código Civil Brasileiro.

Todavia, a problemática central advinda daquela novel legislação parece residir justamente no fato de que os demais dispositivos afetos ao casamento infantil permaneceram inalterados no Código Civil. Destarte, neste primeiro capítulo do presente trabalho, faz-se imperativa uma análise crítica das diferentes interpretações doutrinárias à referida alteração normativa, tendo em vista suas consequências para a sistemática de invalidade já existente no Ordenamento Jurídico.

Como autor da primeira tese a ser destacada, Farias³ defende que seria absolutamente nulo um casamento infantil eventualmente celebrado a despeito da nova redação do art. 1.520 do Código Civil. Isso porque, para o doutrinador, a violação à proibição legal expressa ensejaria a aplicação da cláusula geral de nulidade dos negócios jurídicos – presente no art. 166, inciso VII, da referida codificação.

Com esse entendimento, o Promotor de Justiça baiano certamente pretende garantir máxima efetividade à vedação trazida pela Lei nº 13.811/19, com fulcro na proteção jurídico-social à infância e adolescência. Embora laudável, tal abordagem não realiza maiores – e necessárias – ponderações acerca de como se devem interpretar os demais artigos do Código Civil estritamente ligados ao casamento infantil. Dessa forma, deve ser confrontada com outros posicionamentos.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

²BRASIL. *Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

³FARIAS, Cristiano Chaves de. *A nova regra da impossibilidade de casamento do menor de 16 anos (a nova Lei 13.881-19)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6874/A+nova+regra+da+impossibilidade+de+casamento+do+menor+de+16+anos+%28a+nova+Lei+13.881-19%29>>. Acesso em: 11 set. 2019.



Seguindo uma linha teórica similar, Madaleno⁴ investe na tese de nulidade absoluta dos matrimônios civis que venham de encontro à novel legislação. Entretanto, o fundamento trazido pelo jurista é diverso do anteriormente apresentado: para ele, o casamento infantil teria passado a configurar uma nova hipótese de impedimento matrimonial – integrando-se, portanto, ao rol do art. 1.521 do Código Civil. Nesses termos, a infringência de tal impedimento acarretaria a plena invalidade do matrimônio, consequência direta da aplicação do art. 1.548, inciso II, do mesmo diploma legal.

Além disso, buscando resolver o suposto impasse decorrente da alteração legislativa restrita ao art. 1.520 do Código Civil, o advogado gaúcho sustenta que a Lei nº 13.811/19 teria tacitamente revogado todo e qualquer dispositivo codificado que não se alinhe a essa nova dinâmica de invalidade defendida.

Contudo, esse posicionamento do autor gera mais incertezas do que respostas, pois se baseia em soluções não previstas pela nova lei, tampouco admitidas automaticamente pela normativa já existente no Código Civil – o que sem dúvida é apto a gerar insegurança jurídica.

Em razão disso, mostra-se relevante a análise crítica traçada por Tartuce⁵, para quem a Lei nº 13.811/19 trouxe hipótese de incapacidade – e não de impedimento – quanto ao casamento civil de menores de dezesseis anos, com base no art. 1.517 do Código Civil. Nesse diapasão, o articulista bem esclarece que:

[...] não se pode dizer que a alteração do art. 1.520 tenha criado hipótese de impedimento matrimonial (...). Primeiro, porque não houve qualquer inclusão nesse sentido no art. 1.521 do CC, sendo certo que os impedimentos não podem ser presumidos ou subentendidos, uma vez que a norma é restritiva da autonomia privada. Segundo, pelo fato de se tratar de hipótese de incapacidade que já estava prevista no sistema, pelo art. 1.517 do Código Civil. Terceiro, porque os impedimentos são específicos, o que não é o caso.

De mais a mais, o professor mineiro rejeita totalmente a tese baseada em nulidade absoluta trazida pelos doutrinadores anteriormente citados, argumentando em favor da manutenção do sistema de anulabilidade do Código Civil. Isso porque, para o autor, é patente a ausência de revogação expressa ou tácita de dispositivos do Código⁶ pela Lei nº 13.811/2019. O fundamento precípua por ele utilizado demonstra que os artigos que

⁴MADALENO, Rolf. *Casamento de menores de 16 anos*: Lei 13.811/2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/03/14/casamento-de-menores-de-16-anos-lei-13-811-19/>>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁵TARTUCE, Flávio. *A lei 13.811/2019 e o casamento do menor de 16 anos*: Primeiras reflexões. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI298911,11049-A+lei+138112019+e+o+casamento+do+menor+de+16+anos+Primeiras+reflex%C3%B5es>>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁶Tomam-se por base os artigos 1.550, inciso I; 1.552, incisos II e III; e 1.560, § 1º, do Código Civil Brasileiro.



regulamentam tanto a nulidade relativa dos casamentos infantis quanto a ação anulatória cabível “são específicos quanto à anulação do casamento, negócio jurídico especial, devendo prevalecer sobre as regras gerais sobre a teoria geral do negócio jurídico, previstas na Parte Geral da codificação privada.”⁷.

Ressalta-se que essa tese de manutenção das regras já constantes do Código Civil, mesmo em face da proibição expressa instituída pela Lei nº 13.811/19, é corroborada por mais autores. Cumpre verificar, sequencialmente, seus ensinamentos.

Em primeiro lugar, a partir de um exame puramente legislativo, Cavalcante⁸ também defende a vigência de todos os dispositivos do Código Civil. Aliás, o juiz federal explica que a anulabilidade do casamento infantil é plenamente aplicável na forma prescrita pelo Código, mas que “é muito difícil, na prática, que uma pessoa que não tenha a idade núbil (menor de 16 anos) consiga casar. Isso porque essa situação seria facilmente detectada na fase de habilitação e o Oficial do Registro Civil faria a oposição (art. 1.529).”.

Em segundo e último lugar, Lôbo⁹ sustenta que qualquer antinomia entre a nova lei proibitiva e o Código Civil é meramente aparente, tendo em vista que qualquer hipotético conflito legal poderá vir a ser resolvido por meio de adequada interpretação sistemática e harmônica do conjunto normativo hodiernamente vigente. Além disso, o articulista afasta a possibilidade de aplicação do sistema geral de nulidades do Código Civil no Direito de Família, de maneira a complementar sua tese em prol da anulabilidade do casamento infantil.

Assim sendo, a partir da análise de todos os posicionamentos elencados neste capítulo da presente pesquisa, entende-se pela prevalência dos últimos três citados. Afinal, além de explicitarem teses complementares entre si, seu intuito de sistematizar o atual panorama legislativo – sem rejeitar a vigência, a validade ou a eficácia de quaisquer das normas tratadas – se mostra mais lógico e adequado.

Como será examinado com mais profundidade no próximo capítulo, a interpretação sistemática e harmonizada do Código Civil Brasileiro com a Lei nº 13.811/19 gera importantes reflexos nos casamentos infantis já celebrados, sobretudo no que diz respeito à análise da possibilidade legal e constitucional de sua convalidação. O importante, neste momento, é salientar a relevância da conservação do sistema civil de anulabilidade a partir da

⁷TARTUCE, op. cit.

⁸CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Lei 13.811/2019: altera o Código Civil para acabar com as exceções que autorizavam a realização do “casamento infantil”*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/lei-138112019-altera-o-codigo-civil.html>>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁹LÔBO, Paulo. *Notas à lei n. 13.811-2019 sobre casamento de quem não tem idade núbil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6959/Notas+%C3%A0+lei+n.+13.811-+2019+sobre+casamento+de+quem+n%C3%A3o+tem+idade+n%C3%BAbil>>. Acesso em: 11 set. 2019.



entrada em vigor do novo diploma legal proibitivo, sem qualquer prejuízo para o Ordenamento Jurídico pátrio.

2. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.811/19: O CONTEXTO NORMATIVO ANTERIOR À ATUAL PROIBIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DOS CASAMENTOS INFANTIS JÁ CELEBRADOS

Conforme já foi sustentado no capítulo anterior desta pesquisa acadêmica, a novel e expressa proibição legal ao casamento infantil não deve macular a prévia – e ainda vigente – sistemática civil de invalidação dessa espécie de matrimônio. A partir de tal entendimento, cumpre agora analisar alguns aspectos diretamente ligados à temporalidade na incidência do hodierno conjunto normativo.

Nesse sentido, este segundo capítulo tem como objeto o tratamento legal das hipóteses de anulação ou convalidação dos casamentos infantis já celebrados: trata-se de um estudo que necessariamente perpassa pela possibilidade ou não de aplicação retroativa da proibição atual – haja vista o cenário legislativo anterior à publicação da Lei nº 13.811/19 –, bem como pelo posicionamento doutrinário a respeito do tema.

Iniciando-se o breve exame da evolução legislativa pretérita à proibição instituída pela Lei nº 13.811/19, cabe ressaltar o texto antigo¹⁰ do art. 1.520 do Código Civil Brasileiro, revogado pela nova norma: “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”. Por este dispositivo abolido, é possível perceber que havia duas exceções permissivas ao casamento infantil na Codificação Civil pátria.

Contudo, quanto à questão da realização de casamento infantil para se evitar cumprimento de pena criminal, merecem destaque três leis de natureza penal que já tinham o condão de mitigar tal exceção antes mesmo da atual proibição expressa pela Lei nº 13.811/19.

Em primeiro lugar, a Lei nº 11.106/05¹¹, ao revogar os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal Brasileiro¹², logrou por eliminar do Ordenamento a extinção da punibilidade nos casos do então chamado estupro presumido – situação em que, se a vítima menor de

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹BRASIL. *Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.



catorze anos casasse com o autor do referido crime, ou mesmo com um terceiro, o agente poderia ter a sua punibilidade extinta na esfera da ação penal.

A partir disso, a análise legislativa de Cavalcante¹³ sustenta que o então art. 1.520 do Código Civil, no que tange a essa primeira exceção em tela, “foi tacitamente revogado ou, no mínimo, perdeu aplicabilidade prática considerando que, a partir da Lei nº 11.106/05, o casamento da vítima do crime sexual não interfere em nada no delito ou na pena aplicada.”. Para essa corrente, teria permanecido, já àquela época, apenas a permissão do casamento infantil no caso específico de gravidez.

Por outro lado, mesmo após a Lei nº 11.106/05, entendimentos doutrinários como o de Tartuce¹⁴ defendiam uma análise casuística, inclusive argumentando que, em algumas hipóteses, o casamento civil poderia servir como espécie de perdão tácito na seara criminal¹⁵. Assim, em cada caso concreto, ponderava-se entre o já mencionado posicionamento da não incidência da exceção civil permissiva e a tese oposta de que deveria prevalecer a norma do então art. 1.520 do Código Civil Brasileiro, tendo em vista que “o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, ao contrário do Direito de Família, que busca a pacificação social, a vida conjunta em harmonia.”.

Aliás, o argumento acerca da prevalência do Direito de Família é bastante relevante, na medida em que, mesmo tendo sido proferido em contexto normativo ultrapassado, serve também para amparar a possibilidade de convalidação dos casamentos infantis no cenário hodierno, como será em breve demonstrado neste capítulo.

Em segundo lugar na esteira do histórico legislativo, a Lei nº 12.015/09¹⁶ trouxe ao Código Penal Brasileiro a figura dos crimes praticados contra vulneráveis: aqui foram criados, por exemplo, o estupro de vulnerável – praticado contra menor de catorze anos, conforme a tipificação do art. 217-A do Código – e a expressa ação penal pública incondicionada para os crimes cuja vítima for vulnerável, na forma do art. 225, parágrafo único, do Código¹⁷.

Em terceiro e último lugar dessa evolução normativa penal, cabe ressaltar que o conceito de vulnerabilidade das vítimas menores de catorze anos passou a ser absoluto, incontestável, com a entrada em vigor da Lei nº 13.718/18¹⁸. Esta norma, afinal, trouxe o

¹³CAVALCANTE, op. cit.

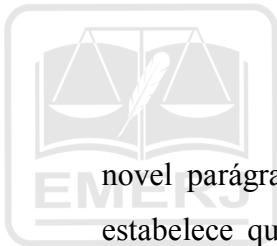
¹⁴TARTUCE, op. cit.

¹⁵Ao tempo da Lei nº 11.106/05, a ação penal para os crimes aqui tratados ainda tinha natureza privada, de maneira que o titular para sua propositura era a própria vítima.

¹⁶BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁸BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.



novel parágrafo 5º¹⁹ ao já mencionado art. 217-A do Código Penal Brasileiro, cujo texto estabelece que: “as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”.

Destarte, não havendo mais que se falar no casamento infantil como forma de perdão tácito ao crime de estupro de vulnerável, tornou-se obsoleta a ideia capitaneada por Tartuce de exame casuístico dos casamentos infantis para se evitar cumprimento da pena, conforme reconhece o próprio autor²⁰.

Encerrada a conferência da evolução legislativa, percebe-se claramente que o Ordenamento Jurídico pátrio já não admitia a hipótese permissiva de casamento infantil no caso de estupro de menores de catorze anos, de maneira que a mais recente Lei nº 13.811/19 não inovou nesse sentido específico.

Não obstante, essa conclusão não tem aptidão para embasar a retroatividade da proibição trazida pela referida lei aos casamentos infantis já realizados. Como já foi salientado no primeiro capítulo deste presente estudo, conservam-se harmonicamente em vigor todos os demais dispositivos pertinentes ao casamento infantil no Código Civil Brasileiro.

Assim sendo, para os casos de casamentos em que pelo menos um dos nubentes for adolescente em idade superior a catorze e inferior a dezesseis anos, é patente que permanece a faculdade de anulação do matrimônio, a qual poderá ser promovida pelo próprio cônjuge menor, por seu representante legal, ou por seu ascendente, observado o prazo legal decadencial – na forma, respectivamente, dos artigos 1.550, I; 1.552; e 1.560, parágrafo 1º, todos do Código Civil²¹.

Entretanto, para o caso de casamento infantil do qual resultar gravidez, a anulação é expressamente vedada, conforme teor do art. 1.551 do Código Civil²². Aqui, verifica-se um resquício da antiga segunda exceção permissiva presente no texto revogado do art. 1.520 do Código, situação que corrobora com a tese de alcance temporal limitado da Lei nº 13.811/19.

De outro modo, dismantelandando de vez o posicionamento pela retroatividade na nova norma proibitiva, o casamento infantil também poderá ser convalidado quando o contraente atingir a idade núbil, tendo em vista o art. 1.553 do Código Civil²³. Faz-se imprescindível

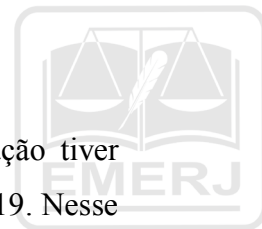
¹⁹BRASIL, op. cit., nota 12.

²⁰TARTUCE, op. cit.

²¹BRASIL, op. cit., nota 1.

²²Ibidem.

²³Ibidem.



salientar que tal confirmação de matrimônio deve ser aceita mesmo se a celebração tiver ocorrido com total inobservância à proibição legal após a vigência da Lei nº 13.811/19. Nesse sentido pensam Tartuce²⁴, Cavalcante²⁵ e Lôbo²⁶.

De fato, esse posicionamento compartilhado pelos referidos autores parece ser o mais adequado para se resguardar a harmonia e a segurança jurídica no Ordenamento vigente, sobretudo se for combinado com a proteção pontual do art. 1.561 do Código Civil²⁷, conferida aos contraentes de boa-fé, que verão preservados os efeitos do casamento nulo ou anulável – aqui incluído o casamento infantil, por óbvio – até a data de eventual sentença anulatória.

De mais a mais, quanto às famílias já consolidadas, veda-se qualquer ingerência externa indevida à sua comunhão de vida estabelecida com ou sem casamento, conforme o expresso ditame do art. 1.513 do mesmo Código²⁸. Aqui, observa-se um verdadeiro corolário da máxima proteção conferida às entidades familiares e à convivência familiar do infante, estabelecida pelos artigos 226 e 227 da Constituição da República²⁹.

De outra sorte, ressalva-se que também não parece haver, a princípio, qualquer conflito entre a reconhecida e integralmente protegida condição peculiar de desenvolvimento – de que tratam os artigos 1º ao 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁰ – com a possibilidade de convalidação de um casamento infantil presente no Código Civil Brasileiro. Não à toa, inclusive, essa sistemática de proteção integral à infância e juventude já motivou toda a evolução legislativa aqui esmiuçada. Resta, todavia, saber qual será o posicionamento majoritário dos juristas a respeito desse tema no futuro.

Por todo o exposto ao longo deste segundo capítulo, verifica-se desejável a prevalência de um entendimento que preze pela manutenção das hipóteses de anulação e convalidação dos casamentos infantis, pouco importando se estes foram realizados antes ou depois da atual proibição trazida pela Lei nº 13.811/19.

No próximo capítulo deste trabalho, a análise será a respeito da possibilidade ou não de extensão da norma proibitiva hodierna aos eventuais casos de união estável infantil.

²⁴TARTUCE, op. cit.

²⁵CAVALCANTE, op. cit.

²⁶LÔBO, op. cit.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

³⁰BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.



3. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DA PROIBIÇÃO LEGAL DO CASAMENTO INFANTIL À UNIÃO ESTÁVEL INFANTIL

Na esteira das controvérsias relativas às alterações promovidas no Ordenamento pátrio pela Lei nº 13.811/19, passa-se, finalmente, ao último tema a ser abordado nesta redação acadêmica: trata-se de análise acerca da viabilidade ou não de aplicação extensiva da proibição matrimonial a eventuais casos de união estável infantil.

Dessa feita, tendo em vista os embates doutrinários sempre presentes, incumbe ao terceiro capítulo desta pesquisa a verificação da incerta possibilidade jurídica de uma interpretação mais abrangente daquela lei – situação esta que alargaria a proibição a um modelo de família diverso do casamento e não contemplado expressamente pela nova norma.

A partir dessa contextualização, faz-se necessário ressaltar algumas diferenças essenciais existentes entre o casamento civil e a união estável, embora ambos sejam modelos familiares igualmente protegidos pelo art. 226 da Constituição da República³¹.

Sabe-se que o casamento estabelece uma comunhão plena de vida, conforme art. 1.511 do Código Civil³², e cuja produção de efeitos pessoais e patrimoniais somente se inicia a partir do ato solene de sua celebração, observados os artigos 1.533 e seguintes do mesmo Código³³. Por outro lado, a união estável perfaz-se mais genericamente em “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, haja vista a definição constante do art. 1.723 do referido Código³⁴.

De plano, já se observa que a união estável apresenta elementos caracterizadores próprios, bem como não exige as mesmas formalidades inerentes à configuração do casamento civil.

Sob uma ótica pautada na evolução civil-constitucional da matéria, há lições doutrinárias, tais como a de Dias³⁵ e a de Braga Netto, Farias e Rosenvald³⁶, que proclamam pela maior aproximação dos dois institutos jurídicos em tela. Para esses últimos três autores, aliás, a facilitação da conversão de união estável em casamento, presente no parágrafo 3º do já mencionado art. 226 da Constituição da República, denota “tão somente, tornar menos solene

³¹BRASIL, op. cit., nota 29.

³²BRASIL, op. cit., nota 1.

³³Ibidem.

³⁴Ibidem.

³⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 242-243.

³⁶BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1793-1794.

e complexo o matrimônio daquelas pessoas que, anteriormente, já conviviam maritalmente, como se casados fossem.”.

Não obstante, outra parcela de juristas adverte que a idêntica proteção constitucional conferida ao casamento e à união estável não pode gerar confusão entre ambos os modelos de família, tampouco pode servir para deslegitimar a eventual opção do indivíduo por um ou outro. Nesse sentido, a doutrina de Pereira³⁷ assevera:

Não podemos confundir, entretanto, a não equiparação das uniões estáveis com o casamento com a não proteção do Estado a este tipo de união, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem consequências jurídicas. União estável, ou união livre, como o próprio nome indica, é aquela livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Equipará-las ao casamento significa interferir na liberdade de escolher a forma de se constituir família.

No mesmo diapasão, Moraes e Multedo³⁸ aduzem que cônjuges ou conviventes são livres para planejar e estruturar seus relacionamentos do jeito que preferirem, ressalvados os direitos de terceiros. Para tanto, as autoras identificam que união estável e casamento sempre foram vistos como essencialmente distintos, e que “o tratamento jurídico das entidades familiares será diversificado na justa medida em que estas se diferenciem, sempre nos limites de uma ordem constitucional baseada na dignidade humana.”.

De mais a mais, Tartuce³⁹ também reconhece haver distinção entre o casamento e a união estável, principalmente em razão das normas de constituição e das formalidades próprias de cada um dos institutos. Além disso, o autor agrega à sua análise o posicionamento adotado pelo Enunciado nº 641, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁴⁰, cujo teor se transcreve:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

³⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *União estável e casamento: o paradoxo da equiparação*. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

³⁸MORAES, Maria Celina Bodin de; MULTEDO, Renata Vilela. *A privatização do casamento*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em: 11 abr. de 2020.

³⁹TARTUCE, Flávio. *A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

⁴⁰BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 641*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em: 11 abr. 2020.



Compreendidas, enfim, as principais razões pelas quais os institutos do casamento e da união estável devem se distinguir, torna-se agora imprescindível averiguar se há ainda possibilidade de extensão à união estável infantil da proibição trazida pela Lei nº 13.811/19⁴¹.

Pela redação do Código Civil pátrio, a única hipótese de vedação expressa à constituição de uma união estável se encontra no parágrafo 1º de seu art. 1.723, cuja primeira parte⁴² estabelece que: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521”. Contudo, lembra-se que não há como subsumir eventual união estável infantil a esse dispositivo, tendo em vista que já restou afastada, no primeiro capítulo deste trabalho, a tese⁴³ de que o casamento infantil seria nulo por infringência a impedimento matrimonial.

Ademais, no que tange a uma possível restrição etária, tal qual ocorre no casamento, Dias⁴⁴ reconhece que “não existe idade mínima para a constituição de união estável (CC 1.550, I), até porque não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis”.

Tartuce⁴⁵, corroborando com tal afirmação, aponta ainda que não é admissível a utilização de analogia para se proibir a união estável em que pelo menos um dos conviventes seja menor de dezesseis anos, tendo em vista que a normativa aplicável ao casamento pelo art. 1.517 do Código Civil é restritiva e, portanto, não admite aquela forma de integração.

Destarte, haja vista a comprovada ausência de vedação legal específica, o referido autor⁴⁶ prossegue em sua minuciosa análise e também logra sustentar a possibilidade jurídica de uma união estável infantil nos seguintes termos:

A eventual conclusão pela existência e validade da união estável do menor de 16 anos tem como fundamento a afirmação doutrinária no sentido de tratar-se de um ato-fato jurídico, um fato jurídico qualificado por uma vontade não relevante em um primeiro momento, mas que se revela relevante por seus efeitos. Em havendo tal instituto, mitigam-se as regras de validade, notadamente as que dizem respeito à capacidade. Nesse contexto, não deve ser considerada a incapacidade absoluta prevista no art. 3º do Código Civil, quanto aos menores de 16 anos. Relativiza-se, ainda, o que consta do art. 166, inc. I, da própria codificação, no sentido de ser nulo o negócio jurídico celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação.

Finalmente, o doutrinador⁴⁷ demonstra a sólida aceitação quanto à importância da manifestação de vontade de menores de dezesseis anos para a prática de um ato-fato jurídico

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³MADALENO, op. cit.

⁴⁴DIAS, op. cit., p. 250.

⁴⁵TARTUCE, op. cit., nota 39.

⁴⁶Ibidem.



existencial, tendo em vista o que dispõe o Enunciado nº 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁴⁸: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”.

Lôbo⁴⁹, por sua vez, igualmente argumenta em favor da natureza de ato-fato jurídico da união estável; mas, a partir disso, busca uma compatibilização concreta entre a proibição genérica ao casamento infantil e uma legítima união estável infantil, alegando especificamente que “se tiver havido celebração sem registro civil desse casamento, ante recusa do registrador em face do art. 1.520, será convolado em união estável, que, por sua natureza de ato-fato, não depende de registro para ser considerada entidade familiar.”.

O problema é que, apesar de pragmática, a solução apresentada pelo articulista revela-se discutível: além de ausência de expressa previsão legal para tanto, faz-se necessário ponderar que a convalidação ou formalização de uma união estável não necessariamente é desejo das partes envolvidas no caso concreto – situação que decerto afrontaria a já ressaltada relevância da livre escolha do modelo de relacionamento que apraz a cada casal.

Assim, por todo o estudo que foi desenvolvido ao longo deste terceiro e último capítulo, torna-se possível afirmar a inviabilidade de extensão – integrativa ou interpretativa – da aplicação da Lei nº 13.811/19 a eventuais casos de união estável infantil, tanto pela ausência de previsão legal, quanto pela diferença salutar entre casamento e união estável.

Por fim, ressalva-se que cada caso concreto de eventual união estável infantil deve ser merecedor de especial atenção. Afinal, da mesma maneira que o Código Civil⁵⁰ e a Lei nº 9.278/96⁵¹ garantem aos companheiros direitos como assistência moral e material, meação, alimentos, sucessão e habitação, isso não afasta a incidência de outros valores indisponíveis que compõem o Ordenamento, como a irrestrita proteção à infância e à juventude, que permeia o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵²; a repressão aos crimes de cunho sexual, principalmente pelo Código Penal⁵³; e, sobretudo, a inexorável dignidade da pessoa humana, do pético art. 1º, inciso III, da Constituição da República⁵⁴.

⁴⁷Ibidem.

⁴⁸BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 138*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁴⁹LÔBO, op. cit.

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵¹BRASIL. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 30.

⁵³BRASIL, op. cit., nota 12.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 29.



Por meio deste trabalho científico, constataram-se questões jurídicas complexas e polêmicas advindas da Lei nº 13.811/19. Afinal, embora essa nova norma tenha tornado peremptória a proibição do casamento infantil no Brasil, a existência de diversas interpretações doutrinárias quanto a sua adequada aplicação demonstrou a necessidade de uma análise mais minuciosa acerca da abrangência de sua vigência e efeitos.

Desse modo, elaborou-se a presente pesquisa em busca da compatibilização daquele novo diploma legal com outras normas pertinentes em vigor, de maneira que todas as teses sustentadas no decorrer dos capítulos foram direcionadas para esse escopo.

Ao longo do primeiro capítulo, percebeu-se que há uma forte parcela de juristas em defesa do reconhecimento de nulidade absoluta dos casamentos infantis contraídos ao arrepio da novel proibição legal. Por outro lado, verificou-se que outros renomados autores pugnam pela manutenção da sistemática de anulabilidade daquela espécie de matrimônio, uma vez que o conjunto normativo pretérito à Lei nº 13.811/19 não foi revogado. Concluiu-se que o segundo posicionamento deve prevalecer, em prol da harmonia de todo o sistema vigente.

No transcurso do segundo capítulo, averiguou-se que a Lei nº 13.811/19 não trouxe grandes inovações a uma trajetória legislativa já voltada à proteção integral da criança e do adolescente, visto que as anteriores exceções permissivas de casamento infantil há tempos eram limitadas – ou mesmo rejeitadas – pelo Direito brasileiro.

Não obstante, tendo também em vista a proteção civil-constitucional às entidades familiares e à convivência familiar, que impede indevidas ingerências externas às comunhões de vida já consolidadas pelo casamento contraído por nubentes de boa-fé, aderiu-se à tese de que a proibição hodierna tem seu alcance temporal restringido, bem como deve coexistir com as hipóteses de convalidação dos matrimônios infantis já celebrados.

Finalmente, no terceiro capítulo, arguiu-se eventual ampliação do alcance da Lei nº 13.811/19 que viesse a abranger também o instituto da união estável, haja vista existirem diferenças essenciais entre esta modalidade de família e o casamento. Depreendeu-se, das lições doutrinárias pertinentes, que a união estável configura um ato-fato jurídico, de maneira que pode ser legitimamente constituída por um menor de dezesseis anos, salvo nos casos em que ocorra qualquer violação ao restante do Ordenamento Jurídico. Evidenciou-se, portanto, que a proibição trazida pela nova lei é restrita ao casamento infantil.

Em termos prospectivos, espera-se um maior aprofundamento da doutrina pátria a respeito do tema central discorrido neste trabalho acadêmico. O ideal, todavia, seria uma

evolução legislativa mais específica e menos apta a gerar tantas controvérsias quanto as que foram aqui estudadas.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 138*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 641*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Lei 13.811/2019*: altera o Código Civil para acabar com as exceções que autorizavam a realização do “casamento infantil”. Disponível em:



<<https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/lei-138112019-altera-o-codigo-civil.html>>.
Acesso em: 11 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A nova regra da impossibilidade de casamento do menor de 16 anos (a nova Lei 13.881-19)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6874/A+nova+regra+da+impossibilidade+de+casamento+do+menor+de+16+anos+%28a+nova+Lei+13.881-19%29>>. Acesso em: 11 set. 2019.

LÔBO, Paulo. *Notas à lei n. 13.811-2019 sobre casamento de quem não tem idade núbil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6959/Notas+%C3%A0+lei+n.+13.811-2019+sobre+casamento+de+quem+n%C3%A3o+tem+idade+n%C3%BAbil>>. Acesso em: 11 set. 2019.

MADALENO, Rolf. *Casamento de menores de 16 anos: Lei 13.811/2019*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/03/14/casamento-de-menores-de-16-anos-lei-13-811-19/>>. Acesso em: 11 set. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; MULTEDO, Renata Vilela. *A privatização do casamento*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em: 11 abr. de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *União estável e casamento: o paradoxo da equiparação*. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao/>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. *A lei 13.811/2019 e o casamento do menor de 16 anos: Primeiras reflexões*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI298911,11049-A+lei+138112019+e+o+casamento+do+menor+de+16+anos+Primeiras+reflex%C3%B5es>>. Acesso em: 11 set. 2019.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAR NORMAS CONSTITUCIONAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dáyna Teixeira Mendes

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito.

Resumo – a Constituição da República de 1988 estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais e trouxe em seu texto muitas cláusulas abertas, o que ampliou o poder de interpretação do aplicador da lei. Com isso, o Poder Judiciário assumiu um protagonismo e passou a decidir questões que antes não eram levadas a ele. Essa atuação do Judiciário sofre críticas, pois violaria o princípio da separação dos poderes e faltaria legitimidade democrática em sua atuação. Mas essa atuação também pode ser vista como positiva, uma vez que sua legitimidade decorreria de seu papel de garantidor dos direitos fundamentais. Diante disso, busca-se nesse trabalho analisar essa nova atuação do Judiciário que, diante da mora e omissão legislativa, bem como de uma sociedade plural e em constante evolução, deve ir além da aplicação fria da lei e, com um viés protetivo, assegurar os direitos fundamentais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Direitos fundamentais. Legitimidade democrática.

Sumário – Introdução. 1. O protagonismo do Poder Judiciário em um modelo pós-positivista. 2. Os Tribunais e a concretização das normas constitucionais. 3. Aspectos divergentes de uma postura ativista do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

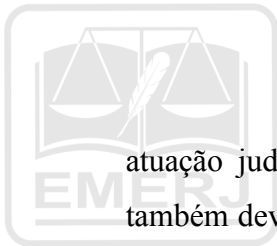
Com o advento da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário passou a assumir um protagonismo no cenário político que antes pertencia em maior medida ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Nesse contexto, muitas das decisões proferidas pelo Judiciário podem ser dotadas de natureza política, o que pode gerar uma tensão entre o Poder Judiciário e os demais poderes.

A Constituição previu como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes, que é uma forma de impedir que sejam cometidos abusos por determinado poder, funcionando como um sistema de freios e contrapesos.

Embora esse princípio se apresente como um limitador da atuação dos poderes, deve ser considerada a necessidade de harmonia e cooperação entre eles para atingir o preceitos estabelecidos na Constituição.

Assim, de um lado está o princípio da separação dos poderes e de outro os direitos fundamentais que precisam ser efetivados, sendo o princípio da dignidade humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a



atuação judicial é utilizada como meio de garantir o exercício dos direitos dos cidadãos, também deve ser utilizada com cautela ao assumir uma postura ativista de modo a evitar uma instabilidade e insegurança jurídica.

Nessa linha, a pesquisa tem como objetivo analisar se essa expansão da atuação do Poder Judiciário é uma forma de violação do princípio da separação dos poderes, partindo do pressuposto que uma decisão ativista vai além das funções do Judiciário, invadindo a competência de outro poder, ou se essa atuação se legitima em razão da afirmação de um Estado Democrático de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando a mudança ocorrida quanto à atuação do Poder Judiciário na aplicação do direito num modelo pós-positivista, seu crescente protagonismo e relação com os demais poderes. Isso porque, em momento pretérito, o Judiciário era o poder com menos expressão, havendo mais evidência ora do Legislativo ora do Executivo.

Na sequência, o segundo capítulo irá analisar como os tribunais, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, vem enfrentando questões relativas a mandados constitucionais que chegam à esfera judicial. Serão expostos dois casos que chegaram ao Supremo e uma breve análise será feita sobre ambos, apresentando uma diferença entre o que se entende por judicialização e por ativismo judicial.

Para tanto, serão analisados o Recurso Extraordinário nº 684.612, com repercussão geral reconhecida e ainda pendente de julgamento, no qual se discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado. Assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que equiparou condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo.

Por fim, o último capítulo irá analisar as problemáticas e críticas existentes em torno da crescente atuação do Judiciário na vida social, abordando questões como legitimidade democrática e dificuldade contramajoritária, bem como os aspectos positivos que decorrem dessa atuação.

A pesquisa será desenvolvida em uma abordagem qualitativa, com base no método hipotético-dedutivo, utilizando-se de proposições hipotéticas para análise do objeto da pesquisa a partir de um problema observado no mundo dos fatos.

Para atingir o objetivo metodológico, bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema serão utilizadas como fontes de pesquisa.

1. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO EM UM MODELO PÓS POSITIVISTA

A Constituição da República estabelece em seu artigo 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹. Cada um desses poderes tem sua forma de organização e suas funções estabelecidas no texto constitucional no Título IV, que cuida da Organização dos Poderes.

Essa divisão dos Poderes do Estado foi desenvolvida por Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”. E essa ideia surgiu como forma de sistematizar os Estados de Direito, no sentido de que somente quando os poderes máximos do Estado se colocam em um mesmo plano é que podem ser controlados de forma recíproca. Isso, conseqüentemente, permite uma situação de equilíbrio entre os poderes e garantia dos direitos dos cidadãos².

Embora não haja prevalência de um poder sobre o outro, funcionando todos de forma sistêmica como poderes do Estado, o que se percebe ao longo da história é que os Poderes Legislativo e Executivo ficavam muito mais em evidência do que o Poder Judiciário.

Esse fato se relaciona com o pensamento positivista. Tendo Hans Kelsen como seu principal teórico, o positivismo jurídico trazia a ideia de que o julgador era um aplicador da norma, não havendo espaço para influência dos valores em relação às normas. O Direito se encontra na norma, tendo ela valor em si, pois decorre da positividade da própria ciência jurídica³. Dessa forma, a norma dotada de caráter abstrato possibilita solucionar o caso concreto por meio da subsunção.

De acordo com Flávio Ahmed⁴, “nessa perspectiva a sentença é um ato de silogismo onde o sujeito revela a norma, através da vontade do legislador ou capturado na vontade da lei, como se houvesse uma cisão de objeto”. Assim, o que havia era uma aplicação fria da lei que era posta pelo legislador e aplicada pelo julgador no caso concreto.

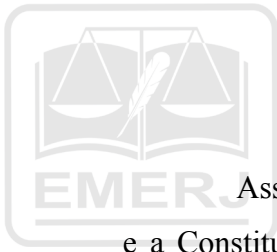
Com o passar do tempo se viu a necessidade de operar uma mudança na aplicação e na forma de ver o direito. Essa alteração no campo jurídico teve início na Europa no período pós Segunda Guerra Mundial e na América Latina após o período das ditaduras militares, em que se constatou um desgaste nas relações institucionais e necessidade de novas Constituições de modo a garantir no plano constitucional direitos suprimidos pelos regimes autoritários.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

² MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 78.

³ AHMED, Flávio. Apontamentos sobre Segurança Jurídica, Estado Constitucional e Protagonismo Judicial. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 218.

⁴ Ibid.



Assim, os direitos fundamentais deveriam ser amparados pelo ordenamento jurídico e a Constituição deveria conferir a eles normatividade. Se de um lado tentou-se superar a aplicação fria da lei, indo além da subsunção do fato à norma, direcionando a jurisdição constitucional para um viés mais protetivo, de outro foi aberto um caminho para a discricionariedade do julgador⁵.

No Brasil, o protagonismo judicial ascendeu, principalmente, com a Constituição democrática. A Constituição de 1988 trouxe em seu texto muitas cláusulas abertas, fazendo com que elas fossem concretizadas pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, surgiu uma nova maneira de ver o direito, denominado de pós-positivismo⁶, ficando a Constituição no centro do ordenamento jurídico como uma norma suprema que serve de parâmetro para as demais normas, ocorrendo a aproximação do direito com a moral.

Diante desse novo papel da jurisdição constitucional, Flávio Ahmed⁷ entende que:

Em primeiro lugar, temos, com a constitucionalização, o nascimento da jurisdição constitucional e o próprio surgimento do Estado constitucional, aonde a Constituição deixa de ser um texto destinado a regular a atividade estatal para regular a própria sociedade.

Com a constitucionalização, a jurisdição constitucional, que irá possuir função fundamental de limitação e racionalização, controlando o poder estatal, salvaguardando os direitos das minorias e reparando os perigos a que fica exposta a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a jurisdição constitucional não apenas controla o poder estatal, mas garante o direito das minorias e os direitos fundamentais. A Constituição assume uma posição central no ordenamento jurídico, sendo esse novo modelo marcado pela normatividade dos princípios, os quais servem de orientação para os julgadores na aplicação da norma, e pelo maior espaço de atuação do intérprete da norma.

Nesse novo contexto, o Poder Judiciário se tornou um novo espaço de debate de questões que competiam a outros poderes e antes não eram levadas ao Judiciário, ou seja, decisões que deveriam ser tomadas em outras arenas da política foram conduzidas ao Judiciário.

Passou-se a ter um forte agir político do Judiciário, mormente porque o Poder Judiciário tem a possibilidade de questionar atos do Executivo e do Legislativo, controlando

⁵ Ibid., p. 219.

⁶ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 30.

⁷ AHMED, op. cit., p. 221-222.



seus atos. Além de decidir demandas impondo aos outros poderes adoção de medidas, como a edição de leis pelo Legislativo, por meio do Mandado de Injunção, ou uma obrigação de fazer ao Executivo na implementação de políticas públicas.

Essas determinações do Poder Judiciário possuem como fundamento a garantia do exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. No entanto, essa amplitude conferida ao intérprete quanto à interpretação da lei pode fazer surgir alguns questionamentos referentes à discricionariedade das decisões judiciais, pois a discricionariedade é um caminho que pode levar a arbitrariedade.

O que se deve ter em mente é que o julgador, na verdade, não tem uma discricionariedade de forma ampla e desmedida, uma vez que todas as suas decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, conforme previsão encontrada na Constituição.

A função do Judiciário é a de concorrer para a harmonia e o equilíbrio da sociedade, com fim de aplicar a justiça nas relações sociais e garantir os direitos constitucionalmente previstos⁸. Entretanto, a questão que surge é até que ponto pode o Judiciário adentrar no campo de atuação dos demais poderes.

O legislador, ao lançar direitos fundamentais e sociais nas leis, apresentou verdadeiras estruturas pragmáticas, deixando sua implementação para o Executivo e ao Judiciário competiu a garantia da sua efetividade⁹. A Constituição de 1988 ampliou o acesso à justiça e, dessa forma, viu-se no Judiciário um caminho de concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

Tem-se então que, inertes os poderes Executivo e Legislativo, seja na forma prestacional dos direitos sociais previstos na Constituição, seja legislando sobre questões atinentes à evolução da sociedade, competiu ao Judiciário, com fundamento em valores e princípios resolver tais questões.

Nesse sentido, José Renato Nalini¹⁰ entende que essa Constituição principiológica pretendeu resolver todos os problemas brasileiros, adotando princípios elásticos de modo a adaptar o texto ao caso apresentado. Com isso, a discricionariedade interpretativa do julgador foi ampliada.

O desafio que surge é como conferir efetividade às normas constitucionais sem que isso implique em uma violação ao princípio da separação dos poderes. Se diante de uma

⁸ MACHADO, op. cit., p. 94.

⁹ RAGUENET, Pedro. *Ativismo Judicial*. O mito e a realidade. Rio de Janeiro: Vozes Ltda., 2011, p. 30-31.

¹⁰ NALINI, José Renato. Juiz Ativista ou Consequencialista. In: RÊGO, op. cit., p. 457.



situação deve prevalecer a tripartição dos poderes, que é cláusula pétrea da Constituição, ou se é possível sua flexibilização diante dos direitos fundamentais postulados.

O que se tem visto na prática, nas decisões dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, é que vem ocorrendo essa flexibilização, assumindo o julgador o papel de um legislador positivo, havendo em suas decisões maior relevância dos princípios sobre as normas postas.

2. OS TRIBUNAIS E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Nesse novo papel assumido pelo Judiciário, de dar efetividade as normas constitucionais, muitas questões são levadas a sua esfera de modo que haja concretização dos direitos constitucionais.

Na ausência da atuação dos poderes Legislativo, ao editar uma lei, ou do Executivo, ao cumpri-la, cada vez mais questões são judicializadas, cabendo ao Poder Judiciário resolvê-las e determinar que medidas sejam adotadas pelos demais poderes.

Assim, se a Constituição garante o direito à saúde e à educação, por exemplo, e o cidadão não consegue uma vaga em unidade de saúde pública ou em estabelecimento de ensino, recorre ao Judiciário para que esse direito seja observado, dando concretude ao que foi estabelecido pelo legislador.

Judicializar determinada questão, nesse sentido, faz com que o Poder Judiciário decida questões tipicamente políticas que são levadas a ele, pois vai determinar que o Poder Público atenda a demanda individual do cidadão que foi exigida em uma ação judicial. O Judiciário passou a ser buscado para dar efetividade à Constituição e às leis infraconstitucionais.

Diferentemente, no ativismo judicial, embora o Judiciário também atue com interferência em questões dos outros poderes, ele tem uma participação mais intensa e mais ampla para concretizar os valores constitucionalmente estabelecidos. Nesse tipo de protagonismo judicial, o magistrado aplica a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, impondo condutas e abstenções ao Poder Público, e a interpreta de modo a expandir seu sentido e alcance¹¹.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 04 out. 2019.

Estabelecendo uma diferenciação entre essas duas espécies de protagonismo judicial, o ministro Luís Roberto Barroso¹² ensina que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A questão que se impõe é se ao agir dessa forma mais proativa não estaria ocorrendo uma interferência indevida, uma violação à tripartição dos poderes. Se o Judiciário determina que o Poder Público forneça uma vaga para internação de determinado cidadão em unidade de saúde em que não há vagas para tratamento, não haverá criação de uma nova vaga de um dia para outro, pois isso depende de planejamento e orçamento.

O mesmo entendimento se aplica quando é determinado pelo Poder Judiciário o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de algum medicamento. Assim, se de um lado está a observância ao limite de atuação de cada Poder, de outro está a efetividade dos direitos dos cidadãos.

No âmbito do direito à saúde, cabe ressaltar o entendimento de que decisões na esfera judicial garantindo a determinado cidadão obtenção de medicamento ou tratamento de forma individual seria uma violação à separação dos poderes constitucionalmente estabelecida, uma vez que o art. 196 da CRFB/88 deve ser lido como garantia de um direito coletivo e não individual. Dessa forma, esse direito deve ser garantido por meio de políticas públicas sociais e econômicas coletivamente consideradas, e não de forma individual como vem fazendo os tribunais do país.¹³

No entanto, o entendimento que vem prevalecendo nos tribunais é no sentido de que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando o objetivo do Judiciário é sanar omissão legislativa ou inércia do Executivo, fazendo prevalecer os direitos fundamentais e concretizando as normas programáticas estabelecidas na CRFB/88. Mostra-se, na verdade, um verdadeiro sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

¹² Ibid., p. 25.

¹³ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.



Nos autos do Recurso Extraordinário nº 684.612¹⁴, o parecer da Procuradoria-Geral da República menciona o entendimento do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão Liminar 47 sobre o assunto, e merece ser citado nesse ponto seu entendimento:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Diante disso, as normas programáticas devem ser interpretadas como metas a serem alcançadas e realizadas pelo Poder Público, constituindo um direito diretamente aplicável.

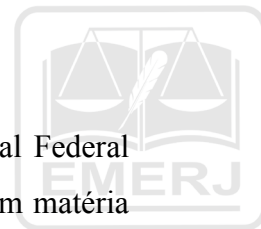
No que toca à discussão dos limites do Poder Judiciário ao determinar obrigações aos demais poderes, ressalta-se o já mencionado Recurso Extraordinário nº 684.612¹⁵, com repercussão geral reconhecida, que discute os limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado. A discussão recai sobre a contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, considerando o déficit de pessoal e a necessidade de realização de concurso público.

Esse Recurso Extraordinário tem origem em uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo como base uma inspeção técnica realizada pelo Conselho Regional de Medicina no Hospital Municipal Salgado Filho. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença e determinou que fosse suprida a deficiência de pessoal por meio de concurso público, bem como sanadas irregularidades estruturais e de funcionamento naquela unidade de saúde apontadas no relatório de inspeção.

Conforme mencionado no Recurso Extraordinário, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ressaltou que a implementação de políticas públicas somente fica inviabilizada quando o respectivo financiamento pode efetivamente comprometer as contas do ente federativo, representando risco para outras atividades essenciais. Para tanto, essa hipótese deve ser demonstrada pelo Poder Público no caso concreto. Não sendo esse o caso, é possível tal determinação pelo Judiciário, pois lei de meios permite alocar receitas, assim como possibilita o remanejamento de verbas.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 684.612*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

¹⁵ *Ibid.*



Diante de tantas questões semelhantes que chegaram ao Supremo Tribunal Federal acerca de prestações de saúde pelo Estado, foi convocada uma audiência pública em matéria de saúde pública a fim de ouvir especialistas no assunto.

Foi constatado que essa deficiência na prestação de serviço público de saúde está muito mais relacionada à execução das políticas públicas já existentes do que a falta de implementação de políticas públicas. Seguindo essa linha de entendimento, o Poder Judiciário, então, apenas determina o cumprimento de uma política que já foi prevista pela Administração Pública anteriormente, mas que é ineficazmente executada.

Dessa forma, partindo do entendimento de que houve uma omissão ao que foi estabelecido pelo próprio legislador ou pelo Executivo, o Judiciário não substitui esses poderes, apenas garante que o mínimo essencial seja observado, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana com o atendimento da saúde, mesmo que haja escassez de recursos públicos.

De outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹⁶ em junho de 2019 repercutiu bastante na sociedade. Essa decisão equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

Em síntese, pretendeu-se na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão que a homofobia e a transfobia fossem consideradas espécies do gênero racismo, na medida em que racismo seria toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo em relação a outro. Portanto, todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor da Lei de Racismo. E, subsidiariamente, que condutas contrárias a essas espécies fossem entendidas como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais.

O Supremo reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional referente ao mandado de incriminação presente nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88¹⁷; declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo; e deu interpretação conforme a Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei nº 7.716/89¹⁸, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, considerando as práticas homotransfóbicas espécies do gênero racismo na dimensão de racismo social.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 07 jan. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.



Os grupos LGBT são uma minoria que, evidentemente, merecem proteção do direito, considerando que são frequentes as notícias de atos atentatórios contra a integridade física desse grupo. O fato de exercerem o direito à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero são motivos para que sejam alvo de violência e discriminação.

Diante disso, se faz necessário que essas práticas homofóbicas e transfóbicas sejam punidas de forma específica. No entanto, contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal, algumas questões devem ser consideradas. Em sua manifestação na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o Senado da República pontuou que os dispositivos constitucionais não trazem de forma específica a criminalização da homotransfobia, não configurando, portanto, lacuna legislativa, mas sim uma opção do legislador e não uma obrigatoriedade; além disso, já existe tipificação penal para os bens jurídicos tutelados.

Ademais, menciona-se ainda que de acordo com o art. 5º, XXXIX da CRFB/88¹⁹, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e que legislar sobre direito penal é competência privativa da União, conforme disposto no art. 22, I da CRFB/88²⁰. Assim sendo, considerar essas condutas como crimes de racismo pode ser entendido como um proativismo do Poder Judiciário, indo além de suas competências.

Apesar disso, o Supremo adotou a teoria concretista do mandado de injunção, que traz a possibilidade de ser utilizado um instrumento normativo que não foi elaborado para determinado grupo, mas que poderá ser utilizado por ele até que venha lei própria.

Dessa forma, embora se reconheça a necessidade de legislação específica para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, visto que o grupo LGBT representa uma minoria que deve ser protegida pelo Estado, essa proteção não veio por meio de lei em sentido formal – Estado legislador, mas sim mediante a atuação do Judiciário como legislador positivo – Estado juiz. Este tipificou uma conduta que somente lei pode tornar crime.

Percebe-se, assim, que o Judiciário tem sido utilizado como um espaço de proteção das minorias para concretização de seus direitos constitucionais, seja de forma a cumprir aquilo já determinado pelo Poder Público, seja de forma mais proativa, quando inertes os demais poderes.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ Ibid.

3. ASPECTOS DIVERGENTES DE UMA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Essa atuação do Judiciário acaba sendo alvo de críticas de doutrinadores, pois haveria falta de legitimidade democrática. Por outro lado, há doutrinadores que defendem essa atuação como forma de assegurar os direitos fundamentais.

Muitas dessas situações que chegam aos Tribunais podem estar relacionadas a questões políticas e morais. Isso faz com que os tribunais sejam vistos como atores políticos e essas decisões essencialmente políticas que deveriam ser tomadas pelos representantes do povo acabam sendo levadas ao Judiciário para ser por ele decidida.

No entanto, faltaria ao Judiciário a representatividade conferida aos que são democraticamente eleitos pelo povo. O Judiciário estaria atendendo a demandas sociais não atendidas pelos poderes que de fato possuem representatividade e até mesmo em algumas situações se sobrepondo a decisão do Executivo ou do Legislativo, em uma atuação contramajoritária.

Nesse sentido, as decisões tomadas podem ser tanto em oposição ao governo, invalidando atos de outros poderes, como no sentido de legitimar a política majoritária ou decidir questões que causariam altos custos políticos.²¹

Esse papel de legislador positivo, no entanto, segundo parte da doutrina, iria de encontro a separação dos poderes prevista nos regimes democráticos. Aceitar esse papel seria admitir que pessoas que ocupam um cargo técnico, que não foram eleitas pelo povo, façam leis no lugar daquelas que foram escolhidas para ocupar o cargo representativo²². Essa postura acabaria gerando uma insegurança jurídica.

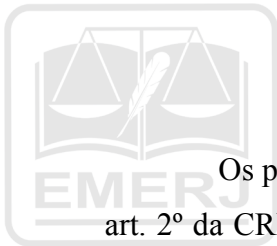
Partilhando desse entendimento, o professor Ives Gandra da Silva Martins²³:

Tal poder de se transformar em legislador positivo, que se auto-outorgou ao Supremo Tribunal Federal, (...), parece-me trazer para a democracia brasileira especial insegurança jurídica, pois, a partir dessa visão, nem sempre o que a lei diz é que norteará a conduta de cada brasileiro, mas sim o Poder Judiciário dirá. Mesmo que contra a lei, no exercício de seu autodeclarado poder de criação de hipóteses de conduta que entenda não prevista pela norma, ou na efetiva ausência de lei, indesejada pela cidadania.

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Protagonismo Judicial no Contexto do Neoconstitucionalismo. In: RÊGO, op. cit., p. 436.

²³ Ibid., p. 440.



Os poderes da República são independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o art. 2º da CRFB/88²⁴. De modo a garantir a democracia, as funções de cada um dos poderes são bem definidas, legislar, administrar e cumprir a lei. Embora possam exercer outras funções, as funções típicas são aquelas desenvolvidas por Montesquieu.

Para preservar a competência legislativa, o art. 49, XI da Constituição Federal²⁵, confere ao Poder Legislativo competência exclusiva para zelar por essa preservação em face da atribuição normativa de outros poderes, isto é, contra a invasão por parte de algum outro poder.

Permitir a invasão de atribuições legislativas é tornar frágil a democracia brasileira. Isso porque, ainda quando é permitido ao Poder Executivo exercer função de legislar, conforme autorizado pela Constituição nos casos de medidas provisórias e leis delegadas, essas normas devem ser submetidas ao Congresso Nacional, na forma dos artigos 62 e 68 da CRFB/88²⁶.

O professor Ives Gandra²⁷ defende ainda que de acordo com o art. 142 da CRFB/88 até mesmo as Forças Armadas poderiam ser utilizadas para preservação da competência de cada poder.

No entanto, admitir que a ordem seja reestabelecida pelas Forças Armadas significa dizer que a democracia dependeria de um poder armado para sua correção, ou seja, um outro poder para controlar os demais, uma espécie de poder moderador. Esse entendimento iria de encontro ao que dispõe a Constituição da República e a democracia, uma vez que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁸.

Na verdade, as instituições que compõem as Forças Armadas são destinadas à defesa da segurança nacional, não devendo adentrar na esfera de atuação de cada um dos três poderes de forma a controlá-los.

O professor Ives Gandra afirma ainda que “o mais grave, todavia, é que, se o próprio Judiciário se transformar de Poder Legislativo negativo em positivo, não haverá a quem recorrer, pois quem fará a lei será o seu próprio julgador”²⁹.

Embora haja essa distinção entre as competências de cada poder, o Judiciário não se resume a mero aplicador da lei, de forma automática como antes. O Judiciário é um intérprete

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ Ibid.

²⁶ MARTINS, op. cit., p. 445.

²⁷ Ibid., p. 443-444.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ MARTINS, op. cit., p. 446.

da lei, garantidor do cumprimento das normas constitucionais e um meio de assegurar a dignidade do cidadão. Dessa forma, se há alguma situação em que o processo político majoritário fica paralisado, a continuidade acaba ocorrendo por meio do Judiciário.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso³⁰ explica que a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é indispensável para a democracia. Contudo, a democracia não se limita a isso. Além desse aspecto formal da democracia, também há o aspecto substancial, que abrange a preservação dos valores e direitos fundamentais. Nesse aspecto é que pode ser observada a atuação do Poder Judiciário como um agente garantidor da democracia.

Surge uma nova hermenêutica constitucional com a Constituição de 1988, deslocando a Constituição para o centro do ordenamento jurídico. Se de um lado o texto constitucional se torna mais analítico, traçando regras a serem seguidas e com extensa previsão de direitos fundamentais, de outro a sociedade se torna complexa e plural, diminuindo a capacidade de previsão normativa e aumentando a indeterminação do direito³¹.

Diante disso, é transferida aos intérpretes da lei essa competência de decidir usando princípios e cláusulas abertas. Com isso, a Constituição passa a ser a norma central do ordenamento, o Judiciário ganha um papel de maior relevância e a interpretação da lei deixa de ser puramente positivista, devendo ser considerado que diante de cláusulas abertas o poder criativo do intérprete aumenta.

A esse respeito, a atuação contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade é legitimado tanto pela proteção dos direitos fundamentais como pela proteção das regras do jogo democrático³².

Nesse sentido, os juízes e tribunais acabaram se tornando mais representativos dos anseios sociais do que os próprios governantes eleitos tradicionalmente. O Poder Judiciário surgiu como um novo mecanismo de expressão, interpretando, em muitas situações, o sentimento majoritário. E isso decorre, em grande medida, da crise de representatividade política³³. Pois há que se dizer que nem sempre o Legislativo expressa o sentimento da maioria.

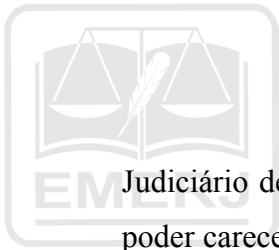
Diante disso, verifica-se que há argumentos para ambos os lados, seja para aceitar ou para rejeitar esse atuar do Judiciário. De um lado busca-se afastar a atuação do Poder

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: RÊGO, op. cit., p. 569.

³¹ Ibid., p. 570.

³² Ibid., p. 574.

³³ Ibid., p. 573 e 577.



Judiciário de um modo mais proativo sob pena de ameaçar a democracia, uma vez que esse poder carece de representatividade considerando que não é formado por representantes eleitos pelo povo e toma decisões que se inserem no âmbito da competência do Legislativo.

De outro lado, essa atuação se legitima pela garantia dos direitos fundamentais. Busca-se no Poder Judiciário um cumpridor dos direitos e garantias constitucionais não efetivados por mora ou omissão legislativa. Abre-se espaço para que surja um novo protagonista com a Constituição de 1988 e dessa forma também seja exercida a democracia, que não é apenas efetivada na tradicional dimensão majoritária.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou analisar a atuação do Judiciário num modelo pós-positivista, assumindo um papel de maior relevância após a promulgação da Constituição da República de 1988. Atuação que recebe algumas críticas, pois algumas decisões podem ser consideradas como intervenção nas outras esferas de poder.

Embora o princípio da separação dos poderes esteja estabelecido com cláusula pétreia, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar a Constituição Federal. Nesse conflito, a dignidade da pessoa humana vem se sobressaindo.

A Constituição de 1988 trouxe a constitucionalização de todo o direito, aproximou direito da moral e trouxe para o ordenamento jurídico um série de princípios norteadores para a atuação do intérprete. A importância dessa elasticidade dos princípios se deve ao fato de que as normas não conseguem regular e acompanhar todas as situações vividas pela sociedade, permitindo ao julgador maior liberdade argumentativa em suas decisões. Dar ao julgador um papel de mero aplicador de regras faria com que a Constituição ficasse de certo modo deslocada da realidade social.

Contudo, como se demonstrou, essa atuação judicial não é unânime, pois faltaria legitimidade democrática. O magistrado, por não ser eleito pelo povo, exerceria então um papel contramajoritário, não sendo a voz da sociedade.

A despeito desse entendimento, a democracia não é tão somente a vontade da maioria. A vontade da maioria será sim observada no processo democrático, ela é soberana, mas a democracia pode também ser vista sob outra perspectiva.

Um dos papéis do Judiciário é a garantia dos direitos fundamentais, e pode-se dizer que os direitos fundamentais previstos na Constituição foram estabelecidos pelo próprio povo, por meio de seus representantes eleitos. Ademais, para garantir a participação da sociedade de



modo a influir em suas decisões, são utilizados como instrumentos a realização de audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

Essa forma de participação também é um meio de conferir legitimidade democrática às decisões proferidas, pois oportuniza que o Judiciário esteja mais próximo do jurisdicionado e ouça os anseios da sociedade.

Dessa forma, a democracia estaria sendo observada em seu aspecto substancial – correspondente à garantia dos valores e direitos fundamentais – enfrentando os argumentos apresentados em uma sociedade pluralista.

Garantir os direitos fundamentais legitima a atuação judicial, mas deve ser ressaltado que o magistrado deve ter o cuidado de que sua decisão esteja permeada por aspectos técnicos, isto é, deve trazer o conhecimento de outras ciências para a sua decisão de modo que se atente para todas as consequências práticas de seu decidir, isto porque estaria somente preparado para decidir sobre normas jurídicas.

Em que pese todas as críticas existentes, o Poder Judiciário tem se mostrado um espaço essencial para proteção e garantia dos direitos fundamentais, sobretudo diante de omissões e moras legislativas. Não serem os membros do Judiciários eleitos pelo povo, não os retira a legitimidade de atuação, pois esses atuam como representantes do Estado na forma de Estado-juiz e revelam uma parte da democracia, que não se limita a representatividade popular. Ademais, pode ser considerado que dar efetividade aos direitos constitucionais, em última análise, representa a vontade do próprio povo.

Diante disso, limitar essa atuação, que visa efetivar os direitos fundamentais, iria de encontro a um dos fundamentos da República e princípio basilar da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. Apontamentos sobre Segurança Jurídica, Estado Constitucional e Protagonismo Judicial. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 04 out. 2019.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 684.612*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Protagonismo Judicial no Contexto do Neoconstitucionalismo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

NALINI, José Renato. Juiz Ativista ou Consequencialista. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

RAGUENET, Pedro. *Ativismo Judicial. O mito e a realidade*. Rio de Janeiro: Vozes Ltda., 2011.

COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRITIVOS NA EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Dayse Maiques de Souza Alves

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

Resumo – esta pesquisa pretende analisar os efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil, o que é objeto do Tema 987 do STJ.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Tributário. Direito Empresarial. Competência. Recuperação Judicial. Execução Fiscal.

Sumário – Introdução. 1. Regularidade fiscal como requisito para o deferimento da Recuperação Judicial versus princípio da preservação da empresa. 2. Efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal. 3. Competência para atos constritivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito português. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa discutir de qual órgão jurisdicional é a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal em face de empresa em recuperação judicial, se do juízo da Vara Empresarial ou da Vara de Execução Fiscal. Tal situação importa, pois vários processos estão suspensos aguardando a uniformização da jurisprudência sobre o tema no STJ diante do conflito jurisprudencial e doutrinário, o que gera insegurança jurídica e atravanca o Judiciário.

De acordo com o entendimento do STJ, não são adequados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento do crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo, assim, prejuízo à Fazenda Pública.

No entanto, devido à multiplicidade de recursos, os ministros da 1ª Seção do STJ afetaram em fevereiro de 2018 o seguinte tema para julgamento sob o rito dos repetitivos: possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal (Tema nº 987), que ainda aguarda julgamento.



Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo, busca-se comprovar que a regularidade fiscal não tem sido um requisito para o deferimento da Recuperação Judicial pela aplicação do princípio da preservação da empresa.

Analisam-se, no segundo capítulo, os efeitos da recuperação judicial nos atos constitutivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constitutivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil.

No terceiro capítulo, pesquisa-se a competência para atos constitutivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito português, com objetivo de verificar o procedimento no direito daquele país.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo de forma qualitativa. Hipotético-dedutivo porque consiste na construção de conjecturas baseada nas hipóteses, isto é, caso as hipóteses sejam verdadeiras, as conjecturas também serão, de forma argumentativa defendendo a tese.

Qualitativo, uma vez que o objeto da pesquisa jurídica se vale da bibliografia pertinente ao tema, que é analisada e fichada na fase inicial da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

1. REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO PARA O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A recuperação judicial é uma ação judicial de iniciativa do devedor com objetivo de viabilizar a superação da crise da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores, na forma do disposto no art. 47¹ da Lei nº 11.101/2005:

[...] a recuperação judicial tem como objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.[...]

¹BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

Dentre os requisitos, para a concessão da recuperação judicial, a regularidade fiscal é uma delas, conforme art. 57² da Lei nº 11.101/2005:

[...] após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.[...]

Desta forma, pela Lei nº 11.101/2005³, o processamento da recuperação judicial depende da comprovação da regularidade fiscal por parte da empresa recuperanda. Todavia, na prática o entendimento jurisprudencial que se formou, considerando a aplicação do princípio da preservação da empresa, foi no sentido de se dispensar a apresentação das certidões de quitação dos débitos fiscais, como forma de viabilizar a própria recuperação judicial, uma vez que a maioria das empresas em recuperação judicial possui débitos com o fisco em valores que não conseguem saldar, sem prejuízo da própria sobrevivência da empresa.

De fato, a exigência da certidão de quitação fiscal conforme determinado pelo art. 57⁴ da Lei nº 11.101/2005 inviabilizaria a maior parte das ações de recuperação judicial, prejudicando a possibilidade de manutenção da empresa, em franco prejuízo ao princípio da preservação da empresa.

No entanto, a Lei nº 11.101/2005 foi elaborada com fundamento no princípio da preservação da empresa previsto no art. 47⁵ que consiste em que a regra é buscar salvar a empresa, sendo a falência medida extrema que só deve ser decretada se for inviável a preservação da atividade, de acordo com Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva⁶. Logo, há um conflito entre a aplicação do princípio da preservação da empresa e o direito ao recolhimento dos tributos por parte do ente público.

Assim, ao não aplicar o disposto no art. 57⁷ da Lei nº 11.101/2005, o juiz cria a situação de desproteger o crédito fiscal para que possa deferir a recuperação judicial, em nome do princípio da preservação da empresa e em sentido diretamente oposto ao estabelecido na citada lei.

²Ibid.

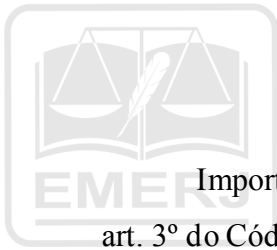
³Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.



Importa ressaltar, que o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional⁸:

[...] Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.[...]

Portanto, o tributo tem tratamento privilegiado em todo o sistema jurídico, exatamente pela sua importância social, uma vez que sustenta a sociedade em suas atividades básicas como saúde, educação, infraestrutura e demais serviços essenciais.

Ademais, nos termos do art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005⁹, as ações de natureza fiscal sequer são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial:

[...]
§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. [...]

Não havendo na citada Lei nº 11.101/2005 previsão de inclusão do crédito fiscal entre as dívidas a serem parceladas no plano de recuperação fiscal, pois parte do pressuposto de que a empresa tem que comprovar a regularidade fiscal ou que o parcelamento se dará fora do processo, se houver lei específica do ente tributante.

Todavia, os entes tributantes em sua maioria não criaram leis específicas para o parcelamento do débito fiscal, tendo a União só aprovado lei específica em 2014, permitindo o parcelamento para os débitos fiscais federais em até 84 parcelas.

A ausência de lei específica, não poderia obstar o direito à recuperação judicial, tendo o STJ dado interpretação ao art. 57 da Lei nº 11.101/2005¹⁰ de forma a admitir a tramitação da ação de recuperação judicial sem a devida comprovação da quitação fiscal.

No entanto, o Poder Judiciário acabou por fomentar o inadimplemento dos tributos, fabricando por vias transversas a indústria da recuperação judicial, pois o número deste tipo de ação cresceu vertiginosamente nos últimos anos.

Sobre o tema foi aprovado o Enunciado nº 55¹¹ na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, nos seguintes termos:

⁸BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l51172.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Conselho Federal de Justiça. *I Jornada de Direito Comercial do CJP/STJ*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em: 13 mai. 2020.



[...] o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/2005 e no art.191-A do CTN.[...]

De fato, há a necessidade de se preservar a empresa, pela aplicação do princípio da preservação da empresa já mencionado, todavia, a que custo? As imunidades tributárias estão previstas apenas na Constituição Federal. As isenções fiscais e os parcelamentos dos débitos tributários têm necessariamente que estar expresso em lei específica sobre o tema, exatamente para a garantia do crédito tributário que mantém a Administração Pública e seus serviços essenciais organizando toda a sociedade.

A garantia do crédito tributário é um importante pilar no Estado Democrático de Direito, assim como o princípio da preservação da empresa. Logo, diante de dois direitos fundamentais em aparente colisão, cabe a aplicação da técnica de ponderação de interesses.

De acordo com o professor Daniel Sarmento¹², se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral, recaindo, assim, na ideia de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Importa ressaltar que somente em 2014, foi editada a Lei nº 13.043/2014¹³, que dispôs acerca do parcelamento específico dos tributos das sociedades que estão em regime de recuperação judicial. O artigo 43 dessa lei instituiu o artigo 10-A, na Lei nº 10.522/02¹⁴:

[...] Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:[...]

No entanto, tal lei apesar de recente, tem sido entendida pela doutrina como insuficiente, conforme Marlon Tomazette¹⁵:

[...] atualmente, na órbita federal tal parcelamento está disciplinado no art. 10-A da Lei nº 10.522/2002, na redação dada pela Lei nº 13.043/2014. No âmbito dos Estados, já existe o Convênio nº 59/2012 do CONFAZ, que autoriza o parcelamento do ICMS, mas depende de leis locais para implementação. Em alguns Estados e

¹² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 88.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.043*, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁴Ibid.

¹⁵TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e Recuperação de Empresas. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 106.



Municípios, já existem leis específicas sobre o parcelamento especial para os devedores em recuperação judicial. Todavia, no caso de falta de lei especial, não há possibilidade de extensão do parcelamento de outras unidades federativas, uma vez que não há como fugir do princípio da legalidade tributária, devendo ser usada apenas a legislação de cada ente tributante. Assim caso não haja lei especial, o máximo que o devedor poderá obter será o parcelamento geral previsto na legislação do ente tributante. [...]

Assim como pela jurisprudência que vem mantendo o entendimento até então aplicado, conforme decisão do STJ no REsp. nº 1.383.982¹⁶:

[...] TRIBUTÁRIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARCELAMENTO DE CRÉDITO. LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. LEI GERAL. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. OFENSA. INOCORRÊNCIA.

1. (...)

2. A LC nº 118/2005 alterou o CTN, para introduzir o art. 155-A, §§ 3º e 4º, e estabelecer que lei específica disporá sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedor em recuperação judicial e que a falta dessa lei (situação existente à época da demanda) autoriza a aplicação da lei geral de parcelamento existente na unidade da Federação do devedor – na hipótese, a Lei nº 10.522/2002. [...]

É certo que a empresa em recuperação judicial tem direito ao parcelamento dos débitos fiscais, conforme previsto no art. 68¹⁷ da Lei nº 11.101/2005 e que para que tal parcelamento ocorra é necessário ter lei específica de cada ente tributante, para permitir tal parcelamento, em nome do princípio da legalidade. Diante da omissão legislativa reiterada, o Judiciário passou a deferir a recuperação judicial mesmo sem o pagamento dos débitos fiscais, pela ausência de lei que permitisse o parcelamento, com o objetivo de viabilizar tais demandas, em nome do princípio da preservação da empresa.

Todavia, a lógica da Lei nº 11.101/2005¹⁸ tem que ser mantida, como prevista literalmente ou ser substituída por uma nova lei. Pois, ao quebrar a lógica da Lei nº 11.101/2005¹⁹, afastando a aplicação dos dispositivos da referida lei, em busca da aplicação do princípio da preservação da empresa, gera uma incongruência no sistema, que acaba por prejudicar um crédito entendido pelo legislador como especial (crédito tributário) que tem como objetivo sustentar as obrigações e deveres do Estado, para tentar recuperar empresas na maioria das vezes inviáveis.

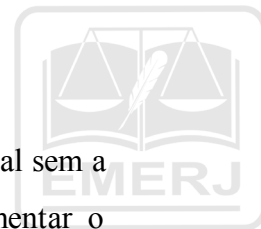
Logo, enquanto não houver uma legislação capaz de corresponder à realidade fática atual em relação à necessidade de parcelamento dos débitos fiscais das empresas em

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.383.982*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia=80399153&num_registro=201301364550&data=20180305&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.



recuperação judicial, a solução jurídica tem sido o deferimento da recuperação judicial sem a apresentação das certidões de quitação dos débitos fiscais, o que acaba por fomentar o inadimplemento dos tributos, em franco detrimento de toda a sociedade.

2. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS ATOS CONSTRITIVOS DA EXECUÇÃO FISCAL

De acordo com o art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005²⁰, as ações de natureza fiscal permanecem em andamento, mesmo com o deferimento da recuperação judicial. Não havendo na citada Lei nº 11.101/2005²¹ previsão de inclusão do crédito fiscal entre as dívidas a serem parceladas no plano de recuperação fiscal, pois parte do pressuposto de que a empresa tem que comprovar a regularidade fiscal, para ingressar com o pedido de recuperação judicial.

Pois, bem, após o deferimento da recuperação judicial, as ações de natureza fiscal quando chegam à fase do pagamento do crédito tributário, não havendo o pagamento voluntário do mesmo, há a necessidade de praticar atos constritivos de execução fiscal.

A ação de execução fiscal está regulada pela Lei nº 6.830/1980²² e de forma subsidiária pelo Código de Processo Civil²³. No entanto, no caso de execuções fiscais contra empresa em recuperação judicial houve grande discussão sobre se o juiz da Vara aonde tramita a execução fiscal poderia praticar atos constritivos contra a citada empresa, pois tais atos poderiam inviabilizar o plano de recuperação fiscal.

Diante de tal controvérsia, o STJ pacificou o entendimento inicialmente de que a competência para a constrição dos bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa, era em regra do juízo da Vara aonde tramita a execução fiscal, desde que o bem não estivesse abrangido pelo plano de recuperação fiscal, conforme seu enunciado de Súmula nº 480²⁴, editado em 2012: “o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.”

A partir da referida súmula a divergência jurisprudencial não foi resolvida, pois a discussão passou a ser de quando se estaria ou não afetando o plano de recuperação judicial para se aferir de quem era a competência para o ato de constrição, se do juízo da Vara de

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

²³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 480*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27480%27>>. Acesso em: 14 mai. 2020.



Fazenda Pública ou se do Juízo da Vara Empresarial, gerando diversos conflitos de competência.

Assim a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Conflito de Competência nº 162.096²⁵, decidiu que “é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, ainda que em execução fiscal”.

Segundo Ministro Moura Ribeiro:

[...] á luz do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 e considerando o objetivo da recuperação judicial, que é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a atribuição de exclusividade ao juízo universal evita que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação [...]

Desta forma, de acordo com entendimento de parte do STJ embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados todos os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição, o que na prática, suspende a execução fiscal até o fim do processo de recuperação judicial ou desloca a competência para o juízo onde tramita a recuperação judicial para decidir sobre os atos de constrição ou alienação de bens da recuperanda.

Tal entendimento está consagrado no Enunciado nº 74²⁶ da II Jornada de Direito Comercial do CJF:

[...] embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.[...]

Logo, há divergência entre as Turmas do STJ sobre o tema, o que gerou a afetação dos REsp nº 1.694.261²⁷ e 1.694.316²⁸ que integram a Controvérsia nº 31/STJ, com o Tema nº 987²⁹: “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 162096*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94852155&tipo_documento=documento&num_registro=201802974294&data=20190424&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁶BRASIL. Conselho da Justiça Federal, II Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 74*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/781>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.694.261*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93450822&tipo_documento=documento&num_registro=201702266942&data=20190322&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.694.316*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93646734&tipo_documento=documento&num_registro=201702267118&data=20190322&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema nº 987*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1694261>. Acesso em: 13 mai. 2020.



judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária.” Que sobrestou todos os processos pendentes desde 27/02/2018 e ainda aguarda julgamento.

A divergência consiste no entendimento de que o fato de a executada estar em recuperação judicial, por si só, não constitui óbice ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal, conforme o disposto no artigo 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005³⁰. Eventual exceção à mencionada regra depende de demonstração concreta e inequívoca de real impossibilidade do cumprimento das regras da recuperação judicial na hipótese de se prosseguir com a penhora de bens e não de forma automática.

Ou seja, a divergência está no alcance da competência dos atos constritivos na execução fiscal, se todos os atos devem ser da competência do juízo que decretou a recuperação judicial ou se apenas os atos que importem em flagrante inviabilidade do plano, ou seja, que afetem diretamente bens que estão no plano de recuperação judicial?

Importa ressaltar que, em nome do princípio da preservação da empresa, o crédito tributário que pela Lei nº 11.101/2005³¹, não poderia sequer ser parcelado no plano de recuperação judicial, pois deveria estar completamente quitado para que a empresa tivesse direito ao processamento da recuperação judicial, acaba por ficar suspenso até que a recuperação judicial termine.

No entanto, de acordo com entendimento de parte do STJ, o deferimento da recuperação judicial apesar de não suspender a execução fiscal, impede que todos os atos de constrição ou alienação sejam proferidos pelo juiz competente para julgar a ação de execução fiscal, deslocando toda a competência para o juízo universal, ou seja, o juízo da Vara aonde a recuperação tramita que decidirá sobre a viabilidade ou não do ato de constrição ou alienação de bens da empresa em recuperação judicial, pois só tal juízo poderia avaliar se tal ato afeta o plano ou não, independente de o bem estar abrangido pelo plano.

A prevalecer o entendimento de que as empresas recuperandas podem ingressar com a recuperação judicial sem a certidão de comprovação de quitação dos tributos e ainda em execução fiscal não ter a constrição dos seus bens pelo juízo da Vara de Fazenda Pública, o STJ criará uma situação de fomento das ações de recuperação judicial, com o “calote” pelas empresas recuperandas dos créditos tributários, em nome do princípio da preservação da empresa.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ Ibid.



Importa ressaltar que a leitura do princípio da preservação da empresa atual é de que deve ser aplicado às empresas viáveis. Assim, Fábio Ulhoa Coelho³² afirma que: “quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.”

Logo, uma empresa que descumpra com o pagamento dos tributos de forma sistemática, não pode ser considerada viável para que tenha direito ao processamento da recuperação judicial, daí a importância da certidão de quitação dos débitos tributários para ingresso da referida ação.

Ademais, em sede de ação de execução fiscal, a suspensão de ato construtivo com o objetivo de não inviabilizar o plano de recuperação judicial demonstra a inviabilidade da própria atividade empresarial que não consegue se manter se tiver que pagar os tributos que deve, que muitas das vezes superam até os valores do plano de recuperação judicial.

Assim, considerar o juízo da Vara que decretou a recuperação judicial como único competente para todos os atos de constrição judicial das execuções fiscais significa paralisar o andamento das referidas ações, com o recebimento do crédito após o término da recuperação judicial, invertendo completamente o que está preconizado na legislação vigente.

Desta forma, pela legislação vigente, a Vara de Fazenda Pública é a única competente para os atos construtivos contra empresa em recuperação judicial, decorrentes de ação de execução fiscal.

Em verdade, a melhor forma para resolver tal divergência jurisprudencial, trazer segurança jurídica e garantir o recebimento dos tributos é que nova legislação seja aprovada, com a regulamentação da competência e da situação do crédito tributário na recuperação fiscal.

3. COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRUTIVOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO FISCAL NA RECUPERAÇÃO FISCAL NO DIREITO PORTUGUÊS

O estudo da matéria no direito de outros países é uma importante fonte do direito para fins de comparação e evolução dos institutos, norteados possíveis procedimentos internos.

³² COELHO apud TOMAZETTE, op. cit., p. 37.

Assim, em Portugal, o deferimento da recuperação judicial da empresa susta o andamento de todas as execuções fiscais, conforme previsto no artigo 180^{o33} do Código de Procedimento e Processo Tributário do país lusitano - CPPT, baixado pelo Decreto-Lei n^o 433/99, que dispõe:

[...] artigo 180.º

1 – Proferido o despacho judicial de prosseguimento da ação de recuperação da empresa ou declarada falência, serão suspensos os processos de execução fiscal que se encontrem pendentes e todos os que de novo vierem a ser instaurados contra a mesma empresa, logo após a sua instauração.

2 – O tribunal judicial competente avocará os processos de execução fiscal pendentes, os quais serão apensados ao processo de recuperação ou ao processo de falência, onde o Ministério Público reclamará o pagamento dos respectivos créditos pelos meios aí previstos, se não estiver constituído mandatário especial.[...]

Importa ressaltar que as demandas fiscais em Portugal se processam em Tribunais Administrativos e têm a sua competência deslocada por expressa previsão legal para o Tribunal Judicial, onde tramita a recuperação judicial.

O princípio que norteia a recuperação judicial portuguesa é o da igualdade, ou seja, nenhum credor – público ou privado - deve ter tratamento diferenciado pelo plano. Dispõe o artigo 194^{o34} do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, expedido pelo Decreto-lei n^o 53/2004:

[...] 1 - O plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas.

2 - O tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado, o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável.

3 - É nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente quanto ao exercício do direito de voto.[...]

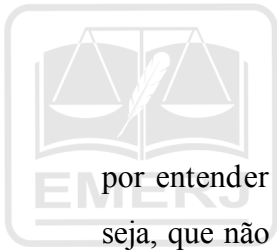
Logo, diferentemente da legislação brasileira, o crédito fiscal português participa do plano de recuperação judicial, tendo o deslocamento da competência de juízo expressa em lei.

No entanto, o crédito tributário brasileiro nos termos da Lei n^o 11.101/2005³⁵, não pode sequer ser parcelado no plano de recuperação judicial, pois deve estar completamente quitado ou com parcelamento deferido para que a empresa tenha direito ao processamento da recuperação judicial, com direito a prosseguimento de todos os processos em execução fiscal,

³³ PORTUGAL. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=256A0180&nid=256&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁴ PORTUGAL. *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=85A0194&nid=85&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 1.



por entender o legislador pátrio que o crédito tributário tem um tratamento privilegiado, ou seja, que não pode ter o mesmo tratamento que todos os demais créditos privados, em nome da supremacia do interesse público do crédito tributário.

Com essa inspiração a Lei nº 11.101/2005³⁶ foi criada, mas na prática o complexo sistema tributário dos três entes da Federação: União, Estados e Municípios, não legislaram no sentido de criar norma específica para parcelamento dos débitos tributários das empresas em recuperação judicial, de plano.

Com a ausência legislativa e a necessidade de resolver o impasse criado, o STJ firmou o entendimento jurisprudencial, com fundamento no princípio da preservação da empresa, para permitir o requerimento da recuperação judicial de empresas que estão em débito com o fisco, uma vez que estavam ou estão impossibilitadas de parcelar.

Ademais, o crédito tributário brasileiro uma vez cobrado via judicial, pela competente ação fiscal, apesar de não ter o seu curso suspenso, com o requerimento da recuperação judicial, no momento da constrição dos bens da empresa em tal situação, há um conflito de competência entre o juízo da Vara de Fazenda Pública e da Vara Empresarial, pois ambas se entendem competentes para tal ato, não tendo a lei determinado a competência da Vara Empresarial, como fez a legislação portuguesa.

Como consequência o crédito tributário brasileiro acaba por ficar suspenso até que a recuperação judicial termine, sem poder participar do plano de recuperação judicial e sem poder utilizar-se de todos os meios constritivos judiciais para obtenção do pagamento.

Desta forma, de privilegiado o crédito tributário diante de uma empresa em recuperação judicial, atualmente, fica suspenso, sendo verdadeiramente desprestigiado, pois tem um tratamento desigual com o crédito privado para pior e não para preservação de tal crédito.

CONCLUSÃO

O trabalho discutiu de quem é a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal em face de empresa em recuperação judicial, se do juízo da Vara Empresarial ou da Vara de Execução Fiscal. Tal situação importa, pois vários processos estão suspensos aguardando a uniformização da jurisprudência sobre o tema no STJ diante do conflito jurisprudencial e doutrinário, o que gera insegurança jurídica e atravanca o judiciário.

³⁶ Ibid.

Desta forma, buscou-se comprovar que a regularidade fiscal não tem sido um requisito para o deferimento da Recuperação Judicial, pela aplicação do princípio da preservação da empresa, conforme diversos julgados apresentados.

Esta pesquisa analisa os efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil.

Ressalta-se ainda a pesquisa sobre a competência para atos constritivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito comparado, verificando o procedimento no direito estrangeiro, como possível fonte de inspiração para legislação futura.

Assim, conclui-se que se o juízo da Vara que decretou a recuperação judicial for o único competente para todos os atos de constrição judicial das execuções fiscais, significa paralisar o andamento das referidas ações. Logo, o recebimento do crédito fiscal só ocorreria após o término da recuperação judicial, invertendo completamente o que está preconizado na legislação vigente.

Desta forma, pela legislação vigente, a Vara de Fazenda Pública é a única competente para os atos constritivos contra empresa em recuperação judicial, decorrentes de ação de execução fiscal.

Cumprindo ressaltar que a melhor forma para resolver tal divergência jurisprudencial, trazer segurança jurídica e garantir o recebimento dos tributos é que nova legislação seja aprovada, com a regulamentação da competência e da situação do crédito tributário na recuperação fiscal. Enquanto isso não ocorre, resta ao STJ resolver a questão fixando a competência para os processos sigam seu curso.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. *A construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 55*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal, II Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 74*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/781>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l51172.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 480*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27480%27>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MILANI, Mário Sérgio. *Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PORTUGAL. *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=85A0194&nid=85&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=256A0180&nid=256&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e Recuperação de Empresas. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Diego Diniz Nicoll

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – a prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena se apresenta como tema de constante modificação no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Tais modificações se deram por base em análises isoladas de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, sem que houvesse um efetivo enfrentamento sistemático e integrativo das normas relativas ao tema, ao ponto de criar uma tese sólida. A ideia central do trabalho é abordar aspectos sintáticos, sociais e jurídicos das normas que envolvem a prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, para averiguar a viabilidade desta medida de forma ampla e apolítica, e de modo a criar segurança jurídica.

Palavras Chave – Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Segunda Instância. Prisão. Constitucionalidade.

Sumário - Introdução. 1. Prisão após condenação em segunda instância: uma análise ante ao princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia de liberdade. 2. Liberdade e presunção de inocência x garantia coletiva de segurança: um conflito não enfrentado pela suprema corte. 3. A viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância em uma análise sistemática e integrativa de normas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da prisão após condenação criminal em segunda instância e as questões acerca de sua legalidade. O objetivo do presente estudo é averiguar a compatibilidade da medida com o Princípio da Presunção de Inocência e determinar a legalidade de tal prisão dentro de uma interpretação sistemática e teleológica das normas pertinentes.

Para tanto, abordam-se posicionamentos jurisprudenciais e teses a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é amplo e irrestrito a ponto de impedir a prisão após condenação em segunda instância, enquanto garantia da tutela coletiva constitucional e do cumprimento da tutela jurisdicional do Estado.

A redação utilizada na alteração da legislação processual penal quanto à prisão cautelar fez surgir diversas discussões acerca da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância enquanto início de cumprimento da pena. Essa situação, no entanto, ainda não foi pacificada no cenário jurídico pátrio, uma vez que se efetuou análise aprofundada do



contexto em que a nova norma se insere, e não se fixou tese determinante e com forte base jurídica sobre o tema, possibilitando, assim, a manutenção de questionamentos.

O tema é controvertido e tem sua viabilidade jurídica constantemente rediscutida nos tribunais superiores em razão da ausência de uma consideração definitiva, causando insegurança jurídica com relação a preceitos, objetivos e garantias constitucionais, o que aponta a necessidade de profunda análise e interpretação integrativa e sistemática de normas em razão dos direitos e interesses envolvidos e em oposição: liberdade individual e segurança coletiva.

Para melhor compreensão do tema busca-se analisar as garantias constitucionais de presunção de inocência e de liberdade individual sob um aspecto social e de integração normativa. Pretende-se, ainda, despertar a atenção com relação ao contexto constitucional e processual amplificado em que tais garantias estão inseridas, por intermédio de um exame de demais garantias correlatas e subsidiárias não debatidas.

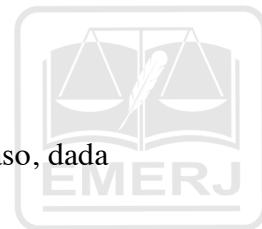
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a viabilidade de coexistência entre a prisão após condenação em segunda instância e o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto a interpretação extremista da garantia individual de liberdade e presunção de inocência vai de encontro a garantia constitucional de segurança coletiva, e fere o objetivo das disposições legais e constitucionais relativas à matéria.

O terceiro capítulo aprofunda sobre a viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância em uma análise sistemática e integrativa de normas. Para tanto, foi necessário refletir acerca da finalidade das normas envolvidas e sua aplicação integrada, de modo a definir, dentro do contexto normativo e social, se a ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto garantia de não culpabilidade obsta a prisão.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende buscar solução para contradições dentro de um contexto social, com objetivo explicativo e natureza aplicada, eis que com o estudo objetiva encontrar respostas para questões pertinentes e gerar conhecimentos para aplicação prática a problema específico.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, por interpretar fenômenos jurídicos relevantes ao tema, de modo a apresentar uma solução fundamentada para a questão controvertida, valendo-se para tal da bibliografia pertinente à temática, analisada e catalogada na fase exploratória da pesquisa (legislação,



doutrina e jurisprudência), bem como do procedimento documental e de estudo de caso, dada a especificidade da matéria.

1. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE ANTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DE LIBERDADE

A Constituição Federal de 1988 prevê como direitos e garantias individuais, dentre outros, a não privação da liberdade sem o devido processo legal e a chamada “presunção de inocência ou não culpabilidade”, pela qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹

Inicialmente, faz-se necessário mencionar a existência de certa atecnia no texto constitucional quando da utilização do vocábulo “culpado” na redação do artigo 5º, inciso LVII.² Porque a culpa da qual a Carta Magna faz menção em nada diz respeito à culpa *stricto sensu* do artigo 18 do Código Penal³, nem tampouco ao conceito penal de culpabilidade, o qual é definido por Rogério Greco como “o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.”⁴

Do contexto da norma, se extrai que o constituinte, ao usar o vocábulo “culpado”, certamente referia-se à imputação do comportamento ao acusado, ou em termo mais técnico, à autoria da conduta penalmente tipificada e materialmente comprovada - pois sem a materialidade sequer haveria justa causa à ação penal.

Entender de forma diversa importaria em atribuir a garantia constitucional da presunção de inocência somente aos acusados de crimes culposos propriamente ditos, ou àqueles em que prontamente não se vejam presentes quaisquer dos elementos essenciais da culpabilidade – imputabilidade penal; potencial consciência da ilicitude; exigibilidade de conduta diversa.

Tal interpretação tem por base lógica a premissa expressa logo ao início do *caput* do próprio artigo 5º da Constituição, onde se lê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.⁵ Se outro fosse o sentido do vocábulo “culpado”, estar-se-ia diante de

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

²Ibid.

³BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

⁴GRECO, Rogério. *Resumos Gráficos de Direito Penal* – Parte Geral. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 120.

⁵BRASIL, op.cit., nota 1.



contradição entre o inciso e o *caput* da mesma norma – a Constituição – bem como contrariando a própria destinação da Assembleia Constituinte, em cujo preâmbulo da Carta Magna demonstra a finalidade de instituição do Estado Democrático para, dentre outros fins, “assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.”⁶

Corroborando esse entendimento, importante ainda é a reflexão sobre o uso do vocábulo “considerado” associado diretamente ao termo “culpado”, no mesmo inciso onde se prevê a presunção de inocência. A junção de tais expressões denota um caráter de juízo de valor acerca da pessoa em julgamento.

Percebe-se, assim, que o legislador visa à preservação da imagem do acusado perante a sociedade e o sistema jurídico, ou seja, o *status* dele, e não o afastamento de sua responsabilização até trânsito em julgado da sentença condenatória. Caso o constituinte tivesse a intenção de afastar em absoluto a responsabilização propriamente dita, bastaria se utilizar da expressão “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a qual entregaria ao vocábulo “culpado” um sentido de “penalizar”, “responsabilizar”.

A presunção de inocência, como o próprio nome já define, é uma suposição de que o acusado não tenha praticado a conduta típica que lhe é imputada. No entanto, a partir do momento em que são apresentadas provas mínimas de materialidade e autoria de uma conduta típica, é realizada uma instrução criminal onde são apresentadas provas contra o acusado, e é extraída uma conclusão de autoria mediante a observância do contraditório e da ampla defesa, em regra, dá-se início a um processo de afastamento da inocência que se presumia haver.

Todavia, sendo interposta apelação, tal presunção permanece hígida em razão do efeito suspensivo desse recurso, concedido expressamente pelo artigo 597 do Código de Processo Penal.⁷ Mas, se confirmada ou reformada a sentença, de todo modo, sendo mantida a condenação, ou seja, reconhecida a autoria, retoma-se o processo de afastamento da presunção de inocência, considerando que, em regra, os recursos aos Tribunais Superiores - constitucionalmente tratados como instância extraordinária, uma vez que julgam causas decididas em única ou última instância, nos termos da Carta Magna - não são dotados de efeito suspensivo.

E iniciado o processo de afastamento da presunção de inocência, sobretudo por conta da forte limitação de matérias aptas a levar a causa a conhecimento pelas Cortes Superiores

⁶Ibid.

⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.



bem como pela vedação sumular de revisão meritória em instância extraordinária, torna-se necessária uma breve análise dos efeitos oriundos da condenação confirmada. A prisão *lato sensu*, em se tratando de penalidade prevista pelo tipo penal, é apenas um dos efeitos inerentes à condenação, existindo diversos outros especificados ao longo do Código Penal, a exemplo da reincidência, entre outros, bem como dos constantes nos artigos 91 e 92 da referida legislação.⁸

É nesse momento que reside a controvérsia do presente estudo: quando encerrada a instrução da instância ordinária e confirmada, ou declarada, a condenação. Conforme já esclarecido, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”⁹

Todavia, o texto normativo constitucional não prevê que a presunção de inocência seja impedimento à prisão, não apenas considerando as hipóteses de prisão temporária e preventiva, mas até mesmo enquanto cumprimento provisório da pena quando do fim da instrução na instância ordinária, momento esse de avanço na reversão da referida presunção.

Há de se considerar ainda que, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV da CRFB¹⁰, esses anteriores ao inciso em que figura a presunção de inocência, a garantia da liberdade é mitigada, sendo expresso ser ela passível de afastamento quando do devido processo legal, em que tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa - do contrário estar-se-ia diante de nulidade processual - hipótese que, em regra, está consumada ao final do julgamento em segunda instância,

Em consonância com o entendimento acima exposto, tem-se ainda o teor do artigo 5º, inciso LXI, de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”¹¹

Em uma reflexão lógica, dentro dos princípios e métodos da hermenêutica constitucional, em especial o princípio da unidade, o qual preconiza que “a Constituição deve ser interpretada em bloco único, não se analisando artigos isolados. A interpretação deve considerar todo diploma de forma harmônica, buscando evitar contradições entre suas normas.”¹², tem-se, em um primeiro momento, a possibilidade de convivência harmônica das garantias constitucionais da presunção de inocência e da liberdade com a medida de prisão

⁸BRASIL, op.cit., nota 2.

⁹BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.

¹²PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 99.



após condenação em segunda instância, ainda que enquanto cumprimento provisório de pena, eis que os demais efeitos da condenação, em tese, manter-se-iam preservados, inaplicáveis até o trânsito em julgado, quando então se encerraria por completo o processo de afastamento da presunção de inocência.

2. LIBERDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X GARANTIA COLETIVA DE SEGURANÇA: UM CONFLITO NÃO ENFRENTADO PELA SUPREMA CORTE

Em uma leitura geral da Carta Magna de 1988, verifica-se que ela apresenta forte viés social, com prevalência dos direitos humanos e grande preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo sido, por esse motivo, conhecida como “Constituição Cidadã”.¹³ Dentre as principais garantias fundamentais previstas pelo artigo 5º da CRFB¹⁴, a presunção de inocência, tal qual a liberdade, têm especial destaque.

No entanto, assim como em outros âmbitos do direito, em especial em matéria administrativa, na área penal os direitos e garantias individuais por vezes também esbarram com direitos e garantias coletivos, sendo necessária uma ponderação razoável para solução, a qual, em regra, é realizada pelo poder judiciário.

Esse conflito de direitos e garantias pode ser observado, de um modo geral, no contexto das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, nº 44, e nº 54¹⁵, recentemente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que a questão não tenha sido analisada sob essa ótica.

Nesses processos houve a procedência parcial dos pedidos, tendo a Suprema Corte entendido pela inviabilidade da medida de prisão enquanto cumprimento provisório da pena, ou seja, antes de transitada em julgado a decisão condenatória, determinando a soltura dos presos nessa situação, excetuados os casos de prisão preventiva nas hipóteses em que autorizada pela legislação processual penal.¹⁶

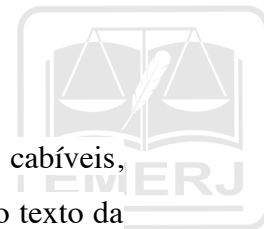
Com isso, o STF adotou um posicionamento no sentido de que a Constituição Federal atribui ao cidadão a garantia fundamental de somente sofrer a sanção cabível à

¹³GONÇALVES, Adriano Augusto Placidino. *Direitos Individuais e Coletivos*. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/direitos-e-deveres-individuais-e-coletivos>. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁶MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. *O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>. Acesso em: 26 fev. 2020.



conduta pela qual é acusado após o esgotamento de todas as vias recursais cabíveis, associando a privação da liberdade, não apenas ao devido processo legal, tal qual no texto da Lei Maior¹⁷, mas diretamente à própria confirmação final da autoria do crime.

Em que pese tal entendimento se coadune com determinados fundamentos constitucionais, por outro lado se opõe à garantia coletiva de segurança e a objetivos e preceitos de garantia da segurança e promoção do bem de todos. Ou seja: a decisão da Suprema Corte cria um conflito entre os interesses e garantias individuais, e os coletivos, especificamente entre a garantia individual de liberdade e presunção de inocência, e a garantia coletiva de bem-estar e segurança.

Nesse contexto, faz-se necessária uma análise pormenorizada das garantias individuais soberanizadas pela Corte Suprema. O direito de ir e vir, a liberdade individual e a presunção de inocência têm por base comum a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988.¹⁸

O Brasil, enquanto membro integrante das Nações Unidas, promulgou a Carta dessa organização por intermédio do Decreto nº 19.841/45, aprovando-a e comprometendo-se a cumpri-la.¹⁹ Logo, encontra-se vinculado à Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a Resolução ONU nº 217-A, de 10 de dezembro de 1948.²⁰

Dessa declaração extraem-se alguns preceitos que norteiam os direitos dos indivíduos e moldam a dignidade da pessoa humana. Dentre eles tem-se o exposto nos artigos VIII e IX, os quais prevêm o “direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem dos direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”²¹, e o direito de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Ainda no mesmo documento, o artigo XXIX estabelece que todo ser humano tem deveres para com a comunidade, fazendo menção, ainda, às limitações determinadas pela lei quanto ao exercício de direitos e liberdades, limitações essas as quais todo ser humano está sujeito para assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, visando a ordem pública e o bem-estar da sociedade democrática.²²

¹⁷ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

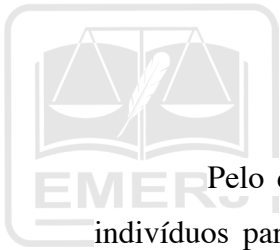
¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL. *Decreto nº 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

²⁰ ONU. *Resolução nº 217-A*, de 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 08: mar. 2020.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*



Pelo que se depreende do texto da referida Declaração, em razão dos deveres dos indivíduos para com a comunidade e em garantia ao bem coletivo, pode haver limitações legais quanto aos direitos e liberdades individuais, sendo certo, ainda, que em caso de violação a direito fundamental reconhecido pela constituição ou pela lei, há o direito fundamental de receber dos tribunais remédio efetivo contra os atos violadores.

Tem-se, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não trouxe a presunção de inocência e a liberdade individual como garantias soberanas, apenas tendo estabelecido a impossibilidade de prisão arbitrária, o que se diferencia em absoluto da prisão em razão de cumprimento provisório de pena, uma vez que essa se dá após contraditório, ampla defesa e todo o devido processo legal.

O que se tem, em verdade, é o direito ao efetivo remédio pelos tribunais competentes se violados direitos fundamentos garantidos pela constituição. E ao fazer uma análise global da Constituição Federal de 1988²³, verifica-se que, de fato, é ela que estabelece como direitos fundamentais a liberdade e a presunção de inocência.

Contudo, tais direitos não são absolutos, uma vez que podem ser limitados se descumpridos os deveres do indivíduo para com a coletividade, em especial em garantia ao bem coletivo, à ordem pública, ao bem-estar da sociedade, e aos direitos e liberdades de outrem.

Ou seja, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴ impõe um equilíbrio entre os direitos e garantias individuais e os coletivos, ponderando que aqueles prevalecem em relação a estes, uma vez que os primeiros podem ser limitados em garantia à coletividade. Corroborando esse entendimento, tem-se ainda o disposto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²⁵, dos quais o Brasil é signatário e nesse país foram promulgados pelos Decretos nº 592/92²⁶ e nº 678/92²⁷, respectivamente.

Nos referidos pactos, os quais praticamente reproduzem entre si os mesmos direitos e garantias previstos no outro, assim reafirmando sua importância, constam diversas garantias, das quais se destacam: vedação à privação de liberdade física, exceto pelas causas e condições previamente fixadas pelas constituições ou leis dos Estados-Partes; não submissão à detenção

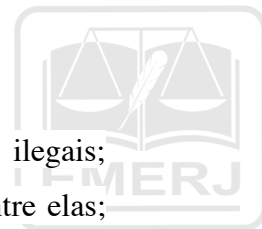
²³ BRASIL, op.cit., nota 1.

²⁴ ONU, op.cit., nota 20.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

²⁷ BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.



ou encarceramento arbitrários; direito de indenização por prisão ou encarceramento ilegais; separação entre as pessoas processadas e as condenadas, com tratamento distinto entre elas; presunção de inocência enquanto não legalmente comprovada a culpa.²⁸

Contudo, a leitura das disposições dos pactos internacionais supracitados deixa clara a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, eis que tais disposições impõem a separação de presos processados dos condenados e expõem a possibilidade de privação a liberdade nos casos previstos nas leis locais, bem como a presunção de inocência somente enquanto não comprovada a culpa.

Logo, tem-se que a interpretação criada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de prisão-pena enquanto cumprimento provisório, para declarar constitucional o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal,²⁹ diz respeito tão somente a disposições constitucionais e legais do Brasil, em nada se fundando nos Pactos e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

Uma das grandes questões geradas pelo entendimento adotado pela Suprema Corte diz respeito à soberania dos direitos individuais de liberdade e presunção de inocência em relação ao direito coletivo de segurança, à ordem pública e ao bem-estar da sociedade democrática.

Porque ao entender pela inviabilidade de prisão quando confirmada a condenação em segunda instância, ocasião que, em regra, não se caberá mais apreciação de provas e, portanto, em tese está comprovada a culpa, a mensagem passada é de que a presunção de inocência e a proibição de prisão se sobrepõem ao bem-estar da coletividade.

A chance de mais qualquer recurso no qual, em tese, não se apreciará provas, é suficiente para manter o condenado em pleno gozo de sua liberdade, sem considerar a relevância da condenação confirmada em segundo grau de jurisdição na aferição do risco de dano a toda a sociedade.

E mais do que a soberania de garantias individuais sobre as coletivas, a Suprema Corte transmitiu uma mensagem de desmoralização do Judiciário de primeira e segunda instâncias, pois, indiretamente, minimizou seu papel na prestação jurisdicional, descaracterizando-os como devido processo legal, atribuindo assim que, como regra, somente as decisões dos Tribunais Superiores, ainda que impedidas de análise probatória, poderiam caracterizar condenação apta a penalizar.

²⁸Ibid.

²⁹BRASIL, op.cit., nota 7.



Porque a Constituição Federal prevê como óbice à privação da liberdade a ausência do devido processo legal, e não o afastamento definitivo da presunção de inocência. Ou seja: o Supremo Tribunal Federal gerou um conflito entre garantias individuais e garantias coletivas, não o enfrentando como tal, mas priorizando o uma presunção individual sobre a segurança e o bem-estar coletivo, culminando ainda em um enfraquecimento das instâncias ordinárias enquanto poder estatal.

3. A VIABILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA E INTEGRATIVA DE NORMAS

O Código de Processo Penal Brasileiro³⁰, apesar de sua anterioridade à Constituição Federal, teve grande parte recepcionada pela Carta Magna. Com o decurso do tempo e as mudanças sociais e culturais, sofreu alterações significativas. Relevante alteração se deu na redação do artigo 283 do Decreto-Lei n° 3.689/41 (Código de Processo Penal)³¹, e no próprio título em que se encontra o dispositivo na legislação.

A redação original do título referia-se à prisão e à liberdade provisória, prevendo o artigo que a prisão poderia ser efetuada em qualquer dia e hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.³² Contudo, após uma década de tramitação do Projeto de Lei n° 4.208/01, denominado “Reforma Processual Penal”³³, foi promulgada a Lei n° 12.403/11, a qual alterou, dentre outras partes da legislação processual penal, o disposto pelo artigo 283, e o próprio título em que se encontra inserido o dispositivo³⁴.

Conforme descrição do projeto, a nova legislação estabeleceu critérios e aumentou o rol das medidas cautelares, além de ter indicado espécies de prisão admitidas. Tinha o intuito declarado de revogar a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, dispondo sobre a liberdade provisória e concessão de fiança.³⁵

Para tal, foi alterado o título onde se encontra o dispositivo, passando a tratar “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, passando o artigo 283 do Código de

³⁰Ibid.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³BRASIL, *Projeto de Lei n° 4.208*, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁴BRASIL. *Lei n° 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁵BRASIL, *op.cit.*, nota 33.



Processo Penal³⁶, conforme a Lei n° 12.403/11³⁷ a prever que: ninguém poderia ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Diante do novo texto da lei, surgiu o entendimento de que a medida de prisão seria cabível se por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ou em caráter cautelar (prisão temporária ou prisão preventiva).

Todavia, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência [...]”.³⁸

Nessa ocasião, o plenário do STF decidiu, portanto, pela possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em sede de apelação criminal, o que gerou questionamentos por parte dos juristas, culminando no ajuizamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n° 43, n° 44, e n° 54³⁹, nas quais foi requerida a declaração de constitucionalidade ou, subsidiariamente, a interpretação conforme a constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal.⁴⁰

Tais ações sustentaram, em síntese, que a execução provisória da pena enquanto não transitada em julgado sentença penal condenatória, iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, estabelecido como preceito fundamental da Carta Magna de 1988, pois privaria a liberdade do acusado enquanto não esgotados todos seus meios recursais e, portanto, enquanto não comprovada em definitivo sua culpa *lato sensu*. Ou seja, o consideraria culpado antes do trânsito em julgado.

Em julgamento conjunto das ADCs n° 43, n° 44, e n° 45⁴¹, o STF reviu seu posicionamento e entendeu por dar interpretação conforme a constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal⁴², entendendo, assim, pela inviabilidade de cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória por violar o princípio da

³⁶ BRASIL, op.cit., nota 7.

³⁷ BRASIL, op.cit. nota 34.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n° 126.292. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁹ BRASIL, op.cit., nota 15.

⁴⁰ BRASIL, op.cit., nota 7.

⁴¹ BRASIL, op.cit., nota 15.

⁴² BRASIL, op.cit., nota 7.



presunção de inocência.⁴³ Tal decisão culminou na criação da Lei n° 13.964/19⁴⁴, para aperfeiçoar a redação do artigo supracitado.

Entretanto, apesar desse recente posicionamento da Suprema Corte sobre o tema, a questão não foi amplamente analisada, não tendo sido considerados aspectos e dispositivos relevantes que, pela ausência de enfrentamento, põem em risco a higidez da fundamentação do novo entendimento, mantendo a insegurança jurídica com a possibilidade latente de reabertura da discussão, importando, assim, a necessidade de reanálise sob uma ótica sistemática e integrativa das normas.

Inicialmente pelo fato de que o artigo 283 do Código de Processo Penal⁴⁵, ainda que com redação alterada e tendo interpretação conforme a constituição, diz respeito às prisões cautelares, estando inserido no capítulo que trata especificamente delas. Logo, possível o entendimento de que, caso o legislador quisesse impor uma vedação à prisão de um modo geral, o faria em um capítulo mais genérico, ou mesmo a repetiria no título referente à execução, e não em um capítulo específico sobre as prisões e medidas cautelares.

Tal entendimento é corroborado pela própria ementa da Lei n° 12.403/11⁴⁶, a qual prevê a alteração de dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689/41 “relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares [...]”, evidenciando que o tema ali tratado diz respeito às prisões processuais e medidas cautelares.

Além disso, o artigo 669 do Decreto-Lei n° 3.689/41⁴⁷, o qual mantém sua redação original, não sofreu nenhuma declaração de não recepção pela Constituição Federal, encontrando-se em plena vigência, de acordo com os ditames constitucionais. O referido dispositivo apesar e prever a exequibilidade da sentença somente depois de transitada em julgado, admite exceções expressas em seus incisos, sendo uma delas a sujeição do réu a prisão quando se tratar de sentença condenatória.⁴⁸

Em uma análise isolada, poder-se-ia entender pela incompatibilidade normativa entre o estabelecido pelo artigo 283, e o disposto pelo artigo 669 da legislação processual penal.⁴⁹ Contudo, ao se fazer uma análise sistemática do Código de Processo Penal, bem como

⁴³BRASIL, op.cit., nota 15.

⁴⁴BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴⁵BRASIL, op.cit., nota 7.

⁴⁶BRASIL, op.cit., nota 34.

⁴⁷BRASIL, op.cit., nota 7.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Ibid.



integrativa com a Constituição Federal, é possível chegar a um entendimento de viabilidade da prisão após condenação em segunda instância como cumprimento provisório da pena.

Primeiramente porque o artigo de capítulo específico sobre a execução da pena, além de não ter sido declarado como não recepcionado pela Constituição, prevê expressamente como exceção ao não encarceramento anterior ao trânsito em julgado, os casos de sentença condenatória, quando para fins de sujeição do réu a prisão.

Ademais, apesar de a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual tem hierarquia constitucional por força da Emenda Constitucional n° 45/04⁵⁰, ter previsão expressa quanto ao direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, ao analisar de forma integrada os artigos 637 do Código de Processo Penal⁵¹, artigo 27, parágrafo segundo da Lei n° 8.038/90⁵², e artigo 1.029, parágrafo quinto do Código de Processo Civil⁵³, verifica-se a ausência de efeito suspensivo dos recursos aos tribunais superiores.

Além do efeito meramente devolutivo desses recursos aos tribunais superiores, o teor da súmula n° 7 do STJ⁵⁴ prevê o não cabimento de recurso especial para simples reexame de prova, sendo possível concluir que os recursos, especial e extraordinário, somente analisariam questões processuais, e limitadas as matérias passíveis de tais apelos superiores, portanto incapazes, em regra, de alterar a questão da culpa *lato sensu*, da qual trata o artigo 5°, inciso LVII da CRFB⁵⁵.

Portanto, a presunção de inocência sofre um processo de afastamento em que são obrigatórios o contraditório e a ampla defesa, os quais, se respeitados, caracterizam a observância do devido processo legal, único requisito constitucional à privação da liberdade. Nessa fase, estar-se ia afastado o *in dubio pro reo* em respeito ao objetivo fundamental constitucional da promoção do bem de todos, e à garantia fundamental coletiva à segurança.

Nesse mesmo sentido, o fato de a Constituição Federal tratar da presunção de inocência e da não privação da liberdade em incisos distintos, denota que tão somente a inexistência do devido processo legal é que caracteriza óbice à prisão, pois a presunção de

⁵⁰ TAKOI, Sergio Massaru. *O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em: 20 mar. 2020.

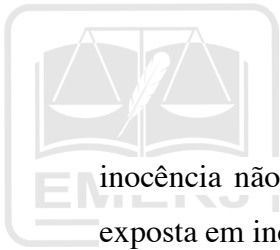
⁵¹ BRASIL, op.cit. nota 7.

⁵² BRASIL. Lei n° 8.030, de 28 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵³ BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 7*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.



inocência não estaria intimamente correlata e, portanto, não caracterizaria à prisão, eis que exposta em inciso diverso.

Por fim, é possível ainda observar que o artigo 669 do Código de Processo Penal⁵⁶, ao mesmo tempo em que permite a sujeição do réu à prisão antes de transitada em julgado a sentença, também prevê que essa seja apta, em determinados casos, a imediata soltura do réu. Desse modo, demonstra a lei que o contexto geral do dispositivo é de preservação da liberdade se não existentes provas mínimas de autoria e materialidade.

Contudo, se existentes, tais provas ao ponto de gerar uma sentença condenatória, conforme requisitos do artigo 383 do Código de Processo Penal⁵⁷, a liberdade pode e deve ser mitigada, não havendo, portanto, qualquer óbice normativo, seja a nível constitucional ou não, à viabilidade de prisão após condenação em segunda instância.

CONCLUSÃO

Por intermédio desta pesquisa foi possível constatar, como problemática central, a insegurança jurídica gerada pelo não enfrentamento de questões cruciais, bem como pela ausência de interpretação sistemática e integrativa, quando da análise da viabilidade da prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena pelo STF.

De um lado tem-se a importante proteção aos direitos humanos, entre esses a liberdade com a presunção de inocência a ela estritamente vinculada como argumento para a inviabilidade de prisão-pena em sede de execução provisória. Por outro prisma, verifica-se um distanciamento do interesse social, ao frustrar o direito fundamental coletivo à segurança por uma mera presunção em avançado processo de afastamento.

O produto das análises efetuadas no decorrer da pesquisa é de que a prisão após condenação em segunda instância, enquanto cumprimento provisório da pena é juridicamente viável e não viola preceitos fundamentais da Constituição Federal, se aplicado dentro de uma visão sistemática e integrativa de normas constitucionais e infraconstitucionais.

No primeiro capítulo foi esclarecido o sentido do vocábulo “culpado” utilizado no texto constitucional, tratando de culpa *lato sensu*, bem como sua associação ao termo “considerado”, demonstrando a intenção do legislador de mera preservação da imagem do acusado perante a sociedade e o sistema jurídico, e não o afastamento de sua responsabilização até trânsito em julgado da sentença condenatória, verificando, assim, que a

⁵⁶ BRASIL, op.cit., nota 7.

⁵⁷ Ibid.

impossibilidade de prisão está vinculada ao devido processo legal, e não ao afastamento da presunção de inocência.

Quanto à questão que deu ensejo ao segundo capítulo, tem-se que a vinculação entre presunção de inocência e liberdade individual se dá apenas em interpretações de normas nacionais, pois nem mesmo os tratados internacionais sobre direitos humanos não as tratam como garantias soberanas, apenas tendo estabelecido a impossibilidade de prisão arbitrária, o que se diferencia em absoluto da prisão em razão de cumprimento provisório de pena, uma vez que essa se dá após contraditório, ampla defesa e todo o devido processo legal.

Complementando o entendimento pela possibilidade de cumprimento provisório da pena, o terceiro capítulo demonstrou que quando da análise das ADCs nº 43, nº 44 e nº 54, pela Suprema Corte, houve omissão acerca do fato de que o artigo 283 da lei processual penal trata apenas de prisões cautelares, bem como da existência de dispositivo específico autorizando a prisão enquanto cumprimento provisório de pena, não tendo averiguado o sentido da norma pela forma como redigida, demonstrando que a observância do devido processo legal foi o único requisito constitucional à privação da liberdade.

O argumento central da presente pesquisa é a necessidade de conjugação e integração na análise das normas pertinentes, considerando seus aspectos sintáticos, sociais e jurídicos para alcançar uma compreensão mais completa do intuito do legislador, e o consequente alcance dos dispositivos legais relacionados ao tema, de modo a alcançar uma solução adequada ao contexto social, com a criação de entendimento sólido capaz de gerar segurança jurídica à sociedade.

Se por um lado há uma importância internacional à liberdade individual enquanto direito humano, por outro há em jogo o bem-estar social e a segurança da coletividade, os quais estes podem limitar aquela liberdade em razão dos deveres dos indivíduos para com a comunidade e em garantia ao bem coletivo.

Ficou evidente, pelas razões expostas, que a proposta do autor é uma análise sistemática e integrativa de normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos fundamentais envolvidos, para estabelecer um entendimento pleno e sólido sobre a permissão ou vedação do sistema jurídico pátrio à prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, apto a gerar segurança jurídica à sociedade como um todo, demonstrando, por fim, a viabilidade jurídica da prisão após condenação em segunda instância enquanto cumprimento provisório da pena.



REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. BRASIL. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. BRASIL. *Decreto n° 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Decreto n° 678*, de 21 de outubro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Decreto n° 19.841*, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

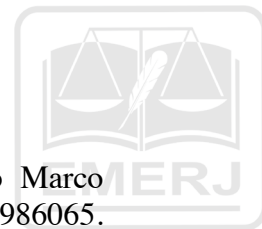
_____. BRASIL. *Lei n° 8.030*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Lei n° 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. BRASIL. *Projeto de Lei n° 4.208*, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 7*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.



_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 22 set.2019.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 22 set. 2019.

GONÇALVES, Adriano Augusto Placidino. *Direitos Individuais e Coletivos*. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/direitos-e-deveres-individuais-e-coletivos>. Acesso em: 26 fev. 2020.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 99.

MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. *O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia>. Acesso em: 26 fev. 2020.

TAKOI, Sergio Massaru. *O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?* Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ONU. Resolução n° 217-A, de 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.



ANÁLISE SOBRE A DIVERGÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO ESPACIAL PARA FINS DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) ÀS EXPORTAÇÕES DE SERVIÇOS

Diego do Nascimento Silva

Graduado em Direito pela
Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

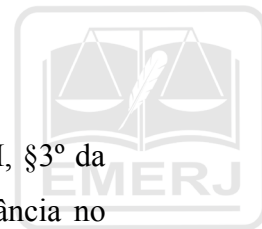
Resumo – o presente trabalho científico discorrerá sobre a problemática da aplicação da não incidência do ISSQN sobre exportação de serviços ocasionada pela divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à interpretação normativa pertinente. Para tanto, apresentam-se os fundamentos legais (constitucional e infra legal) para a hipótese da não incidência de ISSQN no que a aplicação do critério espacial estabelecido na norma para a não incidência do ISSQN sobre serviços exportados. Desenvolve-se neste artigo que a melhor solução ao caso perpassa por uma análise não só jurídica, mas também social-econômico e político (Geração de emprego e Entrada de Divisas no País, Incentivo à competitividade do País e dos Prestadores de Serviços Nacionais no Mercado Internacional) da norma, a fim de que a *mens legis* seja alcançada nos casos concretos.

Palavras-chave – Direito Tributário. ISSQN (Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza). Lei Complementar nº 116/03. Isenção. Exportação de Serviços.

Sumário – Introdução. 1. O conceito de ISSQN, fundamento jurídico e análise sobre a eventual contradição, omissão e/ou ambiguidade entre os dispositivos normativos no que tange o critério espacial. 2. Finalidade da não incidência de ISSQN sobre exportação de serviços: geração de emprego e entrada de divisas no País, Incentivo à competitividade do País e dos prestadores de serviços nacionais no mercado internacional. 3. Divergência para a interpretação das hipóteses de isenção do ISSQN sobre exportação de serviços sob as perspectivas doutrinária e jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico possui como tema a discussão acerca das divergências de interpretação, sob as perspectivas doutrinária e jurisprudencial, quanto à aplicação do critério espacial para fins de não incidência do ISSQN sobre as exportações de serviços. Buscar-se-á apresentar que as hipóteses implementadas pelo constituinte originário, e regulamentado pelo poder constituinte derivado, visam conciliar arrecadação (autonomia financeira) dos municípios e fomento da atividade social-econômica por meio de competitividade no mercado internacional, intuito este o da *mens legis*.



Neste âmbito, a confrontação entre o dispositivo constitucional (art. 156, III, §3º da CRFB) e a norma infralegal (Lei Complementar nº116/2003) será de suma importância no deslinde desta controvérsia. De tal análise permitir-se-á entender a divergência doutrinária e jurisprudencial na delimitação interpretativa de aplicação do critério espacial para a não incidência do ISSQN sobre as exportações de serviços e, em ato contínuo, concluir pelo posicionamento do pesquisador.

O pacto federativo estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conferiu aos entes federativos, dentre outros, a autonomia financeira. Nesse bojo, as competências tributárias são um importante instrumento para a materialização de tal autonomia, sendo o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza uma das competências tributárias conferidas aos municípios (e Distrito Federal) como fonte de arrecadação.

A Carta Magna, todavia, preocupou-se com o equilíbrio entre arrecadação e fomento da economia nacional por meio do aumento de empregos e pela competitividade econômica da mão-de-obra brasileira no mercado internacional. Assim, o instrumento da não incidência do ISSQN na exportação de serviços foi introduzido na CRFB/88 em seu art. 156, III combinado com o parágrafo 3º e regulamentado por meio da Lei Complementar 116/2003.

No primeiro capítulo deste trabalho, focar-se-á no fundamento constitucional que sustenta a instituição do ISSQN no ordenamento jurídico brasileiro e quais são as hipóteses estabelecidas para a sua não incidência, bem como na regulamentação infraconstitucional. Objetiva-se com isso esclarecer se as hipóteses foram claras e suficientemente estabelecidas nas normas e se existe (ou não) contradição, omissão e/ou ambiguidade entre os referidos dispositivos normativos, mormente no que tange o critério espacial.

A seguir, no capítulo segundo, desbravar-se-á no esclarecimento de uma segunda questão, qual seja, qual seria o objetivo social-econômico do legislador (*mens legis*) para a instituição da não incidência constitucional do ISSQN nas exportações de serviço?

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a divergência entre doutrina e jurisprudência na interpretação do critério espacial para fins de não incidência do ISSQN na exportação de serviço. De tal divergência, obviamente os municípios (e distrito federal) posicionam-se a favor de um dos dois lados, o que será propriamente debatido e, conseqüentemente, apresentada nesta pesquisa a melhor posição a ser seguida.



Nesta pesquisa, valer-se-á de uma abordagem jurídica qualitativa, isto é, o pesquisador pretende se instrumentalizar de bibliografias, legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes ao tema em foco para seu posicionamento (tese) ao fim.

1. O CONCEITO DE ISSQN, FUNDAMENTO JURÍDICO E ANÁLISE SOBRE EVENTUAL CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E/OU AMBIGUIDADE ENTRE OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS NO QUE TANGE O CRITÉRIO ESPACIAL

Inicialmente, faz-se importante expor há diversos princípios Constitucionais e Tributários que norteiam o tema da não incidência tributária relativa ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre serviços exportados. Nesse bojo, elencam-se aqui três princípios constitucionais considerados fundamentais para o desenvolvimento do tema proposto: princípio da legalidade, princípio da territorialidade e princípio da autonomia municipal.

O princípio da legalidade, insculpido no artigo 150, I da CRFB/88¹, refere-se à condicionante basilar limitadora do poder de tributar no ordenamento jurídico pátrio. É tal princípio que impõe a necessidade de existência de lei estabelecendo a exigência ou aumento de qualquer tributo, salvo taxativas mitigações contidas na própria constituição como Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Hamilton Dias de Souza assim conceitua tal princípio:

De todos os princípios constitucionais erigidos como garantia fundamental do contribuinte, o mais importante é o da legalidade da tributação, previsto no art. 150, I. Resulta de velha tradição do constitucionalismo segundo a qual o tributo não pode ser instituído sem autorização do povo através de seus representantes, de tal sorte que só a lei ordinária emanada do nível de governo competente pode criar tributo².

O princípio da territorialidade, por sua vez, é implícito na Carta Magna, compreendendo a delimitação geográfica em que o Estado exercerá sua soberania. Aplicando-se tal conceito ao direito tributário, a territorialidade limita geograficamente o exercício do

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

²MORAES, Roberto Rodrigues de. *Princípios Constitucionais Tributários Vigentes no Brasil 2 – O princípio da Legalidade*. Disponível em: <<https://noticiasfiscais.com.br/2013/11/13/principios-constitucionais-tributarios-vigentes-no-brasil-2-o-principio-da-legalidade/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.



poder de tributar – aplicar normas, exigir, instituir ou dispor sobre tributos, bem como a sua validade jurídica – e, neste caso, a circunscrição do município é o limite territorial do ISSQN.

Destaca-se que o princípio da territorialidade é analisado sobre três fatores abaixo descritos:

A territorialidade em sentido positivo abarca a aplicação da norma a qualquer indivíduo (estrangeiro ou nacional) localizado no território nacional nos limites do Estado. Já a territorialidade em sentido negativo refere-se à não aplicação dessas normas tributárias em outros Estados (ou unidades da federação).

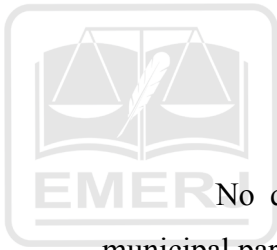
A territorialidade em sentido pessoal implica o entendimento de que o tributo estaria relacionado a aspectos subjetivos desse tributo, como por exemplo a sede, domicílio ou residência. Por sua vez, a territorialidade em sentido real é, a contrário *sensu*, relativo a elementos objetivos do tributo, isto é, elementos materiais dos fatos geradores tributários, como, local da fonte de produção, do exercício da atividade econômica etc.

Por fim, a territorialidade em sentido material consubstancia-se na incidência espacial de um tributo, ou melhor, na possibilidade de aplicação de leis internas de um Estado com as situações tributárias internacionais. Em contraponto, a territorialidade formal abrange a eficácia da norma tributária, devendo ser cumpridas – e passíveis de coerção – apenas no território da ordem jurídica. A divisão supracitada é explicada por Alberto Xavier:

[princípio da territorialidade] Pressupõe a diferenciação de três fatores, sendo estes fundamentos basilares para a formulação do referido princípio, tais como: (i) territorialidade em sentido positivo e em sentido negativo; (ii) territorialidade em sentido real e em sentido pessoal; (iii) territorialidade em sentido material e em sentido formal³.

O princípio da autonomia municipal, por derradeiro, confere aos municípios autonomia face ao Estado e à União para o exercício de certos poderes. Tais poderes são i) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); ii) poder de autogoverno (eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores); iii) poder normativo próprio ou autolegislação (elaboração de leis municipais dentro dos limites de atuação traçados pela Constituição da República); iv) poder de autoadministração (administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre os tributos e suas rendas).

³KHATIB, Tamer El. *Aspectos Gerais dos Princípios da Territorialidade e da Universalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34609/aspectos-gerais-dos-principios-da-territorialidade-e-da-universalidade>>. Acesso em: 24 ago. 2020.



No que concerne o objeto deste trabalho, tal princípio relaciona-se à autonomia municipal para instituição do ISSQN.

O ISSQN possui fundamento constitucional no artigo 156, III⁴, em que se atribui aos municípios a competência para a instituição de imposto sobre serviço de qualquer natureza, a ser definido em lei complementar. Determina ainda a norma constitucional a hipótese de não incidência do referido imposto nas exportações de serviços.

Por sua vez, a Lei Complementar nº116/2003⁵ regulamenta infraconstitucionalmente tal imposto em seu artigo 1º, definindo que o seu fato gerador, isto é, a ocorrência fática que faz surgir para o sujeito passivo a obrigação jurídica de se pagar um tributo⁶. Ocorre que, tal legislação incluiu um critério espacial condicionante para a não incidência do referido imposto.

Obviamente, existem diversas hipóteses para isenção e não incidência do ISSQN na Lei Complementar nº116/2003. Entretanto, este trabalho convém se ater nas hipóteses relativas a exportações de serviços e, para tanto, nota-se de início que a Lei Complementar nº116/2003 imputou uma condicionante ao preceito constitucional de não incidência, qual seja, de que os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior não gozam da não incidência do ISSQN. Tal condicionante gerou um grande leque de possibilidades de interpretações, uma vez que enfatiza como limitador da não incidência o serviço desenvolvido no Brasil cujo resultado se produza no país.

Ora, se a exportação do serviço para o exterior goza de imunidade tributária, a fruição no exterior do referido serviço afasta a incidência do ISSQN ou o mero fato de o resultado do serviço ocorrer no País já é suficiente para excluir a não incidência? Essa é a dúvida de interpretação que a condicionante do parágrafo único do artigo 2º da LC nº116/2003 perpetrou no ordenamento jurídico. Melhor seria se a expressão utilizada fosse “fruição”, e não “resultado”, pois assim ficaria claro que o ponto nodal para a incidência ou não seria o local da fruição, sepultando assim qualquer divergência na interpretação do mencionado parágrafo.

⁴BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵BRASIL. *Lei Complementar nº 116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁶Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

Ives Gandra da Silva Martins e Marcelo Magalhães Peixoto apresentam o posicionamento majoritário na doutrina, qual seja, de que se faz necessário tão somente que o resultado (devendo ser entendido como fruição) do serviço prestado ocorra fora do Brasil, independentemente de sua execução ter ocorrido em território nacional. Dessa maneira, admite-se a exportação de serviço, obedecendo-se ao preceito constitucional para a sua não incidência, conforme se observa na obra “ISS – Lei Complementar 116/2003”, organizado e coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Marcelo Magalhães Peixoto:

De substancial importância, portanto, a compreensão do conteúdo do termo resultado, da forma como colocado no parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar 116/03. Na acepção semântica, resultado é consequência, efeito, seguimento. Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter consequências ou produzir efeitos. A contrário senso, os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem se produzir em qualquer outro país que não o Brasil.⁷

Igualmente, o mestre Alberto Xavier⁴ compartilha deste entendimento:

Só não configura exportação, nos termos e para os efeitos do art. 2º, I, da Lei Complementar nº 116/03, a prestação de serviços pactuada entre um residente e um não residente, ‘cujo resultado se verifique no Brasil’.

O alcance desta expressão deve ser interpretado no sentido de dar eficácia ao comando constitucional (art. 156, II, § 3º) que conferiu à lei complementar a atribuição de consagrar, em matéria de tributação pelo ISS da exportação de serviços (à semelhança do que já sucedia em matéria de IPI e ICMS), o ‘princípio do país de destino’, segundo o qual o bem ou serviço devem submeter-se à tributação no local onde ele é ‘consumido’ e não no local onde é ‘produzido’⁸.

Parece que este é o entendimento pretendido pelo legislador pretendido para o artigo 2º, I e §º único quando da elaboração da Lei Complementar nº 116/2003⁹.

Conquanto majoritária doutrinariamente a posição acima, é de se destacar a existência da uma corrente minoritária, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual sustenta que o único aspecto relevante para orientação da aplicação ou não da incidência do ISSQN na exportação de serviços é o do local da prestação de tal serviço. Nesse bojo, seria

⁷BRIGAGAO, Gustavo. *ISS Não Incide Sobre Exportação De Serviços*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-31/consultor-tributario-iss-nao-incide-exportacao-servicos>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

⁸XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 48. Disponível em: <<https://guilhermeemartinez.jusbrasil.com.br/artigos/704301165/o-iss-e-o-conceito-de-resultado-analise-do-entendimento-da-prefeitura-de-sao-paulo>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁹BRASIL, op. cit., nota 5.



irrelevante a residência, domicílio, estabelecimento ou sede do prestador, ou seja, sendo o serviço prestado no País, o município possui legitimidade para cobrar o tributo¹⁰.

2. FINALIDADE DA NÃO INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS: GERAÇÃO DE EMPREGO E ENTRADA DE DIVISAS NO PAÍS, INCENTIVO À COMPETITIVIDADE DO PAÍS E DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS NACIONAIS NO MERCADO INTERNACIONAL

A geração de riquezas, seja interna quanto por aporte estrangeiro, tem sido um dos principais objetivos das nações ao redor do mundo, sobretudo no que concerne aos países emergentes, como é o caso do Brasil. No mundo globalizado, a competição por mercado consumidor de mão-de-obra é cada vez mais acirrada, não só pela busca de qualidade intelectual, mas também pelo custo de sua contratação, o que se consubstancia no conhecido ‘custo-benefício’¹¹. No aspecto do custo especificamente, a não incidência de ISSQN na exportação de serviços é uma ferramenta bastante útil para o Estado brasileiro tornar a sua mão-de-obra interna financeiramente competitiva e atrativa frente ao mercado internacional, haja vista ser notório que a carga tributária nacional é um dos principais aspectos que torna o Custo-Brasil¹² extremamente elevado em relação aos demais países:

[...] A Fiesp [Federação das Indústrias do Estado de São Paulo] mostrou em estudo que o Custo Brasil representa 38% a mais em relação a países emergentes e 30% a mais quando comparado a países desenvolvidos. Um dos fatores que mais impactam o ambiente de negócios é a vultosa carga tributária, que prejudica empresários e consumidores.

Um estudo do Banco Mundial aponta que no Brasil uma empresa chega a gastar 2.600 horas por ano no processamento de tributos. Em países desenvolvidos, o tempo gasto é de apenas 179 horas. [...]¹³.

¹⁰BRIGAGAO, op. cit.

¹¹O custo-benefício é o que define as melhores escolhas que os agentes econômicos fazem. Através deste conceito é que as pessoas ou empresas compram ou realizam aquilo em que os benefícios são maiores que o custos de comprar ou produzir. *DICIONÁRIO FINANCEIRO*. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/custo-beneficio/>> Acesso em: 16 abr. 2020.

¹²Denominação genérica dada a uma série de custos de produção, ou despesas incidentes sobre a produção, que tornam difícil ou desvantajoso para o exportador brasileiro colocar seus produtos no mercado internacional, ou então tornam inviável ao produtor nacional competir com os produtos importados. *BÚSSOLA DO INVESTIDOR*. Disponível em: <https://www.bussoladoinvestidor.com.br/abc_do_investidor/custo-brasil/> Acesso em: 04 jan. 2020.

¹³BRAGA, Sergio Murilo. *Custo Brasil: Ameaça ao Desenvolvimento*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286257,71043-Custo+Brasil+ameaca+ao+desenvolvimento>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

Não se pode olvidar que a *mens legis* do constituinte originário, quando da criação da não incidência de ISSQN sobre exportação de serviços, foi evitar que o tributo se tornasse um empecilho ou até um desestímulo à contratação de mão-de-obra nacional. Transcende, assim, do âmbito jurídico para atender também viés político-econômico.

Pela leitura do artigo 2º, parágrafo único da Lei Complementar nº116/2003¹⁴, nota-se a finalidade da lei em não tornar restrita a conceituação do termo exportação de serviços, e sim dispor de mecanismos para, se não inviabilizar, ao menos dificultar ao máximo elaboração de planejamentos tributários baseados em pagadores estabelecidos no exterior, usufruindo da isenção em detrimento do real beneficiário dos serviços dentro do território nacional.

O referido artigo e parágrafos acima detêm de sobremaneira conteúdo político-econômico, de forma que a sua interpretação deva ser realizada dentro do contexto do Sistema Tributário. A partir dessa premissa, entende-se a finalidade de intervenção econômica Estatal da norma, não de maneira direta como as Contribuições Sociais e de Intervenção no Domínio Econômico, por exemplo, mas de maneira menos latente, porém constante.

É fato que a receita pública proveniente de ISSQN, um imposto sobre consumo em seu âmago, vem assumindo significativa relevância para a Administração Estatal (mormente a Municipal), seja do Nordeste ao Sudeste, Norte ao Sul¹⁵. Não se trata de uma novidade ou singularidade brasileira (tupiniquim), mas uma tendência das economias mundiais desenvolvidas, a qual é seguida pelo Brasil e demais países emergentes. Em âmbito interno, a não incidência do ISSQN sobre exportação de serviços, instituto constitucionalmente estabelecido pelo constituinte originário, fomenta a geração de empregos formais, isto é, contratação de mão-de-obra nacional para exportação de serviços, na medida em que torna o custo das referidas contratações mais atrativo quando comparado mesmo custo de contratações similares em outros países.

Ademais, a desoneração tributária por meio da não incidência de ISSQN sobre exportação de serviço propicia, como consequência lógica, uma maior entrada de divisas no País decorrentes dessas prestações de serviços. Verifica-se assim um ciclo virtuoso seja para o prestador de serviços nacional, a quem lhe é fomentado o acesso a novos horizontes de

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁵CABRAL, Bruno. *Orçamento do Estado para 2019 deve crescer 7% ante 2018*. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/negocios/orcamento-do-estado-para-2019-deve-crescer-7-ante-2018-1.1988356>>. Acesso em: 04 jan. 2020.



mercado, seja para o Estado brasileiro exportador, o qual terá incremento em seu Produto Interno Bruto (PIB).

A exportação de serviço é uma excelente maneira de fomentar a externalização da mão-de-obra nacional, inserindo-a no mercado internacional e projetando o País como forte mercado concorrente internacional exportador de serviços. Por isso o constituinte elaborou instrumentos capazes de incentivar a competitividade do País e dos prestadores de serviços nacionais no mercado internacional.

Diante do estabelecido acima, é de se constatar que o instituto constitucional da não incidência de ISSQN sobre exportação de serviços possui finalidade que transcende o viés jurídico para alcançar metas político-econômicas.

3. DIVERGÊNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO DO ISSQN SOBRE EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS SOB AS PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Muito embora a não incidência de ISSQN sobre exportação de serviços seja estabelecida constitucionalmente, a sua aplicação possui interpretações diferentes na doutrina e jurisprudência. Basicamente a divergência gravita em torno do critério espacial da prestação do serviço para a incidência (ou não) do ISSQN.

Em relação à vertente doutrinária acerca do instituto, esta majoritariamente adota posicionamento de que as exportações de serviços para o exterior devem ser observadas segundo o local da produção de efeitos ou consequências resultantes da referida exportação de serviço. Sob tal interpretação, torna-se admissível a possibilidade de exportação de serviços mesmo em caso de sua execução ocorrer no território nacional, desde que seus resultados ou efeitos ocorram no exterior. Esta posição parece expor a melhor interpretação para o termo ‘exportação de serviços para o exterior’, consoante estabelecido no art. 156, III c/c §3º, II da CRFB¹⁶ e art. 2º, I da LC nº116/2003¹⁷ já apresentados anteriormente:

De substancial importância, portanto, a compreensão do conteúdo do termo resultado, da forma como colocado no parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar 116/03. Na acepção semântica, resultado é consequência, efeito, seguimento. Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter consequências ou produzir efeitos. A contrário senso,

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem se produzir em qualquer outro país que não o Brasil.

Constata-se no trecho acima, pelos doutrinadores Gabriel Lacerda Troianelli e Juliana Gueiros¹⁸, que o local da execução do serviço é irrelevante, pois se deve analisar unicamente onde o efeito/consequência do serviço executado se deu. Ocorrendo o efeito/consequência fora do território nacional, caracterizada está a exportação do serviço e, conseqüentemente, não incidirá ISSQN sobre ele. Nada mais lógico em tal interpretação, uma vez que a exportação exigida pelo legislador é para o serviço, e não para o prestador. De igual maneira, independe, para fins de análise da incidência do ISSQN na exportação de serviço, se o pagamento pelo contratante tenha ocorrido por residente no exterior.

Em aplicações práticas, seria plenamente possível a não incidência de ISSQN na hipótese de um arquiteto residente no País ser contratado por uma empresa estrangeira para elaborar projeto arquitetônico de determinado edifício que será construído fora do território nacional. Ora, em tal situação, apenas o resultado/consequência do serviço ocorrerá fora do território nacional e, ainda sim a não incidência do imposto em comento é aplicável, comprovando-se assim que não há que se confundir o local do resultado ou utilidade do serviço com o local da sua prestação para fins de não incidência do ISSQN na exportação de serviço. A doutrina ainda apresenta outros exemplos, como o abaixo:

Assim, uma companhia aérea com sede na Alemanha, que mantém rotas aéreas transitando pelo Brasil, pode sofrer danificação em suas aeronaves em território nacional. Nesse caso, ela provavelmente contratará os serviços de técnicos brasileiros para análise e possível conserto de equipamentos. Nesse caso, os serviços têm como resultado imediato o conserto do equipamento, o restabelecimento da rota e o seguimento das atividades normais de empresa localizada no exterior do Brasil. Ou seja, os resultados imediatos do reparo da aeronave terão como beneficiário a empresa alemã, produzindo, portanto, o serviço, seus efeitos na Alemanha. [...] ¹⁹

Roque Antonio Carrazza expõe entendimento conforme o acima exposto, esclarecendo brilhantemente o conceito de exportação de serviço e sua devida interpretação para a não incidência do ISSQN:

A nosso sentir [...] "serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique" são justamente aqueles que trazem utilidade para o tomador, aqui mesmo, no território nacional. Não há, no caso, exportação e, portanto, os serviços não estão abrangidos pela norma isentiva em análise. [...]

¹⁸BRIGAGAO, op. cit.

¹⁹Ibid.



O que estamos procurando significar é que o termo "resultado", inserido no parágrafo único, do art. 2º, da Lei Complementar nº 116/03, há de ser interpretado como sinônimo de "fruído". [...]

Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cuja fruição aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.²⁰

Esse é o exemplo de exportação de serviço, tomando-se por base serviço meramente intelectual, cuja sua concretização física se dará no exterior. Nenhuma divergência há entre doutrina e jurisprudência nesse sentido. Pode-se, inclusive, atestar caso bem similar na jurisprudência abaixo do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual faz até referência a entendimento convergente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

[...] 4. Improcede o apelo do Município.

A d. Juíza sentenciante foi firme ao asseverar na r. sentença apelada que a perícia encartada aos autos (fls. 427/448), concluiu que o serviço tributado com ISS por meio de sete autos de infração – serviços de design de embalagens, tem como tomador clientes estabelecidos no exterior, onde ocorre o resultado do serviço.

Dessa forma, se o resultado ocorre no exterior em benefício de tomador que também está fora do país, está configurada, conforme laudo pericial encartado nos autos, a exportação de serviços, que não é fato gerador de ISS, conforme artigo 2º, I, da LC 116/2003.

Neste sentido, pronunciamento do c. STJ: [...] ²¹

Entretanto, o mesmo STJ que serviu de fundamento para o julgado acima possui entendimento diametralmente oposto quando a situação se refere a serviço fisicamente/concretamente executado no País, mas com resultado a ser fruído necessariamente no exterior. Para tal situação, a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça já manifestou posição de que o local da realização do serviço físico/concreto deve ser aquele considerado para fins em que se dá o resultado do serviço. Noutras palavras, o local da concretização do serviço e o local de seu resultado ou utilidade deverão ser necessariamente os mesmos. O caso concreto aqui apresentado relaciona-se a serviços de reparo e revisão de turbinas de aeronaves contratado por empresa no exterior, mas com a execução realizada no Brasil:

[...] Importante observar que a empresa não é contratada para instalar os motores e turbinas após o conserto, hipótese em que o serviço se verificaria no exterior, mas, tão-somente, conforme já posto, é contratada para prestar o serviço de reparos, retífica ou revisão.

²⁰Ibid.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso nº1049534-09.2015.8.26.0053*, Relator: Rodrigues de Aguiar. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516942855/10495340920158260053-sp-1049534-0920158260053/inteiro-teor-516942875?ref=serp>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

Portanto, o trabalho desenvolvido não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, ou seja, o seu resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no território brasileiro.

Não há configuração de hipótese em que a atividade é executada no exterior, sendo inquestionável a incidência do ISS no presente caso.

Tem aplicação, portanto, o [...] parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03[...] ²².

O entendimento acima apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça vai de encontro não só com o entendimento majoritário da doutrina, mas também com o próprio intuito da lei para a não incidência do ISSQN na exportação de serviço. Nesse âmbito, o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, alertou a corte, em seu voto vencido, de que não se deve confundir o local da conclusão do serviço com o local da prestação do serviço:

Peço a máxima vênia para discordar quanto à solução do mérito. Estamos falando de exportação de serviço. Só se pode falar de exportação de serviço nos casos em que ele é prestado no Brasil. Quanto a isso não há dúvida. Não se pode falar em exportação de serviço se for prestado no exterior. Exportação de serviço prestado no Brasil para alguém que o contrata de fora, pagando-o aqui ou lá. A lei diz que esses serviços são isentos, a não ser quando o resultado se opera aqui. Se o resultado se opera fora, há isenção. Essa é a questão.²³

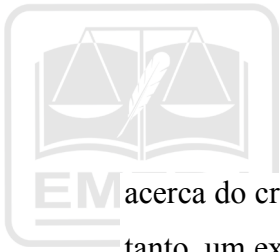
O entendimento da Corte Superior neste precedente anula, na prática, os benefícios sociais-econômicos almejados pelo constituinte original e legislador ordinário na Carta Magna e Lei Complementar nº 116/2003, sobretudo no mundo globalizado. A situação do caso concreto acima torna-se, inclusive, contraditória, pois para serviços meramente intelectuais, o Superior Tribunal de Justiça e jurisprudência admitem a tese de exportação de serviço mesmo que a sua execução ocorra no Brasil, desde que a fruição se verifique no exterior; de outro lado, se a execução do serviço não é intelectual, o Superior tribunal de Justiça exige que tanto o local da execução do serviço quanto o local da fruição sejam no exterior. *Data maxima venia*, a distinção entre os casos não há razão lógica de ser.

CONCLUSÃO

Considerando-se todo o exposto no decorrer deste trabalho, foi possível analisar o conceito de ISSQN com seus fundamentos legais (constitucional e infra legal) para a sua não incidência em caso de exportação de serviços, bem como análise desses dispositivos legais

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 831.124-RJ*, Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142764/recurso-especial-resp-831124-rj-2006-0052272-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

²³BRIGAGAO, op. cit.



acerca do critério espacial para a incidência ou não do ISSQN na exportação de serviços. Para tanto, um exame sistemático do tema foi desenvolvido ao longo do trabalho, a fim de embasar a posição aqui defendida.

A *mens legis* na criação do instituto da não incidência do ISSQN pelo constituinte originário, quais sejam, as finalidades político-sociais de geração de emprego e entrada de divisas no País, bem como o incentivo à competitividade do Brasil e dos prestadores de serviços nacionais no mercado internacional também foram devidamente examinadas e analisadas. Tal intuito do legislador, o qual transcende o cerne jurídico, deve ser considerado quando da aplicação da norma ao caso concreto, a fim de que o efeito da norma não seja o oposto ao perquirido pelo legislador.

No ponto mais alto deste trabalho, discorreu-se sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial na interpretação do critério espacial condicionante estabelecido pelo legislador para a incidência (ou não) do ISSQN sobre a exportação de serviços. Na apresentação dos referidos posicionamentos, buscou-se por meio de fundamentos teóricos e doutrinários apresentar a melhor interpretação para a aplicação da norma ao caso concreto, de forma que a melhor interpretação para aplicar a não incidência do ISSQN sobre exportação de serviço deve ser considerando o critério do local da produção de efeitos ou consequências resultantes da referida exportação de serviço. De outro lado, explicitou-se fundamentadamente os motivos jurídicos pelos quais o diferente entendimento adotado pela jurisprudência não parece ser o mais adequado, bem como as consequências que tal posição pode gerar no âmbito social-econômico.

Muito embora o tema não tenha se esgotado, haja vista o grande debate que existe sobre a problemática do assunto, a posição adotada neste trabalho objetiva contribuir para o melhor esclarecimento do tema. Ademais, buscou-se, por meio dos argumentos e fundamentos trazidos neste trabalho, apresentar o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da divergência instaurada, sendo que, para tanto, a solução necessita ser alcançada convergindo-se, ou melhor, integrando-se, o viés jurídico, político, econômico e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.



_____. *Lei Complementar nº116*, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. *Lei nº5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº831.124-RJ*, Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142764/recurso-especial-resp-831124-rj-2006-0052272-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso nº1049534-09.2015.8.26.0053*, Relator: Rodrigues de Aguiar. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516942855/10495340920158260053-sp-1049534-0920158260053/inteiro-teor-516942875?ref=serp>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRAGA, Sergio Murilo. *Custo Brasil: Ameaça ao Desenvolvimento*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286257,71043-Custo+Brasil+ameaca+ao+desenvolvimento>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRIGAGAO, Gustavo. *ISS Não Incide Sobre Exportação De Serviços*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-31/consultor-tributario-iss-nao-incide-exportacao-servicos>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

BÚSSOLA DO INVESTIDOR. Disponível em: <https://www.bussoladoinvestidor.com.br/abc_do_investidor/custo-brasil/>. Acesso em: 04 jan. 2020.

CABRAL, Bruno. *Orçamento do Estado para 2019 deve crescer 7% ante 2018*. Disponível em: <<https://diarionordeste.verdesmares.com.br/editorias/negocios/orcamento-do-estado-para-2019-deve-crescer-7-ante-2018-1.1988356>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

DICIONÁRIO FINANCEIRO. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/custo-beneficio/>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

KHATIB, Tamer El. *Aspectos Gerais dos Princípios da Territorialidade e da Universalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34609/aspectos-gerais-dos-principios-da-territorialidade-e-da-universalidade>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MORAES, Roberto Rodrigues de. *Princípios Constitucionais Tributários Vigentes no Brasil 2 – O princípio da Legalidade*. Disponível em: <<https://noticiasfiscais.com.br/2013/11/13/principios-constitucionais-tributarios-vigentes-no-brasil-2-o-principio-da-legalidade/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 48. Disponível em: <<https://guilhermeemartinez.jusbrasil.com.br/artigos/704301165/o-iss-e-o-conceito-de-resultado-analise-do-entendimento-da-prefeitura-de-sao-paulo>>. Acesso em: 13 out. 2019.



TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: UMA ANÁLISE DAS ADIS Nº 3406/RJ E Nº 3470/RJ.

Eloá Araújo Crispim

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

Resumo – o controle de constitucionalidade no Brasil adota o sistema misto, adotando tanto o controle concentrado como o difuso. No presente trabalho se abordam aspectos desses dois tipos de controle, suas proximidades e diferenças, a fim de compreender o tema central. A essência do trabalho é esclarecer a posição do Supremo Tribunal Federal e da doutrina quanto à teoria da abstrativização do controle difuso e da teoria da transcendência dos motivos determinantes, especialmente com a análise das ADIs 3406/RJ E 3470/RJ.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Mutações Constitucionais. Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Teoria da abstrativização do controle difuso.

Sumário – Introdução. 1. Distinção entre a teoria da transcendência dos motivos determinantes e a teoria da abstrativização do controle difuso. 2. Controvérsias quanto à adoção ou não da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes pelo STF nas ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ 3. Os fundamentos da tese da abstrativização do controle difuso: pontos favoráveis e desfavoráveis de sua adoção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade pode ser definido como uma análise de aferição da validade das normas face ao texto constitucional. Avalia-se a compatibilidade e adequação, formal ou material, entre leis ou atos normativos frente a Constituição.

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto, tanto difuso, como concentrado. No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial. No controle concentrado, por meio da ADI genérica, por sua vez, a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

Contudo, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal propunham uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do controle difuso pelo STF.

Em 2017, com o julgamento das ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ o STF realizou declaração incidental de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado, o que é perfeitamente possível. Porém, desde então, instaurou-se profunda divergência doutrinária em relação a se o STF teria adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes ou a teoria da abstrativização do controle difuso no julgamento das ações.

A presente pesquisa científica tem como foco principal discutir esses julgados, analisando a posição do STF e da doutrina, que tem posições diversas em relação ao pronunciamento da jurisprudência.

Para melhor compreensão do assunto, no primeiro capítulo do trabalho busca-se conceituar e explicar cada uma dessas teorias, bem como os conceitos que envolvem o tema central. Além disso, estabelecer os pontos convergentes e divergentes das teorias apresentadas é de suma importância para identificar a interpretação jurisprudencial e doutrinária adotada.

Ainda no primeiro capítulo, também se faz necessário apontar as características de cada um dos sistemas de controle constitucional adotados, difuso e concentrado, explicando seus efeitos e diferenças.

No segundo capítulo, apresenta-se relevante expor de que se tratam as ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ, seus objetos, e fundamentos. Manifesta-se nesse capítulo o pensamento da doutrina e seus argumentos quando analisam a posição da Corte Constitucional, se teria ela adotado ou não às teorias da transcendência e abstrativização do controle difuso. Também se abordam críticas da doutrina à essas teorias e ao posicionamento da jurisprudência.

O terceiro capítulo traz os fundamentos da tese da abstrativização do controle difuso, seus pontos favoráveis e desfavoráveis.

Frise-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa. Além disso, pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase da pesquisa, para sustentação da sua tese.



Em 2017, com o julgamento das ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ o STF realizou declaração incidental de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado, o que é perfeitamente possível. Porém, desde então, instaurou-se profunda divergência doutrinária em relação a se o STF teria adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes ou a teoria da abstrativização do controle difuso no julgamento das ações.

A presente pesquisa científica tem como foco principal discutir esses julgados, analisando a posição do STF e da doutrina, que tem posições diversas em relação ao pronunciamento da jurisprudência.

Para melhor compreensão do assunto, no primeiro capítulo do trabalho busca-se conceituar e explicar cada uma dessas teorias, bem como os conceitos que envolvem o tema central. Além disso, estabelecer os pontos convergentes e divergentes das teorias apresentadas é de suma importância para identificar a interpretação jurisprudencial e doutrinária adotada.

Ainda no primeiro capítulo, também se faz necessário apontar as características de cada um dos sistemas de controle constitucional adotados, difuso e concentrado, explicando seus efeitos e diferenças.

No segundo capítulo, apresenta-se relevante expor de que se tratam as ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ, seus objetos, e fundamentos. Manifesta-se nesse capítulo o pensamento da doutrina e seus argumentos quando analisam a posição da Corte Constitucional, se teria ela adotado ou não às teorias da transcendência e abstrativização do controle difuso. Também se abordam críticas da doutrina à essas teorias e ao posicionamento da jurisprudência.

O terceiro capítulo traz os fundamentos da tese da abstrativização do controle difuso, seus pontos favoráveis e desfavoráveis.

Frise-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa. Além disso, pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase da pesquisa, para sustentação da sua tese.

1. DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Curiosamente o controle difuso existe no ordenamento desde a primeira constituição republicana, antes mesmo do controle concentrado. Foi inspirado no modelo norte-americano, permitindo a qualquer juiz ou tribunal realizar, no julgamento de um caso concreto, a análise incidental da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.¹

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle difuso de constitucionalidade, produz eficácia apenas entre as partes litigantes, fazendo com que a lei deixe de ser aplicada somente em relação àquelas partes que figuraram no processo, continuando válida, contudo, em relação às demais pessoas. Ou seja, a sentença que declarou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo somente tem eficácia *inter partes*.

Essa é a regra quando se trata dos chamados limites subjetivos da coisa julgada, a sentença somente faz coisa julgada entre as partes litigantes. Portanto, no controle difuso de constitucionalidade, a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma, para a doutrina mais clássica, não fará coisa julgada material, uma vez que não constou da parte dispositiva da sentença, tendo sido apreciada apenas em caráter incidental, como questão prejudicial ao exame do mérito propriamente dito.

Em razão disso, nada impede que a inconstitucionalidade da norma possa ser novamente apreciada em outro processo, até mesmo entre as mesmas partes (desde que o mérito não coincida com o anteriormente julgado), estando sujeita ainda a controle concentrado de constitucionalidade, nesse caso fazendo coisa julgada em relação a todos (efeitos *erga omnes*).

A teoria da transcendência dos motivos determinantes defende a possibilidade de que também a *ratio decidendi*, que os motivos determinantes, em uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, passem a produzir efeitos *erga omnes*, vinculantes.

¹ DANTAS, P. R. D. F. *Transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade*. Carta Forense, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/transcendencia-dos-motivos-determinantes-no-controle-difuso-de-constitucionalidade/5096>>. Acesso em: 1 out. 2019.



Tal teoria encontra fundamento no direito alemão e imprime efeito vinculante à *ratio decidendi*, ou seja, de parte da fundamentação da decisão que tenha influência sobre a conclusão do julgamento, passando a vincular a Administração Pública e os demais Órgãos do Poder Judiciário². A transcendência, em tese, pode ocorrer tanto no controle concentrado como no controle difuso.

Em linhas gerais, a transcendência dos motivos determinantes estabelece que a força vinculante das decisões do STF no controle de constitucionalidade não se limita apenas ao dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos daquela.

Importante destacar que para essa teoria apenas a *ratio decidendi* vincula. Ou seja, na fundamentação da decisão, existem comentários laterais, que não influem na decisão, e são perfeitamente dispensáveis, eles são chamados de *obiter dictum*, e não vinculam.

Já a teoria da abstrativização do controle difuso significa dar efeito de controle concentrado às decisões proferidas em controle difuso, atribuindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso. Essa técnica acarreta na aproximação dos dois meios de controle, em especial quanto à eficácia subjetiva das decisões.

Tal teoria tem como um dos defensores o Ministro Gilmar Mendes, que argumenta que as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam a inconstitucionalidade de atos normativos deveriam possuir efeito *erga omnes* e vinculante, independentemente de serem proferidas em controle difuso ou na via concentrada, seria a incidência da teoria da abstrativização do controle difuso³.

Isso porque, considerando a mutação constitucional realizada no art. 52, inciso X da Constituição Federal⁴, adotada pela maioria dos Ministros nas ADIs nº 3406/RJ e nº

² LORDELO, João. *Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886)*. Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%A2ncia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>. Acesso em: 02 out. 2019.

³ ZOUEN, L. H. L. *Teoria da transcendência dos motivos determinantes vs. Abstrativização do controle difuso*. Meu site jurídico.com, 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/27/teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-vs-abstrativizacao-controle-difuso/>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

3470/RJ⁵, passou-se a utilizar interpretação de que a resolução do Senado Federal serve apenas e simplesmente para conceder publicidade à decisão do Supremo, que já nasce com efeitos erga omnes e vinculantes.

Pode-se extrair além das distinções, alguns pontos em comum em relação as teorias da transcendência dos motivos determinantes e abstrativização do controle difuso: em ambas a pretensão é de atribuir efeito vinculante e erga omnes a uma questão decida incidentalmente.

Porém, o ponto crucial é que:

[...] enquanto na abstrativização se pretende que a declaração incidental de inconstitucionalidade vincule os demais processos nos quais se discuta a mesma norma já declarada inconstitucional incidentalmente, na transcendência dos motivos determinantes, pretende-se que os motivos pelos quais determinada norma foi declarada (in) constitucional sejam vinculantes para as demais normas de conteúdo igual.⁶

Os opositores à aplicação da abstrativização argumentam que não há previsão constitucional ou legal que confira efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões constitucionais proferidas na seara do controle difuso. Dentre eles, se pode citar Marcelo Novelino, que sustenta que tal mutação constitucional, restringindo a função do Senado a dar puramente publicidade às decisões, subverteria o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido⁷. Para Pedro Lenza, somente mediante necessária reforma constitucional é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência⁸.

2. CONTROVÉRSIAS QUANTO À ADOÇÃO OU NÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES PELO STF NAS ADIS 3406/RJ E 3470/RJ

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) ajuizou as ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ⁹, ambas propostas pela Confederação Nacional dos

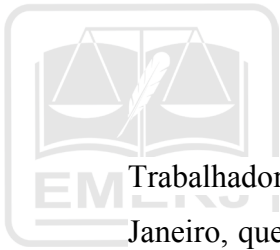
⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ*; Relator: Ministra Rosa Weber. Julgado em 29/11/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁶ ZOUEN, op. cit.

⁷ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 171.

⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* São Paulo: Saraiva, 2019, 306.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.



Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra a Lei nº 3.579/2001¹⁰, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco). Alegavam que a Lei estadual seria inconstitucional porque impôs uma restrição maior do que aquela que é prevista em Lei federal (9.055/95)¹¹, e, portanto, ela teria invadido competência privativa da União para legislar sobre o tema¹².

Segundo o Supremo Tribunal Federal, as leis estaduais que tratam sobre a proibição do amianto, para fins de repartição de competências, versam sobre: produção e consumo (art. 24, V, CRFB/88); proteção do meio ambiente (art. 24, VI, CRFB/88); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB/88)¹³. Dessa forma, são leis que tratam sobre assuntos de competência concorrente. A União deverá editar as normas gerais sobre os assuntos, os Estados-membros e DF, por sua vez, possuem a competência para suplementar as normais gerais, não podendo contrariá-las.

Ao julgar as ADIs o STF não concordou com o autor e julgou improcedente o pedido. Isso significa dizer que o STF entendeu que a Lei estadual nº 3.579/2001 é constitucional.

A ministra Rosa Weber, relatora, votou pela improcedência das ações, observando que a lei estadual não violou a competência da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente. Segundo ela, a opção de editar normas específicas, mais restritivas que a lei federal, foi uma escolha legítima do legislador estadual, no âmbito de sua competência concorrente suplementar. Explicou também que não é possível a norma estadual confrontar a diretriz geral federal, mas não há impedimento em adotar uma postura mais cautelosa¹⁴.

No entanto, mesmo não sendo objeto da ação, durante os debates para julgá-la, o STF concluiu que o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/95 era inconstitucional. Dessa forma, o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95 foi declarado inconstitucional de forma incidental, ou seja, em controle difuso de constitucionalidade.

¹⁰ BRASIL. *Lei 3.579/2001*. Rio de Janeiro, RJ. Publicada em 07 de junho de 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>> Acesso em: 20 ago. 2020.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9055*, de 1 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm> Acesso em: 03 de abr. 2020.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>> Acesso em: 02 abr. 2020.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

Ressalta-se que o dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP, que teve como relator o Min. Marco Aurélio, e foi julgada em 24 de agosto de 2017.¹⁵

A regra é que o controle difuso será incidental. Mas nada impede que haja uma declaração incidental de inconstitucionalidade em controle concentrado, o que ocorreu no caso em tela. É essencial que se faça a diferenciação entre controle difuso/concentrado (classificação quanto à competência) com o controle incidental/abstrato (classificação quanto ao objeto).

Chega-se, portanto, na questão relativa à eficácia das decisões do STF reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. A teoria tradicional defende que a eficácia vai variar de acordo com a espécie de controle exercido. No controle concentrado, as decisões do STF produzem, em regra, os efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante. Já no controle difuso, se tem como regra os efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculante.

Seguindo essa linha, após a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF, a decisão deveria ser enviada ao Senado que poderia discricionariamente suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada (art. 52, X da CRFB¹⁶), dando a ela efeitos *erga omnes*. Contudo, o Supremo decidiu que mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*. Com isso, abandonou a concepção tradicional do art. 52, X, da Constituição¹⁷, realizando uma mutação constitucional.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia, chegou a mencionar que o STF está caminhando para se tornar uma corte de precedentes, ou seja, um tribunal que não declara a inconstitucionalidade do ato normativo objeto do controle, mas da própria matéria em discussão¹⁸.

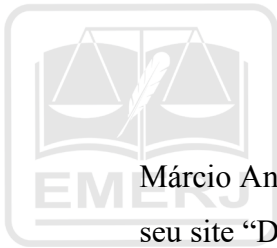
Diante desse cenário, autores e professores passaram a afirmar que o Supremo adotou a teoria da abstrativização do controle difuso, como é o caso do Juiz Federal

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.937/SP*; Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3937%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3937%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/a3vmefc>> Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.



Márcio André Lopes Cavalcante, conhecido pelos esclarecedores artigos que publica em seu site “Dizer o Direito”¹⁹.

Logo após o julgamento das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, ele comentou o tema, nos seguintes termos:

Apesar de essa nomenclatura não ter sido utilizada expressamente pelo STF no julgamento, o certo é que a Corte mudou seu antigo entendimento e passou a adotar a abstrativização do controle difuso. Em uma explicação bem simples, a teoria da abstrativização do controle difuso preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante. Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF.²⁰

Márcio André Lopes Cavalcante discorda da ideia de que o STF teria adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois, não houve afirmação expressa nesse sentido. Caso tivesse ocorrido, além do dispositivo, também teriam efeitos vinculantes os fundamentos da decisão. Apesar disso, ele afirma que no julgamento das ADI's em questão o STF teria chegado mais perto da teoria da transcendência²¹.

Outros autores, como João Lordelo, defendem que, na verdade, o STF adotou a teoria da transcendência dos motivos determinante:

O caso foi de evidente atribuição de eficácia vinculante sobre a fundamentação de decisão em controle concentrado. Houve, portanto, transcendência dos motivos determinantes, pois foi conferido efeito vinculante a uma declaração incidental, que se encontrava na fundamentação do acórdão em duas ADIs. Não houve exercício de controle difuso. A abstrativização do controle difuso é algo diverso.²²

No mesmo sentido, José Roberto Mello Porto e Danniell Adriano Araldi Martins defendem que “seria mais apropriado assegurar que o Supremo Tribunal abraçou a teoria da transcendência dos motivos determinantes”²³. Isso porque, todos os dispositivos tidos como inconstitucionais em um processo de controle concentrado são atingidos pelo efeito

¹⁹ DIZER O DIREITO. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/>> Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade*. Disponível em <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>> Acesso em: 03 abr. 2020.

²¹ Ibid.

²² LORDELO, op. cit.

²³ PORTO, José Roberto Mello; MARTINS, Danniell Adriano Araldi. *STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opinioao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>> Acesso em: 20 mai. 2020.

vinculante, embora constem na fundamentação, não tendo sido objeto da impugnação pelo legitimado.

Acontece que em decisão publicada no Informativo 887, no final do ano de 2017, o STF constou expressamente que não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes.²⁴

Também por esse motivo, autores como Novelino²⁵ e Lenza²⁶, entendem que o Supremo Tribunal Federal de fato ainda não adota a teoria da transcendência dos motivos determinantes, apesar de demonstrar inclinação no sentido que é possível a adoção dessa teoria futuramente.

Portanto, a afirmação mais coerente é que o STF não teria adotado a teoria da transcendência nas ADIs nº 3406 e nº 3470. Prevalecendo então que ocorreu a chamada abstrativização do controle difuso. Esse parece ser o melhor entendimento, tendo em vista o significado real e diferenciações já feitas sobre esses institutos no capítulo I do presente trabalho.

3. OS FUNDAMENTOS DA TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: PONTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS DE SUA ADOÇÃO

Apesar da conclusão que o STF realizou a abstrativização do controle difuso no julgamento das ADIs nº 3406 e nº 3470, muito se critica essa posição do Supremo, da mesma forma com que se critica a mutação constitucional do art. 52, X da CRFB²⁷, pois ela representaria uma grande mudança na estrutura do controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição, através de uma alteração interpretativa.

Importante destacar nesse ponto que, autores como Lenza e Novelino, parecem reconhecer que o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da abstrativização no julgamento das ADI's que tratam do amianto. Mas isso, contudo, não faz com que eles concordem com esse posicionamento da Corte. Apesar de reconhecerem sua aplicação, não concordam com ela. Entender essa questão é importante para não confundir a posição dos autores e essência do tema, que é altamente divergente.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 22.012 Rio Grande Do Sul*; Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15133332>> Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁵ NOVELINO, op. cit., p. 171.

²⁶ LENZA, op. cit., p. 306.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.



Os opositores à aplicação da abstrativização argumentam que não há previsão constitucional ou legal que confira efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões constitucionais proferidas em sede de controle difuso. Sendo certo que não é possível falar em silêncio eloquente na hipótese.

A título de exemplo, para Marcelo Novelino²⁸, a nova interpretação e mutação constitucional do papel do Senado, mudaria o esquema de funções constitucionalmente estabelecido, o que restringiria o papel do Senado a dar publicidade a tais decisões, e subverteria o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

Complementarmente, Pedro Lenza²⁹ afirma que somente mediante uma necessária reforma constitucional é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência, qual seja, restringir o papel do Senado e dar eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Verifica-se que quando o Constituinte decidiu conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes, o realizou de maneira, como exemplo do controle concentrado e da súmula vinculante, observa-se isso a partir dos artigos 102, parágrafo 2º e 103-A, ambos da CRFB/88³⁰.

Além disso ampliar interpretativamente os efeitos de uma decisão proferida em um processo individual, como é o caso do controle difuso, sem embasamento legal, que é um mecanismo de participação popular e democratização das normas, dificulta gravemente o abismo já existente entre o princípio democrático e o controle judicial de constitucionalidade.

Pode-se, contudo, ressaltar alguns pontos favoráveis que norteiam a aplicação da abstrativização. De acordo com o Ministro Barroso e de Mello, as razões para atribuir às decisões efeitos *erga omnes* e vinculantes à luz dos casos concretos residem dos princípios da segurança jurídica, isonomia e efetividade.³¹

A segurança jurídica é, sem dúvida, um direito fundamental. A segurança abordada parte dos conceitos de previsibilidade e a confiança dos cidadãos nas normas presumivelmente válidas, existentes no sistema jurídico e especialmente, quando estas

²⁸ NOVELINO, op. cit., p. 171.

²⁹ LENZA, op. cit., p. 306.

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 4.

³¹ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia P. Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 25.

normas e diretrizes são corroborados por reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, com a atribuição de efeitos de alcance geral podemos visualizar não só uma solução para a crise de insegurança jurídica, mas também para o número excessivo de processos que provoca a morosidade e lentidão nos julgamentos da Corte Constitucional.

A aplicação da abstrativização evita que sejam julgadas outras ações tendentes a discutirem matérias, as quais já foram apreciadas e pacificadas, sendo este um instituto que atende a desejada racionalização do sistema judiciário brasileiro, na medida em que tentam priorizar os princípios da celeridade e da economia processual.³²

Nesse ponto, é importante enfatizar e lembrar da função do Supremo Tribunal Federal, que apesar de julgar matérias variadas, tem como objetivo primordial a guarda da Constituição:

A valoração dos precedentes é um mecanismo que possibilita afastar a oscilação da jurisprudência e otimizar a atividade do Supremo, impedindo que o excesso de demanda atrapalhe a função de guardião da Constituição. Para tanto, é preciso diminuir a sobrecarga para que o Supremo julgue com maior constância e mais qualidade.³³

Antes do julgamento das aludidas ADIs, já havia uma tendência do STF em diminuir as diferenças entre os dois controles de constitucionalidade, o que indica que a própria Corte vinha fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988³⁴.

O Min. Gilmar Mendes sempre foi grande defensor da tese da abstrativização, e já tinha argumentado anteriormente pela aplicação dos efeitos *erga omnes* no julgamento da Reclamação 4335³⁵. Com o decorrer do tempo, o Supremo restringiu o alcance da cláusula constitucional e, atualmente, o que se propõe é que a eficácia vinculante resulte da decisão do STF. As seguintes passagens do Informativo STF nº 886 deixam esse aspecto muito evidente:

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de

³² TORRES, Sylvia Amorim. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade—atual tendência do STF*. 2019. Disponível em <<http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/633/1/TCCSYLVIA%20TORRES.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335/AC*. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 20 de março de 2014. p.183. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 mai. 2020.



controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.³⁶

Nesse contexto de valorização da jurisprudência como fonte do direito e do papel do Supremo Tribunal Federal, note-se que cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro vem dando maior importância aos precedentes, mormente após profundas alterações introduzidas na sistemática da própria Constituição Federal e da legislação processual, agora reforçadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma divergência na doutrina e no meio acadêmico quanto à adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes e da teoria da abstrativização do controle difuso pelo STF, nas ADIs 3406 e 3470.

De um lado, autores como João Loderlo sustentam que o Supremo Tribunal Federal teria adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, sob o argumento de que o caso foi de evidente atribuição de eficácia vinculante sobre a fundamentação de decisão em controle concentrado.

Como foi exposto, a transcendência dos motivos determinantes defende que a força vinculante das decisões do Supremo no controle de constitucionalidade não se limita apenas ao dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos daquela. Portanto, para essa teoria apenas a *ratio decidendi* seria vinculante. Ou seja, na fundamentação da decisão, existem comentários laterais, que não influem na decisão, e são perfeitamente dispensáveis, eles são chamados de *obiter dictum*, e não vinculam.

De outro lado, Márcio Cavalcante, por exemplo, argumenta expressamente que o Supremo Tribunal Federal teria adotado a teoria da abstrativização do controle difuso, que se difere da teoria anteriormente citada.

A abstrativização visa dar efeito de controle concentrado às decisões proferidas em controle difuso, atribuindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso. Essa técnica acarreta na aproximação dos dois meios de controle, em especial quanto à eficácia subjetiva das decisões.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.



Dessa forma, mesmo no controle difuso se teria efeitos iguais ao do controle concentrado. O Min. Gilmar Mendes é um grande defensor da abstrativização do controle difuso, conforme se extrai do seu posicionamento na Reclamação 4335.

Além da divergência de qual teoria teria sido adotada, muitos doutrinadores discordam da aplicação de ambas, e sobretudo da mutação constitucional realizada no art. 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil. Como foi explicitado nos capítulos anteriores do presente trabalho, é o caso de Marcelo Novelino e Pedro Lenza.

É de extrema relevância chamar atenção para o fato de que Lenza e Novelino, parecem reconhecer que o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da abstrativização no julgamento das ADI's que tratam do amianto, mas isso, contudo, não faz com que concordem com esse posicionamento da Corte. Ambos criticam a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, sem uma devida reforma constitucional.

Conclui-se, portanto, que o Supremo adotou a teoria da abstrativização do controle difuso quando do julgamento das ADIs nº 3406/RJ e nº 3470/RJ, aproximando os institutos do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade.

Destaca-se, contudo, que a aplicação dessa teoria se afasta da concepção clássica do direito constitucional. Apenas diante de uma reforma constitucional, ou seja, por emenda constitucional e respeitando o devido processo legislativo formal, é que seria possível assegurar a constitucionalidade da restrição do papel do Senado e dar eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

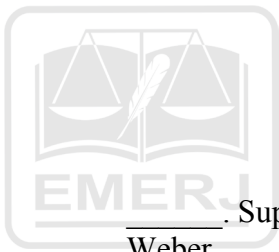
REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. MELLO, Patrícia P. Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Lei nº 9055*, de 1 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm> Acesso em: 03 abr. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ*; Relator: Ministra Rosa Weber. Julgado em 29/11/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 22.012 Rio Grande Do Sul*; Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15133332>> Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335/AC*. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 20 de março de 2014. p.183. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

DANTAS, P. R. D. F. *Transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade*. Carta Forense, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/transcendencia-dos-motivos-determinantes-no-controle-difuso-de-constitucionalidade/5096>>. Acesso em: 1 out. 2019.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019.

LORDELO, J. *Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886)*, 2018. Disponível em: <<https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativiza%C3%A7%C3%A3o-do-controle-difuso-ou-da-transcend%C3%Aancia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886>>. Acesso em: 2 out. 2019.

NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2019.

PORTO, José Roberto Mello; MARTINS, Danniell Adriano Araldi. *STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opinioao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>> Acesso em: 20 mai. 2020.

TORRES, Sylvia Amorim. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade— atual tendência do STF*. 2019. Disponível em <<http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/633/1/TCCSYLVIATORRES.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2020.

ZOUEIN, L. H. L. *Teoria da transcendência dos motivos determinantes vs. Abstrativização do controle difuso*. Meu site jurídico.com, 2019. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/27/teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-vs-abstrativizacao-controle-difuso/>>. Acesso em: 22 set. 2019.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE MORADORES DE RUA DEPENDENTES QUÍMICOS

Endy Nunes Alves

Graduada em Direito pela UniFOA - Centro Universitário de Volta Redonda. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo- a essência do trabalho é responder a seguinte indagação: é constitucional ou não a internação compulsória de dependentes químicos, sobretudo daqueles que se encontram morando nas ruas? Tal indagação se faz necessária, tendo em vista a edição pelo Estado do Rio de Janeiro do Decreto nº 46.313/19, que dispõe sobre a assistência da população em situação de rua e suplementa a Lei que institui o Sisnad. Para responder à pergunta, cabe aqui analisar o tratamento dado ao ordenamento jurídico aos usuários de drogas, bem como os direitos fundamentais presentes no tema, mais especificamente o direito à liberdade, a autonomia da vontade, a promoção do bem-estar social e à saúde, fazendo uma ponderação entre esses direitos, levando em consideração a realidade do país. E por fim, dizer se é constitucional ou não a internação compulsória como meio eficaz de tratamento aos dependentes químicos.

Palavras-chave- Direito Constitucional. Internação Compulsória de Dependentes Químicos. Lei nº 10.216/2001. Decreto nº 46.313/19. Direitos Fundamentais.

Sumário- Introdução. 1. A Aplicação do Instituto da Internação Compulsória na Ordenamento Jurídico aos Dependentes Químicos. 2. Uma Análise dos Direitos Fundamentais. 3. A (in) constitucionalidade da internação compulsória. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado traz à baila a análise da constitucionalidade ou não da internação compulsória instituída pelo legislador como forma de tratamento de dependentes químicos, especialmente dos moradores de ruas que não possuem condições materiais mínimas de manterem uma moradia, vivendo, assim, em extrema pobreza.

Recentemente foi editado no Estado do Rio de Janeiro o Decreto nº 46.313/19, regulamentando as medidas a serem tomadas com o escopo de traçar ações com objetivos específicos aos dependentes de drogas, e definindo as atividades de prevenção do uso indevido de drogas. O Decreto dispõe da possibilidade de internação voluntária e involuntária das pessoas que utilizam permanentemente substâncias tóxicas e ilícitas.



O artigo traz a controvérsia se haveria ou não a violação de direitos fundamentais, bem como a possibilidade de limitações destes direitos. Analisando a liberdade de ir e vir dos moradores de ruas, a autonomia da vontade, a necessidade de manter a ordem nas cidades, para dar maior segurança a sociedade e, o mais importante, a promoção de uma vida digna e da saúde.

É notório que existe um problema social, que deve ser combatido pelo Estado, visto que nos últimos anos houve um elevado número de pessoas sujeitas a miserabilidade, vivendo em condições escassas, e que são excluídos da sociedade sem qualquer amparo.

Contudo o que deve ser analisado é se a internação sem a vontade do indivíduo seria apenas uma forma usada pelo Estado para retirá-los das ruas, promovendo uma “limpa”, ou se teria de fato o objetivo de reinserção social do paciente ao meio social.

Dessa forma, ao analisar se a internação é constitucional ou não, será possível ainda verificar se tais ações públicas assegurariam ou não direitos fundamentais aos moradores de ruas, bem como se estariam em conformidade com o ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar dentro do ordenamento jurídico quais são as medidas previstas pelo legislador, e qual é o tratamento dado pela lei aos dependentes químicos. Visa ainda analisar os tipos de internações e diferenciá-las, demonstrando que internar é diferente de prender e recolher. O capítulo ainda aborda que de fato existe uma necessidade em tutelar os direitos destes, mas que, não podem ser tratados como marginais. E pelo simples fato de morarem na rua não dá a possibilidade aos órgãos da administração pública promover a internação compulsória.

No segundo capítulo, será feita uma análise dos principais direitos fundamentais em questão, como o direito à vida, à liberdade, o direito de ir e vir, e o dever do Estado em promover o bem-estar social de todos, demonstrando que em eventual conflito é possível solucionar a questão juridicamente.

O terceiro capítulo visa analisar se a internação compulsória de moradores de rua dependentes químicos pode ser considerada constitucional, desde que respeitados os requisitos previstos no ordenamento jurídico – como o prazo determinado – e seja utilizado como meio de reinserção do indivíduo na sociedade, dando a este uma vida digna. A constitucionalidade será analisada com o uso da técnica da teoria da ponderação de autoria do autor Robert Alexy, que é muito difundida pelos doutrinadores, e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, nas quais acredita serem viáveis e

adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de maneira argumentativa.

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.

Tem-se como objetivo verificar quais são as ações públicas empregadas às populações em situação de rua, e se satisfazem de forma plena a dignidade da pessoa humana. Há ainda que examinar se de fato a internação contribuiria para a solução do combate a dependência química dos moradores de rua, possibilitando a reintegração destes na sociedade.

1. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO AOS DEPENDENTES QUÍMICOS

O consumo de drogas ilícitas é umas das questões mais complexas que a sociedade mundial enfrenta. Historicamente, o Brasil sempre buscou soluções a problemática do uso ilícito de drogas sem, contudo, obter êxito em suas medidas. Ocorre que no cenário atual tem-se observado um aumento elevado de dependentes químicos, que sem um devido amparo familiar ou estatal, se prestam a morar em ruas, sob a miserabilidade, na busca de satisfazerem seus vícios.

De acordo com o 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira, coordenado pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)¹, no qual os resultados revelam, por exemplo, que 3,2% dos brasileiros usaram substâncias ilícitas nos 12 meses anteriores à pesquisa, o que equivale a 4,9 milhões de pessoas.

Fato este que grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo possuem locais denominados como “cracolândias”, onde há grande circulação de pessoas das mais variadas idades que consomem drogas à luz do dia, em estado degradante. Todavia, as tentativas de governadores e prefeitos em diminuir ou acabar com a cracolândia são infrutíferas.

O uso de substâncias que geram a dependência química se tornou uma questão social, uma questão de saúde pública e que enseja o clamor em viabilizar medidas efetivas para o combate e diminuição dos usuários de drogas, garantindo a estes um tratamento adequado e humano.

¹ PORTAL FIO CRUZ. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>> Acesso em: 24 set. 2019.



De acordo com a Constituição Federal, o Estado tem o dever de prover a saúde de todos, conforme dispõe o artigo 196²:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu grandes alterações quanto ao tratamento daqueles que fazem uso de substâncias químicas. Importante marco foi abandonar a visão de criminalização, e passar a considerar a dependência como um transtorno mental e uma doença psiquiátrica, uma vez que os usuários não possuem controle sobre sua vontade. É preciso esclarecer, contudo, que nem todo usuário pode ser considerado dependente químico.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS)³, a dependência química é definida como uma doença crônica, e o uso contínuo de entorpecentes compromete e traz prejuízos à saúde. Assim, por se tratar de uma doença crônica, devem ter tratamento semelhante ao das outras enfermidades crônicas.

O Código Civil, em seu artigo 4^o⁴, considera os dependentes químicos como relativamente incapazes no cumprimento dos atos da vida civil. “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (...) II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

Diante da necessidade em considerá-los como relativamente incapazes, o primeiro tratamento quanto a internação involuntária, no ordenamento jurídico brasileiro, foi em 2001, quando editada a Lei nº 10.216, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

No mesmo passo, a Lei nº 11.343/2006 conhecida como Lei de Drogas⁵, alterada pela Lei nº 13.840/19, trouxe mudança nas políticas públicas de combate às drogas, inserindo dispositivos que permitem ao ente público a possibilidade de internação voluntária ou involuntária de dependentes químicos, com a finalidade de prevenção e reinserção social.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

³ INFOESCOLA. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/saude/dependencia-quimica/completo>>, conforme consta na barra de endereços>. Acesso em: 27 set. 2019

⁴BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

⁵BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

Mais especificamente na cidade do Rio de Janeiro, no mês de agosto de 2019, ocorreu fato determinante para que fosse editado o Decreto nº 46.313/19⁶, no qual também regulamenta a possibilidade de interação compulsória de moradores de ruas e dependentes químicos. Nesta celeuma o artigo 1º dispõe que:

Art. 1º Este Decreto suplementa a Lei federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, com a redação dada pela Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019, e dispõe sobre a assistência à População em Situação de Rua - PSUA. § 1º Para os efeitos deste Decreto, consideram-se:

I – dependentes de drogas - as pessoas que utilizam permanentemente substância psicoativa, lícita ou ilícita, e que apresentem falta de controle físico e psíquico em relação ao seu uso e efeitos;

II - PSUA - o grupo populacional heterogêneo que possua, 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.

III - atividades de prevenção do uso indevido de drogas - aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Percebe-se que o legislador busca soluções concretas para o combate da dependência de drogas, incluindo como hipótese de tratamento a internação compulsória, mas traz à baila a dúvida se seria de fato uma medida de tratamento, ou uma forma de sanção impostas àqueles que fazem uso de entorpecentes, o que conseqüentemente acarretaria na violação do direito fundamental de liberdade e privação do direito de ir e vir.

Não raras as vezes, confundem a internação compulsória, que tem viés de tratamento, com a compulsória do âmbito do direito penal, que é imposto como forma de sanção por prática de determinada ilicitude, esta última, de fato, veda a liberdade de ir e vir por um tempo determinado, visto que possui um viés punitivo.

A Lei nº 10.216/2001, em seu artigo 6º⁷ elenca três tipos de internações, a voluntária, a involuntária e a compulsória, veja-se:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica

⁶MIGALHAS. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190805-05.pdf> > Acesso em: 28 de set. 2019.

⁷BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.



- I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
- II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

A internação voluntária, como o nome já sugere, é aquela aplicada com o consentimento do paciente, em que dependente escolhe se tratar. Por sua vez, a internação involuntária se dá sem a concordância do paciente, mas a pedido de um terceiro, sendo que este terceiro é usualmente um membro da família.

A internação compulsória também é considerada uma internação involuntária, entretanto deve ser determinada pelo poder judiciário, isto é, cabe ao juiz determinar tal internação, resguardando os direitos da pessoa, como, por exemplo, a observância do procedimento adequado.

A internação compulsória para dependentes químicos deve observar determinados requisitos, para que seja imposta de forma legal, atingindo assim sua finalidade de ordem pública, garantindo tratamento adequado e permitindo a ressocialização do indivíduo na sociedade, evitando desta maneira que seja usada apenas para fazer uma “limpa” das ruas.

Tais medidas envolvem inúmeros princípios constitucionais e direitos fundamentais conflitantes, o que será analisado no próximo capítulo de forma mais aprofundada.

2. UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFLITANTES NA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA.

O grande impasse quanto a constitucionalidade da internação compulsória se dá diante da suposta violação que tal medida traria aos usuários de drogas que se encontram morando nas ruas, uma vez que haveria a violação dos direitos fundamentais, como a inviolabilidade do direito à liberdade de ir e vir do indivíduo, autonomia da vontade da pessoa humana e, ainda, que tal medida seria utilizado apenas para “limpar” as ruas.

Por outro lado, a utilização da internação seria justificada, tendo em vista a necessidade da promoção do bem-estar social por parte do Estado, garantindo o mínimo existencial e promovendo o direito à saúde, à integridade física e à vida daqueles que se encontram em estado degradante.

A conquista dos direitos fundamentais é marcada pela evolução histórica-social feita de forma gradativa, em decorrência de movimentos sociais e políticos. O jurista tcheco,

chamado Karel Vasak⁸, desenvolveu a ideia das “três gerações” marcadas pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, conhecida e difundida mundialmente, nas quais são disciplinadas e, principalmente, asseguradas na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais têm como objetivo proteger e promover a dignidade da pessoa humana e são, ainda, reconhecidas como autênticas normas constitucionais de caráter vinculante para todos os poderes públicos⁹. Deste modo, tais direitos possuem características peculiares como a sua inviolabilidade, indisponibilidade, universalidade etc.

Contudo, mesmo diante de tais peculiaridades, os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, eles podem ser relativizados a depender do caso concreto. Há no ordenamento o que se chama de técnica da ponderação¹⁰ de valores, instrumentalizada a partir do manuseio da proporcionalidade, no qual nenhum direito pode se sobrepor a outro.

Desta maneira, havendo conflito ou incompatibilidade entre eles, precisa ser feita uma ponderação de acordo com cada caso, para então chegar a uma melhor solução.

Observa-se que, na internação compulsória temos de um lado o direito de ir e vir, a autonomia da vontade e de outro lado o direito à saúde, à vida, à integridade física e à promoção do bem-estar social por parte do Estado.

Seria um equívoco dizer que um direito deve preponderantemente prevalecer sobre outro. Cabe assim uma análise de cada um deles, para então chegar a uma solução adequada.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, consagra os direitos individuais e coletivos, assegurando dentre eles, a inviolabilidade ao direito à liberdade. A liberdade é um direito da primeira geração e se desdobra em diversos direitos, nos quais não serão todos elencados neste artigo, apenas no que tange a liberdade de locomoção - que engloba o direito de ir e vir e o de permanecer – disposto no inciso XV, veja-se: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens¹¹”

Tal direito comporta, em algumas situações, a sua intervenção, em que estão previstas no bojo da constituição ou em normas infraconstitucionais, podendo, portanto, sofrer limitações, desde que em hipóteses excepcionais, e que seja observado o devido processo legal, respeitando o contraditório e a ampla defesa. Podendo ainda, quando houver dentro do caso concreto, a fundamentação da sua restrição em outros princípios.

⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 40.

⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 306.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163.

¹¹ BRASIL, op. citt., nota2.



Neste sentido, a inconstitucionalidade da internação compulsória estaria presente, pois seria uma medida que fere o direito de liberdade do indivíduo, uma vez que esta liberdade apenas poderia ser restringida em hipóteses excepcionais, e, normalmente, é utilizada para aplicação de medida sancionatória, e por isso o estado de saúde dos dependentes químicos não poderia ser justificativa para a imposição da internação.

Ainda no que tange ao direito de liberdade, esta está ligada também a autonomia da vontade privada, ou seja, o indivíduo tem o direito de decidir pelos seus atos da vida civil, não podendo ser coagido a fazer aquilo que não deseja.

Ocorre que, apesar da autonomia da vontade estar diretamente ligada ao direito privado, é possível a sua aplicação no âmbito do direito público, principalmente no exercício dos direitos fundamentais. Verifica-se que de acordo com o Código Civil, a autonomia da vontade poderá ser privada quando o sujeito não possuir discernimento capaz para praticar atos da vida cível.

No presente artigo, foi abordado que os dependentes químicos possuem sua capacidade reduzida e por isso são considerados relativamente incapazes. Portanto, necessitam de proteção jurídica maior, e devem ser assistidos nas práticas dos atos da vida civil.

Por sua vez, tem-se o direito à vida, à saúde, à integridade física, que também encontram previsão expressa no artigo 5º da CRFB/88¹², e que de acordo com o §1º é garantido a aplicação imediata, isto é, as normas devem ser imediatamente efetivadas, concretizadas pelo poder público, sem a necessidade de intervenção legislativa.

O direito à vida está ligado ao direito a uma existência digna e é um dos direitos fundamentais mais importantes. Segundo o professor André Ramos de Tavares¹³, o direito à vida “ é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”, impondo desta maneira que o Estado garanta ao todos os indivíduos uma vida minimamente digna.

O direito à saúde, por sua vez, está garantido no artigo 6º da Carta Magna¹⁴, sendo estabelecido como direito social fundamental. Ademais os artigos 196 a 200¹⁵, igualmente previstos na Carta Magna, elencam o papel do Estado no que tange a assistência à saúde, que consiste, principalmente, em preservá-la, promovê-la e recuperá-la.

¹² BRASIL, op. cit., nota2.

¹³TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 569

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota2.

¹⁵ Ibidem.



Na mesma linha, a saúde é objeto de proteção na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU), implementada em 1948, na qual afirma que a saúde e o bem-estar da humanidade são direitos fundamentais do ser humano¹⁶. Do mesmo modo, há a sua proteção nos tratados e convenções dos quais foram reconhecidos e ratificados pelo Brasil.

Entretanto o que é visto, sobretudo nas grandes cidades, é a aglomeração de moradores de ruas e uma maior quantidade de contato com as drogas, sem qualquer amparo legal ou material. É atualmente uma questão que requer a atenção de todos os entes federativos, não havendo espaço para se esquivar das obrigações constitucionalmente previstas.

A falta de amparo por parte do Estado em relação ao tratamento de saúde, garantindo a sobrevivência digna, caracteriza afronta ao mínimo existencial, pois é dever do Estado o combate a proliferação de drogas e a prestação de assistência aos dependentes químicos.

No que tange a promoção do bem-estar social por parte do Estado, este também encontra fundamento da Constituição Federal, cuja finalidade é reduzir as desigualdades sociais e promover um modo de vida que leva a condições mais humanitárias. Dentro do cenário aqui apresentado, verifica-se que é papel do Estado atuar de todas as maneiras possíveis ao combate às drogas, seja evitando a sua venda, ou promovendo o tratamento adequado da dependência química.

Analisado os direitos fundamentais em tela, passa-se a discutir a constitucionalidade ou não da sua restrição devido ao alto grau de dependência química para fins de tratamento, considerando a edição do Decreto nº 46.313/19¹⁷, que prevê a possibilidade de internação compulsória.

3. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INTERNÇÃO COMPULSÓRIA

Conforme explanado, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto. Desta forma, não existe, em regra, direito que deva prevalecer sobre o outro, o que permite que em caso de tensão entre eles, sejam relativizados. A relativização admite que um direito se sobreponha a outro, isto é, que dentro de um caso concreto, um determinado direito seja limitado, mas desde que vise proteger ou assegurar outro valor constitucional.

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração De Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2020.

¹⁷ MIGALHAS. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190805-05.pdf> > Acesso em: 28 de set. 2019.



A melhor maneira para tanto é utilizando-se do postulado da proporcionalidade, que funciona como um instrumento importante para averiguar se determinada lei ou ato que restringe direitos fundamentais é válida. Através da técnica de sopesamento, será solucionado o conflito entre os direitos fundamentais, no qual decidirá qual é o mais adequado e, então, será possível averiguado se a intenção compulsória é um meio (in) constitucional.

Segundo apresentado no capítulo anterior, o que busca se ponderar na constitucionalidade ou não da internação compulsória como viés de tratamento, é a necessidade de resguardar a saúde, a integridade física dos dependentes que moram nas ruas e a sua liberdade de ir e vir.

A proporcionalidade de acordo com a teoria da ponderação, formulado por Robert Alexy, é examinada com a análise de três critérios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹⁸. Desta maneira, para considerar se há constitucionalidade na atuação estatal, é preciso apurar se estes três foram observados ou não.

Primeiro, verifica-se se está presente a adequação, e de acordo com o autor Marcelo Novelino¹⁹:

[...]A adequação envolve a análise do meio empregado e do objetivo a ser alcançado. Exige-se de início, a legitimidade de ambos (...) para ser legítimo o meio deve ser designado de modo preciso e ser juridicamente permitido, tanto em termos materiais como formais. (...) a legitimidade do objetivo também é aferida em dois passos. Primeiro, verifica-se qual o objetivo perseguido com a interferência e se ele se identifica com a situação fática para, em seguida, analisar sua admissibilidade jurídica. [...]

O critério da adequação, portanto, visa que o meio a ser utilizado seja legítimo para persecução do fim. Caso não seja, não foi atingido a proporcionalidade e deve ser considerado inválido. No presente artigo, o meio que se impõe é a internação compulsória para os usuários de drogas moradores de rua.

Conforme já analisado, a internação compulsória é o meio encontrado pelo legislador para o tratamento de usuários de drogas, visto que a dependência química é considerada doença, e nesse viés um problema de saúde pública.

Por sua vez, a necessidade, conforme pondera Marcelo Novelino²⁰:

[...]A necessidade impõe que, dentre os meios similarmente adequados para fomentar determinado fim, seja utilizado o menos invasivo possível (...) o teste da necessidade é feito em duas etapas: primeiro, verifica-se a existência de medidas alternativas

¹⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 92.

¹⁹NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 330-331.

²⁰Ibidem, p. 331.

similarmente eficazes para fomentar o fim almejado para, em seguida, analisar tais medidas são menos gravosas que a efetivamente adotada [...]

A necessidade está contemplada no tratamento eficaz a ser empregado aos dependentes químicos moradores de ruas que não possuem amparo familiar, tampouco econômico e se encontram vivendo em situação degradante.

E como último critério a ser analisado, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito, que visa analisar o grau de intensidade da intervenção em um direito fundamental e o de realização de outro fim. Nas palavras de Marcelo Novelinho²¹:

[...] a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. Os passos a serem observados são: 1) análise da intensidade da intervenção no princípio afetado; 2) verificação do grau de importância da satisfação do princípio promovido; e 3) avaliação da satisfação do princípio fomentado em face da intervenção no princípio restringido [...].

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito é necessária ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental.

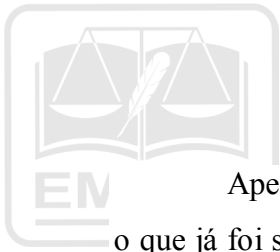
Aplicando a proporcionalidade, percebe-se que o resultado almejado é proporcionar aos dependentes químicos a ressocialização na sociedade, com o devido tratamento, assegurar a vida digna, e de forma indireta garantir a paz social. Como meio, a internação compulsória é a medida a ser utilizada para a solução de um problema de saúde, já que a dependência química é considerada uma doença crônica, o que acarreta na sua capacidade limitada. E a necessidade é a atuação de intervenção estatal no tratamento dos dependentes químicos.

Percebe-se, que a atuação do Estado por meio da intervenção compulsória, tem por finalidade garantir ao usuário de drogas uma vida digna, o que justifica a limitação ao direito de liberdade, ir e vir e autonomia da vontade, cujo fim é assegurar o direito à saúde, à vida, à integridade física.

Deste modo, alegar que a internação é inconstitucional simplesmente por violar o direito à liberdade do ser humano, é, de tal modo, desconhecer a real necessidade dessa população, que visivelmente encontra-se totalmente desamparada, em condições desumanas, buscando de qualquer maneira o consumo de drogas.

E por muitas vezes o Estado deixa de intervir, tendo em vista as críticas de violação ao direito de liberdade. Entretanto, não há como negar, que deixar de modo livre que o Estado intervenha como bem entender, violaria de fato o direito de liberdade.

²¹ Ibidem, p. 332-333.



Apesar de muitos negarem a internação sob o fundamento de ser considerada prisão - o que já foi superado - observou-se que não se trata de prisão, e sim de uma forma viável de tratamento hospitalar, desde que haja prescrição médica e que seja analisado o caso de forma individual pelo juiz. Ademais, o dependente químico não será tratado como criminoso, mas sim como doente mental, que está com a capacidade cognitiva reduzida, necessitando do amparo estatal.

Tanto é assim, que o Decreto nº 46.313/2019²² estabelece que, para atendimento à internação involuntária, devem ser observados determinados requisitos, como procedimento administrativo, a comprovação de impossibilidade de outras medidas terapêuticas, o respeito ao prazo máximo de noventa dias e a possibilidade de que em qualquer hipótese a família ou representante legal poderão solicitar a interrupção do tratamento.

Portanto, restou comprovado que a internação compulsória como meio de tratamento deve prevalecer, desde que seja utilizada observando os limites legais e objetivos impostos na lei, e com a única finalidade de garantir os direitos inerentes à pessoa humana.

Verifica-se ainda que a medida deve ser aplicada pelo Estado com muita cautela, na busca de prevenir e reprimir o avanço do uso ilícito de drogas, como vem ocorrendo nas grandes cidades.

Em virtude das considerações apresentadas, e à luz dos direitos fundamentais, observa-se que a internação compulsória de usuários de drogas não é inconstitucional, podendo ser aplicado pelo Estado, desde que como medida de tratamento e não sanção, e seja aplicada de forma adequada e que promova de fato a ressocialização do dependente na sociedade e nunca como uma forma de limpeza das ruas, nem como forma de abafar um problema social tão grave.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade demonstrar, sobre o viés jurídico, que a internação compulsória é constitucional, visto que o direito de liberdade abre espaço para a promoção da saúde, da vida e de um tratamento digno daqueles que necessitam de amparo estatal.

²² MIGALHAS. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190805-05.pdf> > Acesso em: 28 de set. 2019.



O tratamento previsto pelo legislador é possível desde que tenha como principal finalidade a desintoxicação do indivíduo, que exista um tratamento adequado e não haja violação de outros direitos para a sua imposição.

Vale ressaltar que a internação é um dos meios ao combate às drogas, mas não será utilizada para todos que habitam nas ruas ou façam uso de dependência química. Trata-se, portanto, de um meio excepcional e seguirá os ditames legais, bem como procedimento adequado e a intervenção do Ministério Público se necessário.

Ainda se pontua que a avaliação deve ser individual, e deverá ser determinada por decisão judicial.

Assim foi abordada a difícil busca social ao combate e tratamento de usuários de drogas, sobretudo daqueles que vivem em estado lamentável nas ruas.

Nesse sentido, destacou ainda que em grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, onde há as denominadas cracolândias e o consumo de drogas é feito ao ar livre, tornando a missão a este mal quase impossível. Por muitas vezes restando insuficiente apenas a possibilidade de internação compulsória.

Pontuou-se também que a dependência química se tornou um mal visível e, conseqüentemente, passou a ser tema abordado pelo ordenamento jurídico e pela Organização Mundial de Saúde. Isso porque tais indivíduos possuem sua capacidade limitada, já que o fato de permanentemente fazerem uso das substâncias químicas lhe ocasionam, na maioria das vezes, doenças psiquiátricas e transtorno mental, o que enseja enquadrá-los como relativamente incapazes ao cumprimento dos atos da vida civil.

Quanto à base normativa acerca do instituto aqui tratado, observa-se que a Lei nº 10.216/2001 e o Decreto nº 46.313/2019, bases normativas infraconstitucionais, que dispõem sobre as internações como meios de tratamento a serem adotado pelo poder público.

Ademais, foi explicado que a internação não é uma sanção imposta, como no direito penal, mas sim uma medida eficaz a ser aplicada em determinados casos, desde que seja observado laudo médico e a necessidade individual.

Trouxe à baila a discussão ainda, no que tangerem a possibilidade de internação compulsória como via adequada para que o Estado consiga promover um melhor estar social, combatendo e, principalmente, promovendo tratamento digno àqueles que mais necessitam.

Conforme abordado no decorrer deste estudo, há em destaque o direito à vida (à saúde), que é um direito social previsto na Constituição Federal. Além disso, é um dever do Estado garantir políticas sociais que visem a redução do risco de doenças, por isso deve o Estado agir de forma preventiva e repressiva, haja vista ser responsável em garantir a saúde pública.



Posto isto, foi utilizada da teoria da ponderação de Robert Alexy, para solucionar a colisão apurada entre direitos fundamentais, como direitos à liberdade, autonomia da vontade, o direito à saúde, à (crase) uma vida digna.

Desta ponderação, verificou-se, - tendo em vista a realidade do país, na qual o Estado não vem conseguindo medidas eficazes para diminuir as cracolândias – alegar apenas que a internação compulsória é via inadequada, por violar o direito de liberdade do indivíduo, e com isso não se mostra suficiente.

Por fim, depreende-se de estudo apresentado que a previsão de internação compulsória de dependentes químicos não vai de encontro com o ordenamento jurídico, desde que sejam respeitos os limites impostos tanto pela Constituição Federal quanto pelas leis infraconstitucionais. Assim sendo, conclui-se não se tratar de uma medida inconstitucional.

REFERÊNCIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. *Lei nº 10.216*, de 6 de abril de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

INFOESCOLA. Disponível em: < <https://www.infoescola.com/saude/dependencia-quimica/completo>, conforme consta na barra de endereços>. Acesso em: 27 set. 2019

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIGALHAS. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190805-05.pdf> > Acesso em: 28 set. 2019.



NAÇÕES UNIDAS. *Declaração De Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

PORTAL FIO CRUZ. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>> Acesso em: 24 set. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



A TAXATIVIDADE ESTABELECIDADA PELO LEGISLADOR NO ARTIGO 1.015 DO CPC E A INSTABILIDADE GERADA PELA DÚVIDA QUANTO ÀS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Fabiana Baptista Villa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela EMERJ

Resumo - para reduzir o número de agravos de instrumento submetidos aos Tribunais, o legislador alterou o regime de recorribilidade das decisões interlocutórias então vigente e estabeleceu um rol taxativo das hipóteses de cabimento do recurso (art. 1.015/CPC 2015). A norma, contudo, gerou decisões divergentes quanto ao seu alcance, o que levou o STJ a julgar o Tema 988, sob a sistemática dos recursos repetitivos, e a adotar a tese jurídica da taxatividade mitigada. Contudo, a uniformização de entendimento pretendida pela Corte não deverá ser alcançada, pois caberá aos Tribunais locais decidir, com base no critério da urgência, de natureza eminentemente subjetiva, se o agravo de instrumento deve ou não ser admitido naquele caso concreto, fora do elenco previsto na lei.

Palavras-Chave - Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Hipóteses de cabimento (art. 1.015, CPC). Taxatividade mitigada.

Sumário - Introdução. 1. A opção política do legislador de restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento por meio da instituição de um rol taxativo (art. 1.015, CPC). 2. A interpretação conferida pelo STJ ao artigo 1.015 do CPC como forma de adequar a norma legal às finalidades dessa espécie recursal. 3. A instabilidade jurídica gerada pela dúvida quanto ao cabimento do agravo de instrumento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão relativa ao cabimento do agravo de instrumento, após a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), com a análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, com destaque para o julgamento do Tema 988. Conforme se verá, a criação de um rol taxativo – inexistente no Código de Processo Civil revogado – revelou a preocupação do legislador com a utilização excessiva do agravo de instrumento pelas partes, o que contribuiu para agravar o problema da gestão do acervo de processos nos Tribunais e da consequente morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

Contudo, e apesar do nítido propósito do legislador, o Superior Tribunal de Justiça afastou a restrição normativa, para admitir a interposição do referido recurso fora das hipóteses expressamente previstas pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil. A Corte adotou, nessa



oportunidade (Tema 988), a chamada taxatividade mitigada, o que poderá gerar dúvida quanto ao cabimento ou não do agravo em situações concretas do cotidiano forense.

Assim, nesse cenário de incerteza sobre o âmbito de recorribilidade das decisões interlocutórias, e diante do risco de preclusão pela não interposição do agravo de instrumento, mostra-se relevante a abordagem do tema objeto do presente artigo. Vale dizer: até que a questão esteja de fato pacificada pela jurisprudência e pela doutrina, será válida a discussão sobre o exato alcance do artigo 1.015, do Código de Processo Civil.

Para a melhor compreensão da matéria, no primeiro capítulo se faz uma breve comparação entre o sistema de recorribilidade estabelecido pelo Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.925/1973) e o critério da taxatividade adotado pelo diploma processual vigente. Também é abordada a difícil tarefa de se promover a redução do número de agravos de instrumento em tramitação, sem que ocorra uma indevida restrição ao direito das partes de submeter, de imediato, determinadas questões ao Tribunal.

No segundo capítulo, a ênfase é dada às decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do artigo 1.015 do CPC/2015, em especial àquelas proferidas no julgamento do Tema 988, com a análise dos fundamentos adotados pelos Ministros da referida Corte para estabelecer a chamada taxatividade mitigada.

Por fim, no terceiro e último capítulo, a principal questão objeto de exame é a indesejada insegurança jurídica, gerada pela adoção da urgência como critério norteador do magistrado quanto o cabimento ou não do agravo de instrumento, fora das hipóteses expressamente elencadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Para a elaboração do presente trabalho será realizada pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa de livros e artigos jurídicos, bem como de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria. Em função da natureza do tema desenvolvido nesse artigo, a pesquisa terá caráter predominantemente descritiva.

1. A OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR DE RESTRINGIR AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR MEIO DA INSTITUIÇÃO DE UM ROL TAXATIVO (ART. 1.015, CPC)

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), diversos institutos receberam um tratamento legal bastante distinto daquele conferido pelo ordenamento processual então vigente (Lei nº 5.925/73). Dentre as inúmeras alterações



promovidas pela nova lei, destacam-se aquelas relativas ao cabimento do agravo de instrumento, recurso de inegável importância em nosso sistema processual.

Essas modificações revelam uma nítida preocupação do legislador em reduzir o número de agravos submetidos aos Tribunais, contribuindo assim para garantir ao jurisdicionado o direito à razoável duração do processo¹, previsto tanto pela Constituição da República (art. 5º, LXXVIII)², quanto pelo Código de Processo Civil (art. 4º)³. Afinal, conforme já assinalado por J. J. Gomes Canotilho⁴, “[...] a existência de processos céleres, expeditos e eficazes (...) é condição indispensável de uma proteção jurídica adequada”.

Na verdade, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, também houve um considerável esforço legislativo para aprimorar essa espécie recursal, tendo a disciplina do agravo de instrumento sofrido diversas e importantes alterações no período anterior à sua revogação⁵.

Contudo, apesar dessas sucessivas tentativas de aperfeiçoamento do instituto, a regra ao final prevista pelo artigo 522 do Código de 1973⁶ não se revelou adequada. Isso porque, nos termos desse dispositivo legal, admitia-se a interposição do agravo de instrumento sempre que a decisão proferida no curso do processo fosse apta a causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Tal critério, por envolver conceitos indeterminados, permitia uma ampla impugnação das decisões interlocutórias, o que gerou um volume massivo de agravos de instrumento nos Tribunais, com reflexos indesejáveis sobre a duração dos processos e, conseqüentemente, sobre a efetividade da prestação jurisdicional.

O processualista Humberto Theodoro Junior, no ano de 2004, já revelava grande preocupação com a questão referente à gestão do acervo processual e o tempo de tramitação das ações. Em artigo⁷ no qual aborda a relação entre a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, o autor tratou do problema nos seguintes termos:

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 260.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 652.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.). *Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 548.

⁶ BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 26 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/impresao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁷ THEODORO Jr, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 30 set. 2019.



é lastimável, mas não se pode deixar de reconhecer o regime caótico em que os órgãos encarregados da prestação jurisdicional no Brasil trabalham tanto do ponto de vista organizacional, como principalmente em torno da busca de solução para sua crônica inaptidão para enfrentar o problema do acúmulo de processos e da intolerável demora na prestação jurisdicional.

Nesse cenário, e tendo em vista que o número excessivo de recursos em tramitação nos Tribunais gera, como consequência direta, a indesejada demora na prestação jurisdicional, revelou-se imprescindível uma nova alteração dos critérios legais para a impugnação das decisões interlocutórias, a ser implementada pelo Código de Processo Civil de 2015.

A forma encontrada pelo legislador para reduzir o número imoderado de agravos de instrumento interpostos pelas partes – com fundamento na previsão genérica de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação (art. 522, CPC/73)⁸ – foi a instituição de um rol taxativo das hipóteses de cabimento do referido recurso. Essa solução já havia sido adotada pelo Código de 1939, como bem observou Cassio Scarpinella Bueno⁹:

importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo. O objetivo expresso, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto. Coerentemente – e a exemplo do que disciplinava o art. 842 do CPC de 1939 –, o art. 1.015 indica os casos em que o agravo de instrumento é cabível sem prejuízo de outras medidas a serem localizadas no próprio CPC de 2015 e nas leis extravagantes (art. 1.015, XIII).

De fato, a Comissão encarregada de elaborar o novo diploma processual civil fez constar expressamente da Exposição de Motivos o seu propósito de estabelecer regras consentâneas com o princípio constitucional da razoável duração do processo, por considerar que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça.”¹⁰

Trata-se de preocupação louvável, pois a demora excessiva na conclusão das ações judiciais não apenas põe em risco a efetividade do processo, como também contribui de forma significativa para o descrédito do Poder Judiciário perante a sociedade.

A importância da garantia constitucional estabelecida pelo artigo 5º, LXXVIII¹¹ também tem sido concretamente reconhecida pelos Tribunais, como se verifica a partir do

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622.

¹⁰ BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2.



acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 383776/AM. Na ocasião, afirmou-se que a demora excessiva – de dois anos e seis meses – para se proferir o despacho citatório em ação de execução de alimentos deve gerar, para o Estado, o dever de indenizar o jurisdicionado:

a administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. (...)

Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras.¹²

Inegável, portanto, a necessidade de se adequar as normas processuais à exigência constitucional de celeridade na prestação jurisdicional. Contudo, a fórmula adotada pelo legislador para restringir as hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias – e, conseqüentemente, diminuir o número de agravos interpostos – pode não se mostrar adequada a esse propósito.

Com efeito, diante da previsão de um rol taxativo, a alegação de urgência no reexame da questão pelo Tribunal deixa de ser um critério apto a legitimar a imediata recorribilidade da decisão interlocutória, tal como ocorrera na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Essa situação, como a experiência já revelou, terminou por promover a excessiva – e indesejada – utilização do mandado de segurança, em substituição ao agravo de instrumento, tal como pontuado por Gabriel Araújo Gonzales:

na vigência do CPC/1939, a defesa da taxatividade fez com que as partes se valessem de sucedâneos recursais para impugnar decisões interlocutórias não agraváveis, o que se deu principalmente por meio da reclamação, da correição parcial e do mandado de segurança. Tais expedientes se mostraram tão prejudiciais ao sistema que o período inicial do CPC/1973 foi marcado pela mais ampla liberdade para a parte impugnar as decisões interlocutórias por meio do agravo de instrumento. Em decorrência da enumeração casuística promovida pelo art. 1.015 do CPC/2105, a discussão volta à tona.¹³

Portanto, muito embora o critério da taxatividade adotado pelo legislador tenha decorrido da busca por regras capazes de assegurar, em última análise, o direito fundamental à

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1383776/AM*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1383776&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹³ GONZALES, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 383.



razoável duração do processo, o efeito dessa opção legislativa pode se revelar inadequado ao resultado pretendido.

Essa não é, contudo, a única crítica que a doutrina formula ao rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Segundo o processualista Fredie Didier Jr¹⁴, embora a ampliação das hipóteses legais de cabimento dos recursos possa, em alguma medida, comprometer a celeridade processual, o ordenamento jurídico deve sempre privilegiar a solução que assegure, de forma mais ampla, a observância ao devido processo legal e ao contraditório. Logo, deve ser vista com reservas eventual restrição imposta pela lei à recorribilidade das decisões judiciais.

De todo modo, e ainda que se possa questionar o critério da taxatividade imposto pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.015)¹⁵, é fora de dúvidas que esse regime restritivo de admissibilidade do agravo de instrumento foi uma consciente opção do legislador. E, mesmo ciente de que se estava diante de uma escolha deliberada do Poder Legislativo, o STJ concluiu pela necessidade de invalidação da limitação normativa.

Como se verá no capítulo 2, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos (Tema 988)¹⁶, que o agravo de instrumento poderá ser interposto, fora das hipóteses expressamente arroladas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, desde que demonstrada a situação de urgência no exame da decisão recorrida. Trata-se, na dicção dos Ministros da referida Corte, da chamada taxatividade mitigada, cujos contornos serão brevemente examinados no capítulo seguinte.

2. A INTERPRETAÇÃO CONFERIRDA PELO STJ AO ARTIGO 1.015 DO CPC COMO FORMA DE ADEQUAR A NORMA LEGAL ÀS FINALIDADES DESSA ESPÉCIE RECURSAL

Conforme visto no capítulo anterior, o rol taxativo estabelecido pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 decorreu de uma consciente escolha político-legislativa de restringir a utilização do agravo de instrumento e, conseqüentemente, diminuir o número de processos submetidos aos Tribunais.

¹⁴ DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 55.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema/Repetitivo nº 988*. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 11 set. 2019.



Entretanto, com a entrada em vigor da nova regra, logo surgiram questionamentos sobre a pretendida taxatividade, em razão da constatação de que decisões não previstas como agraváveis pela nova lei poderiam causar prejuízo às partes, caso não fossem passíveis de pronta impugnação por meio do agravo de instrumento.

Em relação à tentativa de instituir um rol exaustivo no artigo 1.015 do CPC/2015, a doutrina¹⁷ com propriedade já observava que “a riqueza de situações que podem surgir no dia a dia do foro escapa da inventividade do legislador”. Vale dizer: embora se tenha buscado abarcar na norma em questão todas as hipóteses de decisões interlocutórias que, por sua natureza, exigissem a imediata recorribilidade, diversas situações fáticas, que também deveriam admitir a interposição do agravo de instrumento, não foram incluídas no referido rol.

Justamente em razão dessa aparente inadequação normativa, a tese da taxatividade não foi aceita de forma tranquila, quer no âmbito da doutrina, quer no âmbito da jurisprudência. Entre os doutrinadores, o Professor e Desembargador Alexandre Freitas Câmara¹⁸ já sustentava a possibilidade de se conferir interpretação extensiva ou analógica ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

registre-se, porém, que a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de formas redacionais mais “abertas” –, interpretação extensiva ou analógica.

Assim, diante da controvérsia verificada nos Tribunais acerca da natureza do rol estabelecido pelo artigo 1.015 do CPC, e da conseqüente necessidade de pacificar a discussão sobre essa questão, foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT¹⁹ e nº 1.704.520/MT²⁰, sendo fixada a seguinte tese jurídica:

Tema 988: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.²¹

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 259.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 522.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.696.396/MT*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.704.520/MT*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 20 set. 2019.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16.



No REsp nº 1.696.396-MT, a controvérsia surgida na origem dizia respeito à competência do Juízo, bem como ao valor atribuído à causa. Já no REsp nº 1.704.520-MT, apenas a questão relativa à competência foi objeto da decisão agravada. Em conclusão, entendeu o STJ que, muito embora nenhuma das duas situações figurasse entre as hipóteses previstas nos incisos do artigo 1.015 do CPC, apenas a decisão em que se discutia a competência do Juízo poderia ser impugnada pela via do agravo de instrumento.

Isso porque, nesse caso, a impossibilidade de imediata submissão ao Tribunal da decisão interlocutória que acolhe (ou não) a alegação de incompetência causaria significativo prejuízo, não apenas às partes, mas também à efetividade do processo, conforme observado pela Relatora do referido recurso especial repetitivo, Ministra Nancy Andrighi:

não se pode olvidar que haverá, sim, um enorme desperdício de atividade jurisdicional em processo que tramita perante juízo incompetente e que precisará ser feito, ainda que parcialmente, em maior ou menor escala a depender de se tratar de incompetência absoluta ou relativa²².

Essa aptidão para causar prejuízo às partes e à própria atividade jurisdicional – caso postergado o exame da decisão interlocutória pela 2ª instância para o momento do julgamento da apelação – caracterizaria o elemento urgência, que foi apontado pelo Superior Tribunal de Justiça como o critério norteador a ser utilizado pelo magistrado, ao aplicar a tese da taxatividade mitigada.

Vale dizer: verificada a inadequação da impugnação da decisão interlocutória apenas como preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º, CPC), deverá ser admitida a interposição do agravo de instrumento, sob pena de violação às normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015.

E, conforme também destacado pela Ministra Relatora do Tema 988, essas situações devem ser analisadas casuisticamente, cabendo em um primeiro momento à parte verificar a presença do requisito da urgência, e, em seguida, ao Relator, que decidirá se está ou não efetivamente configurada a situação excepcional afirmada pelo agravante:

o cabimento do agravo de instrumento na hipótese de haver urgência no reexame da questão em decorrência da inutilidade do julgamento diferido do recurso de apelação está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um, da parte, que interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade²³.

²² BRASIL, op. cit., nota 16.

²³ Ibid.



A análise da decisão proferida pelo STJ no julgamento do Tema 988 revela, ainda, que a Corte não entendeu tecnicamente adequado que fosse conferida interpretação extensiva ou analógica ao artigo 1.015, do Código de Processo Civil, como forma de solucionar a equivocada taxatividade imposta pelo legislador.

Confira-se, a propósito, o que restou consignado na respectiva ementa do julgado sobre essa questão:

A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos²⁴.

E, embora a interpretação extensiva ou analógica do artigo 1.015 do Código de Processo Civil tenha sido refutada naquela ocasião, tal tese foi acolhida pelo próprio STJ em outra oportunidade, fora da sistemática dos recursos repetitivos²⁵. Afirmou-se que a alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência do Juízo são situações que se assemelham, razão pela qual devem receber o mesmo tratamento jurídico, admitindo-se, portanto, a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que versa sobre a competência do Juízo, com fundamento no inciso III do citado dispositivo legal.

Nesse cenário, é possível verificar que, muito embora a tese da taxatividade mitigada tenha sido firmada sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 988), a questão relativa à natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil deve continuar a gerar discussões e dúvidas entre os operadores do Direito.

Com efeito, nem mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça houve propriamente um consenso sobre a matéria. A partir da leitura dos votos, constata-se que a decisão proferida no julgamento do Tema 988 foi obtida por apertada maioria, após amplos debates, com argumentos relevantes apresentados pelos Exmos. Ministros que divergiram, para concluir no sentido da necessidade de se manter a taxatividade estabelecida pelo legislador.

Essa circunstância revela que o próprio Superior Tribunal de Justiça poderá ser levado a decidir novamente sobre o alcance do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, fixando interpretação distinta da ora adotada.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

3. A INSTABILIDADE JURÍDICA GERADA PELA DÚVIDA QUANTO AO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como visto, o elenco de hipóteses estabelecido no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, à luz da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não se afigura exaustivo, podendo o julgador ampliar o seu alcance, quando demonstrada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão apenas no recurso de apelação (Tema 988).

Tal como posta a questão, para além das hipóteses expressamente listadas no artigo 1.015 do CPC/2015, o que se passa a ter é que toda e qualquer decisão interlocutória estará, em tese, sujeita à interposição de agravo de instrumento, desde que presente o requisito da urgência. E, segundo a Ministra Nancy Andrigui, Relatora do Tema 988, tal verificação dependerá de uma análise casuística, e se realizará em duas etapas distintas, da seguinte forma:

o cabimento do agravo de instrumento na hipótese de haver urgência no reexame da questão em decorrência da inutilidade do julgamento diferido do recurso de apelação está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um, da parte, que interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade²⁶.

Vale dizer: em primeiro momento, competirá à própria parte verificar a presença do requisito da urgência, decidindo pela interposição do agravo em caso positivo. Em seguida, o exame será feito pelo Relator designado do recurso, que concluirá se está ou não efetivamente configurada a situação excepcional de urgência afirmada pelo agravante.

Não há dúvidas de que, nos termos desse entendimento, a análise quanto ao cabimento do agravo de instrumento será eminentemente subjetiva, o que poderá conduzir a um cenário de insegurança jurídica. Esse foi, inclusive, um dos argumentos apresentados pela ministra Maria Thereza de Assis Moura para divergir da tese da taxatividade mitigada, adotada no Tema 988:

A tese trará mais problemas que soluções, porque certamente surgirão incontáveis controvérsias sobre a interpretação dada no caso concreto. Como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar de modo subjetivo o que será urgência no caso concreto?²⁷

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁷ Ibid.



Aqui é importante também que se relembre que o julgamento do Tema 988 foi proferido por maioria apertada, com cinco votos divergentes, no sentido da necessidade de se manter a taxatividade (absoluta) imposta pelo legislador.

Nesse contexto, não se pode descartar uma mudança de entendimento, em um futuro próximo, no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que uma parcela considerável dos Ministros não se convenceu do acerto da tese que amplia as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, e termina por afastar a taxatividade imposta pelo Poder Legislativo.

Portanto, é inegável que essa possibilidade concreta de revisão da tese da taxatividade mitigada, reforçada pela forte divergência instaurada no julgamento do Tema 988, constitui um outro fator que poderá contribuir para a instabilidade jurídica quanto à questão que envolve a recorribilidade das decisões interlocutórias.

Há que se considerar, por outro lado, e conforme anteriormente mencionado, que embora as decisões proferidas sob a sistemática dos recursos repetitivos tenham força vinculante, o artigo 1.015 do Código de Processo Civil deve seguir gerando decisões divergentes nos Tribunais locais.

Ou seja: no caso específico do Tema 988, a finalidade precípua da referida técnica de julgamento – que é a de uniformizar a jurisprudência sobre determinada questão de direito – não deverá ser efetivamente alcançada. Segundo o Desembargador e professor Alexandre Câmara²⁸, os recursos repetitivos constituem “[...] uma técnica destinada a viabilizar a criação de precedentes vinculantes, a serem usados como padrões decisórios que terão de ser seguidos.”

Contudo, por estar a tese da taxatividade mitigada (Tema 988) atrelada ao exame da urgência, as decisões sobre o cabimento ao não do agravo sempre dependerão de uma análise subjetiva e casuística do Relator. Pouco provável, portanto, que se consiga atingir a padronização decisória que se buscava com a afetação do tema relativo à natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

E, além de não se alcançar um padrão decisório com a aplicação do Tema 988, os acórdãos proferidos em segunda instância, que versem sobre o cabimento do agravo de instrumento, podem nem sequer chegar a ser objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão do óbice imposto pela Sumula n. 7/STJ.

Basta pensar nas seguintes situações concretas. A primeira delas diz respeito à decisão que indefere o pedido de decretação de segredo de justiça. De acordo com a Ministra Nancy

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 552.



Andrigui²⁹, esta seria uma típica hipótese de cabimento de agravo de instrumento, a despeito de a hipótese não estar listada no rol do artigo 1.015 do CPC. A outra situação envolveria a decisão que indefere a produção de provas.

Ora, para avaliar se um feito deve tramitar em segredo de justiça, ou se determinada prova é indispensável para o deslinde da controvérsia, será necessário que se proceda à valoração pontual de fatos. Assim, quando o acórdão do Tribunal de Justiça vier a ser impugnado pela via do recurso especial é possível – provável, na verdade – que o Superior Tribunal de Justiça entenda incabível o recurso, com fundamento no enunciado da Súmula 7/STJ.

Abre-se, dessa forma, um caminho para que a questão relativa ao cabimento do agravo de instrumento seja decidida definitivamente pelas Cortes locais, retirando-se das mãos do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de unificar a interpretação da legislação federal (art. 1015/CPC), sua precípua missão constitucional, a teor do que prescreve o artigo 105 da Constituição Federal.

Logo, ao estabelecer um exame casuístico das hipóteses de recorribilidade das decisões interlocutórias – livre da taxatividade estabelecida pelo legislador – o Superior Tribunal de Justiça terminou por permitir que uma mesma norma jurídica (art. 1.015/CPC 2015) continue a ensejar decisões divergentes nos Tribunais locais. Dessa forma, jurisdicionados em situações idênticas poderão se ver submetidos a tratamentos jurídicos distintos, o que acarreta a indesejada insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida para a elaboração do presente artigo revelou que a escolha de um rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015/CPC 2015) foi o mecanismo encontrado pelo legislador para promover a redução do número de recursos submetidos aos Tribunais. Essa diminuição dos processos em trâmite, por seu turno, constituiria uma importante ferramenta para a concretização da garantia constitucional da razoável duração do processo.

Contudo, a experiência prática anterior demonstrou, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que a existência de um elenco exaustivo das hipóteses de admissibilidade do agravo de instrumento é ao final contornada pelas partes, por meio da

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.



indevida utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Logo, objetivamente, não se consegue alcançar com essa restrição à recorribilidade das decisões interlocutórias a pretendida redução do número de processos em tramitação nos Tribunais.

Além dessa indesejada consequência prática da adoção de um rol taxativo, o Superior Tribunal de Justiça também concluiu que a regra do artigo 1.015, tal como instituída pelo legislador, não seria compatível as normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015. Decidiu a Corte então, em sede de recursos repetitivos, pela necessidade de se assegurar às partes o direito à interposição do agravo de instrumento, fora das hipóteses expressamente previstas na lei, sempre que demonstrada a urgência no exame da decisão impugnada pelo Tribunal. Segundo a tese jurídica firmada no Tema 988, trata-se da chamada taxatividade mitigada.

Contudo, e embora os julgamentos realizados sob a sistemática dos recursos repetitivos tenham força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, no caso do Tema 988, não se deve conseguir alcançar a pretendida uniformização da jurisprudência. Tal como visto no capítulo 3, a aplicação da tese da taxatividade mitigada envolve o exame casuístico da urgência, o que impedirá que o artigo 1.015 do CPC/2015 receba uma interpretação efetivamente uniforme por parte dos Tribunais locais.

Logo, a decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (Tema 988), ao substituir o critério objetivo instituído pelo legislador por outro de natureza eminentemente subjetiva, deverá criar entre os operadores do direito um ambiente de incerteza quanto às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento – fora daquelas expressamente previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil – gerando a indesejada insegurança jurídica.

Portanto, a adoção da tese jurídica da taxatividade mitigada (Tema 988) parece não se revelar como o caminho adequado para corrigir eventuais falhas do modelo de recorribilidade estabelecido na lei, que restringe a possibilidade de interposição do agravo de instrumento apenas às situações previamente indicadas pelo legislador como agraváveis (art. 1.015, CPC).

Dessa forma, e considerando a função precípua atribuída a cada um Poderes da República, é possível concluir que o aperfeiçoamento do regime de impugnação das decisões interlocutórias deverá ser alcançado por meio de uma pontual reforma legislativa. Essa alteração contemplaria a ampliação do rol do artigo do 1.015 do Código de Processo Civil, para incluir outras hipóteses em que se configura a necessidade de imediata submissão da questão recorrida ao Tribunal.



Entre essas situações, podem ser citadas aquelas que envolvem a dúvida quanto à competência do Juízo ou, ainda, as decisões interlocutórias relativas ao requerimento de produção de provas. Nesses casos, aguardar que Tribunal decida sobre tais questões somente por ocasião do exame da apelação (art. 1.009, § 1º, CPC) poderá redundar em significativo prejuízo às partes e ao processo, em razão do elevado risco de anulação da sentença, com o consequente retrocesso da marcha processual.

De todo modo, e ainda que a tese jurídica firmada no Tema 988 não se mostre apta a uniformizar a questão relativa ao cabimento do agravo de instrumento, tal decisão teve a importante função de assegurar a imediata recorribilidade de decisões interlocutórias que, apesar de não constarem do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, mostraram-se capazes de causar prejuízo às partes, caso não fossem objeto de pronta impugnação.

Logo, ao firmar a tese da taxatividade mitigada, o Superior Tribunal de Justiça garantiu, em última análise, a compatibilidade da referida norma legal (art. 1.015) com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, até que se implemente a necessária alteração normativa, ou que sobrevenha novo entendimento da Corte acerca da matéria, poderão os litigantes utilizar a via recursal do agravo de instrumento, sempre que configurado o requisito da urgência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&iAllowed=y>>. Acesso em: 20. set. 2019

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Lei nº 5.869/*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.383.776/AM*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1383776&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 jan. 2020.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA: OBRIGAÇÃO DE RESULTADO OU ESTRATÉGIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Fabiana Santos de Souza

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – este artigo tem por objetivo abordar a Responsabilidade Civil do médico em caso de cirurgia plástica estética, visando identificar possíveis estratégias e afastar o dever de indenizar pela mera insatisfação do resultado. O presente estudo se fez a partir de pesquisa bibliográfica de doutrina, jurisprudência e legislações além de consulta aos dados estatísticos de órgãos oficiais. A pesquisa busca demonstrar a posição da doutrina e da jurisprudência acerca da responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica estética, tendo como base, ser tal obrigação de resultado, assim como os efeitos dessa responsabilização quanto à geração do dever de indenizar. Dados os esclarecimentos preliminares, resta possível a delimitação das questões-chaves que serão abordadas pelo presente tema: I. O sistema de responsabilidade civil brasileiro e a responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica estética; II. A natureza da responsabilidade objetiva e obrigação de resultado como fundamentos que favorecem o enriquecimento sem causa e a atuação do magistrado; III. Criação de estratégias visando o afastamento da responsabilidade civil do médico em caso de cirurgias plásticas e conseqüentemente a diminuição das demandas que objetivam o mero enriquecimento sem causa. Por fim, será revelado, de maneira sintética, que apesar da obrigação da cirurgia plástica ser tida como de resultado é possível afastar a responsabilidade civil do médico e conseqüentemente o dever de indenizar nos casos de mera insatisfação com o resultado pretendido.

Palavras – Chave – Direito Civil. Cirurgia Plástica. Obrigação de Resultado. Enriquecimento sem causa.

Sumário – Introdução; 1. O sistema de responsabilidade civil brasileiro e a responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica estética. 2. A natureza da responsabilidade objetiva e obrigação de resultado como fundamentos que favorecem o enriquecimento sem causa e a atuação do magistrado. 3. Criação de estratégias visando o afastamento da responsabilidade civil do médico em caso de cirurgias plásticas e, conseqüentemente, a diminuição das demandas que objetivam o mero enriquecimento sem causa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica. O Brasil ao lado dos EUA, apresenta o maior número de procedimentos desse tipo. Segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, em 2018, foram realizadas 1.050.945 cirurgias plásticas no Brasil. O objetivo desse estudo é o de discutir a posição do ordenamento jurídico brasileiro sobre a responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica

estética, tendo como base, ser tal obrigação de resultado. Ademais, serão discutidos os efeitos dessa responsabilização quanto à geração do dever de indenizar.

O tratamento pela cirurgia plástica constitui ato médico, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, que tem como finalidade o bem-estar físico e mental do paciente. O profissional na maioria dos casos se utilizando de meios tecnológicos, como programas de computadores, promete um resultado, o qual o paciente verifica uma imagem simulada, gerando em si um desejo de ver-se daquela forma.

Estabelece-se, portanto, uma relação contratual que deve ser pautada em princípios, dentre eles, o da ética.

Dessa forma, verifica-se que com o aumento no número de cirurgias plásticas, houve crescimento das demandas ao judiciário, visando à reparação por danos materiais e morais em decorrência de falhas no procedimento ou pela mera insatisfação do paciente.

Nesse contexto, no 1º capítulo serão realizadas considerações gerais acerca da responsabilidade civil adotada pelo código civil brasileiro, bem como o que vem prevalecendo na jurisprudência em relação a natureza da responsabilidade civil do médico cirurgião, em se tratando de cirurgias plásticas com fins estéticos, tendo como base a obrigação de resultado.

Ainda no 1º capítulo será analisado se o sistema de Responsabilidade Civil adotado pelo Sistema brasileiro, facilita de alguma forma que pacientes insatisfeitos somente com o resultado, busquem responsabilizar o médico como estratégia de vingança.

Dentro dessa perspectiva no 2º capítulo será verificado se a natureza da responsabilidade civil do médico e da obrigação de resultado nas cirurgias plásticas, ensejam o aumento de ações judiciais visando a obtenção de indenização e conseqüentemente o enriquecimento sem causa.

Outrossim, será analisado se o magistrado é capaz de diferenciar um caso do outro pela análise do contexto fático.

Ato seguinte, lastreados em todo o encadeamento lógico anterior, será avaliado, no 3º capítulo, a possibilidade de criação de estratégias visando o afastamento da responsabilidade civil do médico em caso de cirurgias plásticas estéticas com conseqüente diminuição das demandas judiciais que objetivam a aquisição de indenização.

Somado a isso será revelado de maneira sintética se o aumento do número de demandas levadas ao judiciário, buscando indenizações pela mera insatisfação pelo resultado da cirurgia, não seria uma forma abusiva de utilização da máquina pública, gerando gastos para o Estado, assim como o enriquecimento sem causa pelo demandante.



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 contará com informações construídas a partir de pesquisa bibliográfica, de amplo referencial teórico, além de consulta aos dados estatísticos de órgãos oficiais.

1. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

O presente capítulo tratará de tecer algumas considerações gerais a respeito da responsabilidade civil adotada pelo código civil brasileiro, dando ênfase aos casos da responsabilização dos médicos em casos de cirurgias plásticas estéticas.

Ademais, será discorrido se o sistema de Responsabilidade Civil adotado pelo sistema brasileiro faculta que, de alguma forma, o paciente insatisfeito com o resultado da cirurgia plástica estética busque responsabilizar o médico, civilmente, apenas como estratégia de vingança?

A responsabilidade civil tem como fundamento que aquele que violar um dever jurídico por meio da prática de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar o dano causado a outrem.

O Código Civil de 1916¹ previa a responsabilidade civil somente subjetiva em seu art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Já o código Civil de 2002² prevê a responsabilidade civil dividida em subjetiva e objetiva, em seus artigos 186 e 187, respectivamente.

Sendo assim, a Responsabilidade Civil tem seu fundamento no fato de que ninguém por ação ou omissão pode lesar interesse ou direito alheio.

¹BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11482313/artigo-159-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 19 out. 2019.

²BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.



Outrossim, a Responsabilidade Civil é a medida que obriga a pessoa a reparar o dano material ou moral causado a outrem, seja por negligência, imprudência ou imperícia com aferição de culpa, seja pela responsabilidade objetiva, a qual independe de culpa.

Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves³: “A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

Seguindo essa linha de pensamento, o doutrinador diz que a responsabilidade civil pode se dar de duas formas: contratual e extracontratual ou Aquiliana.

No que tange a responsabilidade civil do médico, em regra ela é contratual e subjetiva, pois decorre de uma obrigação de meio.

Dessa forma, o art. 14 do CDC⁴ em seu parágrafo 4º dispõe que a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa, ou seja, é permitido que o profissional prove que o dano sofrido ocorreu por fatores externos e alheios à sua atuação profissional.

Também dispõe a Resolução 1621 de 2001 do Conselho Federal de Medicina⁵ em seu Art. 4º “O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado”.

Nesse sentido, nas obrigações de meio, para se restar configurado o dever de indenizar, há de se ter uma conduta comissiva ou omissiva que tenha nexo de causalidade com o dano sofrido pela vítima.

Todavia, diversamente da regra geral, o Superior Tribunal de Justiça e a doutrina entendem que a obrigação nos casos de cirurgia plástica estética, é de resultado, com conseqüente responsabilidade civil objetiva do médico⁶.

Nesse sentido, observa-se que os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um problema estético, pois se encontram insatisfeitos seja fisicamente ou psicologicamente. Interessa-lhes, portanto, o resultado.

³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, Responsabilidade. 7. ed. V. 7. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 244.

⁴BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁵BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1621*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁶CONJUR. Superior Tribunal de Justiça. *Cirurgião plástico deve garantir êxito do procedimento estético*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/cirurgiao-plastico-garantir-exito-procedimento-estetico>>. Acesso em: 19 de out. 2019.



A Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP)⁷ define cirurgia plástica como: “um tipo de cirurgia plástica empregada para remodelar as estruturas normais do corpo, especialmente para aprimorar a aparência e a autoestima do paciente.”

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸ ao prever como princípio fundamental a dignidade humana, permitiu que pacientes visando melhor estar físico e/ou mental se submetam a cirurgias plásticas estéticas.

Sendo assim, verifica-se que resta incontroverso o fato de que a relação contratual estabelecida entre o médico e paciente em casos de realização de cirurgia plástica é de resultado.

Todavia, mesmo sendo uma obrigação de resultado, há de se pontuar que não é absoluto e incontroverso a aplicação da responsabilidade civil objetiva ao médico, gerando o dever de indenizar.

Há entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça⁹ no sentido de que nas obrigações de resultado, como nos casos de cirurgia plástica de embelezamento, cabe ao profissional demonstrar que eventuais insucessos ou efeitos danosos (tanto na parte estética como em relação a implicações para a saúde) relacionados à cirurgia decorreram de fatores alheios a sua atuação. Essa comprovação é feita por meio de laudos técnicos e perícia.

Somado a isso, vale ressaltar que, embora a obrigação seja de resultado e que o médico tenha assumido um resultado específico, a doutrina e a jurisprudência entendem que a responsabilidade civil pode ser obtida por meio da inversão do ônus da prova, cabendo ao médico comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores alheios à sua atuação profissional.

Dessa forma o sistema brasileiro faculta em parte que o paciente insatisfeito com o resultado da cirurgia plástica estética busque responsabilizar o médico, civilmente, apenas como estratégia de vingança. Pois o paciente ao acreditar que a obrigação é de resultado, é induzido a crer que o médico será responsabilizado civilmente independente de circunstâncias a serem avaliadas.

Portanto, conclui-se que os casos de mera insatisfação ou frustração dos pacientes com os resultados obtidos em cirurgias plásticas não devem ser vistos como motivos ensejadores

⁷ ANDRE, Fernando. Cirurgia plástica após grande perda ponderal. *Revista Brasileira Cirurgia Plástica*, Santa Catarina, v. 25, n. 3, p. 532-539, set. 2010.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.442.438*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155543911/recurso-especial-esp-1442438-sc-2014-0058312-9>>. Acesso em: 19 out. 2019.

para a responsabilização civil do médico, mas sim expectativas irreais que se tinha antes da cirurgia.

2. A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO COMO FUNDAMENTOS QUE FAVORECEM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Na sequência será tratada se a natureza da responsabilidade civil do médico e da obrigação de resultado nas cirurgias plásticas estéticas, ensejam o favorecimento do enriquecimento sem causa e se o magistrado é capaz de discernir um caso do outro pela análise do contexto.

De acordo com o art. 14 parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor¹⁰ a responsabilidade do médico é subjetiva, mesma nas hipóteses de cirurgia plástica, uma vez que a responsabilidade civil deve ser apurada mediante a aferição da culpa do profissional.

Todavia, as cirurgias plásticas são divididas em reparadora e estética. Sendo assim, tanto a jurisprudência como a doutrina consolidaram entendimento de que na primeira a obrigação é de meio, enquanto na segunda a obrigação é de resultado.

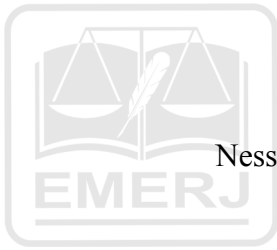
Na modalidade de obrigação de meio, há um compromisso do profissional pela utilização de todos os meios disponíveis em consonância com a técnica e a ética para se alcançar um resultado, mas em caso de não cumprimento e não sendo verificada a culpa, entende-se que não haverá responsabilização com o consequente dever de indenizar.

Por outro lado, em se tratando de obrigação de resultado, a jurisprudência entende que o médico assume o compromisso de entregar o resultado embelezador prometido, fato este que não o conseguindo poderá ensejar o dever de indenizar, conforme verificado na apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹¹.

Oportuno considerar que nos dias atuais o profissional médico na área de cirurgia plástica, promete determinado resultado, prevendo inclusive, detalhes para o cumprimento estético procurado. Estabelecendo-se assim, uma relação contratual entre médico e paciente que deve ser honrada.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

¹¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 1105472*. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Disponível: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-n-373/cirurgia-estetica-2013-obrigacao-de-resultado>>. Acesso em: 09 jan. 2020.



Nesse sentido, Sergio Cavaliere¹² defende:

não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis.

Insta mencionar que ao se contratar uma cirurgia plástica se está diante de questões subjetivas, uma vez que o cirurgião lida com o corpo de um ser humano e percepções diferentes de beleza. O resultado de uma cirurgia para um indivíduo pode ser bom e para outro não.

Em alguns casos se verifica que o resultado da cirurgia na visão do cirurgião foi satisfatório, todavia o paciente por algum problema eventual não fica satisfeito com o ele.

Ademais o cirurgião ao realizar qualquer tipo de cirurgia, seja ela estética ou não, estará diante da possibilidade da ocorrência de fatores incertos o que por si só exclui a cobrança de um resultado específico.

Seguindo essa linha de pensamento, o autor Gustavo Borges¹³ discorre acerca desse assunto:

O risco cirúrgico é característica intrínseca do ato cirúrgico e da própria investigação científica, não se podendo afirmar certeza absoluta sobre quais serão as respostas diagnóstico-terapêuticas do paciente, ainda que o médico tenha agido com extremo rigor na diligência, cuidado e em observância às técnicas indicadas pelo mais atual conhecimento científico.

Ademais, não se pode confundir a obrigação de resultado, com a responsabilidade civil objetiva. Posto que, quando o cirurgião plástico promete um resultado em contrato e não cumpre, o defeito está na informação e não no serviço prestado. Faz-se necessário diferenciar o dano causado por não alcançar o resultado prometido do dano relacionado a erro na execução do serviço, o qual se comprovará com análise da culpa.

Atualmente, verifica-se um crescimento significativo de demandas judiciais contra médicos cirurgiões plásticos, em busca de uma reparação judicial decorrente de uma expectativa frustrada com o resultado de cirurgia plástica estética.

Ocorre que apesar da cirurgia plástica estética ser considerada uma obrigação de resultado pela doutrina e jurisprudência, o seu não êxito por si só não gera indenização e

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 378.

¹³ BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 305.

consequentemente o enriquecimento sem causa, uma vez que a culpa do médico é presumida e o magistrado deverá inverter o ônus da prova.

Nesse sentido, temos o posicionamento do autor Gustavo Borges¹⁴:

propõe-se a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que respeitada a necessidade de apuração dos pressupostos de responsabilidade civil, cabendo ao cirurgião plástico provar que agiu de modo a cumprir os deveres jurídicos essenciais, atuando de forma diligente, prudente e cuidadosa em relação ao paciente em todo o processo pré, trans e pós-operatório.

Desse modo, entende-se que o magistrado pode e deve analisar caso a caso, cabendo a ele a verificação do conjunto probatório que deverá demonstrar se a cirurgia estética alcançou, o seu fim, que é a melhora da aparência.

No mais restando incontestado o não alcance do resultado embelezador prometido com a realização da cirurgia plástica, poderá o juiz levando em consideração a vedação ao enriquecimento sem causa, utilizar-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para aplicar o quantum indenizatório.

3. CRIAÇÃO DE ESTRATÉGIAS VISANDO O AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASO DE CIRURGIAS PLÁSTICAS E, CONSEQUENTEMENTE, A DIMINUIÇÃO DAS DEMANDAS QUE OBJETIVAM O MERO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Neste capítulo, será analisado se nos casos de cirurgia plástica estética existem estratégias para afastar a responsabilidade civil do médico em caso de mera insatisfação do paciente com o resultado da cirurgia visando à diminuição das demandas judiciais objetivando meramente o enriquecimento sem causa.

É notório que nos últimos anos, o culto ao corpo perfeito, se tornou uma obsessão, ocasionando uma busca desenfreada por cirurgias plásticas estéticas.

A Resolução 1621/2001¹⁵ do Conselho Federal de Medicina aponta em seu artigo 2º que “o tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social”.

Portanto, estabelece-se uma relação contratual que deve ser pautada em princípios, dentre eles, o da ética. Conforme aponta Sergio Cavalieri Filho¹⁶:

¹⁴ Ibid., p. 299.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 5.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade Civil*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.489.



ênfatiza-se, uma vez, que os médicos, como prestadores de serviços que são, não estão fora da disciplina do Código de Defesa do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à da responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor — informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus prova etc.

Verifica-se que a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica¹⁷, divulgou um relatório da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica com números sobre cirurgia plástica ao redor do mundo. Nesse relatório foi informado que no ano de 2012 foram realizadas 23 milhões de cirurgias plástica, elevando o Brasil a ocupar posição de destaque, uma vez que foi o país que mais realizou procedimentos cirúrgicos, ficando a frente dos EUA com 1.491.721 do total.

Outrossim, em 2018 segundo dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica¹⁸ o Brasil manteve índice elevados de cirurgias plásticas, sendo realizadas 1.050.945, mantendo sua posição ao lado dos EUA.

Diante desse quadro, o número de demandas judiciais aumentaram em busca de reparação por danos materiais e morais em decorrência de falhas no procedimento ou pela mera insatisfação do resultado. Por esse motivo, faz-se necessária a reflexão acerca de estratégias que visam o afastamento da responsabilidade civil do médico.

Importante considerar que conforme descrito anteriormente a posição atual da jurisprudência aponta para uma obrigação de resultado a do cirurgião plástico, tornando inclusive cada vez mais rígida a relação médico-paciente, reduzindo-a a relação consumerista e contratual.

Nesse sentido dispõe o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹⁹ ao afirmar que “ a cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta”.

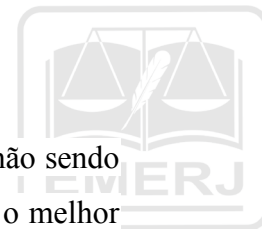
Todavia a medicina seja qual for o ramo de atuação, lida com o corpo humano que é complexo e pode apresentar reações diversas e inesperadas.

A convicção de que a cirurgia plástica estética é feita em um organismo saudável, não pode prevalecer, uma vez que qualquer procedimento médico está sujeito a álea.

¹⁷SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *De acordo com a ISAPS, Brasil lidera ranking de cirurgias plásticas no mundo*. Disponível em: < <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2014/07/29/de-acordo-com-a-isaps-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mundo/>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁸Id. *Situação da Cirurgia Plástica no Brasil*. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Apresentac%CC%A7a%CC%83o-Censo-2018_V3.pdf> Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1325254*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj/inteiro-teor-24712656?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 09 jan. 2020.



Ante o exposto estando o risco presente em toda a intervenção cirúrgica e não sendo possível seguir um padrão uniforme em todos os pacientes, deverá o médico adotar o melhor tratamento e a melhor técnica que estiver a seu alcance, fazendo constar no contrato e no termo de consentimento livre e informado ampla informação sobre os efeitos e possíveis resultados a serem obtidos com a realização da cirurgia plástica.

A necessidade do termo de consentimento informado encontra fundamento na Constituição Federal em seu art 5º inc XIV²⁰ que diz “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Também encontra respaldo em legislações infraconstitucionais como no Código de Defesa do Consumidor em seu art 6º inc III dispõe: “ a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”²¹.

Insta salientar que o Termo de Consentimento Informado é ato médico personalíssimo e deve constar do contrato de prestação de serviço. Se ausente, a culpa do médico é presumida, dispensando a comprovação de nexo causal, gerando por si só dano moral *in re Ipsa*.

Somado a isso, o profissional médico habilitado deverá sempre agir com perícia, prudência e diligência em todas as fases do tratamento, ou seja, no pré-operatório, na internação cirúrgica e no pós-operatório.

Além disso, o ato médico do cirurgião plástico não deve sofrer a mesma cobrança obrigacional pela entrega de um resultado como o de um outro serviço mercantil.

Nessa linha, a Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADPF nº532²² dispõe a seguinte reflexão: “ Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro.”

Portanto conclui-se que o magistrado diante do julgamento da responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica estética deverá analisar o caso concreto, podendo aplicar a inversão do ônus da prova. Restando provado que o médico foi diligente quanto às informações prestadas ao paciente e que não houve erro na execução, é possível afastar o dever de indenizar por mera insatisfação com o resultado pretendido.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 8.

²¹BRASIL, op. cit., nota 4.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 532. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+532%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y94p6q7e>>. Acesso em: 25 set. 2019.



Este artigo se propôs a discutir a responsabilidade civil do médico em casos de cirurgia plástica, apontando como problemática essencial a obrigação de resultado como base para tal responsabilização.

A discussão se materializou em torno da demonstração do posicionamento da doutrina e da jurisprudência no tange aos efeitos dessa responsabilidade quanto a geração do dever de indenizar e a possível criação de estratégias visando diminuir as indenizações por mera insatisfação com o resultado e conseqüentemente o enriquecimento sem causa do demandante.

De um lado, verifica-se que o Conselho Federal de Medicina entende que a cirurgia plástica estética é um ato médico e como toda a prática médica constitui obrigação de meio, estabelecendo-se dessa forma uma responsabilidade subjetiva do médico.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência, entendem que a obrigação nos casos de cirurgia plástica estética, é de resultado, com conseqüente responsabilidade civil objetiva do médico.

Esse entendimento por sua vez vai de encontro ao que defende a classe médica, pois nem sempre o resultado é alcançado, uma vez que o corpo humano é imprevisível, estando sujeito a álea como qualquer procedimento cirúrgico.

Na prática embora o entendimento doutrinário e jurisprudencial seja no sentido de que a responsabilidade civil do médico é objetiva em casos de cirurgia plástica estética, verificou-se nesse estudo que é possível a utilização de estratégias pelo magistrado visando afastar o dever de indenizar pela mera insatisfação do resultado.

Nesse sentido é observado que a cirurgia plástica estética implica obrigação de resultado, existindo presunção de culpa do médico que poderá ser afastada pelo magistrado ao verificar no caso concreto que ele cumpriu com o dever de informação. Ademais o julgador poderá fazer uso da inversão do ônus da prova, onde caberá ao médico afastar a sua culpa pela demonstração de fatores externos e alheios a sua vontade, tais como: culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior.

Portanto para que ocorra a responsabilização do médico em casos de cirurgia plástica estética, a mera insatisfação com o resultado não deve ser fundamento por si só para gerar o dever de indenizar, visto que o exercício da medicina não é uma ciência exata.

Conclui-se que a cirurgia de cunho estético deveria gerar uma obrigação de meio e não de resultado. Não devendo o cirurgião plástico responder civilmente pela mera insatisfação com o resultado, caso tenha agido com prudência, perícia e diligência.

REFERÊNCIAS

ANDRE, Fernando. Cirurgia plástica após grande perda ponderal. *Revista Brasileira Cirurgia Plástica*, Santa Catarina, v. 25, n. 3, p. 532-539, set. 2010.

BARÇA, Marcelo. *Cirurgia plástica estética implica obrigação de resultado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/opiniao-cirurgia-plastica-estetica-implica-obrigacao-resultado>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014, Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1621. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 09 jan. 2020.

BORGES, Oléria. *A responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59485/a-responsabilidade-civil-do-medico-na-cirurgia-plastica-estetica>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11482313/artigo-159-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>>. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

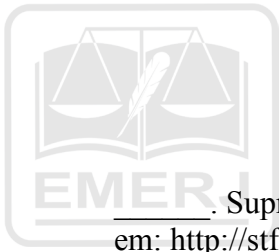
_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1621*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.442.438*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155543911/recurso-especial-resp-1442438-sc-2014-0058312-9>>. Acesso em 19 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 1105472*. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Disponível: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-n-373/cirurgia-estetica-2013-obrigacao-de-resultado>>. Acesso em: 09 jan. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº532*. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+532%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y94p6q7e>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1325254*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj/inteiro-teor-24712656?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.180.815/MG*. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 26-08-2010. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 25 de Maio de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Responsabilidade Civil*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONJUR. Superior Tribunal de Justiça. Cirurgião plástico deve garantir êxito do procedimento estético. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/cirurgiao-plastico-garantir-exito-procedimento-estetico>>. Acesso em: 19 out. 2019.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Responsabilidade*. 7. ed. V. 7 São Paulo. Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. A responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos de Bauru*, n. 39, p. 506-511, jan. /abr. 2004.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. *O Dano estético. Responsabilidade Civil*. 2. ed. Ver; atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.



PEREIRA, Juliana Silva Vidal. *Introdução à cirurgia plástica e reparadora. Caderno de Estudos*. W. Educacional. Brasília, 2011. Disponível em <http://lms.ead1.com.br/webfolio/Mo4134/mod_introducao_a_cirurgia_plastica_e_reparadora_v1.pdf> Acesso em 09 jan. 2020.

RABINOVICK-BERKMAN, Ricardo. *Responsabilidad del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

SANTOS, Isabella. *A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77275/a-responsabilidade-civil-do-cirurgiao-plastico-nas-cirurgias-esteticas>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *De acordo com a ISAPS, Brasil lidera ranking de cirurgias plásticas no mundo*. Disponível em: <<http://www2.cirurgia-plastica.org.br/2014/07/29/de-acordo-com-a-isaps-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mundo/>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. *Situação da Cirurgia Plástica no Brasil*. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Apresentac%CC%A7a%CC%83o-Censo-2018_V3.pdf> Acesso em: 09 jan. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

TRENTIN, Erika. *Erro médico na cirurgia plástica responsabilidade subjetiva do cirurgião plástico obrigação de meio*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/erro-medico-na-cirurgia-plastica-responsabilidade-subjetiva-do-cirurgiao-plastico-obrigacao-de-meio>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, 7. ed. V. II., Coimbra: Almedina, 2011, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. V. 4. São Paulo: Atlas S.A., 2003.



A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Felipe Luiz Fernandes da Silva

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo- o presente artigo acadêmico analisará se há, ou não, a necessidade da proibição da doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, não por causa da constante escassez nos estoques de sangue dos estabelecimentos hospitalares do Brasil, mas por causa da possibilidade de o sangue desses homens representar, ou não, algum perigo aos receptores. Caso essa possibilidade seja confirmada, discutir-se-á sobre outra possibilidade ou impossibilidade: a de declaração de inconstitucionalidade do art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, que considera inaptos temporários por doze meses homens que tiveram relações sexuais com outros homens.

Palavras- chave- Doação de sangue. HSH. Portaria nº 158/2016. ADI nº 5543. Igualdade. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário- Introdução. 1. A importância e a urgência da doação de sangue. 2. O art. 64, IV, da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 que tramita no Supremo Tribunal Federal. 3. As recentes manifestações populares no Rio Grande do Norte. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Existe uma carência dos bancos de sangue no Brasil. Porém, vigora a vedação à doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens, estabelecida pela Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde. Esses homens são impedidos de doar sangue sob o argumento de inexigibilidade de conduta diversa por parte do estabelecimento médico-hospitalar coletor, que não pode descumprir a referida norma legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, tanto no *caput* como no inciso I, prevê o princípio da isonomia ou da igualdade, afirmando que todos são iguais perante a lei e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A Carta Magna prevê também, no artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios constitucionais são fundamentais em um Estado Democrático de Direito, que é o Brasil, e irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico pátrio. Assim, todas as normas infraconstitucionais, bem como, no caso, a aludida Portaria do Ministério da Saúde, precisam estar adstritas aos mandamentos da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Importante esclarecer que, embora se saiba que o princípio da igualdade tenha uma íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o fato de se conferir igual tratamento às pessoas é o mesmo que se conferir a elas igual dignidade, o presente artigo acadêmico se absterá de fazer uma análise mais aprofundada sobre as semelhanças entre esses dois princípios ou as diferenças que possam existir entre eles.

Outro ponto que deve ficar bem claro é que qualquer distinção deve se basear em fatores objetivos (externos) – como, por exemplo, fatos e características visíveis – e não em fatores subjetivos (internos) – como a orientação sexual. Se o ordenamento jurídico é no sentido de vedar a doação de sangue por um grupo específico de pessoas, então que essa vedação se baseie em critérios objetivos, como a não ocorrência de determinado fato, e não em critérios subjetivos, como a orientação sexual.

Por fim, e antes de se adentrar no primeiro capítulo, é importante frisar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 estava parada desde 2018, sem previsão de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Excelsa Corte resolveu dar andamento ao processo exatamente no momento em que este artigo científico estava sendo produzido, no primeiro semestre de 2020. Logo, as análises e argumentos suscitados neste trabalho acadêmico não levarão em consideração o resultado do julgamento da ADI nº 5543 pela Suprema Corte Judiciária brasileira.

Noutras palavras, se o Supremo Tribunal Federal tivesse julgado constitucional ou inconstitucional a norma do Ministério da Saúde que veda a doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens nos doze meses anteriores à doação de sangue, a posição defendida neste artigo acadêmico continuaria a mesma, sem levar em consideração o resultado do julgamento da ADI nº 5543.

1. A IMPORTÂNCIA E A URGÊNCIA DA DOAÇÃO DE SANGUE

Há países em que a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é permitida. O tempo de abstinência da relação homossexual antes da doação varia de acordo com as normas estabelecidas em cada país. Estudos realizados por agências de saúde pública de determinado país mostraram que a autorização para a doação de sangue desses homens não aumentou o risco de transmissão do vírus da aids ou de outras doenças. Ocorre que esses estudos se baseiam em resultados imediatos ou quase imediatos, e não mostram as consequências dessas doações nas pessoas que receberam o material sanguíneo depois de ter



se passado bastante tempo – por exemplo, vinte anos, trinta anos – após a doação, para se saber, com cem por cento de certeza, se essas doações são, de fato, inofensivas.

Toda bolsa de sangue doada é, obrigatoriamente, examinada antes de o sangue doado ser transferido para a pessoa que receberá o material sanguíneo. Esse exame é para saber se o sangue doado está, ou não, infectado com alguma doença. Diante disso, a pergunta que se deve fazer é se há mesmo a necessidade de uma vedação legal às doações de sangue direcionadas a um grupo específico de pessoas.

Suponha-se que um homem que teve relacionamento sexual com outro homem nos últimos doze meses resolva mentir no preenchimento do questionário antes da triagem, omitindo essa informação, e, depois, minta novamente durante o questionamento feito pelo médico plantonista responsável pelo procedimento prévio à doação. Nada ou ninguém teria meios eficazes de saber a verdade sobre a vida sexual pregressa desse sujeito e, por isso, ele não seria impedido de doar sangue em seguida. Isso porque o exemplo suscitado se refere a um só homem.

Imagine-se agora que um grande número de pessoas desse grupo resolva fazer o mesmo, omitindo informações sobre a vida sexual pregressa, dizendo, de forma inverídica, que nunca fez sexo com outro homem ou que o fez há mais de 12 meses. Nesse caso, a doação ocorrerá normalmente, sem que nenhum profissional do estabelecimento naquele momento possa dela suspeitar ou impedi-la.

Importante deixar claro aos defensores da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde¹, que eventual decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido não deverá se dar pela escassez dos bancos de sangue, mas somente diante da comprovação de que o sangue doado por homens de orientação sexual homoafetiva não represente qualquer perigo à saúde pública.

Isso porque, mesmo que o aludido dispositivo legal seja declarado inconstitucional pelo STF e tais homens sejam, enfim, autorizados a doarem sangue, mesmo assim os estoques de sangue brasileiros provavelmente continuarão trabalhando com uma margem baixa de disponibilidade.

Noutras palavras, o grande motivador, a inspiração do presente artigo científico não é o baixo número de bolsas de sangue disponíveis nos estoques dos estabelecimentos hospitalares do Brasil, mas consiste em saber se o sangue doado por homens homossexuais

¹ BRASIL. *Portaria nº 158*, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

não será nocivo à saúde de quem o recebe e se essa “segregação”, diga-se, fere ou não os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É por esses motivos que deve haver uma discussão séria sobre a real finalidade e a necessidade da vedação imposta pela Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde.² Não apenas proibir por proibir, mas entender a complexidade e os riscos que envolvem a autorização ou não da doação de sangue por homens que fazem parte desse grupo específico de pessoas.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfsgnag Sarlet³ ensina que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia), que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos. Precisamente nessa senda é que se poderá sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com a lição de Pérez Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.

E sobre o princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ preconiza que:

[...] a igualdade é o princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos. (...) Em suma: sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente.

Diante dos ensinamentos desses dois renomados pensadores, seria correto afirmar que, embora a vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens seja estabelecida por norma legal, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana não estão sendo observados? Isso será analisado nos capítulos seguintes.

É notório que doar sangue é um ato de solidariedade. Diariamente, milhares de pessoas no Brasil necessitam de sangue em atendimentos de urgência que realizam transplantes e cirurgias. O brasileiro é vocacionado a ser doador e, naturalmente, responde aos chamados das campanhas promovidas pelo poder público mediante a mídia.

² Ibid.

³ NOVAIS, apud SARLET, Ingo Wolfsgnag. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 25. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 23 e 25.



O Brasil hoje trabalha com uma taxa de 1,8% da população doadora.⁵ Isso significa que entre dezoito e dezenove pessoas em cada mil habitantes da população brasileira doam sangue. Isso mostra o que preconiza a Organização Mundial da Saúde, que diz que o país deve ter pelo menos um doador em cada mil habitantes da sua população. Obviamente, quanto mais se ampliar esse número, melhores serão as condições de atendimento, mas dentro de um bom senso, para não colher mais sangue do que o necessário para atender à demanda. Nessa proporção de 1,8%, o Brasil hoje está relativamente confortável. Embora o governo venha trabalhando nessa questão, a expectativa é de que, em um médio prazo, essa taxa aumente para 2,2% de doadores na população.

Essas doações são equivalentes a uma média de três milhões e setecentas mil bolsas de sangue doadas por ano.⁶ Isso tem sido suficiente para manter os estoques dos bancos de sangue em um nível relativamente seguro. Contudo, se for possível ampliar esse número de bolsas doadas, poder-se-á oferecer mais atendimentos às aludidas demandas de urgência, dos transplantes e às cirurgias, desde que essa ampliação não seja feita de forma inconsequente, evitando-se que, no futuro, haja um arrependimento por se ter declarada a inconstitucionalidade da norma que proibia a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Nos períodos das grandes festas – como o ano novo e o carnaval, por exemplo – diminuem-se os estoques de bolsas de sangue nos hemocentros do Brasil. Já sabendo dessa diminuição, o governo brasileiro costuma se antecipar. Ao longo do ano, os governos federal, estaduais e municipais promovem campanhas de doação de sangue, a fim de amenizar a queda do número de bolsas de sangue doadas nesses períodos. Podem-se tomar como exemplos o Dia Mundial do Doador de Sangue, celebrado no Brasil no dia 14 de junho,⁷ e o Dia do Doador Voluntário de Sangue, comemorado no Brasil anualmente em 25 de novembro.⁸

Quanto aos estados onde a demanda por sangue costuma ser maior, podem ser tomados como critérios de medição dessa estatística a maior ocorrência da violência urbana e

⁵ AGÊNCIA BRASIL. *Doação de sangue: 1,8% da população brasileira doa sangue; meta da OMS é 3%*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/doacao-de-sangue-18-da-populacao-brasileira-doa-sangue-meta-da-oms-e-3>>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁶ AGÊNCIA BRASIL. *OMS: doações de sangue precisam aumentar em mais da metade dos países*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-06/oms-diz-que-doacoes-voluntarias-de-sangue-precisam-aumentar>>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁷ FEDERAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. *14 de junho: Dia Mundial do Doador de Sangue*. Disponível em: <<http://portalfmb.org.br/2019/06/14/14-de-junho-dia-mundial-do-doador-de-sangue-2/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁸ HEMOSUL. *25 de novembro – dia nacional do doador de sangue*. Disponível em: <<http://www.hemosul.ms.gov.br/25-de-novembro-dia-nacional-do-doador-de-sangue/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.



dos acidentes de trânsito. Por isso, pode-se dizer que os maiores demandantes por sangue são os estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Pernambuco.⁹

É possível se falar em intercâmbios entre os hemocentros do Brasil, no sentido de haver uma cooperação no fornecimento de bolsas de sangue entre eles. Habitualmente, não é necessário esse intercâmbio de bolsas de sangue entre os hemocentros do país, a não ser quando se tratar de demanda por sangues raros (tipos sanguíneos pouco frequentes dentro de determinada população, na qual não se conseguem encontrar doadores compatíveis). Nesses casos, recorre-se à rede nacional para identificar onde as bolsas de sangue compatíveis se encontram.

Assim, está claro que a doação de sangue é fundamental para que os serviços de atendimento médico sejam realizados com a eficiência e a rapidez que deles se espera. E quanto mais doações puderem ser feitas – quanto mais bolsas de sangue forem doadas – mais pessoas em situação de emergência serão atendidas, desde que haja sempre a cautela necessária na verificação da incolumidade do sangue coletado.

A seguir, no próximo capítulo, serão analisados o artigo 64, inciso IV da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde – o qual considera inaptos homens que tiveram relação sexual com outros homens, ou com as parceiras destes, nos doze meses anteriores à doação de sangue – e a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 5543, protocolada pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro) no dia 7 de junho de 2016 no STF (Supremo Tribunal Federal).

2. O ART. 64, IV, DA PORTARIA Nº 158, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE,¹⁰ E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543, QUE TRAMITA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹¹

Visto a necessidade da doação de sangue, no entanto, há casos em que os estabelecimentos de coleta de sangue estão autorizados pelo inciso IV do art. 64 da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde,¹² a recusarem a doação de sangue de

⁹ BBC. *O que falta para o Brasil doar mais sangue?* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_doacoes_brasil_lgb>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.



determinados grupos de pessoas. Um desses grupos é composto por homens que tiveram relação sexual com homens nos 12 meses anteriores à doação.

Houve um caso concreto¹³ de um homem que, no dia 23 de janeiro de 2014 (quinta-feira), compareceu a um hospital público no Município de Porto Alegre, Unidade Federativa do Rio Grande do Sul, Brasil, com o intuito de doar o seu sangue. Na sala de triagem, antes da coleta propriamente, ao perguntar sobre o histórico dos relacionamentos sexuais do iminente doador, um dos prepostos do estabelecimento lhe informou que não poderia fazer a doação, porque na então vigente Portaria nº 2.712, de 12 de novembro de 2013,¹⁴ posteriormente revogada pela Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde,¹⁵ em seu artigo 64, inciso IV, está dito que é inapto para a doação de sangue o candidato que, nos últimos 12 meses, manteve relação sexual com outros homens. Isso ensejou o ajuizamento de uma ação judicial indenizatória por danos causados à moral do doador em face do referido hospital.

Nessa ação, o homem que foi impedido de doar sangue por ter, anteriormente, se relacionado sexualmente com outros homens discorreu sobre a necessidade de aplicação da legislação constitucional acerca dos direitos fundamentais referentes à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à proibição da discriminação, e defendeu a inconstitucionalidade da aludida Portaria do Ministério da Saúde.

Em defesa, o hospital alegou que a conduta de seu preposto estava dentro dos ditames legais, não sendo cabível descumpri-los, e discorreu sobre a falta de comprovação do dano moral alegado pelo autor da ação.

O pedido foi julgado improcedente¹⁶ e o homem impedido de doar o seu sangue recorreu dessa decisão. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu acórdão mantendo o julgamento da sentença de improcedência do pedido¹⁷. Recorreu-se novamente, agora ao Supremo Tribunal Federal.

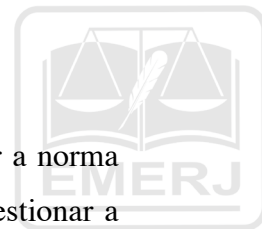
¹³ CONJUR. *Processo n°: 001/1.15.0202147-2 (CNJ:0295290-74.2015.8.21.0001)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-vara-civel-foro-central2.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁴ BRASIL. *Portaria n° 2.712 do Ministério da Saúde*. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/DiogoPracz/Vigilancia_Sanitaria/VigilanciaServicos/Portaria2712_2_013_RegTec_ProcedHemoterapicos.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Processo n°: 001/1.15.0202147-2 (CNJ:0295290-74.2015.8.21.0001)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-vara-civel-foro-central2.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n°: AC 70079111712 RS*. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652362344/apelacao-civel-ac-70079111712-rs/inteiro-teor-652362355?ref=serp>>. Acesso em: 26 mai. 2020.



O referido hospital, como era de se esperar, tinha como obrigação cumprir a norma estabelecida pela Portaria do Ministério da Saúde.¹⁸ Por isso, não lhe competia questionar a legalidade ou a constitucionalidade das normas dos órgãos da Administração Pública. Muito menos agir em desconformidade com elas. Assim, ainda que se considere discriminatória a conduta do hospital, não lhe cabia proceder de forma diversa a não ser à proibição da doação, sob pena de o hospital ser responsabilizado na esfera administrativa, por descumprimento da aludida Portaria do Ministério da Saúde.¹⁹ Portanto, foi um caso de inexigibilidade de conduta diversa por parte do referido hospital.

Esse fato em si, a forma com que ele foi resolvido e as normas legais estabelecidas levam à discussão central deste trabalho acadêmico, que consiste em saber se a proibição da doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens viola, ou não, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade ou isonomia.

Como anteriormente citado, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ ensina que não há prejuízo ao princípio da isonomia ou da igualdade na norma que atinge uma categoria específica de pessoas ou se volta para um único indivíduo, caso essa norma vise à preservação de um número indeterminado ou indeterminável de sujeitos.

De acordo com esse correto pensamento, a norma que proíbe a doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens passa longe de ferir o princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa humana, visto que tal proibição não se restringe à limitação de um direito individual, mas busca a preservação de um bem jurídico maior: a coletividade.

Incorreria em inconstitucionalidade, entretanto, norma legal que identificasse um indivíduo de modo tão pessoal que tal norma objetivasse restringir direitos não de uma categoria ou grupo de pessoas, mas facilmente contáveis sujeitos objetos da restrição.

Esclarecendo esse ponto, Celso de Mello²¹ ensina que:

[...] a lei que, na forma aludida, singularizasse o destinatário estaria, *ipso facto*, incorrendo em uma dentre as duas hipóteses acauteladas pelo mandamento da isonomia, porquanto corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa, sem ensanchar sujeição ou oportunidade aos demais. Seria o caso da norma que declarasse conceder tal benefício ou impusesse qual sujeição ao indivíduo X, filho de Y e Z.

Sarlet²² defende o seguinte:

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ MELLO, op. cit., p. 23 e 25.

²¹ Ibidem, op. cit., p. 23-24.

A compreensão do princípio da igualdade e correspondentes direitos de igualdade na perspectiva (material) da igualdade da pessoa humana assume relevo, para além da intensidade da vinculação do poder público, também na esfera das relações entre particulares, pois quando em causa uma violação da dignidade da pessoa humana advoga-se (embora se trate de entendimento não unânime) que até mesmo os atores privados estarão diretamente vinculados pelos direitos de igualdade, especialmente na sua dimensão negativa (defensiva), operando proibições de discriminação.

Defender a manutenção da proibição da doação de sangue por homens homossexuais não viola os princípios da igualdade ou da dignidade se se compreender que esses princípios não são universais ou absolutos. A concepção de igualdade e de dignidade em certo Estado soberano não necessariamente será a mesma em outro Estado soberano.

Como dito, a Constituição brasileira²³ determina que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Todavia, não significa que todos os direitos conferidos às mulheres devam ser conferidos também aos homens. Apenas a título de exemplo, a Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal)²⁴ concede às mulheres presas direito de amamentarem seus filhos até os seis meses de idade. Conceder tal direito aos homens seria, no mínimo, uma inutilidade jurídica, sabido que homens não possuem capacidade biológica para amamentar.

Barroso²⁵ ensina que: “[...] discriminar alguém somente com base na orientação sexual seria o mesmo que discriminar os asiáticos devido aos seus olhos, os africanos pela sua cor e os latino-americanos pela sua miscigenação étnica”.

No que é pertinente ao presente artigo acadêmico, os riscos de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis em homens não ocorrem de maneiras necessariamente semelhantes em mulheres. É por isso, e não por discriminação à orientação sexual das pessoas, que o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde,²⁶ veda a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens. O referido dispositivo legal não visa a punir o fator subjetivo (interno) da orientação sexual; visa, isso sim, impedir que o fator objetivo (externo) de uma conduta possa expor a coletividade a riscos evitáveis.

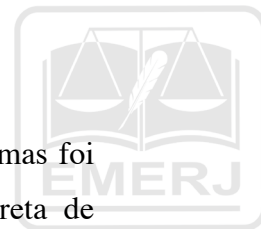
²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 133.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 104.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.



A ação estava na pauta de julgamentos da sessão de 19 de março de 2020, mas foi retirada do calendário de julgamento pelo Presidente. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5543 foi agendado para ser concluído até o dia 8 de maio de 2020.²⁷

A Excelsa Corte decidiu que a proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional. O julgamento foi concluído em sessão virtual realizada de 1º a 8 de maio. Por maioria, o plenário do STF²⁸ acompanhou o entendimento do relator, o ministro Edson Fachin:

Por maioria de votos (7x4) o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucionais dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que excluía do rol de habilitados para doação de sangue os “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes”. O julgamento foi concluído nesta sexta-feira (8) em sessão virtual iniciada no dia 1º de maio.

Contudo, o presente artigo acadêmico considera que a Corte Suprema cometeu um grave erro, o que trará consequências negativas para o futuro, e é claro em defender a continuidade da vedação da doação de sangue por homens que fazem sexo com homens nos doze meses anteriores à doação, conforme o disposto no agora declarado inconstitucional art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde,²⁹ por estar amplamente fundamentado pelos argumentos supra que tal proibição está longe de violar os princípios da igualdade (ou da isonomia) e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantidos.

964570727

3. AS RECENTES MANIFESTAÇÕES POPULARES NO RIO GRANDE DO NORTE

Um grupo LGBTQ+ (sigla que faz alusão a pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e afins) denominado “Coletivo LGBTQ+ Leilane Assunção” planejou³⁰ realizar no dia 31 de agosto de 2019 (sábado) um movimento em frente ao Hemocentro Dalton Cunha,

²⁷ BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015&ori=1>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

²⁹ Ibidem.

³⁰ FACEBOOK. *Nota do coletivo LGBTQ+ Leilane Assunção sobre o veto do hemocentro à campanha #doaçãosemdiscriminação*. Disponível em: <<https://ne-np.facebook.com/ColetivoLeilaneAssuncao/posts/959255744414486>>. Acesso em: 26 mai. 2020.



localizado na Avenida Almirante Alexandrino de Alencar, nº 1800, bairro Tirol, Município de Natal, Estado do Rio Grande do Norte, CEP: 59015-350.³¹

O objetivo desse movimento consistia em dar mais visibilidade a uma decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado da federação no sentido de que o Governo Estadual passasse a não mais impedir os homens de orientação homossexual a doarem sangue. Os desembargadores que integram o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte decidiram, no dia 29 de agosto de 2018, que restringir a doação de sangue de homens homossexuais é inconstitucional. A decisão ocorreu no julgamento de uma ação movida por um homem que foi impedido de doar sangue após afirmar que havia se relacionado sexualmente com homens nos últimos 12 meses.³²

Mas esse movimento não conseguiu atingir o seu objetivo, porque o aludido hemocentro se manteve obediente à norma proibitiva da Anvisa. No fim, os homens homossexuais presentes nesse movimento, os quais acreditavam numa possível liberação para a doação, foram embora decepcionados.³³

O professor universitário Felipe Coelho³⁴, que é casado com o também professor Victor Varela, é uma das pessoas que foram impedidas de doarem sangue. Ele relatou o seguinte:

São feitas várias perguntas, de todo tipo, o que é normal, é o procedimento com todo mundo. No final me informaram que eu não poderia doar e explicaram o por quê [sic]. O motivo, segundo disseram, tem a ver com dois pontos: um é porque tenho um problema relacionado a hemoglobina, e outro foi sobre eu ter um parceiro do mesmo sexo. Falei da decisão judicial, mas a atendente citou a portaria que especifica o procedimento do trabalho.

Não apenas homens homossexuais, também transexuais se viram frustrados com o fim do movimento. É o caso de Rebecka de França, servidora estadual trans que aguardava a sua vez para doar sangue, quando soube que não poderia realizar a doação. Então Rebecka disse o seguinte: “A gente sabe que alguns gays já esconderam sua orientação sexual para poder doar. Mas quem é trans não tem como disfarçar”.³⁵

³¹ TRIBUNA DO NORTE. *Coletivo LGBT faz ação para doação de sangue neste sábado em Natal*. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/coletivo-lgbt-faz-aa-a-o-para-doa-a-o-de-sangue-neste-sa-bado-em-natal/458326>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

³² G1. *TJRN julga inconstitucional proibição para homossexuais doarem sangue*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/08/29/tjrn-julga-inconstitucional-proibicao-para-homossexuais-doarem-sangue.ghtml>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³³ TRIBUNA DO NORTE. *Campanha de doação de coletivo LGBT é frustrada no Hemonorte*. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/campanha-de-doa-a-o-de-coletivo-lgbt-a-frustrada-no-hemonorte/458444>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

Em defesa do Hemocentro, o diretor-geral e hematologista Rodrigo Villar³⁶ explicou os motivos que levaram o estabelecimento hospitalar coletor a recusar a doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens nos doze meses anteriores à doação. Ele afirmou o seguinte:

Entendemos que a decisão da Justiça foi específica para o autor do processo. Ou seja, não é abrangente a todos. Então continuamos obedecendo à norma vigente da Anvisa. (...) O Hemocentro é ligado à secretaria Estadual de Saúde, tudo bem, mas a política de doação de sangue é Federal, é coordenada pelo Ministério da Saúde. E quem estabelece as normas de como proceder é a Anvisa. (...) Todos têm o direito de ser candidatos a doar sangue. Pode ver que recebemos todo mundo aqui. Mas durante a triagem nem todos vão ter o direito de doar. Não existe juízo de valor, viés personalizado, político ou ideológico. A base são critérios técnicos bem definidos. (...) Alguns pontos de restrição de doadores estão em discussão dentro do próprio Ministério e no Supremo Tribunal de Justiça. O que a gente quer é que essas questões sejam resolvidas o quanto antes. Porque sabemos que falta sangue. Mas é bom que se saiba que as normas são definidas pensando em primeiro lugar no paciente que vai receber o sangue, e não no doador.

Diante desse cenário de opiniões divergentes quanto ao assunto deste artigo acadêmico, a pergunta a ser feita é se existe a possibilidade de um diálogo entre todos os interessados e, conseqüentemente, de se chegar a um entendimento definitivo quanto à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade ou isonomia.

De um lado, os integrantes dos movimentos que militam pela autorização se veem restringidos quanto à sua dignidade de poder exercer um ato de solidariedade. De outro, os que defendem a vedação, mesmo cientes da escassez dos bancos de sangue, afirmam que tais princípios não são violados por causa da vedação.

A dificuldade de se determinar quem tem razão se revela quando todas as partes envolvidas conseguem construir argumentos tão robustos que, frequentemente, a tarefa de resolver o impasse se torna quase impossível.

Segundo as palavras de Rodrigo Villar³⁷, diretor-geral do Hemocentro Dalton Cunha, o estabelecimento hospitalar em foco não é contra a orientação homossexual das pessoas. Ou seja, o hospital pode realizar doações de sangue por homens homossexuais? É claro que pode! Basta que a última relação homossexual desses homens tenha ocorrido há mais de 12 meses, como determina o art. 64, inciso IV da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde.³⁸

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.



Esse é o ponto que os adeptos desses movimentos precisam entender. A vedação estabelecida pela Anvisa não é absoluta, no sentido de proibir a doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outro homem dez anos atrás, cinquenta anos atrás. Não! O tempo de abstinência é bem menor que isso: apenas doze meses.

Nisso se vê que a proibição da Anvisa não é contra a orientação sexual das pessoas, visto que homens homossexuais podem, sim, doar sangue. O que se exige deles é apenas um tempo de abstinência. Se, por exemplo, um homem homossexual comparecer a um hemocentro no dia 28 de abril de 2020 e disser ao médico plantonista que a sua última relação sexual com outro homem ocorreu no dia 27 de abril de 2019, ele vai poder doar sangue normalmente. É isso o que a norma da Anvisa determina, e é isso o que os hemocentros de todo o Brasil estão obrigados a obedecer.

Agora, se essa informação é verdadeira ou falsa, não cabe ao médico plantonista atestar. O sangue será coletado normalmente. Depois, quando esse sangue for encaminhado a alguém que esteja precisando, ele será analisado se há alguma doença nele contida. Se houver, o sangue simplesmente será descartado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁹ diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

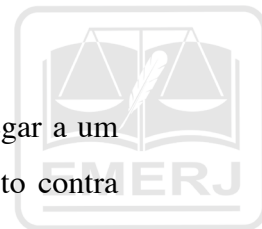
Homens podem doar sangue? Sim. Mulheres podem doar sangue? Sim. Homens que tiveram relação sexual com outros homens podem doar sangue? Sim, desde que a última relação tenha ocorrido há mais de um ano.

E veja que o mesmo tratamento é dado a quem tem tatuagem, por exemplo. Pessoas que possuem tatuagem no corpo podem doar sangue? Sim, desde que a última tatuagem tenha sido feita há mais de um ano. Será que o Ministério da Saúde, a Anvisa e os hemocentros têm algum tipo de preconceito com as pessoas tatuadas, como querem fazer acreditar que essas instituições têm com os homossexuais? É claro que não!

Ademais, essas não são as únicas restrições para quem quer doar sangue. Existem vários outros requisitos que os doadores precisam observar antes da doação. Por exemplo, o doador precisa portar um documento oficial de identidade com foto (identidade, carteira de trabalho certificado de reservista ou carteira do conselho profissional)⁴⁰. Ora, sabe-se que, por razões diversas, principalmente de extrema pobreza, ainda existem no Brasil pessoas que não possuem um único documento. Tais pessoas, por falta de informação, nem sequer sabem da

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 24.

⁴⁰ HEMORIO. Disponível em: <<http://www.hemorio.rj.gov.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.



importância de se ter um documento de identidade. Mas, se uma pessoa dessas chegar a um hemocentro para doar sangue e for impedida, o hemocentro, então, tem preconceito contra pessoas pobres que não têm documento? É claro que não.

Outro requisito que o doador precisa observar é que ele precisa ter entre 16 anos de idade e menos de 70 anos de idade. E pessoas com 16 e 17 anos de idade podem doar com autorização dos pais ou responsáveis legais.⁴¹ Quer dizer, então, que os hemocentros do Brasil têm preconceito contra pessoas fora dessas faixas etárias? É claro que não é isso o que se quer insinuar.

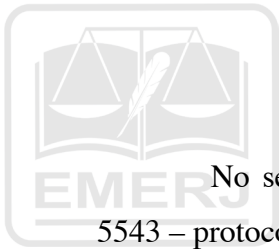
Apenas como último exemplo de requisito básico para a doação de sangue – e este requisito se dirige especificamente às mulheres – é que a doadora precisa esperar pelo menos 90 dias após o parto normal ou 180 dias da cesariana para poder doar sangue. Mas então algumas mulheres que acabaram de dar à luz se insurgem contra um hemocentro qualquer e resolvem realizar um movimento de mulheres que querem doar sangue no dia seguinte ao parto, porque discordam desse requisito. Vão dizer que os hemocentros do país têm preconceito contra mulheres que acabaram de dar à luz? Isso seria, no mínimo, falta de bom senso.

CONCLUSÃO

A abordagem do objeto deste artigo acadêmico foi estritamente qualitativa, usada principalmente em ciências sociais. Significa que, das diversas modalidades de investigação existentes, optou-se por adotar a pesquisa documental. Os referidos documentos utilizados foram basicamente livros e artigos acadêmicos.

O primeiro capítulo trouxe a lume a importância da doação de sangue. Foi explanado que em alguns países a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens é permitida e o tempo de abstinência que esses homens devem observar antes da doação, para que não haja o risco de transmissão do vírus da aids ou de outras doenças. Foi dito que toda bolsa de sangue é examinada antes de o material ser transfundido na pessoa receptora, independentemente de quem o tenha doado. O capítulo primeiro fez uma análise sobre a vedação imposta pela Portaria 158 do Ministério da Saúde à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

⁴¹ Ibidem.



No segundo capítulo se buscou analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 – protocolada pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro) no dia 7 de junho de 2016 no STF (Supremo Tribunal Federal) – e se o inciso IV do artigo 64 da Portaria nº 158 do Ministério da Saúde – o qual veda a doação de sangue por homens que fizeram sexo com outros homens nos últimos doze meses – representa uma violação aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Partiu-se de um caso concreto em que um homem homossexual foi impedido de doar sangue em um estabelecimento de coleta de sangue no Rio Grande do Sul. Esse capítulo segundo chegou à conclusão de que a manutenção da proibição da doação de sangue por homens homossexuais não viola os princípios da igualdade ou da dignidade da pessoa humana.

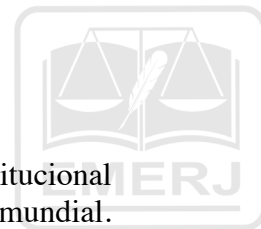
Com o objetivo de ilustrar os conceitos doutrinários e científicos abordados nos dois primeiros capítulos, para um entendimento mais aprofundado e detalhado do leitor, o terceiro e último capítulo abordou algumas das recentes manifestações populares de protesto ocorridas na Unidade Federativa do Rio Grande do Norte no que tange ao objeto de pesquisa deste artigo acadêmico, a saber: a doação de homens que fazem sexo com homens à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. No fim, o capítulo terceiro tentou conscientizar o leitor de que a norma de vedação da Anvisa, derrubada pelo STF, não era contra a orientação sexual das pessoas.

Com base nos argumentos exaustivamente explicitados ao longo do artigo, chegou-se à conclusão de que a vedação imposta pela aludida norma jurídica não viola os mencionados princípios constitucionalmente garantidos. Conseqüentemente, concluiu-se que, independentemente da decisão do STF no julgamento da ADI 5543, a posição deste trabalho científico é a de que o inciso IV do artigo 64 da Portaria nº 158 do Ministério da Saúde não merecia ser declarado inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Doação de sangue*: 1,8% da população brasileira doa sangue; meta da OMS é 3%. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-06/doacao-de-sangue-18-da-populacao-brasileira-doa-sangue-meta-da-oms-e-3>>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. *OMS*: doações de sangue precisam aumentar em mais da metade dos países. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-06/oms-diz-que-doacoes-voluntarias-de-sangue-precisam-aumentar>>. Acesso em: 22 out. 2019.



BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BBC. *O que falta para o Brasil doar mais sangue?* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_doacoes_brasil_lgb>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Portaria nº 158*, de 4 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Portaria nº 2.712*, de 12 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/DiogoPracz/Vigilancia_Sanitaria/VigilanciaServicos/Portaria2712_2013_RegTec_ProcedHemoterapicos.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CONJUR. *Processo nº: 001/1.15.0202147-2* (CNJ:0295290-74.2015.8.21.0001). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-vara-civel-foro-central2.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.

FEDERAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. *14 de junho: Dia Mundial do Doador de Sangue*. Disponível em: <<http://portalfmb.org.br/2019/06/14/14-de-junho-dia-mundial-do-doador-de-sangue-2/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

G1. *TJRN julga inconstitucional proibição para homossexuais doarem sangue*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/08/29/tjrn-julga-inconstitucional-proibicao-para-homossexuais-doarem-sangue.ghtml>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

HEMORIO. Disponível em: <<http://www.hemorio.rj.gov.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

HEMOSUL. *25 de novembro – dia nacional do doador de sangue*. Disponível em: <<http://www.hemosul.ms.gov.br/25-de-novembro-dia-nacional-do-doador-de-sangue/>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 25. triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.



TRIBUNA DO NORTE. *Campanha de doação de coletivo LGBT é frustrada no Hemonorte*. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/campanha-de-doa-a-o-de-coletivo-lgbt-a-frustrada-no-hemonorte/458444>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. *Coletivo LGBT faz ação para doação de sangue neste sábado em Natal*. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/coletivo-lgbt-faz-aa-a-o-para-doa-a-o-de-sangue-neste-sa-bado-em-natal/458326>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A EFICÁCIA DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E SUA APLICABILIDADE EM IMÓVEIS RURAIS

Fernanda Rezende Teixeira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Atame-Goiânia. Pós-Graduada em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o trabalho enfoca a temática da Multipropriedade Imobiliária, ou seja, a eficácia da Lei nº 13.777/2018 e sua aplicabilidade prática no que se refere a imóveis urbanos e rurais. O presente instituto, trata de uma espécie de condomínio em propriedade espaçotemporal que recentemente ganhou abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando maior segurança jurídica aos multiproprietários. Referindo-se a imóveis rurais, sua aplicabilidade fica restrita a sítios de recreio e lazer, comprovando a inviabilidade da multipropriedade em imóveis agrários, cuja atividade seja a exploração para fins de produção rural e agropecuária.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito de Propriedade. Do condomínio em Multipropriedade. Multipropriedade Rural.

Sumário – Introdução. 1. A função social e socioambiental da propriedade. 2. Da legalização da Multipropriedade Imobiliária e o aproveitamento absoluto do imóvel. 3. A aplicabilidade da Multipropriedade em condomínios rurais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficácia da Multipropriedade Imobiliária e sua aplicabilidade em imóveis rurais. O trabalho enfoca a temática da Multipropriedade Imobiliária, ou seja, a eficácia da Lei nº 13.777/2018 e sua aplicabilidade prática no que se refere a imóveis urbanos e rurais, uma vez que, trata-se de uma espécie de condomínio em propriedade espaço-temporal que recentemente ganhou abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando maior segurança jurídica aos multiproprietários.

O instituto da Multipropriedade surgiu na Itália, quando proprietários de casas de praia, ao verificar que utilizavam o imóvel apenas em uma determinada época do ano, geralmente o período de férias escolares, resolveram alienar as demais frações de tempo para que assim o imóvel não ficasse ocioso e conseqüentemente repartisse as despesas com manutenção.



A EFICÁCIA DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E SUA APLICABILIDADE EM IMÓVEIS RURAIS

Fernanda Rezende Teixeira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Atame-Goiânia. Pós-Graduada em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o trabalho enfoca a temática da Multipropriedade Imobiliária, ou seja, a eficácia da Lei nº 13.777/2018 e sua aplicabilidade prática no que se refere a imóveis urbanos e rurais. O presente instituto, trata de uma espécie de condomínio em propriedade espaçotemporal que recentemente ganhou abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando maior segurança jurídica aos multiproprietários. Referindo-se a imóveis rurais, sua aplicabilidade fica restrita a sítios de recreio e lazer, comprovando a inviabilidade da multipropriedade em imóveis agrários, cuja atividade seja a exploração para fins de produção rural e agropecuária.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito de Propriedade. Do condomínio em Multipropriedade. Multipropriedade Rural.

Sumário – Introdução. 1. A função social e socioambiental da propriedade. 2. Da legalização da Multipropriedade Imobiliária e o aproveitamento absoluto do imóvel. 3. A aplicabilidade da Multipropriedade em condomínios rurais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficácia da Multipropriedade Imobiliária e sua aplicabilidade em imóveis rurais. O trabalho enfoca a temática da Multipropriedade Imobiliária, ou seja, a eficácia da Lei nº 13.777/2018 e sua aplicabilidade prática no que se refere a imóveis urbanos e rurais, uma vez que, trata-se de uma espécie de condomínio em propriedade espaço-temporal que recentemente ganhou abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando maior segurança jurídica aos multiproprietários.

O instituto da Multipropriedade surgiu na Itália, quando proprietários de casas de praia, ao verificar que utilizavam o imóvel apenas em uma determinada época do ano, geralmente o período de férias escolares, resolveram alienar as demais frações de tempo para que assim o imóvel não ficasse ocioso e conseqüentemente repartisse as despesas com manutenção.

A Multipropriedade, de acordo com sua origem e a jurisprudência pátria, visa primordialmente o compartilhamento de propriedades de luxo, como por exemplo: resorts, casas de praia, sítios de repouso, jatos e barcos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “multipropriedade imobiliária” e compreender o avanço jurisprudencial no ordenamento brasileiro ao longo dos anos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho comentando a função social e socioambiental das propriedades urbanas e rurais. De forma a comprovar que a multipropriedade tanto de imóveis urbanos, quanto de imóveis rurais, é compatível com a função social e socioambiental da propriedade, uma vez que, visa o aproveitamento absoluto do imóvel, evitando a ociosidade e, conseqüentemente, gera mais empregos e renda.

Pretende-se, no segundo capítulo, analisar os artigos 1.358-B ao 1.358-U do Código Civil, recentemente acrescentados pela Lei nº 13.777/2018, que passou a regular o condomínio em multipropriedade, cujo objetivo é dar aproveitamento absoluto ao imóvel. Assim como, demonstrar a necessidade de as partes acautelarem-se, em seus instrumentos de instituição, sobre as peculiaridades das atividades a serem desenvolvidas no imóvel.

O terceiro capítulo avalia a aplicabilidade da multipropriedade em condomínios rurais, e comprova a inviabilidade da multipropriedade em imóveis agrários, cuja atividade seja a exploração para fins de produção rural e agropecuária.

Assim, a multipropriedade rural deve ser aplicada apenas aos sítios de recreio ou imóveis rurais relacionados ao lazer, pois o presente instituto tem sua origem relacionada ao setor turístico, com regras bastantes específicas, portanto, incompatíveis com os demais tipos de propriedades rurais.

A pesquisa fará uso de métodos científicos para melhor compreensão do tema, sempre no limite dos objetivos propostos. Será utilizado o método hipotético-dedutivo, pois através de um conjunto de proposições hipotéticas viáveis o pesquisador analisará o instituto da multipropriedade.

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, para sustentar a sua tese.



1. A FUNÇÃO SOCIAL E SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Partindo do histórico acerca da evolução do Estado de Direito, observa-se que este passa por três momentos distintos. Com o rompimento do Absolutismo surge-se o Estado Liberal, cujas principais características são a ausência de intervenção do Estado na sociedade, a evidenciação do indivíduo e o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, por exemplo).

Posteriormente, surge o Estado Social (Moderno), na qual o Estado deve prover as necessidades básicas e o bem-estar social da sociedade (direitos fundamentais de segunda geração), por meio de organização dos serviços públicos. Finalmente, tem-se o Estado Pós-moderno, na qual o Estado busca a maior eficiência e abre canais de atuação da sociedade, por meio de delegação do serviço público. Ocorre aqui grandes mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa e avanço tecnológico), o que acarreta alterações nas relações econômico-sociais, e nascem os direitos fundamentais de terceira geração.

Segundo Bonavides¹, a teoria de Karel Vasak identificou, em rol exemplificativo, os seguintes direitos de terceira geração: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

O direito de propriedade aparece como direito fundamental no art. 5º, XXII da Constituição da República Federativa do Brasil² (CRFB/88). No entanto, a propriedade terá que atender a função social (art. 5º, XXIII da CRFB), situação essa que repercute no âmbito da política urbana (arts.182 e 183 da CRFB), no âmbito da política agrícola e fundiária, bem como da reforma agrária (arts.184 a 191 da CRFB).

Deste modo, em razão das restrições dos artigos acima citados, a propriedade passa a atender os interesses difusos e coletivos, ou seja, cumpre função social e conseqüentemente perde o seu caráter individual, sendo assim, um direito de terceira geração.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.593.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

Em que pese o §2 do artigo 5º da CRFB³ consagrar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, no sentido de não exclusão de qualquer direito, tais direitos não são absolutos, já que em determinadas situações pode haver conflitos, ou seja, colisões entre eles, e como nenhum pode sobrepor a outro, deve-se utilizar a técnica da ponderação. Para a aplicação do juízo de ponderação é imprescindível os postulados da razoabilidade e proporcionalidade. Postulados, pois orientam as regras quando estas entram em conflitos entre si.

Na mesma linha de raciocínio, o Código Civil⁴ em seu artigo 1.225 estabeleceu que a propriedade é direito real, e deste modo, tem caráter absoluto no sentido de que trazem efeitos contra todos, mas não significa que os direitos reais proporcionam poder ilimitado de seus titulares.

Como qualquer outro direito fundamental do ordenamento jurídico este se submete a uma ponderação de valores. Conforme bem explica Tartuce⁵:

em caso de colisão que envolvem os direitos fundamentais, caso do direito de propriedade, deve-se buscar a solução na técnica da ponderação, desenvolvida, entre outros por Robert Alexy e incluída expressamente no Código de Processo Civil (art. 489,§2). Cite-se, por exemplo, o conflito entre o direito de propriedade e a proteção ambiental, ambos tutelados constitucionalmente.

Deste modo, verifica-se que o direito de propriedade é limitado, dentre outras causas, pela função social e socioambiental da propriedade. É de extrema importância, e por isso merece destaque o artigo 1.228, §1 do Código Civil⁶:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A presente norma define expressamente o que seria função social, demonstrando a finalidade do direito de propriedade, assim como limitando este direito. Deste modo, a função social da propriedade tem dupla intenção: limitadora e impulsionadora. A limitadora, trata-se do fato de que o direito de propriedade é limitado quando o seu titular ultrapassa limites e passa a prejudicar a sociedade. Já a função impulsionadora nada mais

³ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁵ TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 979.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.



é do que o fomento por parte do Estado, para que o particular aumente o proveito que socialmente se pode extrair do bem.

É possível observar a função impulsionadora através da leitura do art. 186 da CRFB que, em que pese trata-se da propriedade rural, deve se estender a propriedade urbana, uma vez que o art. 182 da CRFB, ao abordar a função social da propriedade urbana não definiu critérios. Por ser de extrema importância destaca-se o art.186 da CRFB⁷:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, não se confunde função social com aproveitamento econômico, pois pode haver o máximo de aproveitamento econômico e, ao mesmo tempo, lesão à função social da propriedade, quando esta não atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade (art.182,§2, CRFB), ou o titular do imóvel rural não promover o aproveitamento racional da terra, ou não preservar o meio ambiente (art. 186, CRFB).

Conforme se verifica, tanto o artigo da norma geral civil brasileira (art.1228, §1, do CC⁸), quanto o artigo constitucional acima citado, consagram a função socioambiental da propriedade, ambos em consonância com o artigo 225 da Constituição Federal⁹, cujo objetivo é a proteção do meio ambiente, de modo a garantir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

É de extrema importância a função socioambiental da propriedade que o Superior Tribunal de Justiça, tem entendimento de que o novo proprietário do imóvel é responsável pela recuperação ambiental da área, mesmo não sendo o causador do dano. Ou seja, a obrigação de recuperação ambiental passa a ser uma obrigação *propter rem*.

A Multipropriedade, instituto regulamentado no ordenamento brasileiro com a publicação da Lei nº 13.777/2018¹⁰, que será abordada de forma detalhada no próximo capítulo, é um direito real, cujo objetivo é maximizar o aproveitamento econômico do bem móvel ou imóvel, formando assim uma espécie de condomínio em propriedade

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

espaço-temporal, no qual cada proprietário adquire uma fração do bem e utilizá-lo-á, de forma exclusiva, durante determinado período do ano.

O presente instituto tem origem Francesa, tendo se consolidado na Itália, quando proprietários de casas de praia, ao verificar que utilizavam o imóvel apenas em uma determinada época do ano, geralmente o período de férias escolares, resolveram alienar as demais frações de tempo para que assim o imóvel não ficasse ocioso e consequentemente repartisse as despesas com manutenção.

Deste modo, verifica-se que a Multipropriedade, foi uma forma de socialização representada pelo acesso à segunda casa, proporcionando lazer comunitário a mais famílias. Trata-se de um grande incentivo ao setor imobiliário e potencializa o aproveitamento econômico do bem, além de reduzir a ociosidade e, consequentemente, gera mais empregos e renda, otimizando, assim, a função social do bem.

Em obra lançada em 1993, Gustavo Tepedino¹¹ ressalta a necessidade de compatibilizar o presente instituto com a função social, como critério de aferição de legalidade da convenção da multipropriedade, veja:

Como critério de aferição da legalidade da convenção da multipropriedade, apresenta-se a verificação, em cada cláusula, de sua compatibilidade com a função social da multipropriedade, destinada a permitir a utilização de uma pluralidade de titulares sobre um mesmo suporte físico, e tendente, em última análise, a viabilizar o efetivo aproveitamento dos bens econômicos de forma distributiva e racional, no tempo e no espaço, em benefício do interesse (individual e familiar) extrapatrimonial, constitucionalmente tutelado, relativo ao acesso à segunda casa e ao lazer, como manifestação da personalidade humana.

Na esteira dessas lições, é possível concluir que ao instituir um Condomínio em Multipropriedade tanto de imóveis urbanos, quanto de imóveis rurais, este deve ser compatível com a função social e socioambiental da propriedade.

2. DA LEGALIZAÇÃO DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E O APROVEITAMENTO ABSOLUTO DO IMÓVEL

A elevada procura por uma residência de férias, principalmente pela classe média, fez surgir o chamado instituto *time sharing*. Trata-se de um sistema que facilita o acesso à segunda propriedade, cuja principal destinação é o lazer.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.118.

A Lei nº 13.777/2018¹², de 20 de dezembro 2018, passou a regular o condomínio em multipropriedade, e fez alterações na Lei de Registros Públicos e no Código Civil Brasileiro.

A multipropriedade compreende o parcelamento temporal de um mesmo bem, em unidades periódicas autônomas. Trata-se, portanto, de uma ficção jurídica, pois o que se parcela é o tempo e não o bem em si, como ocorre nos loteamentos de imóveis.

Unidade periódica é o bem (móvel ou imóvel) considerado em uma fração de tempo do ano, sendo o multiproprietário o titular desta unidade periódica. Deste modo, o condomínio em multipropriedade é vinculação de um bem à unidades periódicas.

É importante ressaltar que, em que pese o *time sharing* ter aplicação em bens móveis (barcos, aeronaves, carros de luxo etc.) em diversos países do mundo, no Brasil a Lei nº 13.777/2018¹³ regulamentou apenas o condomínio em multipropriedade de bens imóveis, e seus acessórios.

É indispensável para compreensão do tema a análise dos artigos 1.358-B e seguintes do Código Civil¹⁴, que foram acrescentados pela Lei nº 13.777/2018, e regulou o condomínio em multipropriedade, cujo objetivo é dar aproveitamento absoluto ao imóvel.

Primeiramente, é importante ressaltar que o art. 1358-B do CC previu expressamente que se aplica aos condomínios em multipropriedade a Lei nº 4.591/64¹⁵, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Deste modo, em uma análise mais profunda, verifica-se que em razão da similitude de ambos os modelos de condomínio, deve-se aplicar subsidiariamente ao condomínio em multipropriedade todas as normas referentes aos condomínios edilícios, inclusive o artigo 1.331 e seguintes do Código Civil.

No que se refere a aplicação subsidiária da Lei nº 8.078/90¹⁶ (Código de Defesa do Consumidor - CDC), esta ocorrerá apenas quando houver a relação de consumo, que requer a vulnerabilidade de uma das partes em conflito. Ou seja, aplica o CDC nos casos em que houver relação de consumo entre o os condôminos multiproprietários e o

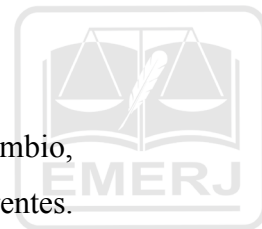
¹² BRASIL, op. cit., nota 10.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.



administrador do condomínio ou a empresa operadora do regime de pool ou intercâmbio, mas não se aplica o CDC quando tratar-se de multipropriedade entre amigos ou parentes.

Segundo, é de extrema importância, o artigo 1.358-C do Código Civil¹⁷, uma vez que define o condomínio em multipropriedade, sendo indispensável sua transcrição:

Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.
Parágrafo único. A multipropriedade não se extinguirá automaticamente se todas as frações de tempo forem do mesmo multiproprietário.

Deste modo, trata-se de direito real sobre coisa própria, uma vez que o multiproprietário, titular de unidade periódica, pode usar e gozar, com exclusividade, da totalidade do imóvel. Sendo permitido ao multiproprietário dar em garantia ou até mesmo alienar a sua unidade periódica.

É indispensável a abertura de matrícula para cada unidade periódica, uma vez que durante cada período, o multiproprietário correspondente exercerá com exclusividade os direitos reais relativos ao imóvel. O fato de uma pessoa ser titular de todas as unidades periódicas de um mesmo imóvel, não extingue o condomínio em multipropriedade.

Por isso, além da matrícula principal do imóvel, cada multiproprietário terá a matrícula da sua fração de tempo em ficha auxiliar, na qual se registrarão e averbarão os atos referentes à respectiva fração de tempo. Deste modo, a lei conferiu maior segurança jurídica aos multiproprietários, que passaram inclusive a ter inscrição imobiliária individualizada no RGI (art. 176, §10 e §11 da Lei nº 6.015/73¹⁸).

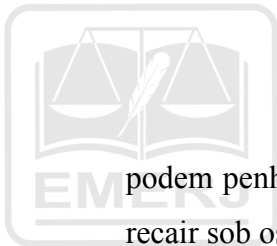
Assim, cada unidade periódica é um imóvel autônomo, podendo ser objeto de hipoteca e alienação fiduciária, e o multiproprietário responderá apenas pelos tributos relativos ao seu período, não havendo solidariedade tributária entre os demais multiproprietários.

Conforme explicado, a multipropriedade recairá sobre o bem imóvel e seus acessórios, ou seja, inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo. Outra característica relevante é a indivisibilidade do objeto da multipropriedade que não se sujeita a ação de divisão, nem mesmo de extinção de condomínio (art. 1.358-D, do CC¹⁹). Portanto, credores pessoais de um multiproprietário

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.



podem penhorar apenas a unidade periódica pertencente a este, não podendo a penhora recair sob os acessórios que compõe o imóvel.

Outro ponto sensível é o da fixação da periodicidade, traço essencial que confere particularidade a essa propriedade, cuja regulamentação se encontra no artigo 1.358-E do CC²⁰, a seguir transcrito:

Art. 1.358-E. Cada fração de tempo é indivisível.

§ 1º O período correspondente a cada fração de tempo será de, no mínimo, 7 (sete) dias, seguidos ou intercalados, e poderá ser:

I - fixo e determinado, no mesmo período de cada ano;

II - flutuante, caso em que a determinação do período será realizada de forma periódica, mediante procedimento objetivo que respeite, em relação a todos os multiproprietários, o princípio da isonomia, devendo ser previamente divulgado; ou

III - misto, combinando os sistemas fixo e flutuante.

§ 2º Todos os multiproprietários terão direito a uma mesma quantidade mínima de dias seguidos durante o ano, podendo haver a aquisição de frações maiores que a mínima, com o correspondente direito ao uso por períodos também maiores.

Observa-se que o período de cada fração de tempo não pode ser inferior a 7 dias. Logo, como o ano possui 364 dias, tem-se no máximo 52 unidades periódicas, o que significa que um único imóvel terá até 52 multiproprietários. Ressalta-se que o referido período pode ser usufruído de modo seguido ou intercalado, e poderá ser: fixo, flutuante ou misto.

É de se acrescentar que a fixação da periodicidade deve estar claramente regulada no instrumento de instituição, com início e fim predeterminados, podendo a convenção de condomínio em multipropriedade estabelecer limite máximo de frações de tempo no mesmo imóvel que poderão ser detidas pela mesma pessoa natural ou jurídica (art. 1.358-H, do CC²¹).

No que se refere à forma de instituição da multipropriedade, segundo o artigo 1.358-F do CC²², se instituirá por ato entre vivos ou por testamento, registrado no competente cartório de registro de imóveis, devendo constar daquele ato a duração dos períodos correspondentes a cada fração de tempo.

Na convenção de condomínio em multipropriedade deverá constar os poderes e deveres dos multiproprietários, o número máximo de pessoas que podem ocupar o imóvel durante cada fração de tempo, as regras de acesso do administrador ao imóvel, o fundo de reserva para possível danos, as multas aplicadas aos multiproprietários que

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

²² Ibid.

descumprirem os deveres, dentre outras cláusulas que os multiproprietários decidirem estipular (art. 1.358-G, do CC).

Além dos direitos previstos na convenção de condomínio, segundo o artigo 1.358-I do CC, o multiproprietário tem direito a usar e gozar do imóvel durante a sua fração de tempo, assim como alienar, ceder em locação ou comodato sua fração de tempo, participar e votar em assembleia, desde que esteja quite com as obrigações condominiais.

Já o artigo seguinte do Código Civil, estabelece os deveres dos multiproprietários dentre eles pagar a contribuição condominial, comunicar imediatamente aos administradores os defeitos do imóvel, além de desocupar o imóvel, impreterivelmente, até o dia e hora fixados no instrumento de instituição, sob pena de multa diária, conforme convencionado no instrumento pertinente.

A transferência do direito de multipropriedade não dependerá da anuência ou cientificação dos demais multiproprietários, ou seja, não há direito de preferência na transferência, salvo disposição em contrário prevista expressamente no instrumento de instituição ou na convenção (art. 1.358-L, do CC).

Por sua vez, os artigos 1.358-M, 1.358-N e 1.358-R, tratam da administração da multipropriedade e qualifica a função do administrador, gestor profissional, responsável pela representação do condomínio em juízo, assim como responsável pela manutenção e gerenciamento do imóvel.

Enfim, o artigo 1358-O e seguintes tratam das disposições específicas relativas às unidades autônomas de condomínio edilícios, sendo relevante destacar que, apenas com previsão expressa no ato de instituição do condomínio edilício ou mediante aprovação de maioria absoluta dos condôminos é que se pode instituir o condomínio em multipropriedade.

Verifica-se que a regulamentação legislativa trouxe inúmeros benefícios, pois em que pese o *time sharing* já fosse praticado no Brasil, havia uma grande fragilidade quanto aos deveres e direitos dos multiproprietários, muitas vezes em razão da ausência de informação e inúmeras restrições quanto ao exercício do direito de retirada.

Cristiano Chaves de Farias²³, elenca com maestria os inúmeros benefícios que a multipropriedade proporciona:

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Reais. V. 5. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 868.



A divisão proporcional de custos e despesas entre multiproprietários; a otimização da utilidade do bem e, conseqüentemente, de sua função social; o acesso a bens de valor elevado mediante desembolso proporcional ao tempo de sua utilização; a segurança do direito de usufruir do bem em períodos/determinados; a possibilidade de remunerar o tempo em que o imóvel não é fruído pessoalmente e, o mais importante, o direito de propriedade no fôlio imobiliário.

Deste modo, conclui-se que o legislador ao regularizar a multipropriedade, criando formas ficcionais de parcelamento do solo, potencializou o aproveitamento deste, que passa a ser utilizado por um número maior de pessoas.

Assim, a multipropriedade possui suas regras gerais estabelecidas no Código Civil, devendo as partes acautelarem-se, em seus instrumentos de instituição, sobre as peculiaridades das atividades a serem desenvolvidas no imóvel, sempre em consonância com os princípios constitucionais, cumprindo com a função social e dando aproveitamento absoluto ao imóvel.

3. A APLICABILIDADE DA MULTIPROPRIEDADE EM CONDOMÍNIOS RURAIS

Não obstante a tardia normatização, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça, reconheceu o instituto da multipropriedade e a legitimidade do multiproprietário, por meio de embargos de terceiro, defender a sua fração de tempo. Neste sentido é a ementa do REsp. nº 1546165/SP²⁴, tendo como relator o Ministro Noronha:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DO MULTIPROPRIETÁRIO. PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano. (...)

5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição.

6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 156165/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=201403082061&dt_publicacao=06/09/2016>. Acesso em: 24 mar. 2020.

7. Recurso especial conhecido e provido. (*REsp 1546165/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 06/09/2016)

Atualmente, conforme demonstrado no capítulo anterior, a multipropriedade encontra-se positivada no ordenamento brasileiro, sendo inquestionável sua natureza jurídica de direito real.

O presente instituto permite parcelamento temporal de um bem imóvel, em unidades periódicas autônomas, na qual cada multiproprietário terá a sua fração de tempo e usará com exclusividade.

Observa-se que o legislador não restringiu o tipo de imóvel no qual pode ser instituído o condomínio em multipropriedade. Por esta razão, imóvel rural ou urbano poderá ser “dividido” em unidades periódicas autônomas. Não cabe ao intérprete limitar a aplicação apenas a imóveis urbanos, podendo ser aplicada também em imóveis rurais.

A grande questão é determinar quais os tipos de imóveis rurais são passíveis de instituição do condomínio em multipropriedade. É possível a aplicação do instituto de multipropriedade na exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária, ou a multipropriedade se restringe a empreendimentos de natureza turística?

É importante ressaltar que todos os contratos de arrendamento agrário devem respeitar os preceitos do Decreto nº 59.566/66²⁵. A cerca da conservação dos recursos naturais é necessário que os contratantes observem os mandamentos estabelecidos no artigo 13 desse decreto²⁶, veja:

II - Observância das seguintes normas, visando a conservação dos recursos naturais:

- a) prazos mínimos, na forma da alínea " b ", do inciso XI, do art. 95 e da alínea " b ", do inciso V, do art. 96 do Estatuto da Terra:
 - de 3 (três), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura temporária e ou de pecuária de pequeno e médio porte; ou em todos os casos de parceria;
 - de 5 (cinco), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura permanente e ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias primas de origem animal;
 - de 7 (sete), anos nos casos em que ocorra atividade de exploração florestal;

²⁵ BRASIL. *Decreto nº 59.566*, de 14 de novembro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 25.



Deste modo, em se tratando de contratos agrários a lei brasileira exige o mínimo de três anos para que tenham validade, pois apenas assim seria possível o cumprimento da função social e socioambiental da propriedade rural, conforme preceitua o art. 186 da CRFB²⁷.

Reconhecer a possibilidade de aplicação do instituto de multipropriedade na exploração do imóvel agrário, é reconhecer que este prazo de três anos se encontra ultrapassado, em razão dos avanços tecnológicos da produção. Deste modo, seria possível cumprir com a função social da propriedade rural, mesmo quando a exploração se desse em um período de seis meses (imagina-se uma multipropriedade, com dois multiproprietários, no qual cada um terá uma fração de tempo equivalente a seis meses).

De fato a Lei nº 13.777/2018²⁸ não oferece óbice a aplicação do instituto de multipropriedade à propriedades rurais, no entanto, em se tratando de exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária, é impossível cumprir com a função social e socioambiental em um período de tempo tão curto, que pode ser de 6 meses até 7 dias a depender da quantidade de multiproprietários.

O cuidado com o meio ambiente e a exploração racional e adequada do imóvel é indispensável para que se permita a instituição do condomínio em multipropriedade, uma vez que, este deve estar de acordo com as normas constitucionais, em especial com o artigo 186 da CRFB.

Outro ponto questionável diz respeito ao artigo 1.358-E, do Código Civil²⁹, que determina que o multiproprietário terá direito a uma quantia mínima de 7 dias, podendo ser seguidos ou intercalados. De acordo com os incisos deste artigo o período de cada fração de tempo poderá ser fixa e determinado, flutuante ou misto.

Em se tratando de exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária, é inviável estabelecer a periodicidade de cada multiproprietário de forma fixa e determinada, no mesmo período de cada ano. Isto porque, este sistema exige início e fim predeterminados, no mesmo período de cada ano, o que é impossível diante da natureza da atividade agrária que depende do ciclo biológico das culturas e criações, assim como, das condições climáticas.

O sistema flutuante, também não é adequado para contratos agrários cujo objetivo seja a exploração rural ou agropecuária. Nesta modalidade a determinação do período é

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

realizada de forma periódica, mediante procedimento objetivo que respeite, em relação a todos os multiproprietários, o princípio da isonomia. No entanto, esse período precisa ser previamente divulgado, o que se torna impossível quando se trata de atividade agrária, em razão da inexatidão dos ciclos biológicos e das condições climáticas, que afetam diretamente o tempo de produção e colheita.

Por último, tem o sistema misto, que é a combinação dos sistemas fixos e flutuantes. É indispensável que no momento da constituição do condomínio em multipropriedade, se adote um destes sistemas na fixação do período de cada fração, pois trata de requisito indispensável a sua constituição, e tem como objetivo regular o período pertencente a cada multiproprietário.

Deste modo, conforme acima explicado, não é possível a utilização de nenhum dos sistemas previsto na legislação que regula o condomínio em multipropriedade, quando se tratar de exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária, em razão da inexatidão dos ciclos biológicos e das condições climáticas.

Em conclusão, o condomínio em multipropriedade, pode ser estabelecido apenas em imóveis rurais destinados ao lazer. Doutrina majoritária, assim como a jurisprudência pátria afirma que o sistema time-sharing é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer, pois o presente instituto tem sua origem relacionada ao setor turístico.

A encerrar o tópico, é possível a implementação do condomínio em multipropriedade em sítios de recreio, hotéis fazendas, e outros imóveis rurais, desde que destinados exclusivamente ao lazer e com o objetivo de dar aproveitamento econômico absoluto ao bem.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a eficácia da Multipropriedade Imobiliária e sua aplicabilidade em imóveis rurais. O embate materializa-se pela discussão acerca de quais tipos de imóveis rurais são passíveis de instituição do condomínio em multipropriedade.

Conforme demonstrado multipropriedade é o parcelamento temporal de um mesmo bem, em unidades periódicas autônomas. Como critério de aferição da legalidade da convenção da multipropriedade, é indispensável que esta esteja de acordo com a função social e socioambiental da propriedade.



Desta forma, o *time sharing* foi um incentivo ao setor imobiliário, cujo principal objetivo é potencializar o aproveitamento econômico do bem, além de reduzir a ociosidade, e conseqüentemente, gerar mais renda.

A Lei nº 13.777/2018, de 20 de dezembro 2018, passou a regular o condomínio em multipropriedade em bem imóveis, e seus acessórios. Como não houve restrição pelo legislador, o presente instituto, cuja natureza jurídica é de direito real, pode ser aplicado tanto em imóveis urbanos, quanto em imóveis rurais.

No que se refere aos imóveis rurais, o entendimento a que chegou este pesquisador é de impossibilidade de aplicação do instituto de multipropriedade na exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária.

O principal argumento usado nesta pesquisa, é o fato de não ser possível a utilização de nenhum dos sistemas previstos no artigo 1.358-E, do Código Civil, para determinação do período de cada fração de tempo.

Em se tratando de exploração do imóvel agrário, para fins de produção rural e agropecuária, é inviável estabelecer a periodicidade de cada multiproprietário diante da natureza desta atividade, que depende do ciclo biológico das culturas e criações, assim como, das condições climáticas, que afetam diretamente o tempo de produção e colheita.

A Multipropriedade, de acordo com sua origem e a jurisprudência pátria, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer, pois o presente instituto tem sua origem relacionada ao setor turístico, com regras bastantes específicas.

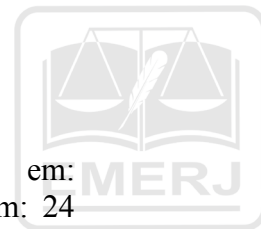
Portanto, para este pesquisador, é possível a implementação do condomínio em multipropriedade em imóveis rurais, desde que destinados ao lazer, como sítios de recreio e hotéis fazendas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Rogério Oliveira Anderson. *Multipropriedade gera novas possibilidades de exploração do imóvel rural*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/rogerio-anderson-multipropriedade-agraria-abre-novas-perspectivas> >. Acesso em: 24 mar. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >. Acesso em: 02 out. 2019.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. *Decreto nº 59.566*, de 14 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.777*, de 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 156165/SP*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403082061&dt_publicacao=06/09/2016>. Acesso em: 24 mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Reais. V. 5. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.



A EFETIVIDADE DA TUTELA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Fernanda Scott Cananea

Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - A globalização e o conseqüente avanço tecnológico fez com que surgissem novas formas de violações a direitos, principalmente direitos de imagem. Neste contexto, o Poder Legislativo foi obrigado a começar a tentar adequar o ordenamento jurídico a esta nova realidade e o judiciário a analisar de maneira mais cuidadosa os casos concretos. Neste sentido, pode-se citar como uma das novas formas de violação o crime de pornografia de vingança que consiste na divulgação de imagens - fotos e/ou vídeos - íntimos de terceiro sem consentimento. No crime em comento, a intimidade do indivíduo é exposta, levando a conseqüências imprevisíveis, desde pequenas inseguranças até mesmo suicídio. Tais conseqüências podem chegar ao extremo em razão da rapidez com que, no mundo atual, fotos, vídeos e informações se difundem. Os danos causados às vítimas são imensuráveis, podendo afetar a esfera patrimonial, mas principalmente a extrapatrimonial, causando, em muitos casos, graves danos psíquicos à vítima. O autor do crime pode ser conhecido ou não, mas na maioria das vezes trata-se de ex companheiros que expõem ex companheiras, após o término por vingança. Ainda, apesar de ter havido um avanço na legislação para tratar deste tema, a mesma ainda se mostra insuficiente. Por esta razão há ONG's e campanhas que ajudam as vítimas desse crime, como soluções extrajudiciais.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Privacidade. Pornografia de Vingança. Crimes Cibernéticos.

Sumário – Introdução. 1. Da Pornografia de Vingança. 2. A superexposição da vítima e o alcance do ato criminoso em oposição à intimidade e privacidade do indivíduo. 3. Atual legislação em vigor aplicável ao tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute a efetividade da tutela da vítima no que diz respeito ao crime de pornografia de vingança (divulgação de imagens - fotos e/ou vídeos - íntimos de terceiro sem consentimento), no qual a intimidade do indivíduo é exposta levando a conseqüências imprevisíveis.

Procura-se demonstrar que não é dada a devida atenção a este crime, o que seria um grande erro já que, conforme será demonstrado, a exposição da intimidade da vítima pode gerar conseqüências terríveis.



Assim, o presente trabalho tenta demonstrar que, apesar de os crimes que provocam danos físicos serem muito temidos, é necessário ir além, ou seja, que se entendeu também que os danos psíquicos causados aos seres humanos podem ser muito mais perigosos.

Neste sentido, é analisado se a tutela da vítima nos casos de pornografia de vingança é, de fato, efetiva.

Para tanto, aborda-se pontos como a superexposição da vítima, sua dignidade humana, o alcance do ato criminoso e suas consequências, a punição do ofensor e possíveis falhas e soluções à temática.

A globalização e os avanços tecnológicos obrigam o legislador a tentar adequar o ordenamento jurídico, assim como o Judiciário a analisar de maneira mais cuidadosa os casos concretos.

Isto porque, tornou-se cada vez mais frequente ver jovens traumatizados e até mesmo ceifando suas próprias vidas em razão das consequências do crime objeto do presente estudo e da rapidez com que, no mundo atual, fotos, vídeos e informações se difundem.

Os danos causados às vítimas são imensuráveis, sendo possível que afetem a esfera patrimonial, mas principalmente a extrapatrimonial das mesmas, podendo trazer graves danos psíquicos a elas.

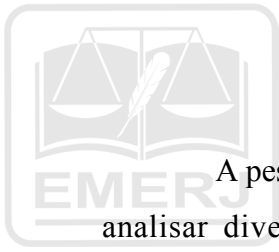
Essa situação é relativamente nova e pouco explorada no mundo jurídico. Desta forma, questiona-se: Haveria efetividade na tutela da vítima nos crimes de pornografia de vingança? Estaria o Estado realmente preocupado com os danos psicológicos causados às vítimas?

Para responder a esses questionamentos serão analisadas legislações em vigor, artigos e doutrina acerca do tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito e a origem da nomenclatura “pornografia de vingança” bem como os motivos mais comuns da prática do ato e suas repercussões perante a sociedade.

No segundo capítulo, é demonstrada a superexposição a qual a vítima fica submetida e o alcance do ato criminoso em oposição à intimidade e à privacidade do indivíduo.

O terceiro capítulo traz a atual legislação em vigor aplicável ao tema, pesquisando se a mesma seria de fato efetiva à tutela da vítima, tanto preventivamente quanto repressivamente. Procura-se explicitar que a exposição a que a vítima é submetida é cruel e preocupante, podendo trazer danos psíquicos irreversíveis gravíssimos que deveriam ter tanta tutela quanto danos físicos.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis que a aluna pretende analisar diversas hipóteses, questionamentos e afirmações, objetivando, ao final, por meio da argumentação, confirmá-las ou criticá-las de maneira argumentativa.

Para tanto, o presente estudo é realizada por meio de abordagem qualitativa, eis que a aluna sutileza de bibliografia consistente em legislação, doutrina e jurisprudência para alcançar sua conclusão referente a problematização exposta.

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. CONCEITO, ORIGEM, CAUSAS MAIS COMUNS E REPERCUSSÕES DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Em um mundo globalizado, virtual e marcado por avanços tecnológicos, os indivíduos ficam cada vez mais vulneráveis em razão da rapidez com a qual notícias e imagens podem ser difundidas na internet.

Neste cenário, tornou-se cada vez mais comum o vazamento de fotos e vídeos íntimos (sem consentimento) - em um universo cada vez mais conectado no qual em poucos segundos uma imagem pode circular por diversos continentes.

Assim, as transformações na sociedade fizeram com que o direito brasileiro tivesse a necessidade de se adequar à nova realidade. Desta forma, em 2018 foi sancionada a Lei nº 13.718/2018¹ que altera o Código Penal para, finalmente, criminalizar a conduta em comento, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade.

Foi dado o nome de "Pornografia de Vingança" ao crime, já que a vingança constitui um dos principais motivos que levam o autor à prática do ato.

A pornografia de vingança ou *porn revenge* consiste na divulgação de imagens e/ou vídeos íntimos da vítima sem o seu consentimento, com a intenção de expor e humilhá-la perante a sociedade, tendo como cenário a internet (principalmente redes sociais e aplicativos).

¹ BRASIL. Lei nº 13.718/2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.



Pontua-se que as imagens podem ter sido capturadas com ou sem consentimento da vítima, de modo que ainda que a vítima tenha consentido ou até mesmo as enviado ao autor do crime, a divulgação do material sem o consentimento da mesma, configura o crime em comento.

Ainda, em que pese esse delito ser praticado, na maioria das vezes, por ex companheiros, com quem a vítima mantinha relações íntimas, pode também ser praticado por terceiros (roubo de aparelhos eletrônicos, conserto, invasão do sistema, entre outros).

Assim sendo, importante ressaltar que apesar da nomenclatura, nem sempre o crime se dá por motivos de vingança. Ademais, o ato pode ser praticado contra qualquer um, no entanto, há indicativos de que ocorre predominantemente em face de mulheres.²

Neste sentido, de acordo com pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o Datafolha, divulgada em reportagem do jornal O GLOBO³, os casos de violência contra a mulher praticados via internet aumentaram de 1,2% das 1.051 brasileiras entrevistadas em 2017 para 8,2% das 1.092 mulheres que responderam ao questionário no ano de 2019.

Desta forma, da análise do referido dado, é possível concluir que a prática deste crime vem crescendo, tendo como principal alvo as mulheres, que se tornam cada vez mais vulneráveis neste cenário.

Os motivos que levam à prática da pornografia de vingança são vários, contudo, o objetivo principal do autor do crime é expor a vítima a situação constrangedora, desconfortável e humilhante.

Há casos em que ex companheiros (as), com raiva, após o término do relacionamento, expõem o conteúdo íntimo como forma de vingança. Há hipóteses em que o terceiro, por algum motivo, encontra a mídia e divulga por razões desconhecidas e, existem ainda situações em que o autor, apesar de conhecer a vítima, não mantinha com ela relacionamento amoroso, contudo, compartilha as imagens tão somente para submetê-la a situação vexatória e humilhante.

Os motivos são inúmeros e não seria possível, aqui, enumerar todos. Isto porque, a mente humana é uma incógnita e sempre vão existir sentimentos e desejos obscuros, motivos que jamais serão descobertos ou entendidos.

² BREGINSKI, Katrin Abdalla. *Pornografia de vingança: o que é isso?* Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/597009198/pornografia-de-vinganca-o-que-e-isso>>. Acesso em: 01 out. 2019.

³ FERREIRA, Paula. *Perseguição. Pornografia de vingança. Ofensa sexual. A violência contra a mulher cresce nas redes.* Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/perseguiacao-pornografia-de-vinganca-ofensa-sexual-violencia-contra-mulher-cresce-nas-redes-23506835>>. Acesso em: 02 out. 2019.



Pontua-se que as imagens podem ter sido capturadas com ou sem consentimento da vítima, de modo que ainda que a vítima tenha consentido ou até mesmo as enviado ao autor do crime, a divulgação do material sem o consentimento da mesma, configura o crime em comento.

Ainda, em que pese esse delito ser praticado, na maioria das vezes, por ex companheiros, com quem a vítima mantinha relações íntimas, pode também ser praticado por terceiros (roubo de aparelhos eletrônicos, conserto, invasão do sistema, entre outros).

Assim sendo, importante ressaltar que apesar da nomenclatura, nem sempre o crime se dá por motivos de vingança. Ademais, o ato pode ser praticado contra qualquer um, no entanto, há indicativos de que ocorre predominantemente em face de mulheres.²

Neste sentido, de acordo com pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o Datafolha, divulgada em reportagem do jornal O GLOBO³, os casos de violência contra a mulher praticados via internet aumentaram de 1,2% das 1.051 brasileiras entrevistadas em 2017 para 8,2% das 1.092 mulheres que responderam ao questionário no ano de 2019.

Desta forma, da análise do referido dado, é possível concluir que a prática deste crime vem crescendo, tendo como principal alvo as mulheres, que se tornam cada vez mais vulneráveis neste cenário.

Os motivos que levam à prática da pornografia de vingança são vários, contudo, o objetivo principal do autor do crime é expor a vítima a situação constrangedora, desconfortável e humilhante.

Há casos em que ex companheiros (as), com raiva, após o término do relacionamento, expõem o conteúdo íntimo como forma de vingança. Há hipóteses em que o terceiro, por algum motivo, encontra a mídia e divulga por razões desconhecidas e, existem ainda situações em que o autor, apesar de conhecer a vítima, não mantinha com ela relacionamento amoroso, contudo, compartilha as imagens tão somente para submetê-la a situação vexatória e humilhante.

Os motivos são inúmeros e não seria possível, aqui, enumerar todos. Isto porque, a mente humana é uma incógnita e sempre vão existir sentimentos e desejos obscuros, motivos que jamais serão descobertos ou entendidos.

² BREGINSKI, Katrin Abdalla. *Pornografia de vingança: o que é isso?* Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/597009198/pornografia-de-vinganca-o-que-e-isso>>. Acesso em: 01 out. 2019.

³ FERREIRA, Paula. *Perseguição. Pornografia de vingança. Ofensa sexual. A violência contra a mulher cresce nas redes.* Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/perseguiacao-pornografia-de-vinganca-ofensa-sexual-violencia-contra-mulher-cresce-nas-redes-23506835>>. Acesso em: 02 out. 2019.



Por esta razão, o Estado deve sempre estar preparado para lidar com estas situações seja preventivamente, e/ou repressivamente, buscando soluções, de fato, eficazes para evitar o cometimento deste crime, além de dar a devida assistência às vítimas.

Quanto as repercussões perante a sociedade, o crime de pornografia de vingança repercute de diversas maneiras. O ato causa danos imensuráveis às vítimas e abalo emocional das mesmas e suas famílias, podendo acarretar prejuízos materiais em searas como ambiente de trabalho e escolar.

As consequências são inúmeras, contudo, o maior dos danos é o psicológico da vítima e até mesmo de toda a entidade familiar, que pode ser afetada com o crime.

O alcance que as mídias compartilhadas sem consentimento podem ter e a rapidez com a qual são passíveis de serem espalhadas faz com que as consequências possam ser estrondosas e as vezes irreversíveis.

As vítimas se sentem extremamente vulneráveis, expostas e amedrontadas. Muitas perdem empregos, oportunidades e deixam de frequentar aulas escolares/universitárias por vergonha.

Há ainda hipóteses em que as vítimas se afastam de seu círculo social de amigos e até de sua família por vergonha e medo. Em outros casos, são excluídas do convívio social.

De acordo com estudos, a pornografia de vingança é causadora de índices alarmantes de suicídios de jovens, principalmente mulheres que, sentindo-se difamadas, envergonhadas, humilhadas e muitas vezes excluídas da sociedade entram em um desesperador conflito emocional que as leva a ceifar sua própria vida.⁴

Ademais, importante frisar aqui que os danos causados na vida das vítimas podem ser irreversíveis. Isto porque podem gerar traumas, além do fator de que uma vez divulgadas na internet, passa a ser muito difícil controlar a circulação das mídias que podem ficar *ad eternum* circulando pelas redes sociais.

Ainda, outro problema comum é que pessoas que sofrem com esse crime tendem a ter dificuldade de confiar em amigos, novos parceiros e de se relacionar novamente, além de possibilidade de desenvolver depressão e outros problemas psicológicos.

Desta forma, resta claro que os danos causados pelo ato de divulgação de tais imagens pode ser irreversível e que um dano psíquico pode ser ainda mais grave do que um dano físico.

⁴ ARRAES, Bruno; CARVALHO, Marcela Melo de. *Suicídio e pornografia de vingança*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58248/suicidio-e-pornografia-de-vinganca>>. Acesso em: 01 out. 2019.



Isto porque, um indivíduo com problemas psíquicos pode ser capaz de tirar sua própria vida e a de outras pessoas, devendo, portanto, o Estado dar a devida importância para tais consequências.

2. A SUPEREXPOSIÇÃO DA VÍTIMA E O ALCANCE DO ATO CRIMINOSO EM OPOSIÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO INDIVÍDUO

Conforme abordado no capítulo anterior, a era atual é digital, globalizada e nela informações e imagens são difundidas em aparelhos com velocidade extremamente rápida.

Computadores são interligados a *smartphones*, estes a *smartwatches* e assim em diante, fazendo com que todo e qualquer conteúdo se espalhe mundialmente em poucos segundos. Assim, em meio a este cenário, a exposição dos indivíduos acaba sendo vista como algo normal e corriqueiro na sociedade.

Desta forma, em um mundo em que o privado e o público são confundidos e aplicativos digitais tornam-se “febres” mundiais, acaba virando um desafio para muitos entender até onde se pode divulgar e expor o outro.

Ocorre que, a privacidade, intimidade, honra e imagem dos brasileiros são garantidas e protegidas pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual: “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.”⁵

Assim, ainda que haja, nos dias atuais, um movimento crescente de compartilhamento de inúmeros momentos da vida dos seres humanos em suas redes sociais e aplicativos, deve-se tomar cada vez mais cuidado com situações abusivas que extrapolem a liberdade de expressão e invadam a intimidade e privacidade do outro.

Isto porque, tais atos podem se tornar estímulos a abusos ou até mesmo práticas criminosas, já que, considerando que as informações veiculadas na “rede” ficam gravadas, uma vez compartilhada uma foto, um vídeo ou até mesmo um texto, o conteúdo pode ser difundido mundialmente e nunca mais ser deletado definitivamente.

Ademais, em razão da velocidade e do alcance da internet, em segundos um indivíduo pode ter salvo o conteúdo, tendo acesso vitalício a ele, podendo repassá-lo, gerando um ciclo infinito.

⁵ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.



Posto isto, considerando que grande parte da população, atualmente, tem acesso à internet e, principalmente, aos aplicativos (onde mais ocorre o crime), o alcance do conteúdo postado no crime aqui em comento é gigantesco.

Desta forma, após o compartilhamento do conteúdo, ainda que seja realizada a retirada completa do mesmo da internet, todas as pessoas que já tinham tido acesso à informação, continuam a ter, motivo pelo qual mostra-se quase impossível o controle após a divulgação na “rede”.

Assim sendo, é necessário que sejam tomadas todas as providências possíveis para que seja evitado o vazamento do conteúdo, já que depois que ele ocorre pode ser que não haja muito a ser feito a não ser tentar minimizar danos.

Quanto as formas de exposição, são várias: o agressor pode divulgar, sem consentimento, fotos e/ou vídeos íntimos da vítima; pode divulgar, juntamente ao conteúdo pornográfico, telefone de contato, e-mail e outras formas de contato com a vítima, tornando a exposição e o trauma ainda maior, entre outras formas.

Pontua-se que o agressor pode ser um ex ou atual parceiro, ou até mesmo um terceiro que por meio de fraudes e/ou furtos invade informações pessoais da vítima e as divulga.

Os meios de divulgação variam entre sites, e-mails, aplicativos como o *whatsapp* e redes sociais como *instagram* e *facebook*.

Assim, é evidente que toda a conjuntura mundial de globalização e facilidade em trocas de conteúdo online ampliam o alcance das divulgações bem como a exposição da vítima.

Tal exposição causa danos que podem ser irreparáveis à imagem da vítima, ferindo gravemente o direito à intimidade bem como a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais garantidos pelo Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5, X e 1º, III.⁶

Ademais, apesar de o compartilhamento de imagens íntimas não consentido ocorrer exclusivamente online, os impactos na vida real das vítimas são reais e incontáveis.

Isto porque, as mesmas ficam extremamente expostas com o conteúdo divulgado e muitas vezes sequer conseguem ter dimensão do alcance de suas fotos, vídeos e/ou informações pessoais.

Muitas vítimas perdem seus empregos, sofrem com distanciamento afetivo de familiares e amigos, além de muitas vezes apresentarem distúrbios psíquicos e dificuldades em se relacionar amorosamente novamente.⁷

⁶ Ibid.

⁷ BREGINSKI, op. cit.



Algumas mudam completamente suas vidas na tentativa de recomeçar, até mesmo trocando de cidade, mas acabam carregando uma espécie de sentimento de culpa para o resto e suas vidas.⁸

Assim, os danos psicológicos, certamente, são os mais graves e comuns neste crime e, apesar de a saúde mental muitas vezes não ser tão levada a sério como a saúde física, deve-se atentar a ela com muita cautela.

Isto porque, um indivíduo com problemas psíquicos pode cometer atos gravíssimos contra outros e até contra si mesmo.

Posto isto, válido pontuar que, de acordo com uma pesquisa realizada pela Organização *EndRevengePorn* em 2014, de todos os entrevistados vítimas do crime pornografia de vingança, 90% eram mulheres⁹, o que torna claro que este ato é praticado predominantemente em face de indivíduos do sexo feminino.

Assim, perante uma sociedade extremamente machista, a exposição, o medo, humilhação, vergonha e diversos outros sentimentos passam a ser “carregados” como um enorme fardo por estas meninas que não conseguem lidar com a situação.

Neste cenário, muitas começam a desenvolver danos psicológicos, podendo surgir pensamentos suicidas e em alguns casos ceifam suas próprias vidas.

Ainda, de acordo com pesquisas da Campanha “*End Revenge Porn*” 51% das sobreviventes (ou seja, que não cometeram suicídio) da pornografia de vingança tiveram pensamentos suicidas¹⁰.

Cabível relato de vítima de pornografia de vingança, Leah Juliatt, que tinha 14 anos à época do crime e que relata ter, após o crime, sofrido “com ataques de pânico, depressão, pesadelos, ansiedade e outros sintomas de estresse pós-traumático”¹¹. Expõe ainda:

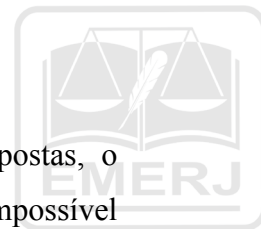
Você sente vergonha, você sente estresse pós-traumático, em muitos casos. Pelo menos eu senti. Esses pesadelos, essa ansiedade, andar pelos corredores de sua escola sentindo como se todos tivessem visto você nua. Realmente é uma forma duradoura de abuso sexual, então eu vejo que algumas respostas emocionais à pornografia de vingança são similares às respostas que vemos em pessoas que sofreram violência sexual.

⁸ CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; *SALGADO*, Ana Leticia Santiago Reis; SANTIAGO, Brunna Rabelo. *Pornografia da Vingança: uma morte em vida – reflexões e desafios no Brasil*. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/sempeq/article/view/4363/1410>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁹ *Cyber Civil Rights Initiative: Statistics*. Disponível em: <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁰ Ibid.

¹¹ EHRENKRANZ, Melanie. *Precisamos estudar os efeitos do pornô de vingança na saúde mental*. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/porno-de-vinganca-saude-mental/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.



Neste sentido, é inegável a superexposição a qual tais vítimas são expostas, o imensurável alcance do conteúdo divulgado sem consentimento, além da quase impossível neutralização total de danos após a efetiva divulgação das informações.

Ainda, que tal crime fere diretamente a intimidade e privacidade do indivíduo, direitos fundamentais protegidos e garantidos pela Carta Magna de 1988¹², motivo pelo qual merece devida atenção e efetividade na tutela das vítimas.

3. UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DA ATUAL LEGISLAÇÃO EM VIGOR APLICÁVEL AO TEMA

O presente artigo aborda as consequências do crime de pornografia de vingança na vida social e na saúde das vítimas.

Pelo estudo aqui realizado, resta evidente a cruel e preocupante exposição à qual essas mulheres (já que este ato é praticado em sua maioria em face de indivíduos do sexo feminino) são submetidas.

Conforme explicitado, os danos são inúmeros: desde perda de emprego, rejeição familiar e isolamento social até problemas psicológicos que em algumas hipóteses podem levar ao suicídio.

Desta forma, o crime em comento viola direitos garantidos e protegidos constitucionalmente, como o direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, de acordo com o artigo 5º, inciso X, Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual: “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.”¹³ e pode ocasionar danos psíquicos irreversíveis e gravíssimos.

Ressalta-se que a popularização dos famosos *nudes* (conteúdo íntimo trocado entre parceiros) e o atual mundo globalizado são uma combinação espantosamente perfeita na contribuição para o aumento do número de mulheres que tem fotos e/ou vídeos íntimos divulgados na internet propositalmente sem autorização.

Ainda, os avanços tecnológicos, a velocidade com que informações conseguem ser difundidas e as facilidades virtuais contemporâneas fazem com que o alcance do referido conteúdo seja cada vez maior.

¹² BRASIL, op cit., nota 05.

¹³ Ibid.



Assim sendo, considerando fatores como a facilidade de compartilhamento digital, velocidade extremamente rápida com a qual fotos e vídeos se difundem, bem como as consequências imprevisíveis e possivelmente catastróficas do ato criminoso, presume-se que a tutela da vítima do crime de pornografia de vingança seja efetiva e que a legislação atue rigidamente de maneira preventiva e repressiva.

Ocorre que, enquanto diversos países do mundo, como Israel (2014) já tipificavam o crime de pornografia de vingança e condenavam os autores do crime,¹⁴ até 2018 o Brasil não possuía tipificação específica para o crime de pornografia de vingança, não existindo legislação penal suficiente para acolher as vítimas e punir adequadamente os autores do crime.

Neste sentido, as vítimas até então poderiam invocar a seu favor dispositivos como a Constituição federal, pleiteando danos morais em razão de violação ao nome, imagem, honra, privacidade garantidos pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal da República de 1988, além da violação a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, também da Carta Magna, conforme já explicitado.

Ademais, dependendo da situação poderiam ainda invocar o artigo 140 (crime contra a honra) o 147 (ameaça), ou o 158 (extorsão) todos do Código Penal Brasileiro¹⁵. Contudo, nem todos os crimes de pornografia de vingança poderiam ser enquadrados nestes dispositivos, mas tão somente aqueles que configurem também estes crimes (além da pornografia de vingança).

Ainda, conta-se com a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)¹⁶ e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷, mas igualmente, apenas em crimes relacionados especificamente ao conteúdo destas leis e não a divulgação não autorizada de fotos/vídeos íntimos.

Há também a Lei nº 12.737/2012¹⁸, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann (uma das vítimas de compartilhamento de fotos íntimas na internet), no entanto, esta não versa especificamente acerca do crime de pornografia de vingança já que não abarca a divulgação em si do conteúdo, mas sim a invasão de dispositivos informáticos.

¹⁴ LIMA, Geraldo Alves; SILVA, Paula Cinthia de Oliveira. *Pornografia de Vingança: uma descrição da Lei 13.718/2011*. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/pornografia-vinganca-uma-descricao-lei-13718-2011.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

¹⁵ BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

¹⁷ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 12.737/2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

Assim sendo, mesmo com a chegada da referida lei, em 2012, o Brasil continuava órfão de uma tutela específica e efetiva, o que dava uma tranquilidade aos agressores para continuarem as divulgações sem medo.

Ao mesmo tempo, as vítimas ficavam cada vez mais inconformadas e amedrontadas, carregando, além de todo o trauma suportado, a angústia da impunidade do ofensor.

Neste cenário, apenas em 07 de agosto de 2018 foi finalmente aprovado no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 618/2015, dando origem a Lei nº 13.718 sancionada em 24 de setembro de 2018¹⁹ que tipificou expressamente o crime de pornografia de vingança adicionando o novo artigo 218-C, Código Penal Brasileiro, segundo o qual:²⁰

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A referida lei contém quatro artigos, e altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940²¹ do Código Penal, tornando Pública Condicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais, e revogando o Decreto- Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941 Lei das Contravenções Penais²².

Desta forma, apenas em 2018 o crime de pornografia de vingança recebeu tipificação específica, o que demonstra que o Estado se preocupa mais com crimes que geram danos físicos do que aqueles que ocasionam danos psíquicos à vítima.

No entanto, danos psicológicos podem ser, em algumas situações, muito mais graves do que aqueles físicos. Isto porque um indivíduo com sua saúde mental afetada pode viver em intenso sofrimento e ainda tirar sua própria vida e/ou a de outros.

Por esta razão, merecem grande destaque e efetiva tutela os crimes que afetam o psicológico do ser humano, diferente do que se observa ser feito pelo Estado na prática.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 01.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 15.

²¹BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848/40*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%202.848,7%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201940.&text=C%3%B3digo%20Penal.&text=Anterioridade%20da%20Lei-,Art.,lei%20anterior%20que%20o%20defina>. Acesso em: 03 mai. 2020.

²²BRASIL. *Decreto nº 3.688/41*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.



Ainda, importante pontuar que, apesar de atualmente existir uma lei com tipificação específica para o ato criminoso aqui estudado, observa-se que a legislação ainda não soluciona alguns problemas.

Pode-se citar como exemplo o fato de não haver mandamentos para a permanência de conteúdo indevido na internet e, apesar de o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)²³ estabelecer, em seu artigo 21, mandamentos para a remoção de determinados conteúdos, não traz prazo definido para a retirada.

Tais situações também não são abordadas na Lei nº 13.718/2018, deixando margem para dúvidas e interpretações divergentes pelo judiciário no momento do julgamento.

Ademais, não há em lei menções específicas a ajuda psicológica as vítimas, bem como para reestruturar suas vidas após as consequências devastadoras sofridas em razão do crime.

Da mesma maneira, não há políticas públicas eficientes e abrangentes que ajudem na prevenção do ato, o que seria primordial, já que como já mencionado, após o compartilhamento das fotos, é quase impossível que o conteúdo seja de fato extirpado sem que cause nenhum dano à vítima.

Assim, resta claro que, apesar de já ter havido avanços na tipificação específica com a Lei nº 13.718/2018²⁴, ainda se tem um longo caminho a ser percorrido para que a tutela da vítima seja, de fato, efetiva.

CONCLUSAO

Conforme amplamente discutido ao longo do presente trabalho, restou clara a gravidade dos danos causados nos crimes de pornografia de vingança, merecendo os mesmos grande destaque e efetiva tutela.

Ocorre que não é isso que se observa na prática no Brasil, onde a sociedade e, principalmente, o poder legislativo parece não se atentar tanto a danos psíquicos.

Ainda, foi demonstrado que, apesar de haver, desde 2018, uma lei com tipificação específica para este crime, tal legislação ainda não soluciona alguns problemas aqui citados.

Ressalta-se também que o fato de as vítimas serem majoritariamente do sexo feminino seria um reflexo da desigualdade de gênero, do machismo, da exploração da sexualidade feminina, da objetificação da mulher.

²³ BRASIL. *Lei nº 12.965/2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 01.

Desta forma, fica evidente que estas questões citadas, infelizmente, ainda estão enraizadas na sociedade brasileira e devem ser erradicadas o quanto antes.

Assim, diante de todo o exposto, mostra-se, primordial a prevenção e repressão efetiva do crime de pornografia de vingança e, para que isso possa ocorrer, é necessária a identificação do autor do crime.

Além disso, é essencial também que haja um forte apoio às vítimas após a prática do crime, sendo de extrema importância a implementação de medidas estatais que ajudem as mesmas a retomar suas vidas, tentar superar o trauma e minimizar os danos suportados, sejam eles materiais ou psíquicos.

Ainda, é muito importante que a vítima tenha em mente que não é a culpada pelo ato e que, caso necessário, o que na maioria das vezes só é possível com ajuda psicológica para superar o ocorrido.

Posto isto, em razão de toda a deficiência dos poderes legislativo e judiciário aqui demonstrada, há algumas medidas extrajudiciais que podem ajudar as vítimas, como ONG's e campanhas.

Fora do país há ONG's como a *Cyber Civil Rights Initiative* e a *Safernet*, que ajudam vítimas da pornografia de vingança a retomar suas vidas e se recuperar do trauma sofrido.

Quanto a campanhas, há algumas até mesmo no Brasil como o “Projeto Vazou” e “Sementeiras de Direitos”.

Assim, nota-se que podem ser facilmente implementadas mais maneiras que objetivem minimizar danos e proteger mulheres vítimas do crime aqui tratado.

Importante pontuar que, o mundo globalizado modificou a maneira que as pessoas se relacionam e como enxergam pontos importantes como direito à imagem, à honra, em um cenário em que o público e o privado parecem não ter uma divisão tão visível.

Por esta razão, deve-se atentar cada vez mais a novas formas de crimes, atendendo as necessidades contemporâneas.

Ademais, é válido mencionar ainda que o anseia-se que em um futuro próximo os indivíduos possam entender os limites da privacidade da pessoa humana e que haja, de fato, uma igualdade de gêneros, de modo que a mulher tenha a mesma liberdade sexual que os homens, além de seus direitos respeitados por todos.

Assim, espera-se que a sociedade, o Poder Legislativo e o Judiciário possam cada vez mais entender que esse, como vários outros crimes que afetam a saúde psíquica dos seres humanos, merece ser tratado com a mesma seriedade e severidade que crimes que geram danos físicos.



Ainda, que sejam desenvolvidos mais mecanismos de proteção virtual para que a tecnologia possa cada vez mais ser utilizada a favor das pessoas e não contra elas.

Por fim almeja-se que a sociedade se sinta mais segura e que cada vez mais sejam criadas políticas públicas para que os indivíduos entendam que a evolução deve ser utilizada para o bem e não para lesar de qualquer forma os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ARRAES, Bruno; CARVALHO, Marcela Melo de. *Suicídio e pornografia de vingança*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58248/suicidio-e-pornografia-de-vinganca>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 03: mai. 2020.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. *Lei 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. *Lei 12.737/2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. *Lei 12.965/2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.718/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BREGINSKI, Katrin Abdalla. *Pornografia de vingança: o que é isso?* Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/597009198/pornografia-de-vinganca-o-que-e-isso>>. Acesso em: 01 out. 2019.



CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; SALGADO, Ana Letícia Santiago Reis; SANTIAGO, Brunna Rabelo. *Pornografia da Vingança: uma morte em vida – reflexões e desafios no Brasil*. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/sempeq/article/view/4363/1410>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CYBER CIVIL RIGHTS INICIATIVE: *Statistics*. Disponível em: <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

EHRENKRANZ, Melanie. *Precisamos estudar os efeitos do pornô de vingança na saúde mental*. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/porno-de-vinganca-saude-mental/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

FERREIRA, Paula. *Perseguição. Pornografia de vingança. Ofensa sexual. A violência contra a mulher cresce nas redes*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/perseguiacao-pornografia-de-vinganca-ofensa-sexual-violencia-contramulher-cresce-nas-redes-23506835>>. Acesso em: 02 out. 2019.

LIMA, Geraldo Alves; SILVA, Paula Cinthia de Oliveira. *Pornografia de Vingança: uma descrição da Lei 13.718/2018*. Disponível em: <<https://meuartigo.brasil.escola.uol.com.br/direito/pornografia-vinganca-uma-descricao-lei-13718-2018.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2020.



COLABORAÇÃO PREMIADA: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA OU JUSTIÇA NEGOCIADA?

Gabriel Azevedo Pinheiro

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – com o elevado índice de criminalidade atual faz com que o Estado repense suas políticas criminais com o fim de recuperar o controle da pacificação social sem deixar de lado as orientações norteadoras extraídas dos direitos fundamentais, corolário da dignidade da pessoa humana e fundamento da República Federativa do Brasil. A colaboração premiada, como técnica de investigação criminal, insere-se nesse cenário apresentando alguns questionamentos jurídicos. Procura-se demonstrar quais seriam os parâmetros de validade desse acordo frente ao ordenamento jurídico vigente. O instituto da colaboração premiada surgiu nesse cenário como um meio de obtenção de provas com a finalidade de dismantelar crimes e organizações criminosas complexas que vem levando a sociedade às ruínas.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Modelos de Justiça Negociada. Colaboração Premiada. Negociação da Pena.

Sumário – Introdução. 1. Modelo de Justiça Negocial no sistema processual brasileiro. 2. Constitucionalidade da colaboração premiada como meio de prova no sistema processual brasileiro 3. Dos efeitos positivos da aplicação do instituto da colaboração premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática da Natureza Jurídica da Colaboração Premiada, buscando entender e identificar se se trata de um meio de obtenção de prova ou justiça negociada e também busca examinar algumas alegações acerca da reprovabilidade da medida questionada pela doutrina sobretudo do ponto de vista ético, inclusive analisando a validade da sua implementação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a natureza jurídica, os requisitos, valor probatório e a validade do acordo de colaboração premiada. Nesse passo será necessário também uma análise das legislações específicas que discorram acerca do instituto aqui trabalhado.

Apenas a título exemplificativo, há regimes específicos na lei dos crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/1986), na lei de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33, §4º), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, art. 1º, §5º), porém de todos os regimes legais da delação o mais completo e detalhado é o da lei de organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013, arts. 4º ao 6º) que trata além dos efeitos materiais de benefícios premiais quanto à sanção,



também estabelece regras procedimentais para a celebração do acordo e sua homologação, bem como discorre sobre a produção da prova e seu valor probatório.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o procedimento e o rito aplicado, em que consiste na proposta da colaboração premiada apresentada pelo ministério público ou delegado de polícia e todas as peculiaridades acerca do assunto, inclusive destacando quais crimes podem ser alcançados pelo instituto em análise.

O segundo capítulo será discorrendo acerca da constitucionalidade, definição da natureza jurídica e a grande controvérsia da doutrina sobre seus desdobramentos e validade. Nesse ponto foi necessário observar as delações já homologadas pelo poder judiciário e os desdobramentos ocorridos desde o momento da proposta até a homologação, inclusive os efeitos da condenação.

No terceiro capítulo, será o momento em que serão analisadas as peculiaridades da homologação do acordo pactuado, a natureza jurídica da sentença e quais são os limites do Juiz no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença, inclusive os efeitos da aplicação do instituto.

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. MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A lei de organizações criminosas assegura que o Réu e o Ministério Público transijam não só sobre a reprimenda a ser aplicada, mas também quanto ao procedimento a ser adotado. Negociam-se a pena e o rito.

Diversos são os diplomas legais que tratam da chamada justiça negociada, sendo certo que tais normas se limitam a prever os requisitos para sua aceitação e no plano do direito material seus efeitos quanto a pena: ora a extinção da punibilidade, ora o início do cumprimento de pena ora apenas redução de pena.



De todos os regimes legais de delação premiada, o mais completo e detalhado é o da lei de organização criminosa (Lei nº 12.850/2013)¹ que trata sobre os efeitos materiais de benefícios premiais quanto a sanção e também estabelece regras procedimentais para a celebração do acordo, sua homologação, a produção de prova decorrente da delação e o valor probatório da colaboração premiada.

A colaboração processual, segundo a lei, terá três fases: 1- fase de negociação e acordo; 2- fase de homologação judicial; 3- fase de sentença em que se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo, conseqüentemente se aplicará o benefício ou não.

No que diz respeito à fase de negociação, diz a doutrina² que ela não se efetiva em um único ato isolado, muito pelo contrário, a delação caracteriza-se por um conjunto de atos consistindo em um verdadeiro incidente probatório. Sendo assim, inicia-se o ato através de um acordo de vontades entre o investigado ou acusado delator e o ministério público, no qual são estabelecidos os limites do acordo, o seu conteúdo, as obrigações do delator, as exigências a serem satisfeitas, os processos em que poderão ser utilizados, os efeitos pretendidos em termos de redução ou mesmo isenção de pena.

Também será discutida na fase de negociação quais serão os atos praticados pelo delator como entrega de documentos, as declarações do delator que contribua para o cabal esclarecimento dos fatos e punição dos demais responsáveis.

Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para a propositura do acordo de colaboração premiada, instrumento de obtenção de prova na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial. Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação conferida pelo art. 144 da CRFB/88³, os meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial.

Tendo em vista que a polícia é a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei.

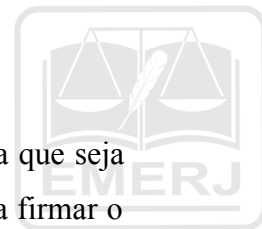
Desse modo, segundo Nestor Távora⁴ abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente ou no transcorrer da ação penal, inclusive, após o trânsito em julgado de decisão.

¹ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011_2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 96.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 136.



Segundo Renato Brasileiro⁵, o momento no qual realizada é relevante para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador.

Quanto ao procedimento, a Lei nº 12.850/2013⁶ introduziu um procedimento, até então inédito normativamente, que foi a necessidade de se estabelecer as bases do acordo de colaboração premiada por escrito, com cláusulas claras e objetivas, ou seja, criando-se uma espécie de contratualização entre o Estado e o agente colaborador.

Deve o juiz verificar, outrossim, se no Termo de Colaboração estão presentes o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do Delegado de Polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Por fim, poderá o juiz, antes de proferir decisão homologatória, designar audiência a fim de ouvir o colaborador, sempre na presença do seu Defensor, guardado o correspondente sigilo, e sempre que vislumbrar a necessidade de indagar pessoalmente e o agente colaborador subscreveu o contrato de colaboração de forma voluntária.

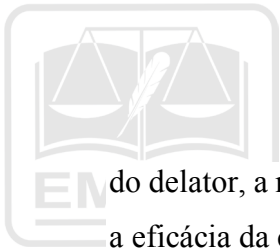
O termo de colaboração, neste formato, trouxe grande contribuição ao cenário jurídico nacional, notadamente por trazer maior segurança jurídica entre as partes envolvidas, inclusive ao próprio delatado, pois no exercício de sua defesa terá acesso ao contrato de colaboração e poderá, tão logo cessado o sigilo, questionar a presença dos requisitos, condições e as cláusulas então definidas, bem como provocar o controle do que pactuado junto as instâncias superiores do Judiciário. Além de maior segurança jurídica às partes envolvidas, não há dúvidas de que a transparência, ainda que diferida, representou um ganho para a persecução penal.

O acordo originado da delação não fixa pena ou regime de cumprimento da sanção. Ao Poder Judiciário, com exclusividade, compete, nos termos do art. 4º, § 1º, da lei de organizações criminosas⁷, para fins de concessão de vantagens, levar em conta a personalidade

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 325.

⁶ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷ *Ibidem*.



do delator, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Na maioria das previsões, o benefício que é concedido ao réu é uma causa obrigatória de redução de pena, que será avaliada no momento em que o magistrado no sistema trifásico for realizar a chamada dosimetria da pena.

Em regra, os benefícios do ajuste serão concedidos ao colaborador apenas por ocasião da prolação da sentença condenatória. A homologação do acordo de colaboração irá conferir ao imputado maior grau de segurança jurídica quanto à concessão do benefício pactuado no momento da sentença, desde que as declarações feitas sejam objetivamente eficazes na concretização dos resultados do pacto.

A extensão e a profundidade dos elementos revelados pelo agente são os principais elementos balizadores para a aferição dos benefícios premiais, dessa forma, o grau de cooperação do imputado deve ser sempre proporcional ao prêmio. Ademais, fatores como: o comparecimento em juízo confirmando o teor de suas declarações, a submissão ao contraditório devido e o amplo auxílio a persecução penal objetivando a localização de fatores extrínsecos de autenticidade das revelações realizadas, devem reverberar na concessão do benefício.

O compromisso previamente ajustado entre a acusação e o imputado deverá também ser considerado para a apuração do quantum do benefício a ser concedido, haja vista que, ainda que não haja vinculação do juiz ao teor do compromisso, este atua como referencial nodal da conduta do colaborador, além do fato de que o juiz deve fundamentar o percentual de redução da pena aplicado no caso concreto.

A dosimetria da pena é dividida em três fases, no caso de uma eventual delação premiada, a mesma será avaliada na terceira fase, por se tratar de uma causa de redução de pena. Ou ainda se for o caso de uma substituição de pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, ou caso de perdão judicial, o juiz irá aplicar o benefício somente após de fixado a pena definitiva do acusado.

Logo após a fixação da pena privativa de liberdade definitiva, o juiz da causa poderá substituí-la por uma restritiva de direitos. Se for caso de perdão judicial, o magistrado irá condenar o réu, para somente depois deixar de aplicar a pena.

Ressalta-se que o magistrado deve reter-se ao que dispõe a lei, para então saber qual será o benefício que o acusado tem direito terá que ser analisado, qual previsão legal deu amparo a sua delação premiada.

Os benefícios que tenham sido ajustados não obrigam o órgão julgador, devendo ser reconhecida, na cláusula que os retrata, inspiração, presente a eficácia da delação no esclarecimento da prática delituosa, para o juiz atuar, mantendo a higidez desse instituto que, na quadra atual, tem-se mostrado importante.

No que diz respeito aos efeitos do acordo da colaboração, o prêmio ao agente colaborador dependerá da constatação dos resultados descritos no art. 4º da referida norma, aqui denominados requisitos, presentes qualquer um deles, uma vez que o legislador expressamente dispensou a simultaneidade. São eles: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

No entanto, para a obtenção do benefício penal não basta a presença dos requisitos, pois a lei, no seu art. 4º, §1º⁸, também trouxe algumas condições a serem preenchidas pelo agente colaborador, *in verbis*: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Portanto, não basta o preenchimento de um dos requisitos, pois a colaboração premiada somente será homologada em juízo se o agente colaborador também, agora sim, simultaneamente, reunir todas as condições descritas pela norma, ou seja, personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão social do fato criminoso, a eficácia da colaboração. Aqui a simultaneidade não é dispensada pela norma.

Assim, a presença dos requisitos e condições objetivas e subjetivas deverá ser objeto do controle judicial, por ocasião da decisão homologatória, em um primeiro momento, e por ocasião da sentença, em um segundo momento.

2. CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Colaboração premiada foi objeto de intenso debate após a sua inserção no ordenamento pátrio na década de 1990. Houve, de imediato, uma polarização entre aqueles que,

⁸ Ibidem.



escudados em questões éticas, defendiam sua inconstitucionalidade por violar o princípio da dignidade humana, e os que, apoiados na missão do direito penal e processual em assegurar os bens jurídicos mais caros à sociedade, defendiam o uso da delação como meio constitucional de prova. Todavia, em que falem os longos anos de existência do referido instituto, a divergência sobre a sua legitimidade ainda perdura.

Em meio a esse contexto, a delação premiada sofre um embate com o sistema garantista penal, tendo em vista que fere os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Percebe-se que a sociedade deve ser regida por valores oferecidas pelo Estado que protejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial, sendo estas denominadas na nossa Constituição Federal por Direitos Fundamentais e caso algum fato entre em conflito com algum desses direitos, ocasiona-se em uma população desprotegida.

Percebe-se que os poderes públicos devem respeitar a legalidade constitucional, principalmente os direitos fundamentais, gerando um direito não efetivo e garantias impotentes caso careça de alguma dessas garantias. Assim, nota-se que a delação é um meio de prova anômalo, pois na grande maioria das vezes ela ocorre durante o inquérito policial e o acusado oferece provas contra si mesmo na fase pré-processual, quando ainda não existe o processo em si, abrindo mão de se defender através do processo legal.

Ocorre que, a despeito de se revelar como um suporte à eficácia do processo criminal e à efetivação da lei penal, o referido instituto tem sido alvo de duras críticas doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no tocante ao aspecto de eventual criação de barganha de direitos fundamentais que são, em um primeiro momento, indisponíveis, o que, para alguns, significaria flagrante inconstitucionalidade por violação ao Estado de Direito.

O cerne da discussão está na ponderação entre a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e a supremacia do interesse público, este revelado como vetor orientador máximo da atuação do Estado. É necessário estabelecer um equilíbrio entre os princípios constitucionais e o direito que possui o acusado ou investigado para aceitar realizar a colaboração premiada.

Por essa razão, é crucial destacar que a proteção à segurança jurídica é nodal para o Estado Democrático de Direito, haja vista que a antecipação de consequências jurídicas deve permear as atividades dos particulares, doravante, em seu prisma subjetivo, decorrente da segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima exerce papel fundamental na



vinculação das atividades da Administração Pública às suas práticas, como no caso da colaboração premiada.

O Poder Judiciário, por conseguinte, limitar-se-á a verificar a legalidade do acordo celebrado, tendo em vista que o juízo de conveniência e oportunidade já foi preestabelecido entre o Ministério Público e o colaborador, dessa forma, o aludido exame dos pressupostos fáticos da celebração do negócio jurídico se atém a realidade dos fatos e a coerência lógica da decisão discricionária.

A voluntariedade de participação é ato obrigatório para a efetividade da colaboração premiada, sendo que, em todo momento, o colaborador é assistido por seu defensor, como regulamenta o art. 4º, § 15, da Lei nº 12.850/2013⁹

Colaboração Premiada é uma prova complementar, que a partir dela serão colhidas novas provas, das quais sustentarão os fatos narrados pelo colaborador, não podendo haver sentença condenatória com fundamento apenas nas declarações do colaborador, como determina o art. 4º, § 16, da Lei nº 12850/2013.¹⁰

A resolução de crimes e a persecução às Organizações Criminosas são de interesse coletivo, pois é uma afronta à ordem pública e ao Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo o Estado relativizá-los em caso de interesse público, como é exposto no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas¹¹:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. [...]

Nesse sentido, salienta Alexandre de Moraes¹² que os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da CRFB/88¹³, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal

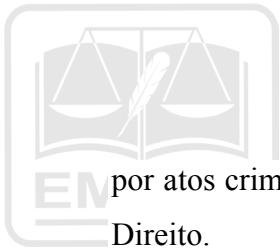
⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

¹² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.220.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.



por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Um aspecto que chama atenção é o fato de que vários juristas afirmam que o instituto da colaboração premiada é inconstitucional e inquisitório, pois reprime alguns dos direitos fundamentais do colaborador, ainda concede discricionariedade para o Ministério Público oferecer a denúncia, sendo esta função vinculada ao órgão.

Outro aspecto importante é o fato da colaboração premiada ser prevista em várias leis, incluindo o código penal, porém seus procedimentos de aplicabilidade foram devidamente regulamentados com a Lei nº 12.850/2013¹⁴.

Chega-se ao entendimento de que o pensamento de inconstitucionalidade do instituto em estudo não cabe acolhimento, pois, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os direitos fundamentais individuais podem ser relativizados em algumas situações, principalmente quando se trata de matéria de relevância para ordem pública.

Quanto ao argumento levantado sobre a colaboração premiada ser de matriz inquisitória, este também não cabe acolhimento, pois é sabido que o sistema inquisitório não garante ao investigado ou réu em processo penal a ampla defesa e o contraditório, nem assistência técnica jurídica, sendo que a Lei nº 12.850/2013¹⁵, como já demonstrado, determina que todo ato deve ser assistido pelo defensor do colaborador, garantindo-lhe toda assistência técnica jurídica, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório; cabendo ainda ressaltar, que o pilar deste instituto é a voluntariedade de participação, ou seja, o Estado em momento algum impõe este benefício ao investigado ou réu em processo penal.

A colaboração premiada é um meio idôneo e constitucionalmente legítimo de produção de provas no processo penal, na medida em que o indivíduo, fazendo uso de sua autodeterminação, opta por cooperar com as autoridades, sem qualquer ato de coação externa, abuso ou qualquer outro que atente contra os seus direitos fundamentais, em troca de benesses, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/88¹⁶, no que tange à proteção da liberdade individual e do livre arbítrio.

Posto isso, a colaboração premiada, além de representar eficaz manifestação da materialização da dignidade da pessoa humana, ainda eleva o interesse público ao seu real e constitucional status de norte da atuação estatal. O instituto torna viável uma resposta efetiva aos anseios sociais pela redução da criminalidade tendo em vista a criatividade e sofisticação

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

que os criminosos têm empregado em suas ações delituosas e nos meios de garantir a impunidade destas.

Em análise, a colaboração premiada ainda cria mecanismos de proteção e defesa da manutenção da integridade das instituições, da higidez do pacto federativo, da soberania do Estado e da própria força normativa da Constituição Federal, o que demonstra total convergência do estudado instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à homologação do acordo, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.

A homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

3. DOS EFEITOS POSITIVOS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Não se desconhece que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013¹⁷, vem sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova.

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal brasileiro, criando novas possibilidades jurídicas de concretizar um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso.

A adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal é uma tendência moderna que se impõe. O principal objetivo da inclusão da colaboração premiada no sistema processual penal brasileiro foi sem

¹⁷ BRASIL, op cit., nota 6.



sombras de dúvidas o de permitir a quebra do pacto de silêncio das organizações criminosas, como o são os grupos de corruptos do cenário político atual, beneficiando assim aquele que colaborar com a justiça entregando-se com a confissão e apontando os fatos e a própria organização do grupo de criminosos.

Todas as informações e declarações feitas pelo colaborador serão analisadas e devidamente investigadas, posteriormente confirmadas, os benefícios dessa forma podem ser concedidos, reafirmando ainda mais o caráter de produção de provas que a lei em 2013 incluiu expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

É uma tendência mundial a busca constante por ferramentas mais adequadas e eficientes no combate aos grandes delitos, é difícil compreender como certas pessoas conseguem se colocar contra instrumentos tão importantes que permitem ao Estado Juiz localizar provas concretas de crimes que ferem gravemente os preceitos de uma sociedade, e prejudicam a todos e principalmente os mais necessitados.

Diante disso, a colaboração premiada utilizada para elucidar crimes mais complexos, sofisticados e camuflados, precisa ser compreendida como uma peça fundamental à disposição do Estado, uma vez que a criminalidade se utiliza, para a prática de seus delitos, daquilo que existe de mais moderno ao seu alcance, além de um forte capital em dinheiro e as diversas facilidades propiciadas pelos paraísos fiscais para ocultação do produto do crime.

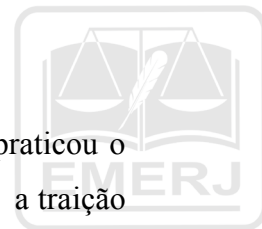
Sem sombra de dúvidas é necessário avançar no que se refere à correta aplicação e condução da produção das provas por meio da colaboração premiada, mas é preciso reconhecer que esse instrumento jurídico, apesar de todas as ressalvas quanto a eticidade da sua aplicação, deve ser sempre utilizado para a obtenção de provas, busca constante pela eficiência penal e a adequada prestação jurisdicional penal.

Existe, todavia, uma enorme discussão entre os doutrinadores sobre a delação premiada. Há autores¹⁸ que partem do pressuposto que o instituto da delação premiada só tem efeitos negativos, sendo totalmente inútil para o ordenamento jurídico brasileiro, e que este não tem força para combater a criminalidade.

Aos que pensam e defendem essa linha de raciocínio¹⁹, elencam-se os seguintes aspectos negativos ao instituto: que a delação premiada é um grande mal, uma vez que advém de uma traição, sendo uma forma antiética de comportamento social; não é possível adotar a ideia de que os fins justificam os meios, pelo fato destes serem imorais e antiéticos; este

¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 166.

¹⁹ TÁVORA; ALENCAR, op. cit., p. 148.



instituto fere o princípio da proporcionalidade das penas, visto que o delator que praticou o mesmo crime que seus comparsas terá uma pena bem minorada, isto é, diferenciada; a traição agrava e qualifica o crime, não sendo razoável reduzir a pena de um traidor, ora delator; Pode ocorrer o estímulo a falsas delações, com o intuito do “ falso delator” vingar-se do seu desafeto.

Todos os aspectos negativos reproduzidos acima são rechaçados tanto por parcela da doutrina, quanto pela jurisprudência dos tribunais superiores, visto que no mundo do crime não existe ética, visto que a natureza das condutas criminosas fere totalmente bens jurídicos protegidos pelo Estado.

A delação realmente nasce por meio de uma traição, no entanto, é uma traição com bons propósitos, atuando contra o crime e em favor do Estado, bem como da sociedade. Não há de se falar em lesão ao princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que esse é regido pela culpabilidade, do que se conclui que os réus mais culpáveis devem receber uma pena asseverada, e como o delator contribui em favor do Estado, prova sua menor culpabilidade, fazendo por merecer uma pena atenuada e a delação também é considerada uma transação Lei nº 9.099/1995²⁰.

Contudo, nem sempre será encarada dessa maneira, tendo em vista que quando a traição ocorre a favor de um bem maior, no caso em especial da delação premiada, proporcionando que se tenha um acesso mais completo aos crimes praticados pelos infratores, os quais encontravam-se longe do conhecimento das autoridades, permitindo que sejam julgados com melhor fidelidade a justiça, dessa forma, finda-se a aparência antiética, fazendo jus às recompensas que lhe são ofertadas, concedendo ao colaborador a oportunidade de se enquadrar novamente aos valores éticos jurídicos da sociedade.

Ponderando bem, toda delação premiada em algum momento materializara uma traição, porém por outro lado é necessário observar que se existe esse “vício moral” importante, a delação premiada também mirada pelo ponto de vista social permite o conhecimento de fatos, circunstâncias que sem ela permaneceriam na escuridão. Isto posto, é possível notar que a delação premiada corresponde aos parâmetros éticos e morais postos pela sociedade, desobedecendo somente aos princípios e valores convencionais da organização criminosa.

Deste modo, apesar de tal instituto ainda receber inúmeras críticas, não resta dúvidas da sua vantagem, sendo um poderoso instituto no combate às organizações criminosas, pois ainda na fase de investigação criminal o colaborador, além de confessar seus crimes para as

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/L9099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.



autoridades, evita que a consumação de outras infrações, bem como auxilia concretamente a polícia e o Ministério Público nas suas atividades de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões.

As principais aplicações do instituto da colaboração premiada estão relacionadas com a produção de provas, seja no âmbito das investigações da polícia judiciária, como também já na fase judicial. O Ministério Público, como detentor de interesse social e jurídico, e titular da ação penal pública incondicionada é o legítimo para fazer os acordos e homologar posteriormente em juízo as informações prestadas pelo colaborador.

Como abordado anteriormente, os casos de aplicação da conhecida “delação premiada” estão bem delineados nas leis específicas de cada crime para o qual se admite a sua aplicação. Deve, entretanto, o magistrado quando existir organização criminosa envolvida no delito conceder os prêmios de maneira rigorosa e seguir os requisitos estabelecidos na Lei nº 12.850/2013²¹, que regulamentou parcialmente a produção de provas nesses casos através da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio.

Caso haja o descumprimento por parte do juiz condutor do processo penal ao qual houve a utilização da delação premiada, corre-se o risco de ferir gravemente não somente a moralidade e a ética do Poder Público jurisdicional, mas o próprio dever estatal da devida persecução e punição penal adequada.

A polêmica maior que envolve o instituto está no fato de que ele, hodiernamente, tem servido de trampolim para o deslinde de esquemas milionários de corrupção, que envolve os agentes políticos das mais altas casas públicas do Estado Democrático de Direito, sendo assim tenho como este um dos maiores efeitos positivos do instituto em análise.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho desenvolvido, tornou-se possível compreender o instituto da colaboração premiada, bem como sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente. Logo no primeiro capítulo colocamos em discussão o instituto e concluimos que ele se alinha, sob a perspectiva constitucional, com as leis e regras vigentes no processo penal.

No segundo capítulo, foi apresentada importante questão relacionada à Constitucionalidade da colaboração premiada em que se chega ao entendimento de que o pensamento de inconstitucionalidade do instituto em estudo não cabe acolhimento, pois,

²¹ BRASIL, op cit., nota 6.

conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os direitos fundamentais individuais podem ser relativizados em algumas situações, principalmente quando se trata de matéria de relevância para a ordem pública.

O acordo de colaboração premiada não pode funcionar como mera expectativa de direito para o colaborador. O dever estatal de honrar o compromisso assumido no pacto negocial, concedendo a sanção premiada diante do atendimento de seus requisitos, legitima uma contraprestação adequada ao adimplemento da obrigação, razão pela qual eventual controle judicial é excepcionalíssimo, diante da vinculação judicial do magistrado ao teor do negócio jurídico processual.

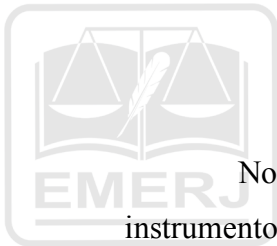
No âmbito dessa discussão, entendeu a suprema corte que o ato de homologação constitui uma condição objetiva de validade do acordo, fator que lhe atribui eficácia. Contudo, na hipótese de acordos excessivamente brandos ou mediante a descoberta de vícios intrínsecos ao termo de compromisso, é possível que fatos supervenientes a homologação judicial sejam utilizados pelo magistrado para rescindir o pacto negocial, o que não impede a utilização dos elementos de prova obtidos no julgamento da causa, mesmo que em desfavor do colaborador.

No terceiro capítulo, foram apresentados os efeitos positivos da aplicação do instituto e entendemos que a colaboração premiada é utilizada para elucidar crimes mais complexos, sofisticados e camuflados e precisa ser compreendida como uma peça fundamental à disposição do Estado, uma vez que a criminalidade utiliza-se, para a prática de seus delitos, daquilo que existe de mais moderno à sua disposição, além de um forte capital em dinheiro e as diversas facilidades propiciadas pelos paraísos fiscais para ocultação do produto do crime.

Assim, pelo estudo acerca do instituto da delação premiada chega-se à conclusão de que o mesmo é indispensável para o nosso Estado Democrático de Direito, isso porque a delação atende todos os princípios de direito penal, garantindo a efetiva individualização da pena do acusado.

Mesmo existindo muitas polêmicas por alguns doutrinadores acerca da ofensividade à ética e a moral, bem como ao comportamento social do delator, não resta dúvidas da eficácia do instituto quanto ao combate à criminalidade, cooperando com a justiça.

Aliás, essa polêmica acerca da eticidade da delação premiada nunca deixará de existir, pois é natural dos doutrinadores analisarem sempre os dois lados da moeda, isto é, de um lado a delação representa um mecanismo de combate ao crime, enquanto, do outro, é um incentivo à traição.



No entanto, deve preponderar, que essa colaboração ativa do delator está sendo um instrumento eficaz como meio de obtenção de prova, uma vez que o receio da vingança atrapalhou muito o alcance de provas orais nas investigações e processos acerca da criminalidade organizada.

É constatada que a delação premiada tem ajudado como meio de prova muito eficaz na resolução de investigações e processos criminais, dando-lhes assim mais celeridade. E o acusado que trai seus comparsas, na intenção de atenuar de alguma forma a sua pena, é peça valerosa e única nas investigações, pois sabe declarar a verdadeira forma com que trabalhavam e esquematizavam os delitos.

Além disso, a delação premiada tem sido extremamente desfrutada como uma peça chave para alcançar certos resultados e identificar partícipes em, especialmente, crimes políticos. O Estado, esperando que o colaborador faça o seu trabalho com eficácia, observando que há a necessidade de sua proteção, oferece-lhe medidas expostas em lei.

Dessa forma, sem sombras de dúvidas é necessário avançar no que se refere à correta aplicação e condução da produção das provas por meio da colaboração premiada, mas é preciso reconhecer que esse instrumento jurídico, apesar de todas as ressalvas quanto à eticidade da sua aplicação, deve ser sempre utilizado para a obtenção de provas, busca constante pela eficiência da lei penal e a adequada prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

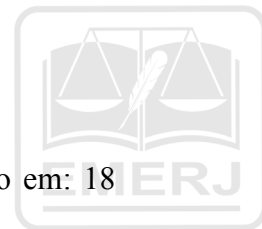
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311942485/HC-127483-Toffoli-pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/L9099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Lei nº 12.850*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=>



ADPFMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 18 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.



OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMAS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL

Gabriel Egídio de Castro Barros

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – o Supremo Tribunal Federal, na forma como foi organizado na Constituição da República, é órgão que não se submete à vontade da maioria, ou seja, não precisa observar, em seu atuar, o princípio majoritário. Todavia, questionado quanto à legitimidade de suas decisões, a análise dos julgados permite constatar que os ministros têm se valido, com cada vez mais frequência, de entendimentos que ecoam na sociedade, a chamada opinião popular. A essência do trabalho é questionar a validade do uso dessas opiniões populares em casos que envolva direitos fundamentais de grupos minoritários e verificar se a legitimidade democrática da Suprema Corte deve ser basear na observância do princípio majoritário ou contramajoritário.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Legitimidade Democrática. Princípio Contramajoritário. Opinião Pública. Direitos Humanos.

Sumário – Introdução. 1. O uso da opinião pública como fundamento das decisões do STF em matérias que envolvam direitos humanos 2. O princípio contramajoritário como norteador da atuação jurisdicional. 3. Fundamentos da Legitimidade democrática do Poder Judiciário, a invalidade do uso da opinião popular nas decisões do STF para matérias de direitos humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a invalidade do uso da opinião pública como fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal em temas afetos a Direitos Humanos. Isso posto, buscar-se-á demonstrar que o fundamento de legitimidade democrática da Suprema Corte não está calcado na observância e utilização da opinião popular como fundamento de decisões da Corte, mas sim no atendimento aos ditames dos princípios norteadores da atuação do Supremo.

Para cumprir tal objetivo, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema de forma sempre à refutar o uso da opinião pública como argumento válido para decisões acerca de temas de Direitos Humanos.

O Poder Judiciário, como estrutura de poder do Estado cujos membros não são eleitos pela população, foi moldado com o objetivo de ser, sobretudo, local de defesa dos grupos minoritários contra a arbitrariedade daqueles que são maioria num contexto social. Todavia, recentemente pudemos observar que a opinião de uma maioria numérica, muitas vezes

antidemocrática, foi utilizada como fundamento de decisões pelos Ministros do STF como forma de legitimar democraticamente o argumento.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito que preza precipuamente pela igualdade material de seus indivíduos, é problemático conferir validade ao uso da opinião popular como fundamento de decisões, especialmente em matérias atinentes à direitos humanos.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, merecendo a atenção dispensada, uma vez que é importante posicionar o STF como reprodutor da vontade da maioria numerária ou como ator efetivo na construção da igualdade material entre os indivíduos.

Para melhor compreensão do tema, se buscará contrapor a utilização da opinião pública (princípio majoritário) como argumento decisório do Supremo à observância do princípio contramajoritário de atuação desse tribunal. Dessa forma, se pretende demonstrar a invalidade do uso da opinião pública como fundamento decisório, uma vez que não se presta a legitimar democraticamente qualquer decisão proferida pelo STF.

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo apresentando de que forma e sob qual justificativa a opinião popular é utilizada pelos Ministros do STF como fundamento nas decisões proferidas por aquele tribunal.

A partir daí, no segundo capítulo, após breve introdução acerca do conceito do princípio contramajoritário, far-se-á a contraposição da validade do uso da opinião pública com o princípio anteriormente apresentado.

Por fim, no terceiro capítulo, a explicação se voltará à defesa da utilização do princípio norteador em detrimento da opinião pública: eis que o primeiro retrata valor democrático perene e que efetivamente legitima democraticamente a atuação do STF, enquanto a opinião pública é mutável e muitas vezes antidemocrática no sentido de buscar a igualdade material entre os indivíduos.

A pesquisa será desenvolvida pelo método indutivo, uma vez que o pesquisador se valerá da análise de decisões já prolatadas pelo STF e de obras doutrinárias para racionalizar sua proposição.

Portanto, a abordagem do objeto será consequentemente qualitativa, realizada mediante pesquisa bibliográfica pertinente de forma a explorar o objeto da pesquisa e construir e sustentar sua tese.



1. O USO DA OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIAS QUE ENVOLVAM DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988, dentro do estudo da Teoria da Constituição, é doutrinariamente classificada como rígida, eis que dificulta reformas em seu próprio texto, exigindo processo legislativo extenso e solene para que possa ser modificada.

Segundo Moraes¹, “rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas [...]”;

Todavia, rigidez não se confunde com imutabilidade, uma vez que o processo de mutação constitucional é vital para a evolução da norma e adequação às novas exigências da realidade social. Trata-se de verdadeira necessidade para sobrevivência do texto constitucional frente à constante mudança que ocorre no meio social.

Conforme ensinam Paulo e Alexandrino², “Em verdade, a estabilidade da Constituição tem mais a ver com o amadurecimento da sociedade e das instituições do Estado do que propriamente com o processo legislativo de modificação do seu texto”.

Lammêgo Bulos³ leciona que a mutação constitucional possui quatro categorizações: as interpretações e suas modalidades, a construção constitucional, as praxes e as influências dos grupos de pressão. Para a presente análise, importa a última categoria, ou seja, a influência dos grupos de pressão.

Materialização dessa influência é a utilização da opinião pública, como fundamento argumentativo de decisões do STF.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário exerce inegável poder político dentro do contexto social brasileiro. No entanto, esse poder político exercido não possui a mesma legitimidade em comparação com aquele que se identifica no Senado Federal ou na Presidência da República, por exemplo.

Pela regra constitucional presente no art. 101, parágrafo único da CRFB/88⁴, os membros do Supremo Tribunal Federal são nomeados, diferente dos agentes políticos dos outros poderes, que são titulares de cargos eletivos. Por esse motivo, para conferir legitimidade

¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 19.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.



às suas decisões, o STF utiliza de um mecanismo chamado de *public enforcement mechanism*, que, segundo Vanberg⁵, necessita de apoio público e transparência.

Por apoio público, entende-se o nível de confiança que as decisões emanadas pelo STF serão cumpridas, haja vista que as decisões judiciais não são auto executáveis e precisam da cooperação de outras instituições para serem postas à efeito.

Já a transparência é o esforço da instituição divulgar amplamente e tornar facilitado o acesso do público em geral às suas decisões. Isso garante maior vigilância quanto ao descumprimento.

Contudo, toda essa busca por legitimidade causa uma superexposição do Tribunal e principalmente de seus membros à mídia e ao julgo da população. Consequência disso é a exigência da mídia e do público para que o tribunal cada vez mais julgue as demandas de acordo com as visões de mundo daqueles.

Nesse sentido, para adequar-se às demandas sociais e aumentar ainda mais sua legitimidade democrática é que os Ministros do STF se valem da opinião pública como fundamento de suas decisões.

Ocorre que, segundo Habermas⁶, a opinião pública, embora seja apresentada como uma vontade geral da população, na verdade, é a concepção dominante no Parlamento, uma opinião institucionalizada. Ou seja, aquilo que vem sendo utilizado como fundamentação de decisões em matérias importantes no STF, é tão somente a visão propagada por grupos de interesse que podem ou não ter correlação com a opinião da população.

Importante, nesse ponto, fazer a devida adaptação da exposição do autor, uma vez que em sua época, sem o advento da internet, seria impossível prever que opiniões vindas do público em geral pudessem, guardadas as devidas proporções, também exercer influência política no Estado.

Quanto a essa opinião pública emanada das redes sociais, é preciso que se compreenda que não retrata a vontade geral da população, e muitas vezes não retrata sequer a vontade de uma maioria, mas sim de uma elite intelectual influente.

⁵ VANBERG apud CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues; BRASILEIRO, Rebecca de Melo Magalhães. *Opinião Pública E Fortalecimento Do Judiciário: Desvendando A Transparência No Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/opinioao-publica-e-fortalecimento-judiciario-desvendando.pdf> >. Acesso em: 22 out. 2019, p. 7.

⁶ HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 277-278



Conforme demonstrado pelo estudo realizado por Reis e Grill⁷, os membros da elite política e intelectual brasileira, que fazem parte dos grupos dos notáveis, ou seja, influentes nas áreas que atuam, são, em sua maioria, membros das mesmas famílias. Não é diferente no Poder Judiciário.

Como parte do Poder Republicano que é, esse poder é perpetuado entre os familiares das mesmas famílias tradicionais. Assim, é evidente que são as suas opiniões aquelas que exercem efetiva influência nas decisões judiciais.

Portanto, não se pode afirmar que qualquer dessas duas categorias de opinião pública reflitam o anseio popular geral, uma vez que o cenário brasileiro é de absoluta pluralidade dos grupos em contrapartida à uniformidade das elites.

Nesse sentido, ao utilizar como fundamento a opinião pública sob o pretexto de legitimar democraticamente suas decisões e atender as “legítimas demandas da sociedade”⁸, o STF não atinge seu objetivo de dialogar com a sociedade e escolhe uma visão política de mundo, em geral alinhado com os das elites brasileiras, em detrimento de outras.

Esse modelo decisório se torna especialmente problemático quando se analisam casos que envolvam Direitos Humanos.

Casos como o da prisão em segunda instância, autorização de aborto na gestação de fetos anencefálicos, criminalização da homofobia, entre outros, geram intensos conflitos nas mais diversas camadas da sociedade. Para cada assunto e grupo pesquisado haverá um entendimento. Logo, nunca se poderá falar em vontade geral, apenas em vontade da maioria.

O problema é que, conforme já foi explicitado, o grupo que efetivamente exerce influência nas decisões judiciais faz parte da elite brasileira, que historicamente tem posição conservadora e reacionária quanto aos avanços sociais e tendem a priorizar sua manutenção no poder em detrimento da busca por igualdade material e da maior distribuição de renda.

Dessa forma, o que se tem ao fim e ao cabo são decisões que se dizem em consonância com a opinião pública, mas que na verdade reproduzem o pensamento da elite brasileira em absoluta inobservância do princípio norteador da atuação do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o princípio contramajoritário.

⁷ REIS, Eliana Tavares dos; Grill, Igor Gastal. *Estudos de elites políticas e as bases das multinotabilidades no Brasil*. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2017.125888>>. Acesso em 22 out. 2019.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019, p. 53.

2. O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO NORTEADOR DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Está gravado simbólica e expressamente no 1º artigo da Constituição Federal⁹ a máxima democrática de que “Todo o poder emana do povo”.

Esse poder emanado da maioria nos rumos sociais, econômicos e políticos do País é denominado pelos Doutrinadores como princípio majoritário.

Nesse sentido, é a lição de Peter Häberle¹⁰:

algumas constituições preveem expressamente o princípio da maioria (como o art. 121 da LF), mas ao mesmo tempo regulam múltiplas formas de proteção das minorias [...] A arma contundente do princípio da maioria é, em geral, “tolerável”, porque existe uma proteção (escalonada) das minorias (primordialmente através da “supremacia da Constituição” e a proteção dos direitos fundamentais).

Esse princípio é o que constitui o cerne da democracia, uma vez que o exercício do regime democrático se dá por meio do voto do povo em seus representantes.

Na lição de Paulo Bonavides¹¹, democracia é conceituada como:

aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo.

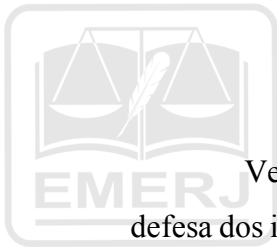
No entanto, como já visto, a maioria que exerce influência nas decisões dos rumos social, político e econômico do país não reflete exatamente a maioria da população. Há, efetivamente, uma disparidade entre o grupo que aqui se convencionou chamar de “maioria” e o conjunto populacional que constitui uma maioria numérica. Basta pensar que, apesar de ser mais da metade da população, no Congresso Nacional menos de 30% dos seus integrantes são mulheres.

Em razão dessa desigualdade, a fim de evitar a tirania da maioria, que limitações constitucionais, na forma de direitos fundamentais, foram impostas ao exercício do poder da maioria.

⁹ BRASIL, op cit., nota 4.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p. 324.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.



Verifica-se, portanto, uma aparente tensão entre o exercício de poder da maioria e a defesa dos interesses de grupos minoritários. Acerca dessa aparente tensão, ensina Luis Roberto Barroso¹²:

[...] Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]

Direitos fundamentais, nesse sentido, são limitadores, posições jurídicas individuais contra o agir desmedido do Estado, ainda que este agir esteja alinhado com o desejo da maioria, ou seja, que a ação esteja de acordo com o princípio majoritário.

Segundo a doutrina de Ronald Dworkin¹³, citado por Jorge Reis Novaes, ser detentor de um direito fundamental significa ter um trunfo contra o Estado, um trunfo contra a maioria. Todavia, esse direito fundamental, ou esse trunfo, deve ser protegido pelo próprio Estado, por meio de suas instituições, a fim de garantir o equilíbrio entre os interesses majoritários e o direito das minorias.

Dentro do Estado Democrático de Direito e a estrutura de Estado que a Constituição estabelece, o Poder que tem como função garantir esse equilíbrio é o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, eis que guardião da jurisdição constitucional. Isso posto, a jurisdição constitucional é o instrumento de proteção das minorias contra a tirania da maioria.

O art. 102 da CRFB¹⁴ preceitua que cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, tendo este tribunal a competência para examinar e julgar causas constitucionais. Significa dizer que cabe ao STF, portanto, a guarda e a defesa dos direitos fundamentais não só da maioria, mas também da minoria que estiver eventualmente sendo subjugada.

Nesse sentido, seu atuar deve ser orientado pela proteção constitucional dos direitos fundamentais e a representação das minorias vulneráveis. A esse atuar, dá-se o nome de princípio contramajoritário.

Por meio de seu atuar contramajoritário, o STF tem capitaneado debates progressistas e se firmado como efetivo ator democrático na defesa dos direitos das minorias.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. COIMBRA: COIMBRA, 2006. p. 28.

¹⁴ BRASIL, op cit., notas 4 e 9.

Exemplo disso se traduz no trecho do voto do Min. Marco Aurélio, relator da ADPF 54¹⁵, que decidiu ser possível a realização do procedimento de aborto pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em caso de comprovada anencefalia do feto:

[...] a mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. (...) não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana

A polêmica do assunto revolve o posicionamento contrário ao direito ao aborto, protagonizado, principalmente, por uma maioria masculina, conservadora e religiosa da sociedade, defendendo que, não obstante a criança não fosse vingar em ambiente extrauterino, a gestação deveria ser continuada até o expurgo do natimorto, sendo vedada a interrupção prévia, inclusive para fins de doação de órgãos do bebê.

Essa posição, apesar de amplamente defendida dentro dos órgãos representativos da sociedade, tais como: o Congresso Nacional e a imprensa de massa, não prevaleceu na Suprema Corte, em razão, justamente, da defesa do direito fundamental da mulher como parte integrante da sociedade e não mero instrumento para procriação humana.

Outro exemplo de atuação contramajoritária do STF se deu no julgamento da ADPF 187¹⁶, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que permitiu a livre reunião de pessoas para protestar contra a criminalização das drogas, evento conhecido como “Marcha da Maconha”:

O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública permite afirmar que as minorias também titularizam, sem qualquer exclusão ou limitação, o direito de reunião, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares

À época, setores conservadores da sociedade defendiam que eventos como a Marcha da Maconha não poderiam ocorrer, uma vez que se traduziriam em apologia à fato criminoso, que é conduta típica prevista no art. 287 do Código Penal¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF N° 54*. Relator: Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF N° 187*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020, p. 22.

¹⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.



No entanto, tal entendimento não vingou no STF, eis que o Tribunal entendeu que o direito fundamental de reunião e de liberdade de expressão não se confunde com o ilícito penal acima citado e que nem mesmo os grupos majoritários se sobrepõe aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.

Dessa forma, defende-se que o exercício da jurisdição do STF deve ser pautado na guarda da constituição e na consequente defesa dos direitos fundamentais. Sendo certo que a referida defesa se dá, especialmente em questões que envolvam interesses de grupos minoritários, pela observância do princípio contramajoritário em detrimento dos excessos praticados pela maioria.

3. FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO, A INVALIDADE DO USO DA OPINIÃO POPULAR NAS DECISÕES DO STF PARA MATÉRIAS DE DIREITOS HUMANOS.

Atualmente a legitimidade do STF e até sua existência como instituição democrática vem sendo questionada por parte da população. Esses protestos e críticas à atuação jurisdicional da Suprema Corte são capitaneados, principalmente, pela maioria conservadora e reacionária da sociedade que retomou seu protagonismo político em função das crises políticas e econômicas que o país viveu nos últimos anos¹⁸.

Para remediar as críticas sociais e retomar o apoio popular, verificou-se que a Suprema Corte vem utilizando da opinião popular, para fundamentar votos em assuntos sensíveis. Exemplo disso, é o voto do Min. Luis Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP¹⁹, no qual o STF entendeu ser possível o cumprimento antecipado da pena após decisão condenatória na segunda instância.

No referido voto, várias são as passagens em que o Exmo. Ministro se refere à “exigência da ordem pública”, “credibilidade do Poder Judiciário” e a necessidade de estar “em linha com as legítimas demandas da sociedade”.

Como se vê, esses não são argumento jurídicos embasados em normas ou princípios constitucionais, mas sim expressões genéricas que procuram dar base ao posicionamento

¹⁸ HENRIQUE, Guilherme. A nova onda conservadora no Brasil. *Deutsche Welle*. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/2ojZQ>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC N° 126.282*. Relator: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

tomado pelo Ministro em um pretense consenso social. Em verdade, o que se busca com esse tipo de argumentação é aproximar a instituição da sociedade para conferir legitimidade democrática a atuação da Corte.

Todavia, como já exposto anteriormente, o que se traduz como opinião popular não engloba a totalidade dos indivíduos do país. Ao contrário, é o posicionamento político, em regra, de uma parcela mínima da população que detém os meios de influência. Sendo assim, o que, na prática, o STF faz quando adota esse tipo de argumentação é sancionar um posicionamento da maioria em detrimento, eventualmente, de direitos fundamentais de um grupo minoritário.

Além disso, a fundamentação de decisões com base em opinião popular dá margem para que o julgador imponha sua visão política de mundo em suas decisões, ferindo assim o princípio da impessoalidade, bem como viola o dever de fundamentação das decisões, uma vez que a opinião popular não é passível de confirmação por método jurídico.

Os que defendem esse tipo de atuação, levando em conta a opinião majoritária, entendem que, ao atuar de forma contramajoritária, o STF e dos demais tribunais incorrem em exacerbado ativismo judicial.

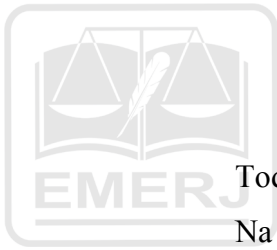
Para fins e compreensão da crítica, cabe, aqui, trazer a conceituação de ativismo judicial de Elival da Silva Ramos²⁰:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Segundo Daniel Souza Sarmiento²¹, a prática do decisionismo judicial, que é a denominação de ativismo judicial que o autor utiliza, é prejudicial à democracia, uma vez que permite à juízes não-eleitos impor suas preferências, em detrimento das deliberações do legislador.

²⁰ GRANJA. apud RAMOS, Elival da Silva. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

²¹ SARMENTO, Daniel Souza. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 14



Todavia, essa lógica mostra-se invertida.

Na lógica constitucional do pós-1988, ou o que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, todas as leis e atos da vida pública e privada devem encontrar fundamento, ainda que reflexo, na Constituição Federal. Ela é o argumento de validade de qualquer ato praticado por um indivíduo.

Nas palavras de José Afonso da Silva²², a Constituição:

é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Assim, se é da Constituição que todos os atos retiram fundamento e é função do Supremo Tribunal Federal a guarda e interpretação de suas normas, as leis produzidas pelo Poder Legislativo devem se submeter ao controle judiciário, sem que isso se traduza em violação ao princípio da separação dos poderes.

Logo, há de se privilegiar a lição do próprio Ministro Luis Roberto Barroso²³, que diz que ativismo judicial é um modo mais ativo e proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo seu alcance, especialmente em situações em que há descolamento entre a classe política e a sociedade civil, cabendo ao Judiciário atuação no sentido da concretização de valores e fins constitucionais.

Nesse sentido, é justamente essa atuação efetiva na defesa dos direitos fundamentais de grupos minoritários que, apesar da aparente contradição com o princípio majoritário fundante da democracia, serve para legitimar a atuação da Suprema Corte e, em última análise, o próprio estado democrático de direito.

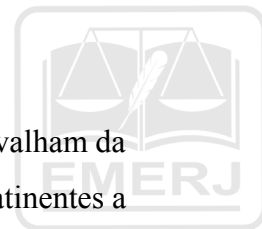
Nesse mesmo sentido, parece ser o entendimento do Ministro Luiz Fux²⁴:

O Supremo Tribunal Federal tem compromisso com a guarda da Constituição. E nenhum receio de desagradar a opinião pública, ou de cair em impopularidade, pode fazer com que um ministro do Supremo Tribunal Federal abdique da sua independência

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.

²³ GRANJA, apud BARROSO, op cit., nota 19.

²⁴ PONTES, Felipe. *Fux diz que ministro do STF não deve recear desagradar opinião pública*. Agência Brasil. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/fux-diz-que-ministro-do-stf-nao-deve-recear-desagradar-opiniao-publica>>. Acesso em: 30 abr. 2020.



Sendo assim, se mostra absolutamente inviável que os Ministros do STF se valham da opinião popular como fundamentação de suas decisões, especialmente em matérias atinentes a direitos humanos, sob o argumento de conferir legitimidade democrática à atuação do Supremo, uma vez que a legitimidade democrática da Suprema Corte, conforme amplamente demonstrado, sequer advém da observância da posição majoritária, mas sim da defesa dos direitos fundamentais das minorias, ou seja, o exercício do princípio contramajoritário.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal foi organizado pela Constituição da República como um órgão diferenciado quanto à sua composição e forma de atuação.

Ao contrário dos demais poderes, a Suprema Corte não tem membros eleitos pelo povo e seus cargos são vitalícios. Além disso, o tribunal não tem o dever de observar o princípio majoritário em suas decisões, ou seja, não tem obrigação de decidir conforme o pensamento corrente da maioria da população.

Contudo, essas peculiaridades provocam o aparente conflito entre a vontade da maioria e a proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários e o questionamento sobre a legitimidade democrática da atuação do STF.

Como órgão de Estado que é, sua atuação busca legitimidade por meio da transparência e do apoio público. Nesse sentido, é possível verificar que, quando pressionado com diversas críticas, os ministros do STF se valem de opiniões populares como argumento decisório, a fim de buscar legitimidade pelo apoio público.

Ocorre que, como visto, o que é descrito como opinião popular, na verdade é o posicionamento político de grupos de influência que, via de regra, são conservadores e buscam manter suas posições de privilégio. Assim, a Suprema Corte, ao ceder às críticas e utilizar-se de opinião popular como argumento de suas decisões, atua como legitimadora e perpetuadora de um sistema desigual de privilégios.

Além disso, da forma como foi pensada pela Constituição Federal, a Suprema Corte é local de defesa dos direitos fundamentais dos grupos minoritários e seu atuar deve ser com base no princípio contramajoritário. Portanto, não há que se falar em falta de legitimidade democrática ou ativismo judicial se uma decisão do órgão privilegia a defesa de um direito fundamental de um grupo minoritário, em detrimento à um posicionamento aparentemente majoritário dentro da sociedade.



Dessa forma, conclui-se que é inviável a utilização da opinião popular como argumento decisório nos posicionamentos exarados pelo STF, especialmente em matérias que tratem da defesa de direitos fundamentais de minorias. O atuar da Suprema Corte, baseado na Constituição Federal, deve sempre procurar calcar-se no princípio contramajoritário quando isso se revelar garantidor dos direitos das minorias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direitos Constitucional Contemporâneo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Saraivajur, 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 33*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/17lb9d2>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54/DF*. Relator: Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 187/DF*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292/SP*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENRIQUE, Guilherme. *A nova onda conservadora no Brasil*. Deutsche Welle. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/2ojZQ>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. Rio de Janeiro: Saraivajur, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 6 ed. São Paulo: Método, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2009.

REIS, Eliana Tavares dos; Grill, Igor Gastal. *Estudos de elites políticas e as bases das multinotabilidades no Brasil*. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2017.125888>>. Acesso em: 22 out. 2019.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues e BRASILEIRO, Rebecca de Melo Magalhães. *Opinião Pública E Fortalecimento Do Judiciário: Desvendando A Transparência No Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/opiniao-publica-e-fortalecimento-judiciario-desvendando.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.



DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE

Gabriela Araujo Argento Gomes

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

Resumo – cada vez mais, o fortalecimento de novos valores advindos de transformações sofridas pela sociedade impõe questionamentos acerca de preceitos até então incontestáveis. Nesse sentido, a manutenção da criminalização do aborto exsurge como medida controversa por evidenciar amplo desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Dessa forma, a essência do trabalho é abordar a violação dos referidos princípios por meio da proibitiva abortiva, verificar o posicionamento a nível internacional no tocante à legalização do aborto e apontar qual a melhor posição a ser adotada pela Corte Constitucional Brasileira.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Aborto. Legalização. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da ponderação.

Sumário – Introdução. 1. A criminalização do aborto como violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. 2. A proibição da interrupção da gravidez como ofensa ao princípio da proporcionalidade. 3. A legalização do aborto em outros países como forma de abertura de precedentes para a adoção do instituto no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de legalização do aborto até o terceiro trimestre da gestação dentro de um contexto principiológico-constitucional. Para tanto, procura-se demonstrar a aplicabilidade dos princípios constitucionais norteadores de um Estado Democrático de Direito como forma de legitimar a decisão da mulher em optar pela prática do aborto.

A legalização do aborto assumiu papel de destaque na sociedade hodierna principalmente com o avanço no reconhecimento dos direitos da mulher por meio do movimento feminista.

Para além de uma simples discussão acerca da legalidade ou ilegalidade da prática do aborto, o tema envolve matéria que afeta inúmeras mulheres no Brasil e no mundo, sem distinguir raça, cor, gênero, idade e classe social.

Dessa forma, a legalização do aborto se consagra como um das questões mais polêmicas e debatidas nos Tribunais Superiores Brasileiros e Internacionais em razão das

inúmeras controvérsias e enfrentamentos que o cercam.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que a criminalização do aborto propicia a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que os direitos reprodutivos estão intrinsecamente ligados aos direitos humanos. Dessa forma, a proibição da referida prática viola um direito tão somente da mulher que escolhe optar por tal medida, culminando, em última análise, em verdadeira ofensa constitucional.

Segue-se ponderando no segundo capítulo, que a impossibilidade de interrupção da gravidez ofende o princípio da proporcionalidade na medida em que os efeitos concretos da legalização do aborto sobre os direitos e a vida das mulheres preponderam sobre o benefício da proteção da vida do nascituro.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisa a legalidade do aborto por meio da adoção do instituto em outros países como forma de abertura de precedentes. Assim, por meio de decisões tomadas em âmbito internacional, deixa-se aberta ao legislador e aos tribunais brasileiros a possibilidade de ampliarem as hipóteses de descriminalização da medida.

A pesquisa será desenvolvida por meio de um método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Nesse diapasão, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto pretende-se utilizar da bibliografia pertinente à temática em foco, bem como da legislação e da jurisprudência para sustentar a tese elencada.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados na Constituição de um determinado Estado, consubstanciados em normas, prerrogativas e deveres inerentes à soberania popular que devem garantir a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente do credo, origem, cor, condição econômica ou status social.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso¹:

[...]característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. nº 124.306/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.



mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4o). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

Constituem, portanto, os direitos fundamentais, valores eternos e universais que impõem ao Estado, fiel observância e amparo irrestrito. E ainda, os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente pelo Poder Público.

Nesse sentido, consagra-se no art. 1º, inciso III da Constituição Federal², o princípio da dignidade da pessoa humana que assegura condições de existência digna a todos.

Por sua enorme importância e densidade semântica, o referido princípio se manifesta como um valor supremo inerente à todo indivíduo, que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Para Barroso³, “como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.”

Infere-se assim que o princípio da dignidade da pessoa humana é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais uma vez que lhes confere unidade e coesão, apresentando importância imensurável e, conseqüentemente, merecendo ampla proteção.

Sob essa ótica, a criminalização da prática do aborto se configura como verdadeira violação ao referido princípio da dignidade humana.

De início, porque há clara ofensa à autonomia da mulher já que o núcleo da noção de dignidade da pessoa humana centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

A autonomia significa o poder decisório acerca das escolhas morais e existenciais de cada indivíduo, ou seja, como cada um escolhe viver a própria vida. Dessa forma, deve-se considerar que o direito à autodeterminação das mulheres, especificamente a decisão sobre dar continuidade a uma gravidez, é fundamental e exclusivo destas, como expressão da sua liberdade.

Segundo Anderson Schreiber⁴:

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 152.

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 70.

a maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (parágrafo 7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à saúde e à sua vida.

Logo, caracterizando-se o puerpério como uma decisão voluntária da mulher, não há verdadeira razão que legitime a interferência do Estado na sua autonomia corporal de modo a lhe impor uma gravidez indesejada.

Ademais, conforme lição acima destacada por Schreiber, a criminalização do aborto tem como única consequência marginalizar ainda mais gestantes jovens e pobres já que estas por não possuírem condições financeiras, recorrem a clínicas clandestinas ou tratamentos extremamente nocivos à sua saúde.

Nesse contexto, correspondendo o mínimo existencial a outro dos atributos norteadores da dignidade da pessoa humana e, caracterizando-se o direito à saúde como estrutura basilar do mínimo existencial, a criminalização do aborto desafia a referida garantia constitucional.

O mínimo existencial configura pressuposto necessário ao exercício da autonomia. Isso porque se define como a garantia de recursos básicos para sobrevivência humana de forma digna, reclamando, portanto, uma atuação positiva do Estado.

Dessa maneira, sendo o direito à saúde, núcleo da ideia de mínimo existencial, pode-se afirmar que é dever do Estado assegurar proteção mínima ao bem-estar físico, mental e social de todas as pessoas.

Contudo, hoje, a maioria das mulheres não encontra junto ao Estado a devida proteção de sua saúde tendo em vista os inúmeros casos de abortos realizados de modo inapropriado.

Segundo apontamentos do Ministério da Saúde⁵, os procedimentos inseguros foram responsáveis pela morte de 203 mulheres só no ano de 2016 (uma morte a cada dois dias), totalizando mais de 2 mil mulheres nos últimos 10 anos. Além disso, calcula o Ministério da Saúde⁶ que, em 2017, o custo com hospitalizações por interrupção da gestação no Sistema

⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁶ Ibid.



Único de Saúde (SUS) foi de R\$ 50.762.324,38.

Pelo exposto, fica claro que os abortos realizados em más condições impactam negativamente a saúde das gestantes, o que constitui um grave problema de saúde pública apto a ensejar solução adequada pelo Estado.

A legalização do aborto, portanto, se manifesta como um meio para a concretização do direito à saúde, contribuindo para a redução da morbidade e mortalidade feminina no Brasil, principalmente das mulheres mais pobres que enfrentam as mais graves consequências da ilegalidade.

Em última análise, a legalização garante a autonomia da mulher preconizada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88) ao assegurar um direito de escolha que é importante demais para não ser íntimo, pessoal e desejado.⁷

2. A PROIBIÇÃO DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ao definir crimes e penas, o legislador tem como parâmetros o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, bem como os deveres de proteção para com a sociedade. Sob esse aspecto, o princípio da proporcionalidade encontra amparo como critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais.

A proporcionalidade é a adequação, a ponderação entre fins e meios. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade funciona com uma dupla dimensão que tem por objetivo proibir os excessos e a insuficiência da proteção.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (I) subprincípio da adequação; (II) subprincípio da necessidade; (III) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação representa a análise acerca da idoneidade da medida adotada para que esta atinja o objetivo almejado. Assim, um ato do Estado será proporcional se for potencialmente adequado para alcançar a finalidade pretendida pelo poder público.

Por outro lado, o subprincípio da necessidade consiste na análise da exorbitância ou não da medida empregada, ou seja, se o poder público tiver duas ou mais opções para atingir uma finalidade, ele necessariamente terá que adotar a que menos restrinja os direitos fundamentais.

⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 70.



Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito representa a análise do custo-benefício da providência pretendida. Em outras palavras, deve-se fazer um cotejo entre os bens jurídicos a fim de determinar se o que foi obtido é mais valioso do que aquilo que se perdeu.

Logo, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

[...]a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, da análise dos três subprincípios acima expostos é possível perceber que a legalização do aborto não viola o primordial instituto da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, porque a criminalização não gera uma diminuição na quantidade de abortos realizados. Nesse sentido, estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS)⁹ demonstram que em países onde o aborto é completa ou parcialmente proibido, um em cada quatro abortos é seguro e em países onde o aborto é legal, nove entre dez são realizados de maneira segura.

Portanto, na realidade, punir a interrupção da gravidez é medida ineficaz para proteger o direito à vida do feto já que o aborto continua sendo realizado de forma clandestina e perigosa para a saúde da mulher, principalmente para as mulheres pobres, privadas de qualquer assistência.

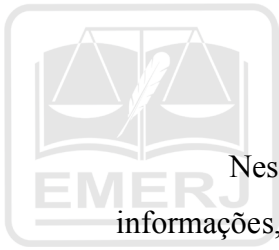
Em segundo lugar, existem outros métodos mais eficazes à proteção dos direitos do feto e menos lesivos aos direitos da mulher do que a criminalização do aborto, como leciona o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰:

[...]o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ THE LANCET. *Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model*. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)31794-4/fulltext#section-7c530872-6235-4433-899c-b3f276970189](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)31794-4/fulltext#section-7c530872-6235-4433-899c-b3f276970189)> Acesso em: 27 dez. 2019.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.



Nesse diapasão, é imprescindível a implementação de ações que garantam às mulheres informações, acesso aos métodos contraceptivos e maior igualdade de poder entre elas e os homens como forma de diminuir a incidência de fatores que propiciam a prática do aborto.

Mas não é só. A descriminalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação é uma outra política alternativa que vêm ganhando cada vez mais espaço devido ao seu sucesso em garantir a segurança da gestante e em reconhecer uma prática existente que a lei não consegue inibir e que precisa ser tratada com a devida importância.¹¹

Dessa maneira, o direito penal consubstanciado na proibitiva abortiva não se caracteriza como uma solução viável ou mesmo necessária para a questão em análise uma vez que existem outros meios mais adequados e eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivos aos direitos da mulher.

Por fim, a tipificação penal do aborto não é proporcional às restrições impostas aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes dessa criminalização.

Na lição de Daniel Sarmento¹²:

do ponto de vista prático, a criminalização do aborto tem produzido como principal conseqüência, ao longo dos anos, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de política pública mais racional. Portanto, a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres.

Assim, em que pese a preocupação constitucional relativa à vida intra-uterina, não é razoável impor à mulher o ônus de se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade sem que tal fato seja capaz de reduzir o índice de abortos. Isso porque o que se verifica é que os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são ínfimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal.

Com efeito, a descriminalização do aborto envolve uma inconfundível hipótese de ponderação de valores constitucionais, em que se deve buscar uma proporcionalidade entre fins e meios, ou seja, um ponto de equilíbrio, no qual o sacrifício a determinados bens jurídicos seja o menor possível.

Sob essa perspectiva, torna-se razoável a adoção no Brasil do que já vem sendo

¹¹ ANDRADE, Camila Dias. *Descriminalização do aborto no Brasil: um problema de saúde pública*. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27598344_DESCRIMINALIZACAO_DO_ABORTO_NO_BRASIL_UM_PROBLEMA_DE_SAUDE_PUBLICA.aspx>. Acesso em: 03 de jan. 2020.

¹² SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2020.

praticado nos países europeus: a legalização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação em conjunto com a criação de mecanismos extra-penais para evitar a banalização desta prática, relacionados à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher.¹³

3. A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAÍSES COMO FORMA DE ABERTURA DE PRECEDENTES PARA A ADOÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL

São nos países desenvolvidos, em especial nos pertencentes à Europa e à América do Norte, que normalmente se encontram as constituições mais liberais. Nessas regiões, poucos são os casos de abortos realizados em condições periclitantes à vida da gestante, uma vez que a maioria das mulheres tem a possibilidade de buscar ajuda e realizar o procedimento em clínicas autorizadas.

Na França, por exemplo, desde 1975 com a aprovação da Lei nº 75-17¹⁴, permite-se a realização por médico, da interrupção voluntária da gravidez. Naquela época o procedimento poderia ser realizado nas dez primeiras semanas de gestação. Contudo, em 2001, foi promulgada a Lei nº 2001-588¹⁵, que ampliou o prazo geral de possibilidade de interrupção da gravidez, de 10 para 12 semanas sob o fundamento de que tal prática não rompe o equilíbrio que o respeito à Constituição impõe entre a salvaguarda da pessoa humana contra toda forma de degradação, e a liberdade da mulher, que deriva da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.¹⁶

Na Alemanha, inúmeras foram as decisões da Corte Constitucional que, em regra, proibiam e criminalizavam o aborto. No entanto, em 1995 foi editada uma lei que descriminalizou as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação. Tal fato decorreu da necessidade da edição de uma nova legislação sobre a matéria, visando conciliar o tratamento dispensado ao tema na antiga Alemanha Oriental que previa a legalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, com aquele existente na Alemanha Ocidental em que o aborto era legal apenas em caso de estupro ou risco de vida.¹⁷

¹³ Ibid.

¹⁴ FRANÇA. *Loi n° 75-17*, du 17 janvier 1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000700230&pageCourante=00739>. Acesso em: 04 mai. 2020.

¹⁵ FRANÇA. *Loi n° 2001-588*, du 4 juillet 2001. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000222631>. Acesso em: 04 mai. 2020.

¹⁶ SARMENTO, op. cit.

¹⁷ Ibid.



Já nos Estados Unidos, a decisão paradigma que norteou a descriminalização do aborto adveio com o caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973. Nele, decidiu-se que o direito à privacidade envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gravidez. Dessa forma, declarou-se inconstitucional a interferência do Estado na decisão da mulher sobre a interrupção ou não de sua gestação.¹⁸

Mais recentemente, em maio de 2018, a Irlanda, por meio de um referendo, aprovou a legalização do aborto de forma irrestrita até a 12ª semana de gestação, e em caso de risco para a saúde da mulher e anormalidade fetal, até a 23ª semana.¹⁹

Tal medida foi considerada histórica já que foi de encontro à legislação proibitiva que até então vigorava no país e que reconhecia o direito à vida do feto, equiparando-o ao da gestante.

Há de se ressaltar, contudo, que o avanço da descriminalização do aborto vem ganhando cada vez mais espaço fora da Europa e da América do Norte, notadamente em países latino-americanos com ideais mais libertários.

Nesse sentido, destaca-se a Guiana que, influenciada pela aprovação do *abortion act* no Reino Unido em 1967, tornou-se o primeiro país da América do Sul a iniciar a discussão da descriminalização, em 1971.²⁰

Hoje, a interrupção da gravidez sem restrição de motivo no país é permitida até a 12ª semana da gravidez nos casos de aborto cirúrgico e até a 8ª semana da gravidez com medicamentos.

Caminho semelhante trilhou o Uruguai, uma vez que desde 1938 o país já descriminalizava o aborto nos casos de estupro, nas situações de dificuldades econômicas ou nas de risco de morte para a mulher.²¹

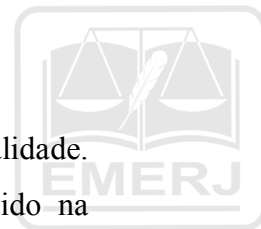
Em outubro de 2012, o Uruguai legalizou definitivamente o aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, em qualquer circunstância. Nos casos de estupro, pode o referido prazo se estender às primeiras 14 semanas.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ O GLOBO. *Irlanda aprova legalização do aborto, com 66,4% de votação popular*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/irlanda-aprova-legalizacao-do-aborto-com-664-de-votacao-popular-22720890>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

²⁰ HUFFPOST. *O aborto legal na América Latina e como esse direito foi conquistado*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/08/07/o-aborto-legal-na-america-latina-e-como-esse-direito-foi-conquista-do_a_23491202/>. Acesso em: 30 mai. 2020.

²¹ EL PAÍS. *Aborto no Uruguai, a exceção latino - Americana*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html>. Acesso em: 30 mai. 2020.



No Brasil, a descriminalização já vem dando fortes indícios de constitucionalidade. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54²², para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada.

Além disso, no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ²³, o STF avançou e decidiu não ser criminoso o aborto realizado no terceiro trimestre gestacional em face da violação aos direitos fundamentais da mulher e da afronta aos princípios da proporcionalidade, da igualdade, e do direito ao acesso à assistência médica.

Na lição do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista²⁴:

[...]é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Por trazer grandes indícios favoráveis à legalização da interrupção da gravidez e por não ter efeitos *erga omnes*, a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ²⁵ ensejou o ajuizamento de uma outra ação constitucional que reacendeu o debate sobre o aborto no Brasil.

Portanto, atualmente, tramita no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF nº 442²⁶, pedido de reconhecimento de não recepção parcial pela Constituição da República dos artigos 124 e 126 do Código Penal²⁷ que criminalizam a prática do aborto. O principal fundamento sustentado na ADPF é o de que tais dispositivos afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, dentre outros.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF. nº 442/DF*. Relatora: Ministra Rosa Maria Pires Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+442%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y627flnv>>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.



Pela enorme relevância do tema debatido na ADPF nº 442²⁸, a ministra Rosa Weber, relatora do processo, convocou duas audiências públicas que foram realizadas no dia 03 e 06 de agosto de 2018 com a participação de diversas organizações das áreas da saúde e direitos humanos, entidades religiosas e estudiosos do assunto. No total, 53 expositores participaram do debate sendo que 33 deles apresentaram argumentos favoráveis à legalização do procedimento.²⁹

A despeito de nenhuma decisão ter sido ainda tomada pela Corte Constitucional, a mudança de percepção sobre o tema é nítida não somente pelo ajuizamento da ADPF nº 442³⁰, como também nos pronunciamentos favoráveis à descriminalização do aborto proferidos na referida audiência pública.

E ainda, as mudanças legislativas em diversos países, como acima demonstrado, propiciam um novo paradigma a ser enfrentado pelo judiciário e legislativo brasileiros. Isso porque há grande influência internacional no sentido de cristalizar novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo e de reconhecer a igualdade de gênero. Com isso, superam-se valores e práticas patriarcais que regiam a sociedade, revelando, assim, uma tendência mundial de preservação dos direitos fundamentais das mulheres.

Em razão de todo o exposto até aqui, urge-se pelo reconhecimento do direito constitucional à interrupção voluntária da gravidez como a única forma de garantir a realização do aborto seguro, preservando o direito fundamental à vida e à autonomia reprodutiva da mulher.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por essencial fundamento sustentar a legalização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação como forma de preservar a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

Para tanto, operou-se no primeiro capítulo uma análise acerca da criminalização da prática do aborto como uma verdadeira violação ao referido princípio da dignidade humana.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer do capítulo, foi possível chegar à conclusão de que a proibitiva abortiva ofende a autonomia da mulher uma

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ EL PAÍS. *STF promove audiência pública para discutir descriminalização do aborto*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/03/politica/1533301948_286988.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

vez que o núcleo da noção de dignidade da pessoa humana centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Além disso, inferiu-se que a criminalização do aborto viola de igual maneira o direito à saúde, núcleo da ideia de mínimo existencial e derivado lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a maioria das mulheres, por não encontrarem junto ao Estado uma rede protetiva e preventiva eficazes, acabam por realizar abortos em más condições, o que põe em risco a sua vida e a sua saúde.

O segundo capítulo, por sua vez, trouxe a busca por uma proporcionalidade entre fins e meios na qual o direito penal consubstanciado na proibitiva abortiva não se caracteriza como uma solução viável uma vez que existem outros meios mais adequados e eficazes à proteção dos direitos do feto e menos lesivos aos direitos da mulher.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que a legalização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação em conjunto com a educação sexual, o planejamento familiar e o fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher compõem um sistema apto a evitar a realização de abortos clandestinos e a diminuir a morbidade e a letalidade feminina.

Dessa forma, apesar da preocupação constitucional relativa à vida intra-uterina, constatou-se que não é razoável impor à mulher o ônus de se submeter a procedimentos inseguros sem que tal fato seja capaz de reduzir o índice de abortos.

Já o terceiro capítulo buscou trazer experiências internacionais no tocante à legalização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação de modo a parametrizar o reconhecimento do direito constitucional à interrupção voluntária da gravidez pela Corte Constitucional Brasileira.

Nesse sentido, decisões, leis e referendos descriminalizantes e oriundos de países como França, Alemanha, Estados Unidos e Irlanda embasaram a assertiva de que a existência de um sistema de saúde eficaz, amparado por clínicas autorizadas a realizar o procedimento abortivo reduzem significativamente os casos de periclitação à vida da gestante.

Por essa razão, o entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a legalização do aborto voluntário internacionalmente abre espaço para que a questão passe a ser amplamente debatida em âmbito nacional, exurgindo uma decisão favorável da Corte Constitucional Brasileira de forma a respeitar a tendência mundial de preservação dos direitos fundamentais das mulheres.

Portanto, essa pesquisa pretendeu sustentar que a consolidação de novos valores sociais esmaecem preceitos anteriormente tidos como incontestáveis de modo a questionar a



validade de normas criminalizantes relativas ao aborto e editadas sob aquela perspectiva. Isso porque no moderno cenário mundial, não há como desvincular o tema da interrupção voluntária da gravidez dos princípios que regem o direito à autonomia reprodutiva da mulher.

Nesse contexto, urge-se reconhecer o direito constitucional à interrupção voluntária da gravidez como a única forma de garantir a realização do aborto seguro, preservando o direito fundamental à vida e à autonomia reprodutiva da mulher.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila Dias. *Descriminalização do aborto no Brasil: um problema de saúde pública*. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27598344_DESCRIMINALIZACAO_DO_ABORTO_NO_BRASIL_UM_PROBLEMA_DE_SAUDE_PUBLICA.aspx>. Acesso em: 03 de jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 152.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

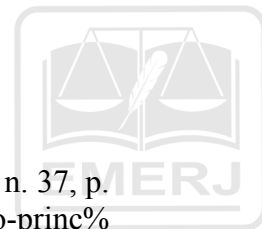
_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442/DF*. Relatora: Ministra Rosa Maria Pires Weber. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+442%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y627flnv>>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2019.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Interrupção da gravidez: uma questão de direitos humanos. *Justiça & Cidadania*, n. 158, p. 26-29, out. 2013. *Revista Forense*, v. 106, n. 408, p. 3-22, mar./abr. 2010. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 191-219 2010. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907239/Interrup%C3%A7%C3%A3o_da_gravidez_uma_quest%C3%A3o_de_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 07 set. 2019.

CUELLAR, Carla Ingrid Pinto. O princípio constitucional da dignidade humana, princípio da



proporcionalidade e o aborto. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 7, n. 37, p. 59-63, abr./maio 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-constitucional-da-dignidade-humana-princ%C3%ADpio-da-proporcionalidade-e-o-aborto>>. Acesso em: 07 set. 2019.

EL PAÍS. *Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html>. Acesso em: 30 mai. 2020.

_____. *STF promove audiência pública para discutir descriminalização do aborto*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/03/politica/1533301948_286988.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

FRANÇA. *Loi n° 75-17*, du 17 janvier 1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000700230&pageCourante=00739>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Loi n° 2001-588*, du 4 juillet 2001. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000222631>. Acesso em: 04 mai. 2020.

HUFFPOST. *O aborto legal na América Latina e como esse direito foi conquistado*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/08/07/o-aborto-legal-na-america-latina-e-como-esse-direito-foi-conquistado_a_23491202/>. Acesso em: 30 mai. 2020.

O GLOBO. *Irlanda aprova legalização do aborto, com 66,4% de votação popular*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/irlanda-aprova-legalizacao-do-aborto-com-664-de-votacao-popular-22720890>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do Aborto e Constituição*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 70.

THE LANCET. *Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model*. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)31794-4/fulltext#section-7c530872-6235-4433-899c-b3f276970189](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)31794-4/fulltext#section-7c530872-6235-4433-899c-b3f276970189)> Acesso em: 27 dez. 2019.



O PAPEL DO JUIZ COMO CRIADOR DE NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E A PRETENSA ESTABILIDADE DO SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: ADVERSÁRIOS OU ALIADOS?

Gabriela Silva Fasano

Graduada pela Faculdade
Cenecista de Rio das Ostras.
Advogada. Pós-graduanda em
Direito Público e Privado pela
Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Resumo – desde a aprovação do atual Código de Processo Civil, percebeu-se entre os estudiosos uma tendência do código – apesar de o Brasil adotar a *civil law* – de aproximação com o sistema de precedentes (*common law*) adotado pelo ordenamento americano. Sendo assim, com a maior valorização desse sistema, trazida pelo atual Código de Processo Civil, torna-se relevante a discussão dos contornos que traz essa sistemática. O trabalho pretende fazer uma análise de como funciona ou intenciona funcionar o atual sistema processual brasileiro, e se essa pretensão da legislação processual civil traz prejuízos para a autonomia e independência dos juízes no exercício da sua função, ou se poderiam coexistir sem maiores prejuízos, entendendo, por fim, pela ausência de conflito entre a liberdade de decidir e as modificações realizadas no ordenamento.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Liberdade do juiz. Criação de norma jurídica individual. Sistema de uniformização da jurisprudência.

Sumário – Introdução. 1. Os sistemas jurídicos ocidentais e sua atuação no ordenamento brasileiro, bem como as possíveis repercussões. 2. O atual panorama do direito processual civil brasileiro e o funcionamento do microsistema dos precedentes. 3. O microsistema e a alegação de inflexibilidade do direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica discute o papel do juiz como criador de norma jurídica individual, e a pretensa estabilidade do sistema de uniformização de jurisprudência. Procura-se demonstrar que são duas vertentes, até então, aparentemente colidentes, ou seja, cuja coexistência seria contraditória, razão pela qual seria necessário apreciar os contornos que envolvem a incidência de ambos no ordenamento jurídico, de modo a descobrir se seria possível eventual coexistência entre ambas.

Sabe-se que desde a aprovação do atual Código de Processo Civil, muito se tem discutido acerca de uma possível tendência de aproximação do ordenamento jurídico com o sistema do *common law*, utilizado pelo direito norte-americano.



Sendo assim, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do assunto, de modo a discutir eventuais contornos trazidos por essa tendência do direito processual, para descobrir quais seriam algumas das repercussões práticas trazidas por essa sistemática.

Dentre as discussões realizadas, está inserida uma das mais interessantes: a autonomia e a independência do juiz no exercício da sua função, com relação a interpretação e aplicação da lei estariam sendo mitigadas com essa nova tendência trazida pela legislação?

Para tanto, é utilizado material que demonstra posições da doutrina, bem como análise das disposições legais a respeito do tema, com fito de discutir se, de um modo geral, a sistemática da uniformização da jurisprudência e eventual rigidez trazida pelo instituto afrontam princípios e garantias que tragam prejuízos a liberdade de decidir concedida ao juiz.

Sendo assim, inicia-se no primeiro capítulo do trabalho apresentado a discussão acerca de um possível “sistema misto”, com características tanto da *civil law* quanto da *common law*. Além dessa questão, é feita uma análise a respeito das possíveis repercussões trazidas por essa eventual sistemática nova.

O segundo capítulo discute acerca do sistema de uniformização da jurisprudência, previsto pelo CPC, no sentido de pesquisar sobre uma possível tendência desse sistema em tornar o ordenamento jurídico mais inflexível ou rígido, em um contexto geral. Além disso, realiza uma espécie de contraposição entre eventuais prejuízos e benefícios que pode trazer esse sistema, de modo a obter alguma ideia do impacto causado pelo instituto.

O terceiro capítulo pesquisa se o atual panorama consegue manter o equilíbrio entre a independência funcional do juiz e a segurança jurídica, ou se ainda seriam necessárias mudanças, com o objetivo de trazer eventual comedimento entre os dois importantes aspectos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, porque pretende expor um problema, para em seguida serem formuladas hipóteses, de modo a deduzir consequências a partir dessa hipótese, para comprová-las ou rejeitá-las, por meio de testes que coloquem a hipótese em prova.

Em consequência do método, exposto no parágrafo anterior, a abordagem da pesquisa é qualitativa, se valendo o pesquisador do uso de bibliografias que estão relacionadas com o tema apresentado, por meio da busca na legislação, na doutrina e na jurisprudência.



1 OS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E SUA ATUAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, BEM COMO AS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES

Antes de iniciar a explanação a respeito dos dois principais sistemas jurídicos atuantes na esfera ocidental, merece destaque a importância que o próprio Poder Judiciário possui para o funcionamento da sociedade como um todo.

Isso se dá porque, considerando ser da própria essência do Direito o fato de servir de instrumento de ordenação e pacificação social, o meio que muitas nações encontraram para atingir esse objetivo foi o uso da lei, de um ordenamento jurídico com base na legislação que dispusesse, de maneira genérica e abstrata, a respeito de condutas humanas, tanto esperadas quanto reprovadas, de modo a atingir os objetivos já descritos.

Diante disso, inegável que o Poder Judiciário assume papel elementar nesse contexto, tendo em vista que, diante do surgimento de eventuais lides ou conflitos entre membros da comunidade em geral, será o responsável por solucioná-los, de modo a cessar eventuais discussões e, por vezes, utilizar do poder constitucionalmente lhe atribuído para fazer com que essas soluções sejam cumpridas e respeitadas.

Ocorre que nem sempre, porém, será a lei o instrumento escolhido para reger esses comportamentos sociais adequados. Por vezes, alguns países criam um ordenamento com os mesmos objetivos, mas em vez da lei, utilizam o direito costumeiro para reger esse comportamento social.

Os estudiosos costumam, tradicionalmente, utilizar o termo “*civil law*” para definir o sistema jurídico que tem por base o uso da legislação escrita. Quando o sistema, por sua vez, tem por base o direito costumeiro, é utilizada a expressão “*common law*”.

Leonardo Greco¹ entende que os dois sistemas apresentam ideias distintas do que viria a ser justiça. Para o autor, a *civil law* teria seu sistema voltado para uma justiça guiada pelo Estado, enquanto a *common law* seria guiada pela própria sociedade.

Greco² faz menção, ainda, ao fato (que chama de crise de legitimidade do poder jurisdicional) de que o Judiciário estaria perdendo credibilidade nos tempos modernos, entendendo que essa seria a razão pela qual os países que adotam a *civil law* estariam buscando soluções para eventuais omissões em seu ordenamento, e a *common law*, de igual modo, buscando respostas para eventuais problemas no direito escrito ou *civil law*.

¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [e-book].

² Ibid.



Logo, visualiza o autor supracitado uma tendência a uma comunicabilidade ou aproximação entre os dois sistemas jurídicos, apesar das suas distinções, que já foram mencionadas em sua essência.

Essa “crise de legitimidade”, acima mencionada, também é observada por Dinamarco³, que vê necessidade de o processo civil brasileiro utilizar mecanismos e institutos desses sistemas processuais distintos, como resolução de eventuais embaraços existentes na atual sistemática adotada no país.

Para o autor, como consequência da necessidade de comparação entre os sistemas dos demais países com o brasileiro, de modo a buscar constante otimização, estaria o interesse por alguns institutos, como *stare decisis* (sistema de vinculação dos precedentes judiciais).

Fredie Didier Jr.⁴, constatando esse diálogo entre os sistemas jurídicos, em capítulo que titulariza como “a tradição jurídica brasileira: nem *civil law*, nem *common law*”, afirma que parece errônea a constatação de que o Brasil adota a *civil law* como sistema, tendo em vista a presença de marcas tradicionais da *common law*, utilizando como exemplo o microsistema de direito coletivo.

Aduz o autor⁵: “o pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar), com alguma desenvoltura, com marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico”.

Sendo assim, é possível, conforme demonstrado a seguir, considerar que, atualmente, o sistema jurídico brasileiro não é resultado de inspiração de apenas um dos paradigmas mencionados, mas de uma espécie de diálogo entre ambos, buscando, conforme observa Dinamarco⁶ em sua obra, um aprimoramento do sistema, de modo a encontrar soluções para problemas que venham a surgir.

Alguns estudiosos observam essa como uma tendência do próprio direito, como Mark Tushnet, que traz a tese da globalização jurídica, prevendo justamente essa inspiração recíproca entre os dois sistemas como uma inclinação moderna.

Um dos institutos considerados como marca do sistema da *common law* é, como visto, o *stare decisis*, que regula a vinculação de precedentes judiciais.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 36.

⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 61.

⁵Ibid., p. 62.

⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 36.



Na lição de Fredie Didier⁷, precedentes seriam decisões que tem como fundamento casos concretos, cujas teses utilizadas para solucionar servirão de base para provir casos cuja discussão seja assemelhada. A decisão fruto desse caso concreto forma uma “norma geral”, como menciona o autor, que irá se desgarrar da situação particular, e possibilitará a aplicação da tese em outras situações que sejam equivalentes àquela.

Como já visto, no Brasil, apesar de atualmente o sistema da *civil law* não ser utilizado de maneira exclusiva no ordenamento jurídico, sabe-se que a lei ainda é, talvez, a principal ferramenta da qual se vale o Direito Brasileiro.

Fredie Didier Jr. aponta para a necessidade de distinção de dois momentos: a criação da norma jurídica abstrata (a mencionada pelo parágrafo anterior, realizada pelo Estado), e, como segundo momento, a criação da norma jurídica individualizada ou concreta, que nasceu com base na norma abstrata, em tarefa exercida pelo Estado-juiz⁸, na busca pela heterocomposição dos conflitos.

O autor aduz que “daí se dizer que a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo)⁹”.

Sendo assim, da análise da atuação de ambos os paradigmas (tanto a *civil law* quanto a *common law*), possível perceber que ambos são distintos, possuindo características elementares que o distinguem um do outro.

Considerando o papel do juiz como prolator da decisão que cria a norma jurídica individual, como já visto, é evidente que a sua atuação dependerá dos fundamentos que terá para utilizar no que se refere ao modelo de ordenamento jurídico adotado, isto é, se buscará fundamento na lei, nos casos concretos ou em ambos.

Sendo assim, é nítido que, sendo diferentes os sistemas, atuarão de maneiras diferentes no ordenamento. Importante esmiuçar de maneira detalhada o sistema dos precedentes judiciais, de modo a compreender a maneira como o mesmo funciona, para que se possa analisar, num contexto geral, quais seriam as possíveis repercussões causadas pela inspiração e aplicação desse instituto.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *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, p. 441.

⁸Ibid., p. 442.

⁹Ibid., p. 443.

2 O ATUAL PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O FUNCIONAMENTO DO MICROSSISTEMA DOS PRECEDENTES

Se torna relevante a discussão a respeito do atual panorama adotado pela Lei 13.015/2014, atual Código de Processo Civil, que consolidou uma previsão que já vinha sendo observada pelos estudiosos: a tendência a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais, conforme observam Luiz Roberto Barroso e Patrícia Perrone.¹⁰

Nesse sentido, os autores acrescentam que não só países que adotam a *civil law* tem se aproximado das ideias do *common law*, mas o segundo também tem produzido leis para regular seu ordenamento¹¹, existindo uma tendência, portanto, de “fusão” entre elementos de ambos os sistemas em diversos países, assim como no Brasil.

A atividade do juiz, para alguns doutrinadores, se traduz em produzir sentença com base na atividade interpretativa da lei, gerando uma certa discricionariedade na atuação do magistrado, o que sempre foi objeto de crítica por diversos estudiosos:

Orientava COUTURE, ao considerar que na sentença existem diversas circunstâncias alheias ao silogismo, que seu processo intelectual não se limita a operação lógica, concedendo a lei simples esboço para a formação da norma concreta. Certo se admitir que as questões de direito expostas no processo retratam realidades jurídicas distintas, problemas não resolvidos pela lei e que dependem necessariamente da atuação concreta da mesma através a sentença, posto que essa adapta, individualiza, constitui ato de razão e vontade da norma sobre o caso em concreto.¹²

Sendo assim, para esses doutrinadores, a norma, por si só, não tem o efeito concreto necessário para conceder a tutela de direitos individuais e coletivos, sendo imprescindível que a sentença atue no sentido de completar a lei.¹³

Nesse diapasão, em um sistema jurídico orientado essencialmente pela lei, a atuação do juiz se daria no sentido de dar concretude, por meio do processo, às previsões genéricas e abstratas da lei, por meio da interpretação das normas, de modo a criar a norma jurídica individual específica para aquele caso concreto.

¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf> >. Acesso em: 29 fev. 2020.

¹¹ Ibid.

¹² ROCHA, Fabiano de Bem da. A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, RJ, n.76 - p.57-60, maio 2005.

¹³ Ibid.



O ex-ministro do STF Eros Roberto Grau, em passagem de uma de suas obras¹⁴, faz a seguinte afirmação: “por isso tenho medo dos juízes e dos tribunais que praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, legando-me incerteza e insegurança jurídicas[...]”.

Como observa Eros Roberto Grau¹⁵ existem duas vertentes que, em direções contrárias, percorrem o direito: uma tendente à rigidez, outra à elasticidade.

A afirmação acima colacionada demonstra receio por parte do autor com relação a eventual elasticidade demasiada atribuída a juízes e tribunais, observando o ex-ministro como consequência de tal “liberdade” a insegurança jurídica, considerando que a atividade interpretativa de cada um dos magistrados pode, e provavelmente será, diferentes umas das outras, ainda que em situações que envolvam casos semelhantes.

De acordo com Carlos Aurélio, estão dentre os fatores causadores de insegurança jurídica de um ordenamento com número excessivo de leis, bem como a mudança rápida destas, dentre outros fatores.¹⁶

Sendo assim, no contexto do ordenamento brasileiro, em que a presença de número excessivo de leis é notório, é fácil observar que a discricionariedade do magistrado é ampliada, tendo em vista a possibilidade de utilização de inúmeros diplomas legislativos em vigor.

Por essas razões, passou a existir, ao longo do tempo, uma valorização da jurisprudência no ordenamento brasileiro, de modo que, de alterações de início meramente pontuais no CPC/73, culminou a aprovação de um novo código, por meio da Lei nº 13.015/2014, que criou um novo sistema de precedentes vinculantes.¹⁷

Como já se pretendeu extrair do pensamento de Eros Roberto Grau, são dois sistemas de características bem definidas e distintas. A criação de um sistema com ambas as características acabaria criando uma aparente colisão, considerando que, como já visto, um tenderia à elasticidade, o outro à rigidez.

A previsão de institutos clássicos da *common law*, talvez por esta razão, é objeto de crítica de muitos estudiosos do assunto, que têm como um dos principais pontos de desaprovação o fato de trazer a valorização da jurisprudência uma rigidez ao ordenamento que é desaprovada por estes autores.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6 ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

¹⁵ *Ibid.*, p. 41.

¹⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo, LTr, 1996, p. 157.

¹⁷ MELLO; BARROSO, op. cit., p. 9.



Não parece correta a constatação, porém, de que o sistema de precedentes torna, de maneira absoluta, a atuação do magistrado engessada. Em primeiro lugar, porque o sistema de precedentes não torna toda e qualquer decisão dos Tribunais Superiores dotada de eficácia vinculante.

Existem precedentes que produzem três espécies de eficácia: meramente persuasiva, eficácia intermediária e eficácia forte/normativa¹⁸. Na primeira, como o próprio nome já diz, podem ser utilizadas como fonte secundária de direito, mas seus efeitos são *inter partes*. Na eficácia intermediária, por sua vez, os efeitos são observados além das partes, atingindo outras pessoas, ou porque o direito determinou observância obrigatória.

A eficácia normativa ocorre quando os posicionamentos ou julgados devem ser observados obrigatoriamente pelas demais instâncias. Barroso e Campos destacam que só se considera a eficácia forte quando a desobediência do julgado enseja reclamação.¹⁹

Desse modo, no presente capítulo foram expostos alguns pontos de vista que permitem a observação da principal vantagem da previsão do sistema de precedentes, recentemente previsto como microsistema no ordenamento processual civil brasileiro: a segurança jurídica, que passa a existir de maneira mais evidente após a formação de uma decisão com eficácia normativa ou vinculante, de modo que o número de decisões diferentes baseadas em situações concretas semelhantes tende a diminuir com a produção dessas decisões vinculantes.

Diante de todo o exposto no capítulo a respeito das decisões, tem-se que, de fato, uma das principais desvantagens do microsistema dos precedentes é o impacto indubitável na liberdade de decisão de um juiz de direito, tendo em vista a necessidade de observância da *ratio decidendi* daquela decisão dotada de eficácia vinculante.

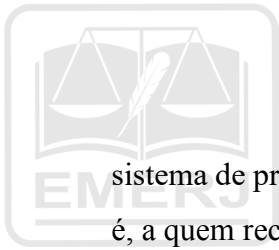
Os estudiosos que afirmam esse engessamento do Direito entendem que com esse sistema, com aplicação de decisões vinculativas como a súmula vinculante, o juiz passaria a ser obrigado a adotar uma posição que não é a sua, um entendimento que não foi formado pelo próprio magistrado, logo, para esses autores, o juiz “se veria compelido a como uma “máquina”, carimbar com o selo vinculante suas decisões”.²⁰

Sendo assim, alguns fundam as críticas ao mencionado sistema em eventual impossibilidade de evolução do próprio direito, o que o tornaria rígido, como já mencionado. Lenio Streck, jurista brasileiro, propõe o seguinte questionamento, ao criticar a adoção do

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Súmula Vinculante: heroína ou vilã?*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151813330.sumulavinculante.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.



sistema de precedentes: “se o Direito é o que o Judiciário, por suas cortes de vértice, disser que é, a quem reclamar?”²¹”.

Outra observação feita pelo autor é no que se refere a eventual equiparação das decisões judiciais com efeito vinculante a leis, ou até mesmo uma eventual sobreposição das decisões com relação as leis. Além disso, questiona: se o precedente é um texto, assim como a lei, porque eles gerariam menos problemas de interpretação do que a lei?²²

O entendimento de Lenio Streck serve como base para expor uma das principais críticas feitas com relação ao sistema de precedentes: eventual afronta a separação dos poderes, tendo em vista uma possível invasão feita pelo Judiciário em uma atividade que a Constituição atribui, em regra, ao Poder Legislativo.

Daniel Amorim²³, ao estudar as súmulas vinculantes, analisa essa ótica de “invasão” do Judiciário, destacada por alguns doutrinadores:

[...] o Judiciário estará, ao editar regras com efeitos erga omnes e vinculativos, colocando essas súmulas ao lado da lei, conferindo-lhes características particulares dessa, quais sejam, a generalidade e a força obrigatória”. Assim sendo, o Judiciário estaria na verdade legislando, o que, pelo sistema de tripartição dos poderes, não pode ser permitido.

Como é possível perceber, existem defensores de ambas as hipóteses: aqueles que acreditam na melhora do ordenamento jurídico com a adoção do sistema de precedentes, bem como os que entendem ser medida que não resolve os “problemas” acerca da flexibilidade existente com a diversidade de leis, que seria uma das causas para a existência de problemas interpretativos nas decisões judiciais, conforme já mencionado em passagem anterior.

3 O MICROSSISTEMA E A ALEGAÇÃO DE INFLEXIBILIDADE DO DIREITO

Apesar das críticas com relação a eventual “atividade legislativa” do Judiciário, não parece ser o melhor entendimento o adotado pelos doutrinadores que mencionam a privação da criatividade do magistrado.

O microssistema dos precedentes faz com que as decisões tendam a ser cada vez mais uniformes, diminuindo o risco de decisões conflitantes sobre uma mesma temática.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²² Ibid.

²³ NEVES, op. cit.



No final do capítulo anterior, foram apresentados, em síntese, algum dos benefícios e malefícios observados por alguns estudiosos a respeito do tema. Uma das principais críticas feitas tem como questão central a rigidez, ou ausência de flexibilidade que o sistema causaria no direito.

Desse modo, torna-se relevante a discussão no que se refere à inclusão do sistema no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de chegar a uma conclusão a respeito do seguinte questionamento: a segurança jurídica trazida pela uniformização, e o papel do juiz como criador de norma jurídica individual são, a rigor, colidentes? Não haveria possibilidade de coexistirem e se tornarem ambos instrumentos úteis a serviço do direito?

O autor Luiz Guilherme Marinoni faz uma observação a respeito do funcionamento do Poder Judiciário, entendendo existir uma certa desvalorização da atuação do juiz de primeiro grau como aplicador da norma, na passagem a seguir extraída de sua produção²⁴:

De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito.

A intenção do autor, no artigo em que tece esse comentário, é demonstrar que muitas vezes o sistema de precedentes é criticado, mas, ao realizar uma análise aprofundada do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que, na realidade, os institutos já previstos no direito brasileiro acabam, na prática, por produzir o mesmo efeito que supostamente ocorreria com a introdução do sistema de precedentes, tendo em vista que o próprio duplo grau de jurisdição acaba por desvalorizar a atuação do juiz de primeiro grau, de certo modo.

Além disso, diferente do que muitas vezes é propagado a respeito dessa sistemática dos precedentes, esse sistema não prevê uma obediência absoluta e “cega” às decisões passadas: deve ser visto como um fator de melhoria, tendo em vista a possibilidade de se aproveitar decisões de qualidade, sem negar a possibilidade de rejeição do precedente quando não obedecida a razoabilidade, ou mesmo se dotado de algum eventual equívoco.²⁵

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398 - p. 25-42, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

²⁵ FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil*. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 06 mai. 2020.



O direito, como um mecanismo regulador da sociedade, não poderia ser inflexível, estando a sua atuação dinâmica evidente no transcorrer da história, tendo em vista tantas adaptações sofridas até os dias atuais, como a escravidão, que era permitida e atualmente é tipificada como crime, o adultério, que também já foi considerado ilícito, mas deixou de ser, dentre diversos outros exemplos.

Não seria correta, portanto, a afirmação de que o sistema de precedentes traria uma absoluta rigidez ou inflexibilidade na tarefa do juiz de primeiro grau.

De início, é importante recordar que remanesce ao juiz a tarefa de analisar se a decisão vinculante é adequada para aquele caso concreto em específico.²⁶

O ordenamento prevê institutos como o *distinguishing*, que objetiva demonstrar disparidades entre precedentes dotados de eficácia vinculante e o caso concreto a ser julgado na ocasião, caso em que permitiria ao juiz uma desvinculação de eventuais decisões pretéritas já consolidadas, desde que essa distinção seja relevante, razão pela qual sua decisão teria “liberdade” (dentro dos moldes do ordenamento jurídico) suficiente para divergir de eventual precedente formado.²⁷

Outro instituto que também pode ser identificado no microssistema dos precedentes e permite que se desvincule, de certo modo, dos precedentes seria o *overruling*, também chamado pela doutrina brasileira de superação.

Didier e Macêdo destacam²⁸ que o *overruling* é uma evidente expressão da flexibilidade do direito. Justamente por possuir a capacidade de conferir flexibilidade ao direito, sua aplicação deve ser feita de maneira restrita. Por essa razão, Didier entende que a aplicação do *overruling* deve ser *ultima ratio*:

Ainda que, por um lado, a superação do precedente judicial seja uma quebra do *stare decisis*, pois há rompimento da continuidade do direito jurisprudencial, ela o preserva em um conteúdo mínimo, ao formular essa superação consoante parâmetros por ele estabelecidos previamente. Além disso, ao mesmo tempo em que se quebra a continuidade da norma jurídica revogada, a nova norma enunciada deve ser seguida e preservada. Por isso, há a preservação parcial do *stare decisis* - que é quebrado quanto à decisão antiga, mas plenamente aplicado à nova decisão.²⁹

²⁶ NEVES, op. cit.

²⁷ Ibid.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208.

²⁹ Ibid., p. 210.



Sendo assim, fica evidente que o intuito do Código de Processo Civil foi, ao mesmo tempo, conferir segurança jurídica, ao prever um mecanismo de formação de precedentes, que faria com que as decisões se tornassem mais uniformes, de modo a diminuir a possibilidade de decisões conflitantes sobre uma mesma idêntica questão, fato que inegavelmente poderia gerar insatisfação dos jurisdicionados, mas sem fazer com que o direito se torne inflexível, de modo que previu decisões vinculantes, mas criou mecanismos de distinção e superação desses precedentes, de modo a proporcionar um sistema equilibrado e passível de constante evolução, assim como costuma ser a própria sociedade.

Para alguns autores, um importante fator a ser levado em consideração é o da previsibilidade causada por essas decisões, sendo elemento essencial, elementar para um Estado de Direito. Maccormick³⁰ já observava que:

De acordo com a ‘ética do legalismo’, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles.

Desse modo, entende-se que seria possível a convivência harmônica entre uma certa liberdade do juiz de direito e a segurança jurídica proporcionada pelo microsistema de precedentes introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil: a preocupação do legislador mostrou ser, a todo tempo, com a qualidade da tutela concedida, ao pretender proferir decisões uniformes, logo, mais isonômicas, bem como criando um mecanismo de “correção”, caso desse sistema venha a surgir eventuais erros ou que venha a ser necessária a modificação da *ratio decidendi*.

Uma importante observação feita pelo professor Luiz Guilherme Marinoni³¹ acerca da necessidade de estabilidade das decisões judiciais:

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

Daniel Amorim acrescenta que os juízes de primeiro grau devem ter sua atenção voltada para teses jurídicas inéditas, que são inúmeras no dia a dia jurídico, e não com temas que já

³⁰ MACCORMICK apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

³¹ Ibid.



estão sedimentados. O autor destaca que um processo não deve ter a função de “palco de experimentos” para um magistrado, devendo deixar o seu poder criativo para as novas teses, ou mesmo aquelas que ainda não possuem entendimento consolidado.³²

CONCLUSÃO

É realidade a modificação no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a inspirações trazidas da *common law*, em mistura de sistemas que é denominada “globalização jurídica” por alguns estudiosos, como já visto, e é observada como tendência a ser implementada nos dias atuais.

A implementação de institutos como precedentes com eficácia vinculante e *erga omnes*, súmula vinculante, o *distinguishing*, o *overruling*, dentre outros diversos, deixam evidente - até mesmo porque alguns desses termos não tem tradução para o português - a inspiração nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Com essa modificação, portanto, iniciou-se discussões entre os estudiosos da temática, que fizeram com que se concretizasse uma divisão entre dois polos: os que viam as mudanças como positivas, e os que as viam como negativas.

Algumas das desvantagens observadas eram fundadas em argumentos como violação à separação de poderes, na rigidez do Direito, bem como na perda da criatividade na atividade do magistrado, que deixaria de ter liberdade para decidir.

Em que pese as modificações realizadas no ordenamento processual civil brasileiro terem introduzido, de fato, instituto que é clássico da *common law*, a conclusão a que se chega é que o microsistema não pode ser visto como impeditivo da flexibilidade do direito ou da liberdade do magistrado.

É preciso analisar a questão, em primeiro lugar, sob a ótica da segurança jurídica, considerando que a atuação desse sistema traz, ao uniformizar as decisões de mesmo tema, segurança jurídica, ao diminuir as decisões conflitantes de diferentes juízes, o que evita eventual sensação de insatisfação do jurisdicionado ao comparar eventuais decisões distintas (e possivelmente mais benéficas).

Além disso, existem autores que observam, como já dito, institutos que produzem semelhante efeito, como o próprio duplo grau de jurisdição: existem sentenças que são inteiramente reformadas após revisão pelo 2º grau: se o intuito é discutir liberdade de decidir,

³² NEVES, op. cit.



pura e simplesmente, não seria somente o microsistema de precedentes o único a interferir nessa liberdade.

Por fim, da análise dos prós e contras, é forçoso concluir que as qualidades superam os pontos fracos desse sistema, considerando que é plenamente possível a coexistência das duas vertentes que, inicialmente, pareciam contraditórias e excludentes: o juiz tem liberdade para entender que a situação que analisa é diferente daquela cujo precedente fora formado, podendo se utilizar do *distinguishing*. Pode, ainda, se utilizar do *overruling*, que é visto por muitos doutrinadores como uma técnica que privilegia a flexibilidade do direito.

Sendo assim, é possível e adequada a coexistência de ambos no ordenamento, não devendo ser considerada prejudicial a formação de precedentes no contexto da liberdade de decidir, tendo em vista que nada no direito é absoluto (nem mesmo os direitos fundamentais), bem como que o funcionamento do sistema privilegia a segurança jurídica e até mesmo uma igualdade entre aqueles que buscam o Judiciário para solucionar conflitos com temática semelhante, além de uma evidente celeridade na busca pela tutela jurisdicional.

Desse modo, tem-se que essas modificações trazidas com o microsistema de precedentes são aliadas do juiz, e não adversárias, considerando que desafogam o Judiciário no que diz respeito a temas já consolidados, trazendo uma resolução mais rápida e célere das lides cujos entendimentos já são sedimentados, além de conferir a já mencionada segurança jurídica, bem como isonomia.

Com isso, o magistrado fica menos atolado, ficando livre para explorar e usar todo o seu poder criativo nos novos temas que surgem diariamente no ambiente jurídico, e naqueles que ainda não possuem entendimento consolidado e vinculante nos Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Jus Podivum, 2017.

_____. *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 Podivum, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Jus podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil*. Disponível em:



<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 [e-book].

MACCORMICK apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Súmula Vinculante: heroína ou vilã?*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151813330.sumulavinculante.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

ROCHA, Fabiano de Bem da. A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, RJ, n.76, p.57-60, maio 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo, LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 02 mai. 2020.

A RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS ENTES FEDERATIVOS EM GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AOS MORADORES DE RUA

Geovete Aparecida de Barros

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho.

Resumo - o art. 23 da CRFB/88 estabelece competências comuns aos entes federativos de implementarem serviços sociais a fim de combaterem as causas de pobreza e promover a integração social dos menos favorecidos. As pessoas em situação de rua estão privadas dos seus direitos sociais básicos e fundamentais, e isso retrata um retrocesso social que não se admite no ordenamento jurídico. O presente trabalho tem por escopo analisar as causas do crescente número de pessoas em situação de rua, e as deficiências das políticas públicas que atendem as suas demandas, bem como a responsabilidade do poder público em dar efetividade aos direitos sociais básicos a essas pessoas, sob os fundamentos dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia ao mínimo existencial por meio de políticas públicas universais que proporcione a redução dos riscos sociais, e que possa garantir o desenvolvimento humano.

Palavras-chaves - Direito Constitucional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito Social ao Mínimo Existencial. Responsabilidade dos entes federativos. Políticas Públicas efetivas.

Sumário - Introdução. 1. A Eficácia Normativa Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana com a Constituição Federal de 1988. 2. Os Direitos Sociais na Concretização da Garantia do Mínimo Existencial. 3. A Responsabilidade dos Entes Federativos em dar Efetividade às Políticas Públicas aos Moradores de Ruas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proporcionou a implementação de um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, que elenca os direitos fundamentais e os direitos sociais como elementos que vão proporcionar a concretização desse postulado constitucional.

Todavia, ressalta-se que existe uma certa deficiência em dar efetividade aos direitos fundamentais e sociais, diante da complexidade das desigualdades regionais presente no Brasil. Isso vêm se alargando em grande escala, em virtude de crises econômicas e políticas que causam um cenário de estagnação nos programas de ordem social que visam a reduzir as desigualdades regionais e sociais.



Com efeito, o que se vê é o aumento da população em situação de rua, desprovidas dos seus direitos básicos que possam garantir a sua sobrevivência, ou seja, o mínimo existencial, como uma forma de resgatar a cidadania dessas pessoas em estado vulnerabilidade, diante da falta de moradia, saúde, educação, emprego, sujeitas à violência e ao uso de drogas.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa é analisar a responsabilidade dos entes da federação em garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana com políticas públicas multidisciplinares efetivas de apoio as pessoas que se encontram em situação de rua, a fim de restabelecer os seus direitos fundamentais e sociais e sua cidadania.

Para atender aos objetivos propostos, foram realizadas pesquisas bibliográficas, baseadas em autores, pesquisadores, teóricos e doutrinadores que abordam sobre as temáticas em estudo. Seguindo o caminho metodológico de leituras sistemáticas, fichamentos e elaboração das ideias, apresentadas no corpo do trabalho.

Para efeitos didáticos, o estudo apresenta-se em capítulos específicos: Para atender a proposta de estudo, a presente abordagem está organizada estruturalmente em 03 (três) capítulos.

O primeiro capítulo aborda sobre a eficácia normativa do princípio da dignidade da pessoa humana com a constituição federal de 1988, sendo de observância obrigatória a todos entes da federação, nos projetos executivos de políticas públicas sociais.

O segundo capítulo versa sobre os direitos sociais na concretização da garantia do mínimo existencial aos moradores de rua, tais como moradia, saúde, educação, emprego e assistência social continuada a fim de que resgatem sua cidadania e autonomia de sobrevivência.

No terceiro capítulo volta-se para a responsabilidade dos entes federativos em dar efetividade às políticas públicas aos moradores de ruas baseada na multidisciplinariedade, em virtude das diversidades de fatores que levam as pessoas a ficarem em situação de rua.

1. A EFICÁCIA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio da dignidade da pessoa, antes de ganhar o *status* de valor universal passou por um processo de evolução histórica, que começou a ser desenvolvido na Roma antiga, continuou no período da idade média, e foi consolidado no Estado liberal com o conceito associado

ao *status* pessoal de alguns indivíduos que exerciam funções públicas ou à determinadas instituições representadas na figura do soberano, da coroa ou do Estado, o que refletia uma supremacia de poder.

Nesse sentido, segundo Luís Roberto Barroso¹ a dignidade em seu sentido pré-moderno pressupunha uma sociedade hierarquizada, na qual a desigualdade entre diferentes categorias de indivíduos era parte constitutiva dos arranjos institucionais. De modo geral, a dignidade era equivalente à nobreza implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios.

O postulado dignidade humana recebeu influências religiosas e filosóficas. No campo da religião judaica cristã, o homem sendo a semelhança de Deus havia uma imposição sobre cada pessoa de amar o seu semelhante como a si mesmo. No âmbito filosófico, a dignidade do homem está relacionada com a razão e a sua liberdade de tomar decisões.

Outro movimento histórico que contribui para a compreensão do princípio da dignidade humana foi o iluminismo, tendo um dos seus idealizadores Immanuel Kant, com o pensamento do homem ser o centro do universo, ao lado do individualismo, do liberalismo, da ciência, da tolerância religiosas, e do surgimento dos direitos individuais.

O pensamento kantiano² contribuiu para a concretização da concepção de dignidade da pessoa humana, partindo da premissa que a autonomia da vontade é inerente tão somente aos seres humanos, o que fundamenta o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do século XX, algumas constituições passaram a valorizar o princípio da dignidade humana, tais como: a constituição de Weimar de 1919, a constituição portuguesa de 1933 e a constituição da Irlanda de 1937, mas somente ganhou força no final da segunda Guerra Mundial, em virtude dos efeitos negativos advindo desse evento que resultou em arbitrariedades contra a própria existência humana.

Assim, diante desse fato histórico, as nações passaram a refletir sobre a necessidade de se criar um instrumento que fosse capaz de garantir preceitos básicos para a existência humana, no âmbito universal, nesse sentido, surgiu a Declaração Universal dos Direitos homem de 1948, promulgada pela ONU – Artigo 1.º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

¹BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 14.

²Idem. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 919, ano 101, p. 127-196, mai. 2012.



A Constituição Federal de 1988 trouxe na sua essência o valor do Estado democrático de direito com os conceitos de constitucionalismo e democracia, que embora interligados não se confundem. O constitucionalismo sendo a limitação do poder e a supremacia da lei, por outro lado a democracia traz a ideia de soberania popular e governo da maioria, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, os direitos fundamentais dos indivíduos elencados no art. 5º e seus incisos na CRFB/88³ são normas constitucionais, que no plano subjetivo dos titulares diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um limitador contra as arbitrariedades do poder estatal, bem como visa o bem-estar social das pessoas. Já no plano objetivo, retrata a base da ordem jurídica, o que legitima o Estado democrático de direito.

Com a importância de se preservar os direitos fundamentais dos indivíduos houve a necessidade de os titularem como cláusulas pétreas, proporcionando assim, segurança jurídica e uma normatividade eficaz a eles, pois não são passíveis de serem abolidos do ordenamento, mas sim que se agregue mais valores.

Um dos princípios da Constituição que deve ser ressaltado é o da dignidade da pessoa humana, considerado alicerce dos direitos fundamentais, e que ganhou força normativa em virtude de ser fonte de embasamento de decisões judiciais diante de conflito de interesses sob o mesmo prisma de valor fundamental.

A normatividade dos princípios constitucionais está relacionada a possibilidade de se ampliar o método de interpretação das regras jurídicas que são comandos normativos limitados, ao passo que os princípios proporcionam com suas cláusulas gerais, um grau maior de aplicabilidade do direito ao caso em concreto, em razão do seu valor axiológico e normativo, considerados normas de eficácia imediata que se propagam por todo ordenamento jurídico.

A eficácia normativa do princípio da dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos e deveres fundamentais que ganhou status constitucional e de nível internacional porque confere a pessoa um mínimo de direitos essenciais a sua existência e ao mesmo tempo protege contra atos de cunho degradante e desumano. Isso traduz no valor intrínseco da pessoa humana ligado à natureza do ser, como o direito à vida que abrange a outro direito fundamental, o direito fundamental à integridade física e psíquica.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Segundo, Gilmar Mendes⁴ os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

2. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONCRETIZAÇÃO DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos sociais são conhecidos como direitos de segunda dimensão, e são considerados direitos econômicos, sociais e culturais. O primeiro a ser reconhecido foi o direito do trabalho na Constituição Francesa de 1848 após a revolução desse mesmo ano, posteriormente, os direitos sociais e econômicos foram positivados em outros países, no México com a Constituição Mexicana de 1917, na Alemanha com a Constituição de Weimar de 1919, e a espanhola de 1931. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a ser influenciada por essa nova concepção, ao contemplar, no seu título IV, a disciplina da ordem econômica e social.

A Constituição Federal de 1988 elenca no seu art. 6º os direitos fundamentais 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. Nesse contexto está um dos objetivos fundamentais da República, o de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme dispõe o art. 3º da Carta Magna.

Os direitos sociais visam a proteger e promover a dignidade da pessoa humana, e a não concretização desses direitos, em virtude de omissões dos entes públicos que possuem competências comuns de cuidar da saúde e da assistência pública, de combater as causas de pobreza viola esse fundamento da Constituição Federal de 1988 que assegura dignidade aos cidadãos com moradia, alimentação, saúde, educação e demais elementos para terem de uma vida digna.

⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 136.



Segundo José Afonso da Silva⁵ os direitos sociais correspondem a situações jurídicas necessárias à realização, convivência, sobrevivência e vida digna da pessoa humana. São direitos fundamentais do homem, uma vez que a todos por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas também concreta e materialmente efetivados.

Por essa razão, os objetivos dos direitos sociais visam a uma concretização de uma igualdade material, efetiva e real que proporcione a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, e em situações de vulnerabilidade, pois dependem de políticas públicas que possam garantir um mínimo existencial.

Para Ana Paula de Barcellos⁶, o mínimo existencial corresponderia ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada não apenas como experiência física, sobrevivência e manutenção corpo, mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o direito fundamental ao mínimo existencial requer dos entes federativos a garantia de um Estado Social de Direito com a função de proporcionar o bem-estar por meio de prestações positivas focadas na efetividade dos direitos sociais dos cidadãos previstos no art. 6º da CRFB/88.

Sobre o tema deve-se pontuar as lições de Daniel Sarmiento⁷ que estabelece uma fundamentação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, a saber:

O mínimo existencial se trata de uma exigência necessária para a garantia da liberdade real; o mínimo existencial é uma exigência para a proteção dos pressupostos de democracia; e o atendimento das necessidades materiais básicas (essenciais) constitui um fim em si mesmo e não um meio para o exercício (ou obtenção) de outras finalidades.

Convém destacar o reconhecimento da intangibilidade do núcleo consubstanciado no mínimo existencial pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 45, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello⁸ que considerou:

⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 287.

⁶BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-250.

⁷SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202-203.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Diante desse contexto, as pessoas que se encontram em situação de rua estão desprovidas de qualquer garantia do mínimo existencial, em virtude da falta de concretização dos seus direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da CRFB/88. Para elas existe a necessidade que esses direitos sejam prestados conjuntamente com políticas públicas efetivas, que resultem na restauração de sua dignidade humana, pois o §2º, inciso II do art. 23 da Lei nº 8742/93 prevê serviços sócio assistenciais às pessoas que vivem em situação de rua.

3. A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS EM DAR EFETIVIDADE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS AOS MORADORES DE RUAS

O Estado como garantidor dos direitos fundamentais exerce a função de promover o bem-estar da sociedade, e para isso acontecer necessita desenvolver ações que contemplem os direitos sociais previsto no art. 6º da CRFB/88, por meio de políticas públicas que são um conjunto de ações, metas e planos que os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) traçam para alcançar o desenvolvimento da sociedade no plano social e econômico.

O Decreto lei de nº 7.053 de 2009 reconhece os direitos individuais e sociais da população em situação de rua, no qual foi instituída uma política nacional para atender essas pessoas, e conceitua o que seja população em situação de rua:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua 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.

O objetivo do Decreto lei⁹ n° 7053 de 2009, conforme dispõe o seu art. 5° é efetivar os direitos da população em situação de rua, resgatando sua dignidade de pessoa humana, direito à convivência familiar e comunitária, valorização e respeito à vida e à cidadania, atendimento humanizado e universalizado e respeito condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

A deficiência desse decreto está na impossibilidade de aplicar sanções pelo o seu não cumprimento, em virtude de não possuir força normativa de lei, sendo necessária a instituição de uma lei federal, regulamentando os direitos da população em situação de rua. É de grande relevância destacar que o Brasil enfrenta uma nova realidade sócio econômica, e segundo o Senado Federal¹⁰:

As crises econômicas graves e prolongadas estimulam o aumento da população sem emprego e moradia disposta a ocupar calçadas, viadutos e praças. Especialmente quando há muita gente abaixo da linha da pobreza e as políticas de assistência e promoção social são inexistentes ou falhas. Num país como o Brasil, abatido por crises econômicas e políticas públicas frágeis, com 12 milhões de desempregados e 54,8 milhões de cidadãos dispendo de R\$ 406 ou menos mensais, a impressão que se tem é que a chamada população em situação de rua só vem aumentando.

Além disso, há outros fatores que levam as pessoas a situação de rua, por exemplo o alcoolismo, as drogas, problemas familiares e mentais. Isso resulta em ausência de acesso às principais políticas públicas (saúde, educação, assistência social, programas de transferência de renda, moradia, segurança, cultura, esporte e lazer), carência de programas que possibilite a geração de emprego e renda e de redes atendimentos assistenciais eficazes que atendam a heterogeneidade das demandas dessa população, bem como a dificuldade de acesso à documentação no exercício de cidadania.

De acordo com a Política Nacional, cabe aos Municípios manter serviços e programas assistenciais à população de rua, que proporcione a concretização dos direitos mínimos sociais e os direitos da cidadania.

⁹BRASIL. Presidência da República. *Decreto n° 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹⁰BRASIL. Senado Federal. *Brasil não sabe quem são os moradores de rua*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especial-cidadania-populacao-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: 15 mai. 2020.



Por outro lado, a Política Nacional apresenta as ações municipais, estaduais e federais, que devem trabalhar em complementaridade para atender às demandas da população, bem como trata da interdisciplinaridade e a intersetorialidade na atuação para a população em situação de rua.

Sobre o assunto o Ipea¹¹ esclarece que:

Segundo o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) uma pesquisa publicada com base em dados de 2015 projetou que o Brasil tem pouco mais de 100 mil pessoas vivendo nas ruas. O texto para discussão estimativa da população em situação de rua no Brasil aponta que os grandes municípios abrigavam, naquele ano, a maior parte dessa população. Das 101.854 pessoas em situação de rua, 40,1% estavam em municípios com mais de 900 mil habitantes e 77,02% habitavam municípios com mais de 100 mil pessoas. Já nos municípios menores, com até 10 mil habitantes, a porcentagem era bem menor: apenas 6,63%.

A pobreza extrema, os vínculos familiares rompidos ou fragilizados e a falta de moradia convencional demonstra a omissão do Poder Público em garantir serviços sócio assistências, e configura violação ao dever do Estado de promover a dignidade da pessoa humana e proporcionar a condição do mínimo existencial por meio da efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88 às pessoas em situação de rua.

Nesse sentido, as políticas públicas a serem implementadas devem observar as particularidades desse grupo de pessoas, a fim de que seja resguardada a igualdade material que visa igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais.

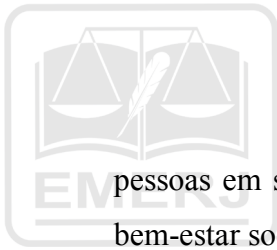
Segundo Marcelo Novelino¹², a igualdade material consiste na busca pela igualização dos desiguais por meio da concessão de direitos sociais substanciais. Para que haja uma igualdade material é necessário que o Estado atue positivamente, proporcionando, aos menos favorecidos, igualdades reais de condições com os demais.

Dessa forma, os entes federativos são responsáveis em garantir e dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e aos direitos sociais mediante um sistema de federalismo cooperativo no setor social, previsto no art. 23 da Constituição Federal de 1988 que estabelece que são competências comuns zelar pela guarda da Constituição, cuidar da saúde e da assistência pública, combater as causas de pobreza e promover a integração social dos menos favorecidos.

O sistema de cooperação entre os entes federativos proporciona ações conjuntas permitem consolidar em âmbito nacional políticas públicas eficientes voltadas para esse grupo de

¹¹BRASIL. Ipea. *Estimativa da população em situação de rua no Brasil*. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819>. Acesso em 15 mai. 2020.

¹²CAMARGO, Marcelo Novelino. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.167.



peças em situação de rua, e com isso promove cidadania a todos, o que resulta no Estado bem-estar social.

Alcançar o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, inciso III da CRFB/88 de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais somente poderá ser efetivada, se houver de fato esforços dos entes federativos em adotarem uma relação intergovernamental, mediante universalização das políticas públicas sociais, prevista no art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8742/93 (LOAS).

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios como garantidores dos direitos fundamentais assumem a responsabilidade de concretizarem os direitos sociais que resguardem o mínimo existencial, também chamado de direito de subsistência (direito à alimentação, direito à moradia, direito à saúde, direito à educação) para as pessoas em situação de rua.

No contexto dos direitos fundamentais sociais, os entes federativos não podem alegar o princípio da reserva do possível que limita o orçamento público para justificar restrições à efetividade desses direitos, pois a Constituição Federal de 1988 proíbe o retrocesso social, tendo em vista a estabilidade conferida aos direitos fundamentais. Segundo Ingo Sarlet¹³:

o princípio constitucional do não retrocesso social está implícito na Constituição Federal de 1988: decorre do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança e, principalmente, da dignidade humana.

Com efeito, os direitos sociais possuem eficácia vinculante como preconiza a Constituição Federal de 1988, em razão de seu fundamento estar atrelado no princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o legislador deve legislar conforme os direitos fundamentais, sendo vedado um retrocesso social, no intuito de abolir posições jurídicas legalmente criadas.

O STF¹⁴ considera que o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar, mediante supressão total ou parcial, os direitos sociais já concretizados.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639337*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

Nesse panorama, o crescimento de pessoas em situação de rua reflete que o Estado vem deixando de garantir os direitos sociais básicos aos cidadãos, e mesmo com a criação de políticas públicas a essas pessoas, ainda assim, não produziu resultados efetivos de redução dessa situação, tendo em vista que o governo federal financia os projetos e serviços apenas em municípios com população superior a 100 mil habitantes ou municípios com mais 50 mil habitantes que integrem regiões metropolitanas. Isso limita a efetividade dessas políticas públicas, pois as diferenças regionais deveriam ser levadas em consideração, daí a importância da universalização das políticas públicas multidisciplinares.

Dessa forma, diante das omissões injustificáveis do Estado, os direitos sociais devem ser assegurados as pessoas em situação de rua que se encontram em estado de coisas inconstitucional, que significa uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, e em razão da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, podem e devem ser tutelados pela via jurisdicional por meio do Ministério Público que detém a função institucional e legitimidade de defender o estado democrático de direito e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

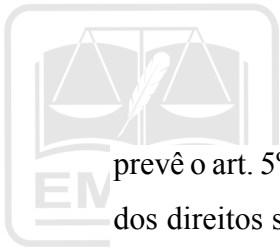
Assim, a não proteção dos direitos fundamentais pelo Estado dá ensejo a ocorrência de dano indenizável, sob o fundamento da responsabilidade civil por omissão, o que permite a intervenção judicial, diante vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas em situação de rua.

CONCLUSÃO

A constituição Federal de 1988 preceitua a força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana que tem valor universal, e do princípio do mínimo existencial sendo de observância obrigatória no nosso ordenamento jurídico. Violar esses princípios dá ensejo que se busque a tutela jurisdicional a fim de que seja restabelecido o estado a quo da pessoa, ou sendo impossível que haja a reparação e o ressarcimento por sua violação.

O rol dos direitos sociais previsto o art. 6º da CRFB/88 são direitos subjetivos a políticas públicas em face do Estado vinculados aos princípios da garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, não podem ser considerados como normas programáticas, tendo em vista que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, há um contrassenso na classificação dos direitos sociais como normas programáticas permite o Estado de implementar ou não de acordo com sua limitação orçamentária, por outro lado são direitos fundamentais da pessoa com aplicabilidade imediata, conforme



prevê o art. 5º, parágrafo primeiro da CRFB/88, portanto se o Estado se omite na implementação dos direitos sociais fundamentais pode ser passível de ser condenado à obrigação de fazer por meio da via judicial titulada como a judicialização das políticas públicas.

Os entes federativos, garantidores dos direitos fundamentais vem produzindo o que se pode ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional, das pessoas que se encontram vivendo nas ruas, sujeitas a vários riscos sociais, tais como a fome, o abandono, o desprezo, a violência, expostas as drogas, e atualmente, a pandemia do coronavírus, em virtude da ausência de condições mínimas de sobrevivência que requer moradia, saúde, emprego, educação e assistência social.

A questão da pandemia do coronavírus e conseqüentemente o isolamento social colocou em evidência a gravidade da situação dos moradores de rua que passaram a sofrer ainda mais com a escassez de ajuda de alimentos, pois se sabe que na maioria das vezes eram as pessoas que circulavam pelas ruas que de certa forma amenizava a fome deles com doações de comida, em virtude da falta de renda própria para seu sustento.

Outro fator que pode ser destacado que a pandemia impôs foi o cuidado com higiene pessoal para evitar a contaminação pelo vírus, e mais uma vez a vulnerabilidade dos moradores de rua sem condições mínimas de higiene de prevenção, ficando ainda mais suscetíveis de se contaminarem. Isso retrata a violação de acesso à saúde e de moradia que garantisse o seu isolamento social, como forma de prevenção.

A pesquisa constatou o problema da falta de efetividade e eficácia das políticas públicas, que são instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais e sociais às pessoas em situação de rua e a omissão reiterada dos entes federativos em garantir esses direitos com resultados positivos que resgate de fato a cidadania e autonomia dessas pessoas.

O crescente número de pessoas em situação de rua demonstra o caminho do retrocesso social porque não há efetividade nas prestações dos direitos sociais, tampouco as políticas públicas implementadas conseguem atender as inúmeras necessidades das pessoas que chegaram a essa condição. Esse fenômeno é vedado pela CRFB/88, tendo em vista que os direitos sociais, uma vez conquistados, jamais poderão ser suprimidos do ordenamento jurídico.

É certo que a pandemia do coronavírus já trouxe resultados negativos na situação econômica do país, que desencadeou no aumento do desemprego, e vem refletindo no aumento da população em situação de rua que perdeu seu emprego que garantia sua renda e moradia.

A fragilidade econômica financeira do Brasil, nesse cenário de pandemia deixa claro que, os direitos sociais, embora sejam fundamentais, eles deixaram de serem implementados ao



longo dos anos, com eficácia e efetividade pelos entes públicos, por considerarem na possibilidade da discricionariedade a qual daria mais ênfase. Todavia, os direitos sociais elencados no art. 6º da CRFB/88 pode ser considerado um corpo institucional, em que suas partes se complementam, e na falta de um de seus componentes, não consegue ser efetivo para garantir a dignidade da pessoa humana.

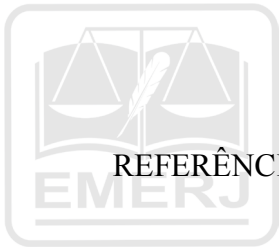
Isso significa na responsabilidade concorrente dos entes federativos, como garantidores dos direitos fundamentais, e diante de suas condutas omissivas de não preservar o mínimo existencial aos cidadãos, as pessoas que chegaram a situação de rua necessitam de medidas emergenciais para restabelecer a sua cidadania e dignidade devido ao alto grau de vulnerabilidade e riscos sociais que se encontram. A inobservância desse dever legitima o Ministério Público e a Defensoria Pública a ingressarem com medidas judiciais, em virtude da violação dos direitos sociais e do princípio da dignidade pessoa humana.

Com efeito, se não houver uma política de integração entre União, Estado, Distrito Federal e Municípios em atender ao preceito constitucional do art. 23 da CFRB/88 de proporcionar o bem-estar social com políticas públicas universais eficazes, em razão das diversidades das demandas sociais, as injustiças sociais continuarão se perpetuando no tempo.

Quando se fala na efetividade dos direitos fundamentais mais visível fica a real função do Estado Democrático de Direito que preza pela igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais e sociais. Para que se chegue a esses patamares é necessário que o poder público ofereça oportunidades de trabalho, moradia, saúde pública de qualidade e educação para toda a coletividade.

A realidade é que o Brasil não consegue atingir o seu objetivo constitucional de erradicar a pobreza e as desigualdades regionais e sociais, em virtude da deficiência na aplicação dos investimentos em educação associadas com outras políticas públicas de saúde, moradia, emprego. Com isso, perde-se em desenvolvimento humano e econômico, pois o que retrata a riqueza de um país são pessoas com autonomia para sobreviverem, sem a necessidade de recorrerem a programas assistencialista devido ao grau de vulnerabilidade e miserabilidade que possam se encontrar.

Assim, para que o Brasil saía desse cenário de grandes desigualdades sociais, e desenvolva uma justiça social em prol dos direitos humanos deve priorizar em suas despesas governamentais com gastos sociais para atender as pessoas em circunstâncias de vulnerabilidade econômica, nesse sentido, não poderá se valer do princípio reserva do possível na ordem orçamentária, pois mesmo em tempos de crise econômica, a Constituição Federal de 1988 resguarda a dignidade da pessoa humana que não pode sofrer violações.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 919, ano 101, p. 127-196, mai. 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Guia de Atuação Ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/8969-guia-de-atuacao-ministerial-defesa-dos-direitos-das-pessoas-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Ipea. *Estimativa da população em situação de rua no brasil*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Ministério Público do Rio de Janeiro. *A tutela da população em situação de rua*. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/25421/cartilha_tutela_populacao_situacao_rua_para_grafica_2.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

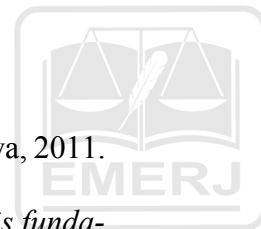
_____. Presidência da República. *Decreto nº 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Senado Federal. *Brasil não sabe quem são os moradores de rua*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especial-cidadania-populacao-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639337*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. *Direitos sociais no brasil: desafios e mecanismos para a sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2016.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da responsabilidade civil do estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



DIREITO À VISIBILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE PERFIL DE DIFÍCIL ADOÇÃO FRENTE AO DIREITO DE IMAGEM E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gisele de Lima Jordan Bonani

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

Resumo – a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram o direito à convivência familiar. No entanto, esse direito nem sempre é efetivado, pois muitas crianças e adolescentes disponíveis para adoção não são adotados em razão de suas características ou condições pessoais. Além disso, muitas vezes não é dada visibilidade a essas crianças e adolescentes a fim de estimular sua adoção. A essência do trabalho é discutir o direito à visibilidade dessas crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, que deve ser sopesado com os demais direitos, como o direito de imagem e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave – Direito de Família. Direito da Criança e do Adolescente. Adoção. Direito de imagem. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. Panorama da adoção no Brasil: por que o direito constitucional à convivência familiar nem sempre é efetivado? 2. A visibilidade como direito das crianças e adolescentes institucionalizados. 3. Direito à visibilidade frente ao direito de imagem e à dignidade da pessoa humana: uma análise a partir do caso “Adoção na Passarela”. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o direito à visibilidade de crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, quais sejam: aqueles que possuem idade mais avançada, doenças ou deficiências e grupos de irmãos. Para tanto, busca-se demonstrar que deve ser dada visibilidade a essas crianças e adolescentes, a fim de que tenham maiores chances de serem adotados, mas isso deve ser feito de forma a não violar o direito à imagem e a dignidade da pessoa humana.

Para o desenvolvimento da pesquisa, abordam-se as posições doutrinárias sobre o tema e também as iniciativas de órgãos governamentais e de entidades privadas objetivando estimular a adoção dessas crianças e adolescentes, de modo a se perquirir como é possível a compatibilização dos referidos direitos em conflito.

A Constituição Federal assegura o direito à convivência familiar, em seu artigo 227. No caso das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, esse direito somente é efetivado com a colocação em família substituta, o que nem sempre ocorre, tendo em vista que há



crianças e adolescentes que, por não terem as características almeçadas pelos pretendentes à adoção, ficam em entidades de acolhimento institucional até atingirem a maioridade.

O tema é extremamente polêmico, tendo em vista que algumas medidas tomadas na tentativa de estimular a adoção dessas crianças e adolescentes têm gerado grande repercussão, até mesmo internacionalmente. Recentemente, a realização de um desfile, em um *shopping center*, com crianças e adolescentes disponíveis para adoção chamou a atenção do meio jurídico e da sociedade em geral para a questão, dividindo opiniões.

Para melhor compreensão do tema, busca-se traçar um panorama da adoção no Brasil, destacando os problemas práticos atinentes à questão das crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção e buscando encontrar soluções compatíveis com os direitos constitucionais relacionados ao tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando dados do Cadastro Nacional de Adoção, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, que revelam uma aparente contradição: apesar de haver mais interessados em adotar que crianças e adolescentes disponíveis para a adoção, grande parte deles não têm perspectiva de serem adotados.

Segue-se defendendo, no segundo capítulo, a visibilidade como direito das crianças e adolescentes institucionalizados, que deve ser tutelado a fim de que tenham maiores chances de serem adotados e de que seu direito à convivência familiar, previsto na Carta Magna, seja efetivado.

O terceiro capítulo, por fim, busca analisar situações concretas em que o direito à visibilidade entrou em conflito com o direito à imagem e com a dignidade da pessoa humana.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – doutrina do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente, Constituição, legislação infraconstitucional pertinente e notícias sobre o tema – para sustentar a sua tese.



1. PANORAMA DA ADOÇÃO NO BRASIL: POR QUE O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NEM SEMPRE É EFETIVADO?

Com o advento da Constituição Federal de 1988¹, ocorreu a chamada constitucionalização do Direito Civil. A legislação civil passou a ser interpretada à luz da dignidade da pessoa humana² e de outros princípios constitucionais. O patrimônio deixou de ser o foco de proteção do Direito Civil, que ficou mais voltado à pessoa.³

Isso gerou grande impacto no Direito de Família, tendo em vista que a família deixou de ser vista como mera instituição jurídica, portadora de um interesse superior e supra-individual, passando a ser entendida como instrumento para a promoção da personalidade de seus membros.⁴ Como exemplos da instrumentalização da família, podemos citar o reconhecimento da pluralidade de modelos familiares⁵ e a ampla proteção que é conferida constitucionalmente aos filhos⁶, os quais possuem todos os direitos decorrentes da filiação, independentemente de esta ser biológica ou adotiva e do estado civil dos pais.

Nessa esteira, a própria convivência familiar foi positivada como direito fundamental no art. 227 da Constituição da República⁷, que aqui se reproduz:

Art. 227, caput, da CRFB/88. 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.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

² A CRFB/88 prevê, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

³ Nesse sentido, Gustavo Tepedino aduz que as expressões: “Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do Direito Civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição – que ocupa o ápice da hierarquia normativa –, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior.” (TEPEDINO, Gustavo. *Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, p. 15-21, 2012).

⁴ Nas palavras de Pietro Perlingieri: “Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245).

⁵ Destaque-se, a título de exemplo, a união estável (art. 226, § 3º, CRFB/88) e a família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB/88), reconhecidas constitucionalmente como formas de família diversas da originada pelo casamento.

⁶ Conforme o art. 227, § 6º, da CRFB/88: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

O direito à convivência familiar também foi inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente⁸. Conforme seu artigo 4º:

Art. 4º, caput, ECA. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

É tratado, ainda, de modo destacado, no Capítulo III do Título II do ECA (Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária)⁹. Cabe mencionar a redação do art. 19, que abre o referido capítulo: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

A convivência familiar, como destaca Kátia Maciel¹⁰, é “um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente”. Segundo a autora: “Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.”

A família, primeiro agente socializador do ser humano, nos dizeres de Mônica Rodrigues Cuneo¹¹, “é o *locus* privilegiado para que o desenvolvimento infantil ocorra em bases seguras e satisfatórias. É a partir da convivência em família que o indivíduo se estrutura e se organiza rumo à construção da sua identidade”.

Dada a importância da convivência familiar, o acolhimento institucional deve ser visto como excepcional e temporário. Conforme prevê o artigo 101, parágrafo 1º, do ECA¹²: “O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁹ Ibid.

¹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: _____ (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162.

¹¹ CUNEO, Mônica Rodrigues. Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento. A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam. *Censo da população infante juvenil abrigada no estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/7_Abrigamento.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹² BRASIL, op. cit., nota 8.



Há um descompasso, no entanto, entre o que prevê a legislação e o que vem ocorrendo na prática. A realidade de muitas crianças e adolescentes é viver durante anos em entidades de acolhimento institucional a espera de uma família.

Os dados do Cadastro Nacional de Adoção, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que o número de crianças e adolescentes inscritos no cadastro nacional atualmente é de cerca de 9 mil,¹³ enquanto aproximadamente 46 mil pessoas estão interessadas em adotar.¹⁴

Mesmo havendo tantas pessoas dispostas a adotar, grande parte dessas crianças e adolescentes não têm perspectiva de serem adotados, sendo que alguns deles ficam em entidades de acolhimento institucional até atingirem a maioridade.

Isso se dá porque muitos pretendentes à adoção desejam adotar crianças de perfis específicos. Dessa forma, aqueles que não possuem as características almejadas acabam sendo preteridos.

É o que ocorre, geralmente, com crianças de idade mais avançada e adolescentes. A maioria dos que compõem o cadastro nacional possui idade superior a 5 anos¹⁵ e mais de 70% dos pretendentes à adoção não aceitam adotar quem tenha esse perfil.¹⁶ Dessa forma, à medida que os anos passam, torna-se cada vez mais difícil a colocação dessas crianças e adolescentes em família substituta.

Também merecem destaque as crianças e adolescentes que possuem alguma deficiência, seja ela física ou mental. Conforme o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁷ dispõe em seu art. 6º, inciso V, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer o direito à família e à convivência familiar. Há, inclusive, prioridade de tramitação nos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência, nos termos do art. 47, § 9º, do ECA¹⁸.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de crianças cadastradas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

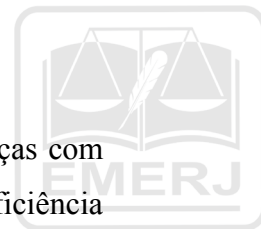
¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de crianças cadastradas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 13.146/15*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.



Ainda assim, apenas 6.52% dos pretendentes à adoção aceitam adotar crianças com deficiência física e somente 3.62% dos pretendentes aceitam adotar crianças com deficiência mental.¹⁹

As crianças e adolescentes que possuem doenças também são preteridos. Cerca de 60% dos pretendentes à adoção somente aceitam crianças sem doenças.²⁰ Cabe destacar que apenas 5.38% dos pretendentes aceitam crianças com HIV.²¹ Observe-se que, conforme o já mencionado art. 47, § 9º, do ECA²², também há prioridade de tramitação nos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com doença crônica.

Por fim, há a questão dos grupos de irmãos. Conforme o art. 28, § 4º, do ECA²³, os grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção da mesma família substituta, salvo situações excepcionais, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. Os dados do Cadastro Nacional de Adoção demonstram que cerca de 61% dos pretendentes não aceitam adotar irmãos.²⁴ Isso se deve, normalmente, ao medo de não conseguir lidar com crianças de idades diferentes ao mesmo tempo e também a questões financeiras.²⁵

Partindo-se dos dados do Cadastro Nacional de Adoção, que atestam que o direito constitucional à convivência familiar muitas vezes não é efetivado, passa-se a abordar possíveis soluções para a questão.

2. A VISIBILIDADE COMO DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS

Como explicitado anteriormente, o acolhimento institucional é excepcional e provisório. Os critérios da excepcionalidade e da provisoriedade, que regem a aplicação das medidas de acolhimento, como explica Patrícia Silveira Tavares²⁶, partem da compreensão de

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

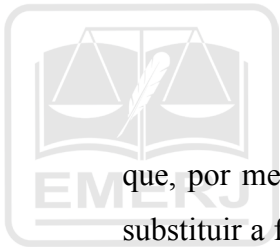
²² BRASIL, op. cit., nota 8.

²³ Ibid.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Três vivas para a adoção!* Guia para adoção de crianças e adolescentes. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/05/267f52a9a15e50766a52e521a01c9522.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁶ TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 528.



que, por melhor que seja o atendimento prestado pela instituição, esta jamais será capaz de substituir a família em todas as suas nuances, notadamente no que se refere ao fortalecimento da estrutura psíquica e emocional das crianças e adolescentes.

A permanência prolongada de crianças e adolescentes em entidades de acolhimento institucional, além de violar o direito fundamental à convivência familiar, pode lhes causar graves consequências.

Como explica Mônica Rodrigues Cuneo²⁷, o espaço institucional não é o meio natural para o favorecimento do desenvolvimento integral da criança, a qual passa a ser cuidada por pessoas que até então não conhecia e cujos referenciais, muitas vezes, encontram-se dissociados de seu contexto social e familiar. Soma-se a isso a carência de estimulação, de vínculos afetivos e de atenção emocional, que gera prejuízos evidentes e inevitáveis que afetam o desenvolvimento global da criança.²⁸

Complementa a autora²⁹, afirmando que:

[...] a institucionalização prolongada impede a ocorrência de condições favoráveis ao bom desenvolvimento da criança. A falta da vida em família dificulta a atenção individualizada, o que constitui obstáculo ao pleno desenvolvimento das potencialidades biopsicossociais da criança. A submissão a rotinas rígidas e o convívio restrito às mesmas pessoas comprometem o sadio desenvolvimento da criança, além de limitar suas possibilidades e oportunidades de desenvolver relações sociais amplas e diversificadas. A dinâmica institucional aprisiona a criança e não a protege da angústia de, mais tarde, enfrentar o mundo externo, que se lhe afigura misterioso e desconhecido.

À vista disso, devem ser pensadas medidas que estimulem a adoção de crianças e adolescentes que se encontram em entidades de acolhimento institucional, quando não há a possibilidade de manutenção na família natural ou extensa.³⁰ Deve haver um estímulo ainda maior à adoção de crianças e adolescentes que, por não se encaixarem no perfil desejado pelos pretendentes à adoção, muitas vezes permanecem por anos em entidades de acolhimento institucional. Por vezes, sequer são adotados e têm que deixar a entidade ao completarem 18 anos.

²⁷ CUNEO, op. cit.

²⁸ A título de exemplo, cabe destacar interessante pesquisa realizada em um orfanato pelo psicanalista René Spitz, que observou que os bebês institucionalizados que eram alimentados e vestidos, mas não recebiam afeto, nem eram segurados no colo ou embalados, apresentavam dificuldades no seu desenvolvimento físico, faltava-lhes apetite, perdiam peso, sofriam de insônia, tinham grande suscetibilidade a resfriados intermitentes, desenvolviam sentimentos de abandono e embotamento afetivo e, com o tempo, perdiam o interesse por se relacionar. Tais reações desenvolveram-se em razão da progressiva deterioração da sua saúde física e mental ocasionadas pela ausência dos pais e privação de afeto. (SPITZ apud Ibid.)

²⁹ Ibid.

³⁰ De acordo com o art. 39, § 1º, do ECA, “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”.



O grande impasse é que, em geral, a informação que a sociedade tem acerca dessas crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção se restringe aos dados estatísticos oficiais.

Além de os processos correrem em “segredo de justiça”, segundo Sávio Bittencourt³¹:

[...] a situação de institucionalização das crianças e adolescentes é de conhecimento restrito ao âmbito do Judiciário, incumbido legalmente de gerir a vida do institucionalizado, do Ministério Público, principal legitimado pela ação de destituição do poder familiar e, casuisticamente da Defensoria Pública, na qualidade de patrona das partes. Quando muito, algum “legítimo interessado” pode obter alguma participação processual em caso concreto.

No entendimento do autor³², a situação se agrava se vista do prisma dos institucionalizados:

[...] a pretexto de protegê-los, em seu direito à intimidade, a práxis jurídica parece varrê-los para de baixo do tapete, impedindo que sejam vistos em sua aflitiva necessidade de socorro. Pretendentes à adoção, ao apadrinhamento afetivo e cidadãos interessados em seu destino (e na fiscalização da eficiência das instituições) restam alijados da informação sobre sua existência concreta e individualizada.

A ideia que impera, atualmente, é a de que as crianças e os adolescentes disponíveis para a adoção não podem ser vistos, não podem ser visitados nas entidades de acolhimento institucional e não podem conviver socialmente, tudo a pretexto de protegê-los. Na prática, passam a vida “escondidos” nas entidades de acolhimento institucional, esperando que algum dia sejam adotados. Somente com a adoção, se esta vier a ocorrer, essas crianças e adolescentes alcançam visibilidade social.

O fato de as crianças e os adolescentes institucionalizados, notadamente os de perfil de difícil adoção, serem “invisíveis” aos olhos da sociedade lhes traz enormes danos, tendo em vista que se fossem conhecidos pela sociedade teriam maiores chances de serem adotados.

Sabe-se que muitos pretendentes à adoção não podem ter filhos biológicos e, ao optarem pela adoção, tentam imitar a biologia, ou seja, procuram adotar uma criança de pouca idade e que tenha características físicas semelhantes às suas. No entanto, muitos desses pretendentes à adoção, ao terem acesso a crianças e adolescentes com outros perfis, acabam criando com eles vínculos afetivos e optam por adotá-los.

³¹ BITTENCOURT, Sávio. *A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1312/A+preserva%C3%A7%C3%A3o+da+imagem+da+crian%C3%A7a+institucionalizada+e+o+direito+%C3%A0+invisibilidade>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³² Ibid.



Exemplo dessa situação é o de um caso noticiado pela mídia³³ de um casal que inicialmente queria adotar uma criança de até 2 anos de idade sem deficiências e posteriormente decidiu pela adoção de irmãos gêmeos de 3 anos e meio de idade com deficiência. Os adotantes, ao conhecerem as duas crianças, um menino e uma menina, que nasceram com paralisia cerebral, tiveram com eles uma forte ligação emocional e afetiva e decidiram adotá-los, ainda que não tivessem o perfil inicialmente almejado.

Sem que haja a visibilidade das crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, as chances de casos como o descrito acima ocorrerem são muito pequenas. Deve-se reconhecer, portanto, a visibilidade como um direito dessas crianças e adolescentes institucionalizados, a fim de que seja efetivado o direito fundamental à convivência familiar, previsto na Constituição da República.

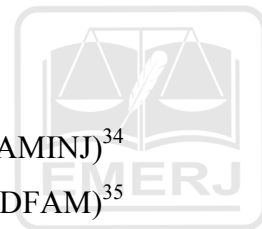
No entanto, é importante destacar que a visibilidade não é um direito absoluto e pode entrar em choque com outros direitos da criança e do adolescente, como o direito à imagem e a dignidade da pessoa humana. Tais direitos devem ser sopesados no caso concreto, sempre à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3. DIREITO À VISIBILIDADE FRENTE AO DIREITO DE IMAGEM E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO “ADOÇÃO NA PASSARELA”

Na tentativa de dar visibilidade a crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, foi realizado, em maio de 2019, o evento “Adoção na passarela”, organizado pela Associação Mato-Grossense de Pesquisa e Apoio à Adoção (AMPARA) e pela Comissão de Infância e Juventude da OAB/MT, em parceria com outras instituições, dentre as quais o Ministério Público do Estado do Mato Grosso, e com a autorização de juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso.

Trata-se de desfile, realizado em um *shopping center*, com crianças e adolescentes, alguns deles disponíveis para adoção e outros já adotados, que chamou a atenção do meio jurídico e da sociedade em geral para a questão, dividindo opiniões, tendo gerado, inclusive, repercussão internacional. As crianças e os adolescentes, com roupas novas, cabelos produzidos e maquiagem, foram exibidos a uma plateia de pretendentes à adoção e também ao público em geral do *shopping center*.

³³ FAMÍLIAS que adotam crianças com deficiência são exceções no Brasil, *Fantástico*, 8 mar. 2015. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/4019621/>>. Acesso em: 29 fev. 2020.



A Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ)³⁴ e a Comissão da Adoção do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)³⁵ manifestaram apoio à iniciativa, em razão de o evento ter buscado promover o direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes, especialmente daquelas que, por suas características ou condições pessoais, possuem menor chance de adoção.

Por outro lado, o evento foi muito criticado por outras entidades, que reconheceram a importância da implementação de projetos que estimulem a adoção, mas defenderam que tais projetos devem respeitar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que não teria ocorrido no evento “Adoção na passarela”.

A principal crítica foi o fato de as crianças e os adolescentes terem sido expostos de forma ostensiva em um *shopping center*, que é, por essência, um local de consumo. Instituições e membros da sociedade civil entenderam que o evento objetificou as crianças e os adolescentes à espera de adoção, tendo em vista que os associou a mercadorias a serem escolhidas pelos adultos, com base na aparência, o que feriu a dignidade da pessoa humana.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF)³⁶ afirmou que o ato representa “grave violação aos direitos humanos ao tratar as crianças como um objeto de apreciação, podendo ocasionar graves efeitos psicológicos devido à exposição”. A associação reconheceu que o processo de adoção no Brasil é bastante moroso e precisa ser aprimorado, mas destacou ser “inaceitável qualquer ação que trate pessoas, de qualquer idade, raça ou religião, como uma mercadoria”.³⁷

³⁴ ABRAMINJ. *Nota pública em apoio ao projeto Desfile da Adoção*. Disponível em: <<http://abraminj.org.br/noticia.php?id=2614>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

³⁵ IBDFAM. *Nota técnica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6952/NOTA+T%C3%89CNICA>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁶ ANADEF. *Nota de repúdio*. Disponível em: <<https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/defensoria-publica.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁷ No mesmo sentido, o Departamento de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) afirmou que o evento “impõe às crianças um tratamento de exploração e, salvo melhor juízo, cruel, uma vez que reduz o direito à convivência familiar a um produto de mercado, afastando desse grupo a qualidade de sujeitos de direitos e objetificando sua existência” (IBCCRIM. *Nota de repúdio sobre evento “Adoção na Passarela”, realizado em MT*. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14490-Nota-de-repudio-sobre-evento-Adocao-na-Passarela-realizado-em-MT>>. Acesso em: 03 jul. 2020). O Conselho Regional de Serviço Social da 20ª Região (CRESS-MT), por sua vez, se manifestou afirmando que iniciativas de incentivo à adoção devem acontecer em local adequado, de modo que seja garantida a integridade das crianças, e não em um espaço comercial (CRESS-MT. *Nota CRESS/MT*. Disponível em: <<http://cressmt.org.br/novo/nota-cressmt/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.). O evento também foi alvo de duras críticas nas redes sociais. Internautas chegaram a comparar o desfile com feiras de escravos e *pet shops* (BBC. *‘Adoção na passarela’: o desfile de adolescentes que gerou revolta nas redes*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48374660>>. Acesso em: 12 mar. 2019).



Em âmbito internacional, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) repudiou a iniciativa.³⁸

A dignidade da pessoa humana é entendida como qualidade inerente à pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal.³⁹ Está atrelada à ideia kantiana de que o homem não é um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo.⁴⁰

Trata-se de categoria axiológica aberta, que está em permanente processo de construção e desenvolvimento.⁴¹ Dessa forma, não é possível estabelecer um rol exaustivo de violações à dignidade da pessoa humana. Mas é possível afirmar, com segurança, que é “contrário à dignidade da pessoa humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.⁴²

No caso do evento “Adoção na passarela”, por melhores que tenham sido as intenções dos organizadores, deve-se reconhecer a violação à dignidade da pessoa humana, na medida em que as crianças e os adolescentes foram exibidos como objetos e não na condição de sujeitos de direitos, como preconiza a Constituição de 1988⁴³ e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴.

As crianças e os adolescentes devem ser protagonistas no processo de adoção. A adoção deve atender precipuamente a seus interesses, considerando que são sujeitos de direitos e possuem condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, e não aos interesses dos pretendentes à adoção. Afinal, atualmente, o principal objetivo da adoção não é mais dar um filho a quem não pode ter, mas dar uma família a quem não tem.

³⁸ O UNICEF afirmou, em nota, que “repudia esse tipo de iniciativa, na qual crianças e adolescentes são expostos, com especial gravidade, em um ambiente público como objetos a ser escolhidos por adultos, podendo, inclusive, gerar consequências emocionais negativas entre os participantes” (ONU. *UNICEF repudia evento Adoção na Passarela realizado no Mato Grosso*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-repudia-evento-adocao-na-passarela-realizado-no-mato-grosso/>>. Acesso em: 12 mar. 2020).

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-41.

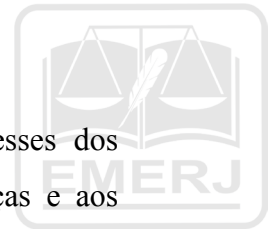
⁴⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 70.

⁴¹ SARLET, op. cit., p. 41.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴ Cabe destacar a redação do art. 15 do ECA, que prevê que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” e também do art. 18, de acordo com o qual “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. (BRASIL, op. cit., nota 8).



O evento, no entanto, pareceu mais preocupado em atender aos interesses dos pretendentes à adoção, tendo em vista que pode ter causado prejuízos às crianças e aos adolescentes, especialmente àqueles que não foram adotados.

Uma das críticas ao evento é a de que as crianças e os adolescentes fora do padrão de adoção já se sentem rejeitados, acumulam frustrações ao longo da vida, e os que participam de evento desse tipo e não são adotados experimentam uma nova rejeição. São revitimizados com falsas esperanças, o que lhes pode causar traumas, sentimento de culpa e baixa autoestima.

Nesse sentido, o Conselho Regional de Psicologia de Mato Grosso⁴⁵ se manifestou contrariamente ao evento, ao avaliar os possíveis danos e efeitos à integridade psíquica que tal exposição pode causar, aliado à expectativa gerada e à possível frustração sofrida pelas crianças e adolescentes já fragilizadas pela situação de vulnerabilidade social e emocional.

Ademais, o evento priorizou a aparência e estimulou a competição entre as crianças e os adolescentes pela atenção dos possíveis adotantes.⁴⁶

A OAB/MT⁴⁷, em defesa do evento, alegou que “nenhuma criança ou adolescente foi obrigado a participar do evento e todos eles expressaram aos organizadores alegria com a possibilidade de participarem de um momento como esse”.

Entretanto, para que se entenda que foi atendido o melhor interesse das crianças e dos adolescentes não basta que estes tenham manifestado sua vontade em participar do evento. O melhor interesse da criança e do adolescente deve considerar a vontade destes, mas não se resume a essa vontade.

Encontra-se assentada, não só no Direito brasileiro, mas também mundo afora, a ideia de que é necessário proteger certos direitos essenciais do homem, não apenas contra ameaças do Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas, contra a vontade do próprio titular desses direitos.⁴⁸ Por vezes, o próprio titular abre mão de seus direitos essenciais, premido por necessidades mais imediatas. Essa manifestação de vontade, no entanto, não é efetivamente livre e consciente.

⁴⁵ CRP 18-MT. *Nota de repúdio*. Disponível em: <https://crpmt.org.br//storage/uploads/files/NOTA_DE_REP%C3%9ADIO_CRP.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁶ Assim entendeu o Departamento de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM. *Nota de repúdio sobre evento “Adoção na Passarela”, realizado em MT*. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14490-Nota-de-repudio-sobre-evento-Adocao-na-Passarela-realizado-em-MT>>. Acesso em: 03 jul. 2020).

⁴⁷ OAB/MT. *Nota de esclarecimento*. Disponível em: <<https://www.oabmt.org.br/noticia/15089/nota-de-esclarecimento>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.



Essa é a situação das crianças e dos adolescentes, que, premidos pela necessidade de ter uma família, aceitam participar de eventos como o “Adoção na passarela”. As crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento e não têm maturidade para decidir sobre suas exposições. Não podem, portanto, escolher participar de eventos que lhes acarretem prejuízos, cabendo à entidade de acolhimento⁴⁹ e ao Poder Judiciário zelar pelo respeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes disponíveis para adoção.

Se é aplicada aos adultos a premissa de que o Estado deve proteger determinados direitos essenciais contra a vontade do próprio titular, com muito mais razão é aplicada a crianças e adolescentes, que muitas vezes não possuem maturidade para decidir sobre questões relativas às suas próprias vidas.

É preciso, ainda, tecer alguns comentários sobre o direito à imagem das crianças e dos adolescentes. A proteção à imagem da criança e do adolescente encontra previsão específica no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁰.

Conforme seu artigo 15, a criança e o adolescente têm direito ao respeito, que, de acordo com seu artigo 17, “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

O ECA⁵¹, em seu artigo 100, parágrafo único, inciso V, ainda prevê que um dos princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, dentre as quais está o acolhimento institucional e a colocação em família substituta, é o princípio da privacidade, de acordo com o qual “a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada”.

O direito à imagem não é absoluto e deve ser sopesado no caso concreto, quando em conflito com outros direitos.

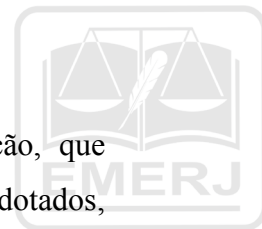
De acordo com Sávio Bittencourt⁵², o direito à imagem, bem como o respeito pela intimidade e a reserva da vida privada “devem ser observados ao máximo possível, mas sempre com a análise do caso concreto, porque é preciso se verificar a necessidade de eventual exposição da imagem para se garantir direito maior, mais urgente e fundamental”.

⁴⁹ Conforme o art. 92, § 1º, do ECA, “o dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito”.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

⁵¹ Ibid.

⁵² BITTENCOURT, Sávio. *A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1312/A+preserva%C3%A7%C3%A3o+da+imagem+da+crian%C3%A7a+institucionalizada+e+o+direito+%C3%A0+invisibilidade>>. Acesso em: 23 abr. 2020.



Nos casos envolvendo crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, que precisam ser vistos pela sociedade para que tenham maiores chances de serem adotados, muitas vezes o direito à visibilidade prevalece sobre o direito de imagem, tendo em vista que a visibilidade permite que seja efetivado o direito fundamental à convivência familiar. Portanto, seria admissível, em tese, uma maior exposição da imagem das crianças e dos adolescentes nesses casos.

No caso “Adoção na passarela”, no entanto, a exposição da imagem foi desmedida, tendo em vista que as crianças e os adolescentes foram expostos para consumidores em um *shopping center*, como objetos de apreciação, em evento que supervalorizou a aparência física.

Iniciativa interessante em que a exposição da imagem se justifica é o projeto “Adote um pequeno torcedor”⁵³, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em parceria com o Ministério Público de Pernambuco e com o time Sport Club do Recife. O projeto se utiliza do futebol para estimular a adoção de crianças maiores de sete anos e de adolescentes, que entram em campo de mãos dadas com os jogadores em jogos do Sport Club do Recife e aparecem em vídeos em que falam sobre suas realidades de abandono e esquecimento, bem como sobre o desejo de ter uma família e de ter educação e profissionalização.

Outra iniciativa que merece menção é o projeto vencedor do prêmio Innovare “Adote um boa-noite”, criado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que também estimula a adoção de crianças maiores de sete anos e de adolescentes. São divulgadas, no sítio eletrônico do projeto⁵⁴, fotos de crianças e adolescentes acolhidos pelo Poder Judiciário sem chance de adoção por falta de interessados e relatos sobre seus gostos e sonhos. As crianças e os adolescentes participantes passam pelo crivo de psicólogos e assistentes sociais, indicando que tomarão a inclusão na prática como positiva, ainda que a adoção futura não ocorra.

Cabe destacar também o “Aplicativo Adoção”⁵⁵, lançado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em parceria com o Ministério Público do Rio Grande do Sul e com a PUCRS, que tem como foco o estímulo à adoção de adolescentes, grupos de irmãos e jovens com deficiência. Com o aplicativo, as famílias habilitadas à adoção podem conhecer detalhes das crianças e dos adolescentes, por meio de vídeos, fotos, cartas e desenhos.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Projeto “Adote um pequeno torcedor” estimula adoção tardia*. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/-/projeto-adote-um-pequeno-torcedor-estimula-adocao-tardia>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Adote um boa-noite*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *App Adoção*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/app-adocao/home.html>>. Acesso em: 25 abr. 2020.



Em tais projetos, o direito à visibilidade deve prevalecer sobre o direito à imagem, pois não há uma exposição superficial das crianças e dos adolescentes, voltada para a aparência física. As crianças e adolescentes são protagonistas no processo de adoção, como preconiza o ECA⁵⁶, são, de fato, ouvidos pela sociedade e são tratados como sujeitos de direitos.

CONCLUSÃO

Partindo-se da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram o direito à convivência familiar, constatou-se, com base nos dados do Cadastro Nacional de Adoção, que há um descompasso entre a legislação e a realidade. Inúmeras crianças e adolescentes disponíveis para adoção não têm seu direito à convivência familiar efetivado, por não possuírem as características almejadas pela grande maioria dos pretendentes à adoção. É o que ocorre com as crianças com idade mais avançada, com os adolescentes, com aqueles que possuem doenças ou deficiências e com os grupos de irmãos.

Constatou-se que o acolhimento institucional deve ser excepcional e que deve ser dada visibilidade a essas crianças e adolescentes para que tenham maiores chances de serem adotados.

Verificou-se, no entanto, que o direito à visibilidade não é absoluto, devendo ser sopesado no caso concreto quando em conflito com outros direitos da criança e do adolescente.

Esta pesquisa pretende sustentar a importância da busca ativa, verdadeira atuação positiva do Poder Judiciário, de órgãos governamentais e entidades privadas na localização de interessados em adotar crianças e adolescentes de perfil de difícil adoção, que têm trazido resultados positivos, como é o caso dos projetos “Adote um pequeno torcedor”, no Recife, “Adote um boa-noite”, em São Paulo, e “Aplicativo Adoção”, no Rio Grande do Sul.

Deve-se ressaltar, todavia, a necessidade de que os projetos de estímulo à adoção sejam elaborados de forma cuidadosa, a fim de que não gerem violações ainda maiores aos direitos dessas crianças e adolescentes, especialmente ao direito de imagem e à dignidade da pessoa humana, como ocorreu no caso “Adoção na Passarela”. Deve ser preocupação constante das entidades que elaboram tais projetos o atendimento ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, que devem ser tratados como sujeitos de direitos.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 8.

REFERÊNCIAS

ABRAMINJ. *Nota pública em apoio ao projeto Desfile da Adoção*. Disponível em: <<http://abraminj.org.br/noticia.php?id=2614>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

ANADEF. *Nota de repúdio*. Disponível em: <<https://www.anadef.org.br/noticias/ultimas-noticias/item/defensoria-publica.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BBC. *'Adoção na passarela': o desfile de adolescentes que gerou revolta nas redes*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48374660>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BITTENCOURT, Sávio. *A preservação da imagem da criança institucionalizada e o direito à visibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1312/A+preserva%C3%A7%C3%A3o+da+imagem+da+crian%C3%A7a+institucionalizada+e+o+direito+%C3%A0+invisibilidade>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de crianças cadastradas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de pretendentes cadastrados (Nacional)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Três vivas para a adoção! Guia para adoção de crianças e adolescentes*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/05/267f52a9a15e50766a52e521a01c9522.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.146/15*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Projeto "Adote um pequeno torcedor" estimula adoção tardia*. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/-/projeto-adote-um-pequeno-torcedor-estimula-adocao-tardia>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Adote um boa-noite*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/adoteumboanoite>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *App Adoção*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/app-adocao/home.html>>. Acesso em: 25 abr. 2020.



CRESS-MT. *Nota CRESS/MT*. Disponível em: <<http://cressmt.org.br/novo/nota-cressmt/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CRP 18-MT. *Nota de repúdio*. Disponível em: <https://crpmt.org.br/storage/uploads/files/NOTA_DE_REP%C3%9ADIO_CRP.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CUNEO, Mônica Rodrigues. Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento. A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam. *Censo da população infante juvenil abrigada no estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/7_Abrigamento.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

FAMÍLIAS que adotam crianças com deficiência são exceções no Brasil, *Fantástico*, 8 mar. 2015. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/4019621/>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

IBCCRIM. *Nota de repúdio sobre evento “Adoção na Passarela”, realizado em MT*. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14490-Nota-de-repudio-sobre-evento-Adocao-na-Passarela-realizado-em-MT>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

IBDFAM. *Nota técnica*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6952/NOTA+T%C3%89CNICA>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OAB/MT. *Nota de esclarecimento*. Disponível em: <<https://www.oabmt.org.br/noticia/15089/nota-de-esclarecimento>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ONU. *UNICEF repudia evento Adoção na Passarela realizado no Mato Grosso*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-repudia-evento-adocao-na-passarela-realizado-no-mato-grosso/>>. Acesso em: 12 mar. 2020

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, p. 15-21, 2012.

A CONVENIÊNCIA DA ATUAÇÃO ESTATAL NAS FAVELAS CARIOCAS

Gleyce Kelly Mello dos Santos

Graduada em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – o tráfico de drogas é um dos crimes de maior índice no Brasil. A prática do referido crime tem grande espaço dentro das favelas cariocas, onde o poder estatal é omissivo e os traficantes, “donos” das comunidades, assumem o papel de liderança. Em resposta ao combate ao tráfico, o Governo impõe a realização de operações policiais, como meio de apreender drogas e prender bandidos e armamentos. Ocorre que tais missões, em sua maioria, não são cumpridas sem ceifar os direitos de inocentes. A essência do trabalho é abordar as consequências práticas de tais operações, bem como até que ponto se fazem imprescindíveis.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Poder estatal. Organizações criminosas. Favelas.

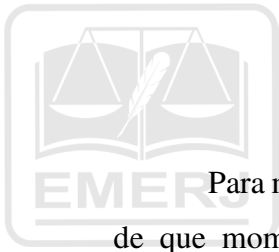
Sumário – Introdução. 1. Favelas e a moral como guia do desrespeito a direitos. 2. Consequências da heterogeneidade das políticas de segurança na atuação policial em favelas. 3. Necessidade de redemocratização da polícia e das políticas públicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a realização de operações policiais nas comunidades cariocas como forma de imposição do poder estatal, ainda que a afirmação desse poderio seja acompanhada da violação de direitos fundamentais. Procura-se demonstrar que as missões policiais encerram um quadro de perpetração de abusos e trazem consequências gravíssimas não só para aqueles que praticam crimes, mas também para inocentes e para os próprios policiais.

O art. 5º da CRFB/88 traz um rol não exaustivo de direitos fundamentais, individuais e sociais, que devem ser respeitados por toda a sociedade e pelo Estado, sendo certo que este assume duas formas de atuar: negativamente, no que diz respeito aos direitos de primeira dimensão, como o direito à vida e à liberdade; e positivamente, no que se refere às liberdades positivas, como direitos sociais à educação, à saúde, à segurança, à assistência, à cultura..., de forma a garantir que possam ser exercidos.

No entanto, quando se direciona o olhar para as comunidades o que se vê é uma inversão da atuação. O Estado se omite quanto aos direitos de segunda geração, não garantindo à população escolas e hospitais de qualidade, mas atua positivamente com o viés de combater o tráfico, o que interfere na vida, na liberdade e na segurança não só dos que ali residem, estejam ou não envolvidos com o crime, mas também na de quem se encontra no entorno.



Para melhor compreensão do tema, busca-se abordar como as favelas surgiram e a partir de que momento se tornaram áreas atraentes para o crime. Pretende-se, ainda, buscar a finalidade das operações policiais realizadas nas comunidades e o índice de sucesso, o qual deve considerar o prejuízo causado para o tráfico e as consequências experimentadas por aqueles que não têm qualquer envolvimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o estereótipo que predomina em relação às favelas e como a perspectiva que a sociedade e as instituições possuem em relação a quem ali se encontra gera um conflito de valores.

No segundo capítulo, aborda-se a necessidade ou não da realização de incursões policiais nas favelas como forma de combate ao tráfico, com o objetivo de demonstrar como se dão as operações e a atuação dos agentes públicos.

O terceiro capítulo pesquisa a eficácia das políticas públicas de segurança empregadas nas comunidades. Procura-se demonstrar o índice de mortes de moradores e policiais, os quais são comumente vistos como moralmente superiores, e daqueles que possuem envolvimento ou suspeita de envolvimento com a prática de crime. Busca-se, ainda, demonstrar a necessidade de mudança na atuação estatal a fim de preservar direitos.

A pesquisa será desenvolvida pelo método descritivo-explicativo, pois a pesquisadora pretende expor as características que marcam o surgimento e o desenvolvimento das favelas, assim como a visão social que recai sobre elas, como meio de explicar fatos recorrentes como as violações a direitos que se pretende discutir.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será quantitativa e qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende trazer índices que demonstram os tipos de violações a direitos que são praticados pelos agentes públicos, bem como das vítimas, do número de operações realizadas e da verba pública investida, o que, em última análise, demonstra o padrão de comportamento adotado pelos agentes.

1. FAVELAS E A MORAL COMO GUIA DO RESPEITO A DIREITOS

O surgimento da indústria e o desenvolvimento do comércio no século XIX atraiu grande número de migrantes e imigrantes para a cidade do Rio de Janeiro, marcando a mudança do modelo colonial-escravista para um modelo capitalista. Essa transformação deu início a um processo de reestruturação do espaço geográfico da cidade.

A concentração do comércio e dos polos industriais e, conseqüentemente, da oportunidade de emprego, somada à ideologia higienista instalada no ano de 1866, que proibiu a construção de novos cortiços e desconstruiu os já existentes, concentrou a população na região central e periférica ao centro, fazendo surgir, assim, as primeiras favelas.

Registre-se que a população que passou a ocupar o centro vivia anteriormente nos cortiços e representava, à época, metade da população carioca, marcada pela pobreza e composta, em sua maioria, por pessoas negras e pardas. Constata-se, pois, que a composição das favelas é reflexo do período colonial e então recente abolição da escravatura.

Há que se pontuar que surge aqui a primeira marca de representação estereotipada das favelas, pois a visão dos cortiços cariocas como “inferno social”, comumente associados à vagabundagem e ao crime, bem como a espaço propício a epidemias refletiu na concepção das favelas, que passa a ser vista como um local de criminalidade e de problema sanitário.¹

O desenvolvimento econômico e o crescimento da indústria e do comércio foram cruciais para a expansão da cidade carioca e estratificação das classes sociais em territórios marcados. Se, de um lado, as áreas suburbanas da cidade foram ocupadas pelas classes mais baixas, de outro, a ocupação da Zona Sul da cidade foi feita pelas classes mais altas.

Enquanto as favelas cresciam de forma desenfreada, a ocupação da Zona Sul foi planejada e acompanhada de perto pelo Estado, consistindo em verdadeiro processo de urbanização:

[...] este movimento das classes mais altas da sociedade carioca para a chamada Zona Sul foi acompanhada de perto pelo Estado e pelos agentes imobiliários, que ao mesmo tempo em que produziam o espaço voltado para as classes altas, criavam assim condições para a chegada de trabalhadores pobres aos locais reservados às classes altas. A ocupação da Zona Sul, portanto, foi pensada, planejada e financiada pelos agentes de reprodução do espaço urbano que desejavam a reprodução do capital e atender as necessidades de uma população de alta renda.²

¹ROCHA, Danielle. *Imagens cristalizadas: a construção dos estereótipos sobre as favelas*. Disponível em: < <http://periodicos.uff.br/midiaecotidiano/article/view/9842>>. Acesso em: 30 set. 2019.

²PUC Rio. *As favelas no Rio de Janeiro: Origem e situação atual*. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16168/16168_4.PDF>. Acesso em: 30 set. 2019.



Essa fase marca a concepção das favelas como um lugar de omissão do Poder Público, de “construção do enquadramento da favela como o espaço de ausências e carências. A precariedade de infraestrutura existente nas favelas levou ao surgimento das imagens que fizeram destes espaços o lugar da carência, da falta, o lugar por excelência da desordem”.³

O reconhecimento das favelas como ambiente pobre e sem a presença do Poder Público foi determinante para sua utilização como instrumento político de captação de votos. Como consequência da visibilidade alcançada através desse campo, o Governo começou a criar políticas habitacionais voltadas para as favelas, cujo cunho inicial era o controle.

Nessa seara, outros agentes entraram em cena, como a Igreja Católica, que criou duas fundações: a Fundação Leão XIII, em 1947, com a finalidade de assegurar assistência moral e material aos moradores das favelas, e a Cruzada São Sebastião, em 1955, que apresentava atividades voltadas à moradia.⁴

Com a ditadura militar, compreendida entre os anos de 1964 e 1985, a população pobre e favelada sofreu grande repressão. O período foi marcado, em sua maior parte, por uma política habitacional exclusiva, de remoções e opressão. No Rio de Janeiro, somente em 1980, com o governo Brizola, é que as políticas sociais se voltaram para as favelas, na tentativa de desenvolver projetos de implantação de infraestrutura.⁵

Paralelamente a isso, a visão acerca das favelas como aglomerado de pessoas miseráveis, vagabundas e atrasadas sofre negativa mudança devido à chegada do tráfico de cocaína na cidade.⁶ A ideia de pobreza associa-se ao perigo e à violência, criando um novo estereótipo: o das favelas como lugar da criminalidade.

Uma das políticas adotadas pelo governador Leonel Brizola, fundada em alegações de abusos por parte da polícia contra moradores, foi suspender a ação policial nos morros da cidade, circunstância apontada por muitos como crucial para reorganização do tráfico e crescimento da violência.⁷

As políticas implantadas durante o Governo Brizola deslocaram, ainda que minimamente, a percepção das favelas como um lugar de ausência do Estado. No ano de 1990, o desafio era integração desses lugares à cidade. Assim, em 1992 foi sancionado o Plano Diretor

³ROCHA, op. cit., p. 12.

⁴PUC Rio, op. cit., p. 73-76.

⁵Ibid., p. 78.

⁶ROCHA, op. cit., p. 14.

⁷ESTADÃO. *Como o Rio caiu nas mãos das facções*. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral.como-o-rio-caiu-na-mao-das-faccoes-imp-,645494>>. Acesso em: 30 set. 2019.



da Cidade que decretava “que as favelas passarão a integrar o planejamento da cidade, constando nos mapas, cadastros, planos, projetos e legislação municipais”.⁸

Em 1995, foi criado o Programa Favela-Bairro, que buscava levar para a favela condições físicas regularmente encontradas no asfalto, como calçamento, creches, regularização de imóveis...⁹

Apesar dos esforços do Poder Público na tentativa de diminuir a distância entre as favelas e os demais espaços do bairro, bem como entre as classes sociais habitantes de cada uma das extremidades, a representação da favela como lugar perigoso e de criminalidade continuou sendo perpetrada.¹⁰

Os estereótipos que assolam os moradores das favelas geram discriminações que culminam na constante violação a direitos fundamentais e na diminuição das suas chances de vida. Essas estigmatizações são repetidas pelos próprios moradores, que, por vezes, se colocam em posição de inferioridade:

Os estereótipos influenciam ainda o modo como também são representados os moradores desses espaços. Os pobres, que são as maiores vítimas da violência, são também apontados como seus maiores agentes, sendo a pobreza ora determinante da vitimização, ora da ação violenta.¹¹

As favelas seguem até os dias atuais marcadas por constantes confrontos, seja entre os traficantes da região e os de facção rival, seja entre aqueles e a Polícia. Esses confrontos passaram a ser visto como “guerra”, chegando-se a falar em “guerra civil”. Impõe reconhecer que associar tais contendas à ideia de guerra pressupõe a valorização de ações bélicas e a criação de um território inimigo, que deve ser ocupado e atacado.¹²

A consequência da adoção desse tipo de política de segurança em ambientes estigmatizados como de alta criminalidade não poderia ser diferente: desrespeito a direitos básicos, tais como, integridade física e moral, inviolabilidade do domicílio e à vida.

Saliente-se que a ideia de desrespeito a direitos, geralmente denunciada pelos moradores das favelas, é comumente associada a uma acepção moral, uma vez que é observada apenas quando a vítima não tem ligação com a criminalidade. Dessa forma, se a vítima é alguém ligada ao tráfico, não estar-se-ia diante de desrespeito, mas, sim, de “justiça”.

⁸ROCHA, op. cit., p. 15.

⁹Ibid., p. 80.

¹⁰Ibid., p. 81.

¹¹Ibid., p. 9.

¹²Ibid.



Tal fato reforça a falsa ideia de que o respeito a direitos está associado a moral. Daí surge um conflito de valores: se de um lado os moradores se dizem vítimas de desrespeito, porque são trabalhadores e ‘pessoas do bem’, do outro a polícia, fruto de uma sociedade dotada de pré-conceitos, pauta suas ações partindo da premissa de que quem reside nas favelas não tem o direito de exigir respeito, pois é moralmente inferior.

2. CONSEQUÊNCIAS DA HETEROGENEIDADE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA NA ATUAÇÃO POLICIAL EM FAVELAS CARIOCAS

De acordo com o Depen – Departamento Penitenciário Nacional, em pesquisa realizada no ano de 2018, os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas à prisão, de modo que autores desses crimes correspondem a 28% da população carcerária.¹³

Esse crime compreende a prática de vários outros delitos, por exemplo, o roubo (art. 156, CP), o furto, (art. 155, CP) e o homicídio (art. 121, CP), consistindo, ainda, em infração que ultrapassa as divisas dos estados e as fronteiras do país.¹⁴

Além disso, o tráfico ilícito de entorpecentes está intimamente ligado à economia. Tanto é assim que muitos países passaram a incluir o tráfico de drogas e o contrabando no cálculo do PIB, ajudando a economia parecer maior:¹⁵

A expansão da violência urbana parece estar umbilicalmente ligada à economia internacional da droga, em particular da cocaína, que se acrescentou à secular cadeia produtiva, muito mais modesta, da maconha. O tráfico em pontos fixos, ao mesmo tempo em que, sendo ilegal, não pode prescindir do recurso à violência privada, confere uma base estável que permite a reprodução continuada dessa forma de "capitalismo aventureiro", para usar a expressão de Max Weber. Por isso, muitas outras atividades criminais, violentas ou não, que raramente têm capacidade de se reproduzir sem interrupção, tendem, direta ou indiretamente, a gravitar em torno dele.¹⁶

¹³LFG. *Crimes mais praticados no Brasil que lotam as penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.lgf.com.br/conteudos/artigos/geral/crims-mais-praticados-no-brasil-que-lotam-as-penitenciarias>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹⁴BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

¹⁵ODILLA, Fernanda; ALEGRETTI, Laís. *PIB 2019: Por que o tráfico de drogas entra no cálculo do indicador e como essa conduta poderia inflar o indicador brasileiro*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48340243>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹⁶SILVA, Luiz Antonio Machado da. *Violência urbana, segurança pública e favelas: o caso do Rio de Janeiro atual*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792010000200006>. Acesso em: 14 abr. 2020.



O arranjo das favelas, marcado essencialmente pela omissão do poder estatal, fez com que aquelas se tornassem terreno fértil para a prática de crimes, principalmente, o narcotráfico. A estruturação desses lugares favoreceu, ainda, a organização da atividade criminosa, com a criação das “bocas de fumo”, pontos em que se trava o comércio das drogas.

A ligação entre favelas, tráfico e economia trouxe dois conflitos marcantes: um entre facções, que buscaram invadir outras favelas visando, entre outras razões que não são relevantes para a presente pesquisa, a rentabilidade por elas gerada, e outra entre o Estado, na tentativa de imposição do seu poder.¹⁷

Nesse sentido, cabe salientar que até o advento da ditadura militar, as atividades estatais voltadas para as favelas eram questões pouco debatidas, mesmo aquelas destinadas à repressão de crimes, uma vez que tais espaços eram reconhecidos como lugar da desordem e da carência. Dessa forma, a atenção do Estado e da sociedade só se voltava para as favelas quando algum acontecimento extraordinário virava manchete de jornal:

[...] até a ditadura militar, o controle rotineiro das atividades típicas do lumpenproletariado urbano – contravenções, crimes contra a pessoa e o patrimônio, prostituição, varejo de mercadorias contrabandeadas, comércio de drogas ilícitas (quase exclusivamente maconha), etc. -, era uma questão socialmente periférica e submersa, que despertava pouca atenção pública, cujo controle sempre foi delegado ao arbítrio da autoridade policial. Esse estado de coisas apenas era quebrado nas raras ocasiões em que algum episódio mais espetacular saía das últimas páginas dedicadas aos acontecimentos policiais e chegava às manchetes de grande imprensa “séria” (das publicações que cobriam regularmente esses acontecimentos dizia-se, com desprezo e desinteresse, que “torcendo, sai sangue”).¹⁸

Com a implantação do regime militar, a população favelada passou a ser tratada com forte repressão e opressão. Nesse período, o combate ao crime passou a ser encarado como uma questão de segurança pública e esta foi ligada à ideia de controle social.

Tendo em vista que o controle social é um tema afeto à luta de classes, uma vez que as classes dominantes, em sua grande maioria habitantes das áreas nobres do estado, são responsáveis por “ditar as regras”, a política de segurança pública passou a ser ainda mais heterogênea.

Isso porque a forma como um agente de segurança pública opera nos condomínios da Zona Sul não corresponde ao tratamento dispensado às favelas cariocas. Decerto, não se pode deixar escapar que a recepção desses agentes também não é a mesma: em condomínios luxuosos

¹⁷ZALUAR, Alba. *Homicídios e disputas territoriais nas favelas do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000100094>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹⁸SILVA, op. cit., p.5.



policiais não são recebidos com tiros e granadas, enquanto nas favelas esse tipo de receptividade é ordinariamente realizado.

No entanto, a questão que paira nessa desigualdade de políticas de segurança é outra. Foi visto que existe uma falsa ideia de que o respeito a direitos está associado a moral. A partir do momento em que essa associação é feita em uma sociedade marcada por pré-conceitos e onde as classes mais abastadas possuem o controle do aparelhamento do Estado, a conclusão a respeito da atuação estatal, na pessoa de seus agentes, é apenas uma: o desrespeito aos direitos daqueles que residem em favelas, uma vez que essas pessoas são moralmente inferiores.

A definição do que se deve combater a fim de manter a ordem pública passa a ser guiada pela falsa ideia de que a favela é o lugar do crime e de que o favelado, por si só, é criminoso. A Polícia, com o referendo da sociedade, passou a empregar extrema força em sua atuação:

O dispositivo fundamental que faz a mediação entre estes opostos é a delegação, por parte de grandes parcelas da sociedade, para que as corporações policiais tomem decisões, segundo critérios próprios, sobre a extensão do uso da força e a definição dos inimigos a combater; reais ou imaginários. (...) O foco nos excessos e deficiências (aí incluída a corrupção) da atuação das instituições policiais – cujos agentes ultrapassam sistematicamente sua função constitucional de uso da “força comedida” (Brodeur, 2004) – ignora que eles são fruto de uma perspectiva coletivamente construída sobre o que seria desejável em termos de manutenção da ordem (a gramática da violência urbana). Ou seja, nesse caso, tenta-se retornar à linguagem dos direitos vista como decorrência do aprimoramento técnico-administrativo ou jurídico, deslocando seu sentido para um plano que despolitiza a abordagem e a torna um esforço cujo resultado prático tem se mostrado inócuo.¹⁹

A repressiva e opressiva forma de atuação policial nas favelas tem crescido cada vez mais e gerado impactos que vão muito além do simples combate ao tráfico. O Boletim “Direito à Segurança Pública na Maré” informa que ao longo dos meses de 2018 foram realizadas 16 operações policiais, que resultaram em 24 mortos e 20 feridos.

Esse boletim traz um quadro de violações dos direitos básicos que atingem 140 mil moradores da Maré. Há relato de “71 formas distintas de violações. Na maior parte dos casos, esses abusos foram cometidos por agentes de segurança, durante as operações policiais na região”.²⁰

Dentre os casos de violação de direitos atendidos pelas Redes da maré em 2018, há 15 (quinze) relatos de invasão de domicílio, 15 (quinze) pessoas submetidas a violência verbal/psicológica/ameaça, 13 (treze) mortes de parentes ou amigos, 12 (doze) casos de violência física/tortura, 11 (onze) feridos por arma de fogo, 8 (oito) pessoas colocadas em

¹⁹SILVA, op. cit., p. 8.

²⁰REDES DA MARÉ. *Boletim: direito à segurança pública na Maré*. Disponível em: <<https://redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/BoletimSegPublica2018.final.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.



situação de cárcere privado, 6 (seis) relatos de dano ao patrimônio, um caso de subtração de pertences e uma queixa de invasão de privacidade.²¹

Além do desrespeito direto a direitos fundamentais, essas operações policiais implicam em constantes interrupções na estabilidade da rotina dos moradores, dentre os quais se tem trabalhadores e estudantes. A bruta forma da atuação desses agentes gera, ainda, transtornos severos na saúde. O relato de uma moradora do Complexo do Alemão, que segue abaixo, ilustra isso:

O pior que já passei foi uma vez que teve um tiroteio muito forte e estava com meu filho de 6 anos. O meu outro filho estava na escola, e quando consegui chegar lá, ele estava parecendo um bicho acuado. Estava abaixado debaixo de uma mesa do refeitório, com um banco de concreto. Estava ali, tremendo todo, entre a mesa e o banco, parecia um bichinho. (...) Tinha um helicóptero disparando, eu tive que tirar força não sei de onde. Engoli, respirei muito fundo para poder ser forte. O pequenininho, tadinho, não sabia o que estava acontecendo, não tinha noção do que era aquilo tudo. Ficou ali porque a professora o mandou ficar ali, estava com muito medo com os tiros todos e o helicóptero.

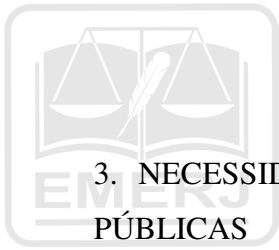
A minha filha de 9 anos teve que ficar no hospital sob observação. Ela teve um ataque cardíaco, teve esse problema cardíaco de medo, agora ela faz exames e não tem nada. A médica me falou, “Quando acontecer isso, traga a menina imediatamente para o hospital”. Minha outra filha, a mais velha, que está em outra escola já cursando o [ensino] médio, passou pior. A sala dela, onde eles estavam todos estuando, foi atingida. Foram tantos os tiros que as balas bateram nas paredes da sala e os estilhaços feriram crianças.²²

Não há como negar que essa forma de atuação dispensada às favelas está umbilicalmente ligada às premissas iniciais de que a favela é lugar associado à criminalidade e que o desrespeito está justificado pela falsa ideia de existência de uma moral superior que exclui os que ali residem.

Por outro lado, não se tira de pauta o fato de que nessas comunidades há a prática de atos de violência também pelos traficantes que dominam a área, bem como que a adoção de medidas radicais, a exemplo daquela implantada por Brizola, não assegura que os favelados passem a ser encarados como cidadãos e pessoas que merecem ter seus direitos respeitados.

²¹REDES DA MARÉ, op. cit.

²²ALVES, Maria Helena Moreira; EVANSON, Philip. *Vivendo no fogo cruzado: moradores de favela, traficantes de drogas e violência policial no Rio de Janeiro*. 1. ed. São Paulo: Uneso, 2013, p. 89-90.



3. NECESSIDADE DE REDEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍCIA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição da República de 1988 consagrou a segurança pública como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, sendo exercida com o objetivo de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.²³

O Poder Público exerce esse dever através dos órgãos insculpidos nos incisos do art. 144 da CRFB/88, quais sejam, polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.²⁴

Considerando que a presente pesquisa trata da atuação estatal nas favelas cariocas e que essa atuação é desempenhada pela polícia civil e, mais comumente, polícia militar, ater-se-á apenas a estes dois órgãos, com enfoque neste último, uma vez que aquele exerce uma atividade preponderantemente de inteligência.

A segurança pública “é um processo sistêmico e otimizado que envolve um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a aplicação da justiça na punição, recuperação e tratamento dos que violam a lei”.²⁵

Com o regime ditatorial e a mudança na atuação dos agentes de segurança pública, passa-se a ter uma polícia que atua de forma autoritária, repressiva, com base na força e, por vezes, ultrapassando o limite da legalidade e causando violações a direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, verifica-se que o combate ao crime e, principalmente, ao tráfico de drogas, que se tornou, como já mencionado anteriormente, uma questão de segurança pública, conta com uma polícia com resquícios de um governo ditatorial.

Essa forma de atuação dos agentes de segurança pública é claramente vista nas operações policiais realizadas nas favelas cariocas. O desrespeito a direitos, que por vezes culmina em mortes, chacinas e outras barbáries, gera certa repulsa da comunidade em relação ao Estado, na figura desses agentes.

Além da atuação baseada no uso da força e da repressão, outra questão que chama atenção em relação à polícia são os casos de corrupção, chegando-se a falar que esse órgão é,

²³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁵BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ROBERTO DE ABREU, Sérgio. *A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100015>. Acesso em: 24 abr. 2020.

por vezes, responsável por financiar o tráfico. Há ainda relatos de venda de armamento para facções localizadas no Rio de Janeiro, o que acaba enfraquece o respeito e a confiança da instituição perante a população carioca:

[...] a polícia também é repetidamente responsabilizada pelos perigos e insegurança que vivenciam em seu cotidiano. Os moradores são muito críticos das frequentes incursões, acusando os policiais de não cuidarem da proteção dos habitantes e agirem com a mesma falta de respeito dos traficantes que não são da “velha guarda” (...) afirmam que apresentar suas queixas sobre a atuação da polícia para quem não mora nas favelas é com frequência um monólogo, pois suas críticas dificilmente obtêm repercussão na opinião pública e ainda mais remota é a possibilidade de provocar a adoção de medidas efetivas das autoridades para controlar o excesso de violência que seus agentes empregam.²⁶

Todo esse contexto escancara a crise interna na segurança pública e que repercute de forma negativa na sociedade, principalmente em relação aos moradores das favelas, uma vez que esses ambientes são os que mais sofrem com a repressão policial:

No início dos anos 90, as corporações policiais, cujas práticas históricas foram enrijecidas pelo período ditatorial, começaram um processo de rompimento do modelo histórico do sistema policial, em decorrência das transformações em andamento na sociedade brasileira, em especial o crescimento das práticas democráticas e o fortalecimento da cidadania. O descompasso entre as mudanças sociais e políticas e a prática policial produz uma crise nas polícias-brasileiras, que não é uma crise dentro da corporação para fora, mas sim o inverso, da relação sociedade-Estado, em consequência da falta de sintonia entre o avanço social e a prática policial, ampliada pela ausência de um processo dinâmico e otimizado que faça funcionar um sistema de segurança pública para a realidade brasileira.²⁷

Impedir a realização de operações policiais não é uma medida a ser adotada, pois essa solução, de certa forma extremada, deixaria as favelas como um lugar ainda mais propício ao desenvolvimento e à expansão do crime, como também indicaria uma total omissão do Estado nesses ambientes, já que é tão somente nesses confrontos que o Poder Público se faz presente.

Se por um lado não se pode impedir o acesso da polícia às favelas, como forma de contenção, por outro lado, o que fazer diante das inúmeras violações a direitos, que desembocam em homicídios, lesões corporais e, às vezes, até em estupro? Toda essa contextualização se faz necessária para mostrar que a mudança deve começar na própria instituição policial.

²⁶SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. *Violência, crime e polícia*: o que os favelados dizem quando falam desses temas? Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>> Acesso em 14 abr. 2019.

²⁷BENGOCHEA, op. cit., p. 2.



Primeiramente, há que se reconhecer que a segurança pública é um tema complexo, de modo que a política nacional a ela atrelada demanda a adoção de medidas complementares e participação efetiva da sociedade e dos próprios profissionais de polícia na sua definição.²⁸

Em segundo lugar, urge a necessidade de compreender os dilemas que rondam o ofício desempenhado pela polícia, tais como o corporativismo, a estratificação das polícias (polícia de investigação e polícia de prevenção), a distribuição dos policiais por interferência política, bem como o privilégio de gratificações.

Cite-se, ainda, “a carência de efetivo qualificado, de material e equipamentos, de fardamento, de armamento, de viaturas, de manutenção e de combustível, de insumos de tecnologia de informática e de comunicações” e a inadequação dos salários e condições de trabalho.²⁹

A partir do momento em que se reconhece que os problemas internos do órgão refletem na atuação dos agentes, que, inclusive, é guiada pelos rastros deixados por um episódio sombrio e repressivo, impõe-se a urgência na redemocratização da polícia e das políticas de segurança, com a transformação da polícia tradicional na chamada polícia cidadã:

No tocante ao uso da arma e da força, a polícia tradicional age mais no impulso de defesa e reação, tendo alto grau de liberdade para agir, muitas vezes, sem critérios bem definidos, enquanto na polícia cidadã é preciso ter um treinamento prático mais apurado, envolvendo emoções e efeitos, que determine padrões limitados de ação que partem de princípios estabelecidos por normas internacionais, acordadas entre países (...) a presença dos policiais na rua sob a ótica da polícia tradicional está basicamente onde circula as classes alta e média. Uma polícia cidadã tem de estar presente em todos os bairros, na forma real ou potencial, atuando com ênfase na prevenção dos delitos, especialmente naqueles locais de maior vulnerabilidade social e de elevado nível de conflitualidade.³⁰

Por fim, é imprescindível que o Estado, seja na figura daqueles que traçam as polícias de segurança, seja na pessoa dos agentes policiais, reconheçam que defender a segurança pública de modo a assegurar a ordem pública demanda intervenção na criminalidade, não no movimento social, de modo que é preciso restabelecer a ordem e, paralelamente a isso, preservar as pessoas e os seus direitos.³¹

²⁸NAVEGA, Paulo Cezar Gomes. *Controle de criminalidade: problema de polícia ou de políticas?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64862/control-da-criminalidade-problema-de-policia-ou-de-politicas>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

²⁹NAVEGA, op. cit.

³⁰BENGOCHEA, op. cit., p. 6.

³¹Ibid.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a realização de operações policiais nas favelas cariocas, por si só, não é eficiente e tampouco eficaz como forma de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e controle da taxa de criminalidade.

As favelas cariocas surgiram como consequência do desenvolvimento da indústria e expansão do comércio, sendo marcada pela presença de uma população, em sua maioria, pobre, negra e perda, oriunda dos cortiços, e área territorial desestruturada.

A ausência de uma política de urbanização associada ao crescimento das favelas desembocou numa estratificação social que reforçou os estereótipos que já pairavam sobre aquelas localidades.

As comunidades cresceram e se desenvolveram ao longo das décadas sendo encaradas como lugar de ausência do Estado e de carência, assim como sendo terreno fértil para a violência e desenvolvimento da criminalidade, o que passou a ser atrativo de políticas exclusivas, repressivas e opressoras, especialmente durante a ditadura militar.

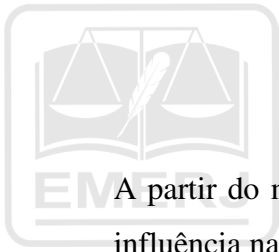
O delineamento dessas premissas é de suma importância para se reconhecer a existência de uma política de segurança pública heterogênea e marcada pela discriminação. De um lado da cidade, a Polícia atua de forma a observar os direitos dos moradores, através de mandado judicial devidamente individualizado e fundamentado, por exemplo, enquanto do outro lado há retaliações, invasões, chegando-se a cogitar a possibilidade de mandando de busca e apreensão genérico, o que vai de encontro aos princípios constitucionais e legais.

Verifica-se que em relação às favelas há uma política pública baseada em ideias repressivas, que vem se mostrando ineficaz diante do crescente número de direitos fundamentais desrespeitados.

É de se observar que tal fato, ainda que fruto dos resquícios da história, está fundamentalmente associado ao tratamento dispensado pelo Governo aos agentes de segurança pública no que tange à qualidade da instituição, bem como na forma como esses agentes são vistos pela sociedade, isto é, quanto ao prestígio e ao reconhecimento de seus esforços.

Há que se ressaltar, ainda, que a ausência do Estado nas favelas, por exemplo, pela falta de educação, qualificação profissional, saúde e saneamento básico de qualidade, reforça a prática de desrespeito por parte dos agentes públicos aos direitos fundamentais daqueles que ali residem.

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República correspondem ao mínimo existencial que todo e qualquer ser humano precisa para ter assegurada uma vida digna.



A partir do momento em que esses direitos não são respeitados pelo Estado é exercida uma influência na visão que recai sobre os moradores das favelas de forma automática.

Cada direito fundamental violado retira dessas pessoas o mínimo que elas precisam para viver, afastando-as cada vez mais da noção de que são seres humanos que possuem uma dignidade a ser respeitada.

O cenário se torna ainda mais grave quando à ideia de que há um determinado grupo de pessoas que não precisa ter seus direitos respeitados em prol de um bem maior – o valor da segurança pública como direito social e coletivo-, corresponde o pensamento de que o Estado travou uma “guerra contra o tráfico”, pois toda guerra pressupõe a existência de um território inimigo que deve ser dominado e abatido.

Dessa forma, é necessário que as favelas passem a ser vistas como de fato são: território que integra a cidade e a sociedade, sendo parte de um todo. Como consequência, reconhecer que as pessoas que ali residem possuem direitos e necessidades que devem ser assegurados e respeitados.

A partir de um tratamento isonômico no sentido social, a ideia é que as políticas públicas passem a ser homogêneas, notadamente com investimentos públicos no sentido de redemocratizar os órgãos de segurança pública, com o desenvolvimento de uma polícia cidadã que atenda, efetivamente, aos anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira; EVANSON, Philip. *Vivendo no fogo cruzado: moradores de favela, traficantes de drogas e violência policial no Rio de Janeiro*. 1. ed. São Paulo: Uneso, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ROBERTO DE ABREU, Sérgio. *A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100015>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 de abr. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 435.934*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CARDOSO, Marcus. *Confusões e desrespeito: uma (re)interpretação possível das falas dos moradores de favelas*. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/aa/1210>>. Acesso em: 09 set 2019.

ESTADÃO. *Como o Rio caiu nas mãos das facções*. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,como-o-rio-caiu-na-mao-das-faccoes-imp-,645494>>. Acesso em: 30 set. 2019.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhate. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

LFG. *Crimes mais praticados no Brasil que lotam as penitenciárias*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/crimes-mais-praticados-no-brasil-que-lotam-as-penitenciarias>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MENEZES, Palloma Valle. *Monitorar, negociar e confrontar: as (re) definições na gestão dos ilegalismos em favelas “pacificadas”*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000300191>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NAVEGA, Paulo Cezar Gomes. *Controle de criminalidade: problema de polícia ou de políticas?* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/64682/control-da-criminalidade-problem-de-policia-ou-de-politicas>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

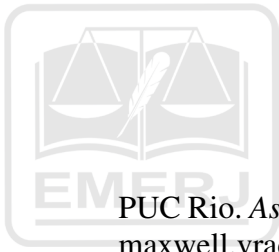
REDES DA MARÉ. *Boletim: direito à segurança pública na Maré*. Disponível em: <<https://redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/BoletimSegPublica2018.final.pdf>>. Acesso em: 30. set. 2019.

ROCHA, Danielle. *Imagens cristalizadas: a construção dos estereótipos sobre as favelas*. Disponível em: <<http://periodicos.uff.br/midiaecotidiano/article/view/9842>>. Acesso em: 30 set. 2019.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. *Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?* Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.

ODILLA, Fernanda; ALEGRETTI, Laís. *PIB 2019: Por que o tráfico de drogas entra no cálculo do indicador europeu e como essa conta poderia inflar o indicador brasileiro*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48340243>>. Acesso em: 14 abr. 2020

PONTES, Beatriz Maria Soares. *Os territórios do narcotráfico: os morros do Rio de Janeiro*. *Revista de Geografia*. Recife: UFPE – DCG/NAPA, v. 26, nº 2, maio/ago. 2009.



PUC Rio. *As favelas no Rio de Janeiro: Origem e situação atual*. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16168/16168_4.PDF>. Acesso em: 30 set. 2019.

ZALUAR, Alba. *Homicídios e disputas territoriais nas favelas do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000100094>. Acesso em: 25 abr. 2020.

COMPLIANCE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017

Guilherme Oliveira da Silva Gonçalves

Graduado em Ciências Jurídicas e
Sociais pela Universidade Federal do
Rio de Janeiro.

Resumo – as controvérsias em torno da repartição constitucional de competências, corolário do princípio federativo, são temas que mais instaram o Supremo Tribunal Federal a se manifestar desde a promulgação da Constituição de 1988. Nesse contexto, discute-se, à luz da experiência da jurisdição constitucional brasileira e das atribuições legislativas a entes distintos a juridicidade da Lei Estadual nº 7.753/2017 que impõe a necessidade de instituição de programa de integridade – *compliance* - em empresas que contratarem com o Estado do Rio de Janeiro. Conclui-se tanto por sua compatibilidade com a Constituição Federal quanto por sua relevância supervalorizada.

Palavras-chave – Direito Constitucional e Administrativo. Divisão e repartição constitucional de competências. Programa de Integridade. *Compliance*.

Sumário – Introdução. 1. Conceitos Fundamentais 2. Limites da competência estadual para dispor sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos. 3. Programas de Integridade e contratações públicas: falsa percepção como panaceia. Conclusão. Referências.

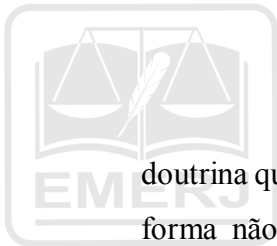
INTRODUÇÃO

Tema relevante no cenário atual, as políticas públicas voltadas à implementação da cultura do *compliance* nas relações envolvendo a Administração Pública e os particulares ainda não têm contornos, conceitos e aplicação claramente traçados.

Recentemente, a Lei Estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, do Rio de Janeiro impôs aos particulares a adoção de Programa de Integridade quando celebrem contratos que ultrapassem determinados valores. O marco legal - assim como outras leis estaduais de conteúdo análogo – sem prejuízo de suas louváveis intenções, é carente de previsões que tornem efetiva a adoção de boas condutas por parte do particular bem como de delineamentos a respeito da necessária fiscalização pelo Poder Público.

Programas de integridade têm por fim fomentar boas práticas empresariais. Quando requeridos pelo Poder Público, em especial, visam a prevenir ilícitos como a prática de corrupção, peculato, fraudes em licitações e desperdício de dinheiro público.

Importante questão prejudicial ainda circunda a emanção de atos normativos desta espécie: sua questionável constitucionalidade. Há controvérsia instaurada na pouca



doutrina que sobre ela se debruça. Tendo por fundamentos julgados do STF proferidos de forma não unânime, há conclusões tanto pela juridicidade quanto pela inviabilidade jurídica da lei.

Em que pese estar em voga, o tratamento por Estados da temática ainda não teve contornos jurídicos bem delimitados, de modo que há relevante dúvida a respeito de haver ou não violação à competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Não há tampouco exploração adequada da matéria, cujas repercussões podem ser eficazes na prevenção e no combate a todos os tipos de malfeitos.

O primeiro capítulo do trabalho procurará apresentar o tema, com a exposição de conceitos relevantes. Em seguida, o segundo capítulo terá por escopo analisar, à luz do sistema constitucional de repartição de competências, do posicionamento do STF na ADI nº 3735/MS, considerando a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos e considerando a proteção constitucional ao livre exercício da atividade econômica, se é possível afirmar que a Lei Estadual nº 7.753/17 é formal e materialmente constitucional.

Pretende-se, no terceiro capítulo, refletir sobre a vantajosidade e sobre a efetividade da postura estatal de dar tratamento distinto a sociedades empresárias que tenham Programa de Integridade estruturado. Com relação a esta etapa parecem pender as maiores controvérsias.

Por derradeiro, será feita breve conclusão acerca do que foi exposto ao longo do presente trabalho.

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 contribuições para a comunidade científica.

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

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

1. O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Para melhor compreensão do tema, é importante ter em mente alguns conceitos básicos, entre os quais seguramente o mais importante é o de *compliance*. O termo pode ser definido como o “dever de cumprir, de estar em conformidade e de fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”.¹

Em tradução livre, *compliance* quer dizer conformidade. Espera-se de uma sociedade empresária que institua programa minimamente efetivo de *compliance* que desempenhe suas atividades empresariais e administrativas de acordo não apenas com a lei e com o regulamento, mas também com a ética empresarial e com a integridade, que deveria permear as relações sociais.

Para que se atinja esse “agir em conformidade”, a política interna de *compliance* institui alguns mecanismos que servem como verdadeiros norteadores e avaliadores de agentes privados. Neste sentido, tem sido cada vez mais comum que empresas instituíam códigos de ética, em que é prescrita não apenas a forma como deve o agente privado se portar, mas também as sanções para eventuais descumprimentos.

Meios de controle interno, gestão de riscos e *due diligence* são exemplos de outros instrumentos que viabilizam o atingimento do ideal de boa governança corporativa que as empresas buscam atingir. A gestão de riscos, em especial, avalia o que está em jogo quando da opção por um determinado caminho. Pelas *due diligences*, a empresa controla individualmente os procedimentos que leva a efeito e avalia se estão legalmente aptos a serem praticados (quando preventiva) ou se devem ser revistos (quando repressiva). Pelo controle interno, são feitas auditorias contábeis aptas a identificar o que é feito com o dinheiro à disposição da companhia.

Está também entre os instrumentos do *compliance* a figura da proteção *whistleblower* - denunciante, que pode ser entendida como incentivos a que, por meio de canais internos de denúncia, empregados de todos os escalões comuniquem ao *compliance office* (órgão responsável pelo programa de integridade) a prática de quaisquer malfeitos. As denúncias, para serem viabilizadas, dependem da constituição de mecanismos de auto-

¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p.2.



preservação. Podem ainda ser estimuladas por meio do oferecimento de prêmios que igualmente não permitam divulgação que desproteja a figura do denunciante.

Todas essas ferramentas compõem o que tem sido chamado de Programa de Integridade. Trata-se verdadeiramente de um produto vendido por empresas especializadas em políticas de *compliance*. Considerando a complexidade de seus meios de instituição e a *expertise* que exige dos agentes econômicos responsáveis por sua implementação, não é irrisório o valor por ele cobrado.

A notabilidade de alguns Programas de Integridade e a preocupação de certas companhias internacionais, impulsionadas por condenações por práticas de malfeitos dos mais diversos tipos, a que foram cominadas pesadas sanções por outros países, fez com que o mundo corporativo passasse a adotá-los com frequência. Sociedades multinacionais se importam não apenas com sua imagem aos olhos de seus consumidores e do mercado com que negociam, mas também com a economia e com o retorno financeiro que são esperados daqueles que adotam referido programa.

Nesta toada, a adoção de mecanismos de *compliance* tem sido atrelada, para além de boa-prática empresarial, ao combate à corrupção, cujo conceito básico se resume ao “abuso de um poder fiado para ganhos privados”². Em que pese o direito brasileiro apenas sancionar a corrupção pública – ao menos sob a perspectiva da lei penal – atos de corrupção, públicos e privados, devem sempre ser combatidos.

Como o fenômeno da corrupção e de como enfrentá-lo tem integrado a pauta política deste país desde a chegada dos navegadores, verificou-se um verdadeiro furor quando foram introduzidas no Brasil as primeiras considerações sobre os programas de *compliance*. De certo modo, passaram, muitas vezes erroneamente, a ser enxergados como a panaceia para todos os males perpetrados pelos corruptos contra a coisa pública desde 1500.

Assim, impulsionados pelo contexto das operações que atingiram criminosos do colarinho branco, o legislador - federal, estadual e distrital - achou por bem incentivar a adoção de políticas de promoção da integridade. O boom do *compliance* veio com a regulamentação da Lei Federal nº 12.846/13 pelo Decreto Federal nº 8.420/13, que, em

² ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Corruption and government: causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p.9. In: SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Belo Horizonte : Fórum, 2019, p.23.



seu Capítulo IV (arts. 41 e 42) pela primeira vez no direito brasileiro, positivou regulamentação acerca dos Programas de Integridade.

Animados pela previsão normativa editada pela União, Estados, Distrito Federal e até municípios editaram atos normativos que impunham aos particulares que visassem a celebrar contratos administrativos “vultosos” com as Administrações Públicas daqueles entes que instituíssem programas de integridade em suas relações internas. É o caso da Lei Estadual nº 7.753/2017, do Estado do Rio de Janeiro e da Lei Distrital nº 6.112/2018, do Distrito Federal.

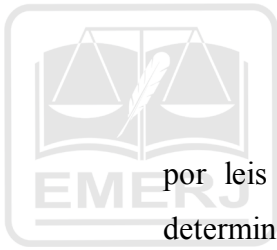
Consta expressamente da exposição de motivos do projeto de lei que originou a Lei Estadual nº 7.753/2017, de iniciativa do então deputado estadual Osório, menção à Operação Laja Jato. Como bem se sabe, boas decisões, sobretudo em matéria de legislação (v.g. Lei nº 8.666/1993), não costumam ser tomadas em contexto de grande adversidade, de modo que não basta apenas a regulamentação – açodada e impensada – para combater um fenômeno social endêmico, complexo e enraizado nas entranhas das relações corporativas e públicas.

Sem prejuízo dos elevados propósitos com que foram editadas tais normas, há considerações que podem ter sido deixadas de lado quando da formulação dos projetos que lhes deram vida. O sistema constitucional de repartição de competências seguramente é ponto nodal da discussão que desencadearam as publicações das leis estaduais.

Além disso, assumindo-se como inderrogável a premissa de que direitos e obrigações custam, mesmo aqueles tendentes a garantir pleno cumprimento da lei e do regulamento, a imposição a particulares de que contratem programas de integridade os onera significativamente. Neste sentido, há ponderações de valores constitucionais a serem enfrentadas para a avaliação sobre ser ou não juridicamente viável tal imposição ao particular.

Estão em jogo aqui os princípios constitucionais referentes à moralidade administrativa, do qual decorre o da probidade e um fundamento da república e princípio norteador da ordem social e econômica, a saber, a livre iniciativa. Deve-se buscar uma conformação ideal entre ambos, de modo que nem o particular tenha sua atividade econômica inviabilizada nem o Estado tenha suas relações com o mercado comprometidas quando da celebração de contratos administrativos.

É também muito relevante uma questão prejudicial, que será tratada no capítulo seguinte. A Constituição Federal disciplina, como postulados de boa convivência dos entes federados, a repartição de competências administrativas e legislativas. A previsão



por leis estaduais e distritais como as acima enumeradas pode, se desrespeitados determinados limites invadir a competência da União Federal, afrontando, por conseguinte o próprio pacto federativo.

2. LIMITES DA COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA DISPOR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quiseram os constituintes, quando da elaboração do texto constitucional, optar pela forma federativa de Estado. A escolha é evidente a partir do nome oficial de nosso país: República Federativa do Brasil. Tão firme é o compromisso do constituinte que revestiu a sua opção da imutabilidade reservada às cláusulas pétreas - limites materiais de reforma à Constituição (art. 60, § 4º, I).

Federação é forma de Estado, isto é, a forma como o Estado organiza o povo e o território e estrutura seu poder relativamente a outros poderes de igual natureza. É produto do movimento federalista, de James Madison e Alexander Hamilton, desenvolvido como alternativa ao modelo confederativo e como solução dialógica às principais reivindicações das 13 colônias americanas, que consolidou o ideal de *pluribus unum*, isto é, de muitos um³.

O principal intuito do modelo federalista foi equilibrar expectativas, tanto de autonomia de entes, quanto de soberania de Estado, de modo a compatibilizar a ideia de um Estado forte, no plano internacional, com os desideratos relacionados às peculiaridades de território e de populações regionais e locais⁴. A repercussão fundamental do movimento, no plano constitucional se dá na estruturação bem delineada de atribuições e competências - administrativas e legislativas.

O assunto, no caso brasileiro, é tratado no Título Terceiro da Constituição, que assenta, ao menos em tese, os limites de poder de cada um dos entes que compõem a "união indissolúvel de União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", assim prescrita no art. 1º. É importante ressaltar a expressão "em tese" em razão da vastíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tratando de temas afetos à competência constitucional.

³ KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2013. p. 92.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 754.

Em que pese o intuito do legislador constitucional de estabelecer os limites da autonomia dos entes, com o passar do tempo, tem se verificado se tratar talvez de tema tão controvertido quanto a colisão de direitos fundamentais. O Supremo desempenha seu papel ao dizer a quem cabe o quê, sob o ponto de vista da regulamentação legislativa.

Importa ao presente a análise de compatibilidade jurídica entre as exigências contidas na Lei Estadual nº 7.753/2017, que dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro com a previsão contida no art. 22, XXVII da Constituição Federal, que trata da competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para todas as Administrações da República.

Não parece haver grandes controvérsias a respeito da viabilidade jurídica de que parlamentar inicie o processo legislativo referente a licitações e contratos. Como a lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo nem muito menos confere nova atribuição a órgão da Administração Pública, não há que se falar em vício de iniciativa consoante assentado no bojo da ADI nº 2.444⁵.

A privatividade (ou exclusividade) aludida pelo texto constitucional não afastou de forma peremptória a atribuição aos demais entes para tratarem de normas específicas sobre licitações, desde que compatíveis com interesses regionais e locais, respeitadas as disposições de caráter geral estabelecidas pela União. A dinâmica resguarda a também constitucional previsão das competências de estados (arts. 24 e 25, § 1º, da Constituição Federal) e municípios (art. 30, II, da Constituição Federal).

Sem embargo da autorização genérica para delegação da competência privativa por meio de lei complementar, contida no parágrafo único do art. 22, não há esse tipo de previsão para o caso em tela. em verdade, nem haveria como. Diferentemente das demais competências legislativas, a previsão da forma que foi levada a efeito pelo constituinte, não retirou aos demais entes a faculdade de editar normas específicas, à luz de interesses regionais e locais. Essa constatação revelaria uma atecnia do constituinte, que deveria ter posicionado o dispositivo, em verdade, entre as competências concorrentes do art. 24.

A posição não se justifica após o ingresso da Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8666/93 no ordenamento jurídico em razão do temor de que cada ente regulasse de forma pulverizada e desordenada a forma como licitataria e contratataria. Com a entrada

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.444/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7631030>> Acesso em: 19 mai.2020.



em vigor, não há mais razões que sustentem a competência privativa da União para regular licitações e contratos. A privatividade da competência constitucional subsiste apenas sob a ótica formal e topográfica, devendo ser entendida como materialmente comum (art. 23), prestigiando-se, por conseguinte uma relativa liberdade dos demais entes.

O STF teceu comentários pertinentes ao presente trabalho ao julgar a ADI nº 3.735⁶, do Mato Grosso do Sul. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade formal de lei estadual que, sob a justificativa de proteger os consumidores do estado e pretendendo usar da competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor, impôs aos particulares que pretendessem pactuar com a Administração estadual que apresentassem, ainda na fase de habilitação licitatória aquilo que denominaram Certidão Negativa de Violação a Direito do Consumidor – novo requisito de habilitação não previsto na Lei Federal nº 8.666/1993.

É indiciário da controvérsia acerca do tema o fato de o julgamento não ter alcançado a unanimidade da corte. Os dois juízes mais antigos, a saber, o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello, foram vencidos na sessão, que não contou ainda com a presença de outros dois julgadores.

O saudoso Ministro Teori Zavascki, a quem incumbiu a relatoria e a redação do acórdão e cujo entendimento prevaleceu ao final do julgado entendeu que houve violação à ora discutida competência privativa da União. Em seu voto, constata a complexidade da celeuma por razões abaixo sintetizadas.

Em primeiro lugar, aponta a dificuldade de identificar a efetiva violação ao indeterminado conceito de "norma geral". Em segundo lugar, bem observa que é possível haver incongruências sistêmicas entre normas que podem não ser incompatíveis entre si sob o ponto de vista lógico, como é o caso da norma sul-mato-grossense, que não se choca diretamente com a Lei Geral de Licitações e Contratos – LGLC.

Sobre o primeiro ponto – a indeterminação do conceito – o ministro cita entendimento do prestigiado Administrativista Marçal Justen Filho, para quem o núcleo de certeza positiva acerca da competência da União para estabelecer normas gerais, englobaria, entre outras, aquela para fixar os requisitos para que o particular participe do

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

processo licitatório⁷. Tem em mente o jurista a preservação da publicidade e do caráter competitivo das contratações públicas; e em último caso a concretização da vantajosidade ao ente público.

O ministro Zavascki aponta dois vetores para aferir a compatibilidade de normas não nacionais, isto é, que não sejam editadas pela União no exercício de sua competência para editar lei geral de âmbito nacional, assim sintetizados:

Para se validar, portanto, a suplementação oferecida pelas leis locais em adendo às normas gerais do ordenamento deve passar, pelo menos, por um teste constituído de duas etapas: (a) a identificação, em face do modelo nacional concretamente estabelecido, das normas gerais do sistema; e a (b) verificação da compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais estabelecidas e as inovações fomentadas pelo direito local.

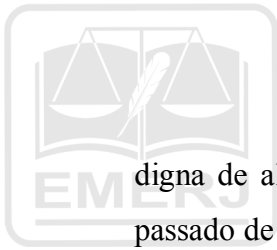
Até este estágio do voto, não há divergência entre os julgadores. Apenas quanto à conclusão do ministro Teori, que entende que a exigência da certidão, por restringir o caráter competitivo além do que já é feito pela União seria eivada de inconstitucionalidade. O raciocínio foi acompanhado pelos Ministros Fux, Barroso, Weber, Dias Toffoli, Fachin e Lewandowski.

A exigência da Lei Estadual nº 7.753/2017 de que empresas que visarem à constituição de vínculos contratuais e consorciais com o Poder Público acima de 1,5 milhão de reais para obras e serviços e de 650 mil reais para compras e serviços elaborem Programa de Integridade, por não impedir a participação de sociedades, não viola, em uma perspectiva abstrata as disposições gerais editadas pela Lei Federal nº 8.666/1993, à luz dos argumentos acima discutidos.

A referida lei estadual faculta às sociedades a opção por constituir o programa de forma ulterior à adjudicação do objeto, que seria o marco a partir do qual a sociedade teria os 180 dias para a elaboração de sistemas mínimos de *compliance* em sua estrutura interna. Sob o ponto de vista das ideias fundamentais da normativa a respeito de contratações públicas, por não promover afronta direta ao caráter competitivo da licitação e ainda por não restringir desproporcionalmente a participação de sociedades não deve ser reconhecida como violadora da Constituição Federal.

A norma é editada no exercício da competência estadual e tem por fim promover valores ligados à integridade e à moralidade no âmbito das relações contratuais públicas, que devem atender aos princípios constitucionais contidos do art. 37. Nesse intuito, é

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16.



digna de alvissaras a tentativa de *step forward*, isto é, de ir adiante e tentar superar o passado de profunda incúria com a coisa pública no âmbito estadual.

Parece ainda relevante afirmar que o que se está a sustentar – a constitucionalidade da Lei Estadual nº 7.753/2017 – é sobre maneira confirmada a partir dos recentes acontecimentos envolvendo a produção normativa e as providências administrativas tomadas por conta da Pandemia de Covid-19. Na medida cautelare na ADI nº 6.341⁸, na ADPF nº 672⁹, na Medida Cautelar na Reclamação 39.871¹⁰ e na ADPF nº 665¹¹, todos arestos prolatados em face de tentativas de centralização da União, foi prestigiada a autonomia dos Estados e dos Municípios, como bem observado por Ana Paula de Barcellos¹².

Além disso, em que pese as poucas publicações acerca do tema, é relevante apontar entendimentos favoráveis manifestados por Cíntia Araripe e Rachel Machado¹³, bem como por Rodrigo Pironti¹⁴ e Fernanda Schramm¹⁵.

O que se pretenderá demonstrar no próximo capítulo, não obstante, é que, sem prejuízo dos elevados propósitos que ensejaram a edição da lei, programas de integridade, por si sós, não parecem ser o meio mais efetivo de combater o malfazejo manejo de dinheiro público, seja sob o ponto de vista financeiro – aqui com repercussões inclusive na vantajosidade das contratações públicas -, seja sob o ponto de vista da exequibilidade.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 672/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 39.871/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342852826&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 665/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342915252&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai.2020.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Prognósticos para o direito constitucional pós Covis-19: Estados, DF e municípios mais relevantes na produção legislativa?* Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹³ ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas*. Disponível em file:///Users/admin/Downloads/5332-24131-2-PB.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020

¹⁴ PIRONTI, Rodrigo. *A exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoespublicas#:~:text=Ora%2C%20com%20todo%20acato%2C%20a,geral%2C%20privilegia%20os%20princ%C3%ADpios%20da>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁵ SCHRAMM. op. cit. p.325-326.

3. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FALSA PERCEPÇÃO COMO PANACEIA.

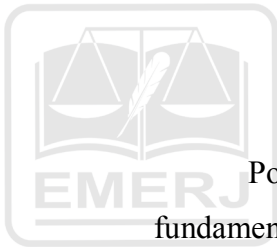
É imanente à condição humana a empolgação diante do novo. Pode-se notar uma pretensão auto-afirmativa e até mesmo expansiva na novidade. Não foi diferente com o fenômeno do *compliance* no Brasil.

Não há coincidência na introdução de figuras como programas de integridade no ordenamento jurídico nacional com as revelações de grandes esquemas de corrupção. O *compliance* e todos os seus consectários foram tentativas de respostas à sociedade, de prestação de contas, de demonstração da não inércia ou da reatividade diante das mazelas que sempre afligiram as relações entre agentes públicos e privados.

A afirmação é respaldada inclusive com a justificativa ao projeto de lei que originou a Lei nº 7.753/2017, que menciona expressamente o caso Mensalão e a operação Lava-Jato. Há registros de iniciativas semelhantes em outros entes da Federação, tais como os Estados do Rio Grande do Sul, do Amazonas, de Goiás e mesmo o Distrito Federal, todos com algumas variações.

Sem prejuízo dos elevados propósitos que moveram os legisladores, há de se ter cautela com a percepção do *compliance* como lenitivo universal, como a panaceia para mazelas que acometem as relações público-privadas brasileiras há séculos. A sempre lembrada herança patrimonialista continua produzindo implicações nefastas à coisa pública nesta República. Os resultados da implementação de programas de integridade no âmbito das contratações públicas ainda são incertos e o que se verifica, no âmbito da Administração Pública ainda é a falta de *expertise* para lidar com a matéria.

Com efeito, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro editou a cláusula padrão aos contratos administrativos que preencham os requisitos prescritos pela Lei nº 7.753/2017. No entanto, até a publicação deste artigo não foi editado decreto que regulamente a lei, indicando com clareza a quem cabe a função primordial de aferir a efetividade dos programas de integridade adotados pelas contratadas pela Administração Estadual.



Por um lado, como bem apontado por Victor Aguiar Carvalho¹⁶, há três razões fundamentais para que regras tais como a da lei em comento produzam incentivos disfuncionais e consequências indesejadas. O ilustre procurador do Estado bem aponta que a lei em comento despreza o fardo informacional que impõe à Administração Pública¹⁷.

À luz do princípio da realidade - que nada mais é do que coerência entre a realidade e o direito¹⁸ - não parece razoável esperar da Administração Fluminense que receba de imediato a obrigação legal de aferir a efetividade e eficácia dos programas de integridade apresentados pelos particulares, produzindo resultados fantásticos. A tarefa envolve a capacitação de pessoas e do desenvolvimento de ao menos um órgão especializado, com capacidade institucional para elaborar juízo de valor a respeito de um tema tão novo para o Direito Administrativo brasileiro.

Em segundo lugar, assevera o articulista que há o “risco de que, em curto prazo, o legislador coloque em desvantagem competitiva no mercado justamente as empresas que verdadeiramente se comprometam com melhores padrões de integridade”¹⁹. Isso porque empresas que são bem estruturadas e são reconhecidas por envidar esforços para garantir a higidez de suas relações internas e externas podem deixar de ser contratadas pelo só fato de não terem programas de integridade.

Pior, é possível conjecturar cenário em que sociedades mal-intencionadas sejam preferidas pelo só fato de terem tomado providências para contratar programas de *compliance* verdadeiramente de fachada. Trata-se não apenas de solução injusta, mas de consequências perniciosas para a Administração Pública e em último caso (não tão último) para o cidadão, usuário de serviços públicos, destinatário de serviços sociais.

Em terceiro lugar, em crítica assentada na Análise Econômica do Direito, Carvalho²⁰ aponta que “quando determinados agentes públicos monopolizam poder para tomar uma decisão que conceda um benefício ou que imponha um ônus ou uma sanção ao particular, surge um maior risco à ocorrência de episódios de corrupção”. A

¹⁶ CARVALHO, Victor Aguiar de. *Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos*. Disponível em https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020_. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

concentração de poderes é contraindicada por facilitar o desvirtuamento dos motivos que deveriam orientar o agente público na tomada de decisões.

Por outro lado, parece haver outros aspectos dignos de nota, concernente ao ideal de vantajosidade e à função regulatória das contratações públicas. Sob tais prismas, é possível concluir que as medidas pretendidas pela Lei Estadual nº 7.753/2017 sejam positivas para a Administração.

Com relação à vantajosidade, Marçal Justen Filho a define como:

A adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.²¹

A expressão traduz verdadeira análise de custo-benefício de imposições às contratações públicas tanto sob o ponto de vista prático quanto econômico à luz das consequências positivas na prestação do serviço. Sob o ponto de vista estritamente objetivo, o que se verifica com a Lei nº 7.753/2017, do ponto de vista imediato é a chance de encarecimento das contratações públicas. Os custos de manutenção de programas de integridade serão embutidos nas propostas elaboradas pelos agentes econômicos privados.

Em um primeiro momento, pode-se verificar uma alta nos custos do particular que contrata com a Administração. A longo prazo, parece que os custos tendem a se estabilizar em razão da já implementação dos programas requeridos pelo Poder Público por uma quantidade significativa de sociedades, que só passarão a contabilizar os valores que precisam a título de manutenção das estruturas de *compliance*.

Além disso, em razão da legítima função regulatória das licitações²², o Estado pode utilizar as licitações para atender a outras finalidades que não apenas a viabilização de contratações públicas. Nesse sentido, deve ser incentivada a promoção de valores de lealdade e integridade negocial, com reflexos na moralidade, impessoalidade e legalidade administrativa, todos axiomas contidos na Constituição Federal.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71.

²² GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações Públicas sustentáveis. ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.



De forma conclusiva, é possível anotar que programas de integridade são armas no combate à corrupção. No entanto, não podem ser vistos como panaceia. Não bastam por si sós. Não são remédio para incompetência, para desídia nem para incapacidade técnica, marcas onipresentes em empreitadas fracassadas em nossa história recente.

Devem ser coordenados com a capacitação de agentes e outros estímulos aos particulares que se mantenham corretos. *Nudges*, economia comportamental, arquitetura da escolha, sanções premiaias e exposição negativa de empresas envolvidas em malfeitos de toda espécie são outras ferramentas valiosas de que o Estado pode e deve lançar mão quando firmar contratos com o particular. São inclusive providências mais baratas do que a outorga da obrigação de formalizar programas de integridade, com todas as repercussões não apenas para o Estado, mas também para a própria empresa. Trata-se de pensar à luz do que Thaler e Sustain chamam Paternalismo Libertário²³.

Entende-se que os grandes gestores públicos, mandatários ou não, devem optar pela capacitação de pessoas que os cercam. Pensar que Secretarias e agendas devem ser pensadas não apenas a curto prazo, sob interesses meramente governamentais. Governos vão e vêm. E se os recursos são realmente escassos, que sejam pensados e aplicados à luz dessa característica: com racionalidade, inteligência e planejamento²⁴.

Antes de se pensar na contratação – inexoravelmente fadada à contratação direta por inexigibilidade – de empresas tendentes a estruturar *compliance offices* no âmbito da Administração Pública brasileira, Chefes de Poder devem se esforçar para que bons projetos não se percam por conta de alternância de poder. Para que bons gestores permaneçam, independentemente de estarem atrelados ou não a governos anteriores. Para que trabalhos já iniciados sejam bem concluídos.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, discutiu-se a viabilidade jurídica de que o Estado do Rio de Janeiro, no exercício de sua competência legislativa, exigisse de sociedades com as quais constitua relações contratuais que instituíssem programas de integridade, também conhecidos como mecanismos de *compliance*, em suas estruturas internas.

²³ SUSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Londres: Penguin, 2009, p. 5-6.

²⁴ MULLAINATHAN, Sendhil. 1972. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*; tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016, p. 281.



Foram inicialmente delimitados alguns conceitos relevantes à compreensão do tema. Buscou-se apresentar as ferramentas de que lançam mão as empresas no intuito de coibirem ilícitos e de velarem pela higidez de suas relações internas e externas. Abordou-se acerca da importância dos mecanismos não apenas para a dinâmica das relações econômicas, mas também para a forma como são vistas as empresas.

Em seguida, à luz da jurisprudência constitucional brasileira e da repartição ou divisão de competências desenhada pela Constituição Federal de 1988 foi analisada a juridicidade da Lei Estadual nº 7.753/2017, que exigiu de sociedades às quais fossem adjudicados contratos acima dos valores prescritos por seu art. 1º. Entendeu-se pela atecnia do posicionamento da competência para a edição de normas gerais sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal), que deveria figurar, em verdade no rol de competências comuns do art. 23.

Ainda no capítulo em questão, analisando os fundamentos do voto vencedor da ADI 3.735, do Mato Grosso do Sul e de recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, todos prestigiando a autonomia dos entes menores em detrimento da União (ADI nº 6.341, ADPF nº 672, Reclamação nº 39871 e ADPF nº 665), concluiu-se pela compatibilidade da lei fluminense com a Constituição Federal.

Por fim, no último capítulo foram discutidas as externalidades positivas e negativas da lei, bem como a falsa percepção de que programas de integridade constituiriam o lenitivo mais eficaz contra problemas históricos e culturais da sociedade brasileira. Ainda assim, como resultado da ponderação, entendeu-se que os efeitos são predominantemente benéficos desde que o Estado se revista da *expertise* necessária para analisar a efetividade dos planos apresentados.

REFERÊNCIAS

ARAARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: nudge ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas*. Disponível em <file:///Users/admin/Downloads/5332-24131-2-PB.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Prognósticos para o direito constitucional pós Covid-19: Estados, DF e municípios mais relevantes na produção legislativa?* Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325499/prognosticos-para-o-direito-constitucional-pos-covid-19-estados-df-e-municipios-mais-relevantes-na-producao-normativa>>. Acesso em: 5 mai. 2020.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 672/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação nº 39.871/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342852826&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 665/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342915252&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312301916&ext=.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2020.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Programas de integridade em contratações públicas: boas intenções, resultados incertos*. Disponível em <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/programas-de-integridade-em-contratacoes-publicas-boas-intencoes-resultados-incertos-17032020>> Acesso em: 5 mai. 2020.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Licitações Públicas sustentáveis*. ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2003, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

MULLAINATHAN, Sendhil. *1972 – Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*; tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

PIRONTI, Rodrigo. *A exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas#:~:text=Ora%2C%20com%20todo%20acato%2C%20a,geral%2C%20privilegi a%20os%20princ%3%ADpios%20da>> Acesso em: 2 jun. 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. in SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas*/ Fernanda Santos Schramm. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Londres: Penguin Books, 2009.



A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO CENÁRIO DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA GESTÃO PÚBLICA

Gustavo de Almeida Carlos de Carvalho Pontes

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo - a execução dos planos emanados dos setores políticos é um desafio cada dia mais complexo devido à intensa integração mundial, que requer acelerada troca de informações, e à crescente evolução tecnológica, que incrementa exponencialmente as demandas sociais. Para que os direitos da população, previstos no ordenamento jurídico como um todo, sejam prontamente efetivados, é preciso que a atividade administrativa do Estado esteja organizada de forma objetiva e, ao mesmo tempo, eficiente. Nesse sentido, a partir da década de 1990, a Administração Pública brasileira passou a adotar práticas mais sofisticadas de gestão do seus recursos, buscando inspiração, principalmente, nas estratégias do setor empresarial. Em decorrência dessa nova abordagem, esse trabalho propõe uma análise dos novos métodos que permeiam a atual atividade administrativa do Estado em relação à sua finalidade mais preponderante, a persecução do bem comum.

Palavras-chave - Administrativo. Contrato. Parceria.

Sumário - Introdução. 1. O modelo Gerencial aplicado à Administração Pública brasileira. 2. Descentralização organizacional e flexibilização da gestão. 3. As Parcerias Público-Privadas sob a égide da Administração Gerencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a contribuição do regime jurídico das parcerias público-privadas para a implementação de um modelo gerencial no âmbito da Administração Pública brasileira. Procura-se demonstrar como as parcerias público-privadas contribuem para satisfação do interesse público e do privado sem perder de vista a promoção dos princípios norteadores da Administração Pública e a garantia dos direitos fundamentais constantes da ordem constitucional.

Na década de 90, no decorrer do mandato do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, foi constatada uma premente necessidade de o Estado brasileiro empreender uma reforma ampla no modo de gerir os recursos públicos. Diante do fenômeno da globalização, para permitir o desenvolvimento econômico-social do país em um cenário de intensa integração mundial, era evidente que a Administração Pública não poderia comportar práticas retrógradas e ineficientes.

Assim, para permitir o ingresso do Brasil na nova ordem mundial, o Governo criou, em 1995, o Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, que ficaria



responsável pela implementação do modelo gerencial na Administração Pública brasileira. Apesar de o órgão ter sido extinto, o esforço de modernização culminou na edição da Lei nº 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, abrindo espaço para a implementação de instrumentos de integração do setor público com o setor privado, entre eles a formalização dos contratos de parceria público-privada.

Apesar de o Estado brasileiro encontrar-se inserido em um cenário globalizado, exigindo um modelo estatal enxuto, a Constituição Federal elenca uma série de direitos e garantias fundamentais que vinculam a atuação dos representantes políticos. Assim, a discussão sobre a implementação de meios e processos mais eficientes na Administração Pública ganha extrema relevância diante de um cenário de contínua escassez de recursos públicos.

O primeiro capítulo questiona a diferença entre o modelo de administração gerencial e as outras formas de gerência dos recursos públicos. Realiza-se, então, uma análise dos princípios norteadores do regime jurídico administrativo a fim de compatibilizar o sistema normativo ao modelo de gestão mais adequado ao atendimento das necessidades sociais.

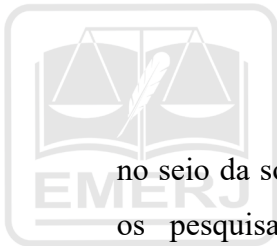
O segundo capítulo ocupa-se dos instrumentos previstos na lei para implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais. Assim, busca analisar os instrumentos normativos que representam uma flexibilização da prestação de serviços públicos, alçando o particular à condição de protagonista no âmbito do setor público.

O terceiro capítulo aborda especificamente o regime das parcerias público-privadas, discutindo até que ponto representa uma opção à implementação do modelo gerencial na Administração Pública. Nesse sentido, procura identificar as especificidades do regime de contratação da lei de parcerias público-privada como forma de atender ao preceito mais moderno da Administração Pública, o princípio da eficiência.

A pesquisa é realizada por meio de uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório do conteúdo bibliográfico. Desta forma, serão utilizadas obras científicas que se ocupam do fenômeno da desestatização para demonstrar a implementação de políticas públicas no âmbito de um modelo de administração gerencial.

1. O MODELO GERENCIAL APLICADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Administração Pública não surgiu de um modelo teórico pronto. Como toda ciência, evoluiu no decorrer do tempo, acompanhando as mudanças realizadas gradativamente



no seio da sociedade. Conforme prescreve Idalberto Chiavenato¹, do ponto de vista histórico, os pesquisadores identificam três abordagens distintas: o modelo patrimonialista, o burocrático e o gerencial. Apesar de representarem cada qual um estágio de evolução na gestão do patrimônio público, tais modelos não são totalmente excludentes entre si. É perfeitamente viável a coexistência de características de abordagens diversas na prática da função administrativa.

A administração patrimonialista é marcada pela ausência da distinção entre o patrimônio público e o privado. Por ser um modelo identificado com as monarquias absolutistas, o Estado era tratado como propriedade do Rei. Havia uma nítida confusão entre os bens públicos e particulares, de modo que os assuntos estatais eram tratados como extensão da vida pessoal do governante.

Assim, de acordo com Chiavenato², a estrutura administrativa não era utilizada para o atendimento das necessidades sociais, mas para a realização dos interesses do soberano, de modo que os cargos eram distribuídos livremente, de acordo com o arbítrio do Rei. Além da prática de nepotismo, o modelo patrimonialista contava ainda com uma extrema racionalidade subjetiva, em que as decisões advinham unilateralmente da vontade do soberano.

É nesse contexto que surgem os ideais burocráticos, cujo principal expoente é Max Weber. Segundo Chiavenato³, “a administração pública burocrática surgiu na segunda metade do XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista”. Na teoria, a burocracia exprime uma ideia de racionalidade, que decorre da intensa regulação legal. Por conseguinte, o patrimônio público e o privado ganham tratamento distinto, não sendo mais possível serem confundidos.

O modelo burocrático procurou estabelecer regras claras e decisões lógicas, adotando como características a formalidade dos processos de produção, a impessoalidade das relações, a profissionalização dos funcionários e a hierarquia da autoridade. Nesse cenário, os cargos são ocupados por pessoal com qualificação técnica e com remuneração fixa e em dinheiro. Já as atividades administrativas estão estritamente positivadas e delimitadas em complexos documentos legais.

Ocorre que a burocracia é orientada para a reprodução dos próprios meios, e não para o alcance de resultados. Com efeito, por conta do fenômeno da globalização, a abordagem burocrática passou a ser vista apenas por suas disfunções: o excesso de formalidade, acúmulo

¹ CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2016, p. 109.

² *Ibidem*, p. 109.

³ *Ibidem*.



de papel, resistência à mudança, falta de flexibilidade, ineficiência e assim por diante. Não por acaso, também a administração pública tinha que se modernizar, e a solução foi adaptar os fundamentos e as práticas dos processos de produção do setor privado para o setor público.

Nesse sentido, o modelo gerencial desloca o foco da atividade administrativa no interesse de garantir o poder do próprio Estado para o atendimento do interesse da coletividade. As principais características da administração gerencial são a ênfase no controle de resultados (*a potesriori*), orientação da ação estatal para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente, descentralização organizacional através da separação das atividades de formulação e execução das políticas públicas e autonomia aos gestores públicos.

Os cidadãos passam a ser vistos como contribuintes de impostos e clientes dos serviços prestados pelo Estado. A gestão pública ganha notoriedade enquanto atende satisfatoriamente as necessidades do cidadão-cliente, não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, conforme orienta a administração burocrática.

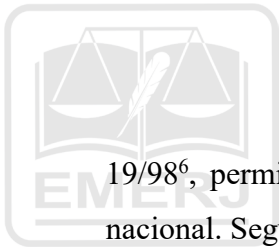
De acordo com Chiavenato⁴, o paradigma gerencial está fundado sobre os princípios da confiança e da descentralização. Exige formas flexíveis de gestão por meio da horizontalização das estruturas organizacionais, com a redução dos níveis hierárquicos e incentivo à criatividade. Acrescenta ainda que a administração gerencial prosperou com a definição precisa dos objetivos de cada unidade administrativa e a introdução de valores e comportamentos modernos no interior dos Estados, tornando possível, assim, o aumento da qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo setor público.

No Brasil, o movimento de modernização da estrutura administrativa do Estado teve início em 1995, quando Fernando Henrique Cardoso assumiu a chefia do Poder Executivo. O maior desafio do presidente era redefinir a atuação do Estado e da Administração Pública com a finalidade de integrar definitivamente o país na economia mundial. Por conseguinte, a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE e a nomeação do ministro Bresser-Pereira inauguraram uma fase de ampla reforma, cujos parâmetros restaram expressamente definidos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE⁵.

O fato é que a maior parte dos objetivos da reforma foram alcançados no âmbito jurídico, por meio da ação do legislador ordinário. Ao lado dos princípios norteadores originários - legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, que garantem a persecução do interesse público no expediente administrativo do Estado, a edição da EC

⁴ Ibidem, p.110.

⁵ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.



19/98⁶, permitiu a inserção do princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública nacional. Segundo Di Pietro⁷:

[...] O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público [...].

A introdução do preceito no exercício da função administrativa foi uma ideia ventilada pelo Plano Diretor, elaborado em 1995, e concretizada pela referida Emenda Constitucional. Segundo Alexandre de Moraes⁸, “a Emenda Constitucional nº 19/98 não só introduziu expressamente na Constituição Federal o princípio da eficiência, como também trouxe alterações no sentido de garantir-lhe plena aplicabilidade e efetividade”, entre as quais cita-se a celebração de contratos de gestão, a previsão de um estatuto próprio das empresas estatais e a disciplina dos direitos dos usuários de serviço público.

Em que pese o intuito de ampliar o acesso da sociedade aos serviços disponibilizados pelo Estado, não se pode esquecer que o legislador constituinte de 1988 fundou a nova ordem sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, cuja juridicidade emerge como valor mais elementar. Assim, acaba concluindo Di Pietro⁹ que “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.

No plano infraconstitucional, a reforma incentivou a busca por maior descentralização às atividades estatais, promovendo uma verdadeira flexibilização na gestão dos recursos públicos. Nesse impulso, foi editada a Lei nº 9.491/97¹⁰, delineando o Programa Nacional de Desestatização - PND, que, entre os objetivos fundamentais, destacam-se os esforços de reordenar a posição estratégica do estado na economia e de concentrar a Administração Pública nas atividades de maior interesse coletivo.

Enfim, não há dúvida que a reforma administrativa iniciada em 1995 permitiu a introdução de elementos indispensáveis para implantação de um modelo administrativo mais

⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

⁹ DI PIETRO, op. cit., [e-book].

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.491*, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.



eficiente e competitivo no âmbito estatal. Contudo, o paradigma gerencial não vige de forma absoluta. O Estado brasileiro comporta as características dos três modelos.

É evidente que a administração gerencial prevalece no exercício da função administrativa, colaborando com preceitos revolucionários, como planejamento, descentralização e flexibilidade. Entretanto, a burocracia deixou fortes resquícios de sua tese quanto à impessoalidade das relações, profissionalização dos serviços e organização dos cargos em carreira. A Administração Pública brasileira conserva traços até mesmo do modelo patrimonialista, quando permite o livre provimento dos cargos de chefia, direção e assessoramento.

2. DESCENTRALIZAÇÃO ORGANIZACIONAL E FLEXIBILIZAÇÃO DA GESTÃO

Com o advento da nova ordem constitucional, a capacidade de o Estado prover satisfatoriamente as necessidades sociais por meio da disponibilização de serviços de utilidade pública restou prejudicada pela excessiva burocracia do Estado Social, pela dificuldade de adoção de novas tecnologias e, principalmente, pela restrição dos recursos orçamentários. No intuito de revitalizar os ativos públicos e conferir maior eficiência à gestão dos recursos, o Estado procurou estabelecer novas conexões com o setor privado, promovendo uma autêntica descentralização das atribuições que o legislador constituinte resguardou ao Estado.

No setor privado, a descentralização organizacional pressupõe a distribuição de responsabilidades entre os diversos níveis operacionais com objetivo de obter maior eficiência produtiva. No âmbito da Administração Pública, a descentralização consiste na transferência de atribuições públicas entre sujeitos de direitos diversos. Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, “diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida por pessoa ou pessoas distintas do Estado”.

Nesse sentido, a descentralização é uma estratégia típica do Estado moderno, que necessitou adequar as técnicas de gestão do ambiente empresarial para atribuir maior eficiência ao processo produtivo da Administração Pública. As atividades descentralizadas representam um avanço na medida em que conferem maior especialidade na gestão do patrimônio público, possibilitando o alcance de resultados mais satisfatórios em relação aos que seriam obtidos pela administração centralizada, em que a tomada de decisões passaria por diversos níveis hierárquicos e não disporiam do mesmo tratamento técnico.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149.



Conforme exposto anteriormente, por meio do Plano Diretor¹² de 1995 e do Programa Nacional de Desestatização - PND¹³, o primeiro passo para implementação do princípio da eficiência na Administração Pública brasileira foi incentivar o provimento das necessidades sociais através da livre iniciativa, exercendo restrita função de regulação e fiscalização. Por outro lado, para as atividades que entendia serem incompatíveis com a lógica do mercado, o Estado assumiu o dever de prestá-las, lançando mão de técnicas mais sofisticadas para adequada disponibilização, das quais a descentralização adquiriu papel fundamental.

No Brasil, a descentralização ocorre sob duas perspectivas distintas. Tanto o Estado pode criar uma entidade personalizada, caso em que o ente criado estará vinculado ao poder instituidor, compondo a Administração Pública Indireta, como também pode transferir a execução do serviço público ao setor privado. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

[...] quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a delegação legal, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a delegação negocial [...].

Por seu turno, Di Pietro¹⁵, ao tratar do vínculo entre os setores público e privado, reconhece a constituição de um relacionamento colaborativo. Conforme leciona a autora, a administração por colaboração requer a transferência da execução do serviço público à iniciativa privada. Ou seja, o Estado mantém a titularidade do serviço, mas concede sua prestação à pessoa jurídica de direito privado previamente constituída por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, desonerando o poder público dos gastos referentes a prestação direta, que respondem pela maior parte dos recursos a serem investidos. Com isso, o Estado assume apenas as funções menos dispendiosas de regulação e controle.

No âmbito dessa colaboração, outra vantagem que decorre da adoção dos fundamentos da administração gerencial é a flexibilização dos métodos de gestão do serviço delegado. Se, de um lado, a Administração deve garantir que o serviço público seja prestado no interesse geral, para suprimento das demandas sociais; por outro, o interesse privado faz com que o particular procure sempre extrair o máximo de proveito econômico da atividade

¹² BRASIL, op. cit., nota 3.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.49.

executada. É do equilíbrio dessa oposição de interesses que toda a relação é construída, implicando direitos e deveres para todos os envolvidos, o que torna o instituto atrativo.

Por conta desse duplo aspecto, os delegatários de serviço público submetem-se a um regime jurídico híbrido. Enquanto empresa privada, operam sob as normas de direito privado no que se refere à organização, ao relacionamento com terceiros e ao regime trabalhista de seus empregados, submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶. Como prestadoras de serviço público, regem-se inteiramente pelas normas de direito público por força da incidência dos princípios da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado e da continuidade do serviço público.

Em outras palavras, a vantagem da administração gerencial está na possibilidade de adotar procedimentos mais flexíveis na gestão do serviço delegado. Segundo Di Pietro¹⁷:

[...] a empresa, ao mesmo tempo em que atua como empresa privada, sem as amarras do regime jurídico administrativo, tem que respeitar, por outro lado, no que diz respeito ao serviço público, certas regras que são impostas pelo poder concedente na regulamentação do serviço concedido. Concilia-se a necessidade de impor-se o regime jurídico de direito público quanto aos aspectos em que ele é indispensável para assegurar a continuidade, a igualdade dos usuários e a mutabilidade, e, de outro lado, respeitar-se a forma de atuação das empresas privadas, nos relacionamentos com seus empregados e com terceiros, na organização, estrutura etc [...].

O fato é que, desde o surgimento da ideia de reforma administrativa do Estado, a celebração de ajustes vinculando o setor público ao privado cresce exponencialmente, influenciada principalmente pela ação do legislador ordinário, que ampliou as possibilidades de atuação conjunta por meio de instrumentos normativos diversificados. Além do tradicional regime de concessão e permissão de serviço público (Lei nº 8.987/95¹⁸), segundo Carvalho Filho¹⁹, deve-se incluir nesse processo de descentralização para iniciativa privada o regime das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04²⁰), assim como os acordos firmados com organizações sociais (Lei nº 9.637/98²¹), organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99²²) e organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/14²³).

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁷ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 52.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., [e-book].

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²¹ BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²² BRASIL. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.



Desta maneira, é notável que a descentralização administrativa possibilitou a introdução de métodos mais eficientes no âmbito da Administração Pública, conferindo maior especialidade e permitindo a poupança de recursos. No âmbito da colaboração público-privada, o particular procura sempre extrair o máximo de proveito da exploração comercial do serviço, contudo não se pode negar a natureza pública da atividade exercida, cuja titularidade continua sob a tutela do Estado, sendo necessário a aplicação de um regime jurídico híbrido. Com efeito, não só o interesse da população na continuidade do serviço permanece resguardado, mas também resta garantida a eficiência da prestação, contornando as formalidades burocráticas do aparelhamento estatal, em nítido prestígio da administração gerencial.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS SOB A ÉGIDE DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

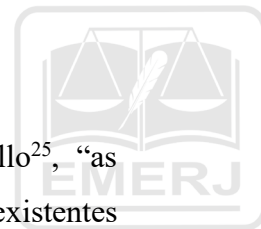
Com o objetivo de cumprir o mais recente princípio constitucional, qual seja, o da eficiência, a Administração Pública brasileira passou a atuar com maior proximidade do setor privado, estabelecendo vínculos jurídicos diversos para consecução de finalidades públicas. Entre tais vínculos sobressaiu-se o ajuste de contratos, que, na concepção do direito público, passou a ser denominado de contrato administrativo, possuindo toda uma regulação normativa própria por conta de sua característica mais relevante, o alcance do interesse geral.

Segundo as lições de Flávio Tartuce²⁴, em um entendimento clássico, contrato é o acordo de vontades com a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir direitos e obrigações de natureza patrimonial. Contudo, a relação jurídica decorrente do ajuste de vontades não é restrita ao regime de direito privado. O pacto contratual também existe no âmbito do direito público, instituído sob a denominação de contrato administrativo, que designa os ajustes firmados pela entidade estatal para consecução de finalidades públicas.

A diferença essencial entre os contratos privados e os contratos administrativos está na previsão de prerrogativas especiais. Nos contratos administrativos, pactuados sob a égide do direito público, a Administração, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado, exerce o poder de império, adquirindo a prerrogativa de impor

²³ BRASIL. *Lei nº 13.019*, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 12. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].



unilateralmente obrigações a terceiros. Nesse sentido, segundo Bandeira de Mello²⁵, “as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença”.

No âmbito do direito público, o instrumento de parceria mais antigo previsto no ordenamento jurídico brasileiro é o contrato de concessão de serviço público, regido pela Lei nº 8.987/95²⁶. Contudo, posteriormente, com a promulgação da Lei nº 11.079/04²⁷, surge a denominada parceria público-privada (PPP), contendo a previsão de duas novas modalidades de contrato administrativo, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Assim, uma vez que a Lei nº 11.079/04²⁸, no *caput* de seu art. 2º, tenha lhe atribuído a natureza de contrato administrativo de concessão, as parcerias público-privadas devem ser consumadas por meio de negócios jurídicos entre o poder público e o particular para consecução de finalidades públicas, seja para o atendimento dos interesses coletivos, seja para os interesses do próprio Estado.

Em síntese, a atual tendência de conjugação de esforços e recursos entre as entidades estatais e a iniciativa privada com o intuito de ampliar os investimentos em ativos públicos e prestar serviços mais eficientes consiste na prática da delegação de serviço público. Segundo Marçal Justen Filho²⁹:

[...] dentre as formas de delegação de serviço público, a mais conhecida é a concessão de serviço público, que compreende três espécies segundo uma determinação imposta pela Lei 11.079/04: a concessão comum, a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...].

No regime da Lei nº 11.079/04³⁰, o §1º do art. 2º determina que a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos que envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por conseguinte, assim como a concessão tradicional, a parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada compreende a delegação de serviço público a terceiro para que o execute em nome próprio mediante tarifa paga diretamente pelo usuário. Contudo, adicionalmente, a lei das PPPs prevê uma contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 616.

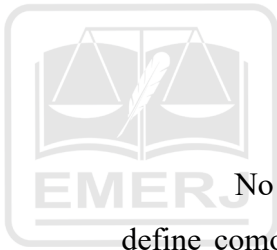
²⁶ BRASIL. op. cit., nota 16.

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 18.

²⁸ Ibidem.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, [e-book].

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 18.



No que tange a concessão administrativa, o §2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04³¹ a define como um contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, sendo permitido ainda execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Assim, nessa modalidade, o objetivo é atender ao interesse da própria Administração, que pode figurar no ajuste tanto como usuária direta quanto como usuária indireta.

Ao prever que ela possa ser também usuária indireta, a lei sugere que os beneficiários diretos sejam o público em geral, para o qual o poder público pretende disponibilizar o serviço. Entretanto, diferente da modalidade patrocinada, a concessão administrativa é remunerada integralmente mediante contraprestação do parceiro público por conta da natureza deficitária do serviço prestado, que impossibilita a concessionária auferir rendimentos diretamente do público. Ou seja, o serviço delegado tem natureza gratuita e deve ser remunerado pelo próprio parceiro público, que possui a incumbência legal de disponibilizar o benefício à população em geral, fazendo com que o contrato, mesmo que indiretamente, atenda ao interesse da Administração.

O fato é que todas essas marcas distintivas não decorrem meramente do acaso. Na verdade, o regime das PPPs foi elaborado para corrigir um enorme vácuo legislativo, cuja solução só pôde ser encontrada no exercício do direito comparado. A importância dos contratos de parceria público-privada para a Administração Pública brasileira remonta à sua origem no direito internacional, mesmo que incerta sua autoria intelectual.

De acordo com Diogo Rosenthal Coutinho³², “as PPPs são produto de construções político-institucionais variadas, e foram desenvolvidas em nível local, regional, nacional e supranacional, como na União Europeia”. Esclarece ainda o autor³³ que, embora seja difícil indicar onde exatamente surgiu, é cediço que o Reino Unido assumiu certo pioneirismo na institucionalização jurídica do instituto com a implementação do programa político-econômico denominado *Private Finance Initiative*, inaugurado no início da década de 1990 para permitir a realização da agenda liberal do governo de Margareth Thatcher, em função da escassez de recursos financeiros do Estado.

Nesse sentido, afirma Carlos Ari Sunfeld³⁴ que o modelo adotado pela legislação brasileira tem o objetivo de atrair para os serviços públicos os recursos disponíveis na esfera

³¹ Ibidem.

³² COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas Experiências Internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

³³ Ibidem, p. 51.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.



privada via contratos estáveis e de longa duração sem a necessidade de transferir a titularidade do serviço ao investidor privado. Segundo o autor³⁵:

[...] as parcerias público-privadas são múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral [...].

Ou seja, em 2002, quando se cogitou da necessidade de editar uma legislação aos moldes das bem-sucedidas parcerias público-privadas em vigor no cenário europeu, o Brasil já contava com o regime jurídico das concessões tradicionais de serviço público, disciplinada pela Lei nº 8.987/95³⁶. A partir disso, conforme prescreve Sundfeld³⁷, o desafio era bem menor, uma vez que era necessário apenas complementar a legislação vigente para permitir a realização de contratos específicos, que até então eram inadmissíveis seja por lacuna normativa, seja por proibição expressa.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, três características fundamentais diferenciam as novas modalidades do regime das parcerias público-privadas da concessão comum, são elas: a) o compartilhamento de riscos, que configura um reforço da solidariedade para os contratos em geral, principalmente para aqueles de grandes investimentos e longa duração; b) o estabelecimento de garantias das obrigações pecuniárias do parceiro público ao privado, devendo ser compatíveis aos riscos assumidos; e c) a pré-constituição de sociedade de propósito específico para gerir o objeto do contrato.

Tendo em vista sua natureza de contrato de concessão especial de serviço público, as parcerias público-privadas vieram suprir as necessidades da legislação até então vigente. Como a remuneração das concessões tradicionais advém da exploração comercial do objeto do contrato, os serviços cuja prestação não oferecia um retorno financeiro certo e imediato ficaram prejudicados. Então, para atrair a iniciativa privada, o legislador ordinário propôs a criação de uma figura contratual mais estável, assegurando os investimentos de grande vulto por meio de contraprestação pecuniária do poder público, acordos de longa duração temporal e, principalmente, repartição dos riscos referentes ao financiamento do projeto.

Enfim, com a redução dos recursos orçamentários devido ao crescente endividamento, o Estado teve que recorrer a métodos mais eficientes para garantir a consecução das prestações sociais contidas na ordem constitucional. Assim, inspirada nos

³⁵ Ibidem, p. 25.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 16.

³⁷ SUNDFELD, op. cit., p. 23.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].



preceitos da gestão empresarial, surgiram, no âmbito da atividade estatal, as práticas da administração gerencial. As parcerias público-privadas representam um recurso à administração gerencial na medida em que expressam com maior vigor dois de seus fundamentos, a descentralização organizacional e a adoção de métodos flexíveis de gestão.

CONCLUSÃO

Inspirada nos preceitos garantistas do Estado Social, a Constituição Federal de 1988³⁹ resguardou em seu texto diversos direitos à população, entre eles, conforme dispõe o *caput* do art. 175, a incumbência de o ente estatal prestar serviços públicos para o atendimento das necessidades sociais. Nesse cenário, é preciso não só o investimento massivo, mas também a fundação de um aparato técnico diversificado para evitar o desperdício de recursos públicos.

No decorrer deste trabalho, foi demonstrado que os fundamentos da administração patrimonial e da administração burocrática estão ultrapassados. Para alcançar resultados mais satisfatórios na prestação dos serviços públicos, o Estado deve adotar práticas mais desconcentradas, atraindo para a Administração Pública os mandamentos e os recursos disponíveis da iniciativa privada. Tal ideal deriva de uma concepção mais moderna da gestão dos recursos públicos, constituindo a denominada administração gerencial.

No Brasil, a adoção da administração gerencial no âmbito da Administração Pública deteve um caráter fortemente colaborativo. Para atrair o investimento da iniciativa privada, o poder público passou a estabelecer vínculos jurídicos com agentes privados por meio de acordo de vontades, fazendo surgir, com isso, os contratos administrativos para delegação da execução de serviços públicos.

Entres esses ajustes, a instituição dos contratos de parceria público-privada representou um importante instrumento de associação. As PPPs foram criadas para suprir uma necessidade superveniente, uma vez que as concessões comuns não deram conta de atrair a iniciativa privada para aqueles serviços de natureza acentuadamente deficitária, cuja margem de lucro não justificaria o investimento requerido. Assim, com o advento das PPPs, o parceiro público pôde compartilhar os riscos do empreendimento com o parceiro privado.

Conforme exposto anteriormente, as parcerias público-privadas têm natureza de contrato de concessão, devendo prever direitos e obrigações recíprocas no âmbito da relação

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 jan. 2020.



jurídica. Nesse sentido, o termo “parceria” parece ser tecnicamente inadequado. Entretanto, não se pode negar a existência de uma pretensão associativa, isso porque a prestação de serviço público adequado e satisfatório é considerado um objetivo comum entre o Estado, a sociedade civil e o concessionário. Ou seja, mais do que um ajuste recíproco de vontades, o contrato de concessão visa obter a colaboração dos particulares para consecução do bem-comum.

Enfim, com a implantação de um modelo administrativo gerencial, o Estado procurou não só delimitar precisamente seus objetivos, mas também adotar métodos mais flexíveis de gestão, voltados para o alcance de resultados favoráveis. A Administração Pública passou, então, a atuar de forma mais descentralizada, de modo que o setor privado pudesse colaborar com a missão do poder público.

A celebração dos contratos de parceria público-privada conta com a vantagem de proporcionar a redução dos gastos públicos e a flexibilização dos processos administrativos, visto que a prestação do serviço por pessoa jurídica de direito privado não se submete às formalidades que frequentemente dificultam o exercício regular das atividades da Administração Pública, atendendo prontamente ao preceito administrativo mais moderno, o princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 9.491*, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 jan. 2020.



_____. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. *Lei nº 13.019*, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2016.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas Experiências Internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, [e-book].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 12. ed. rev. atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME NA CONDUTA DE INVADIR O DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO PARA AVERIGUAR TRAIÇÃO

Ian Victor Moreira Tadeu de Soares

Graduado pela Faculdade de Direito Unilasalle-RJ. Advogado.

Resumo – a tecnologia tem aberto diversas formas de interações entre os indivíduos, como as por meio de dispositivos eletrônicos. Isso tem impactado o mundo todo, inclusive as relações conjugais. Cada vez mais tem se tornado comum encontrar casais discutindo acerca das mensagens recebidas por meio de tais dispositivos, uma vez que algumas são extremamente comprometedoras, podendo algumas serem tão graves a ponto de colocarem fim aos relacionamentos. Por conta dessas situações, muito tem se discutido se é possível criminalizar o cônjuge que invade o dispositivo de seu companheiro, sem o seu consentimento, principalmente, com o objetivo de saciar a sua curiosidade sobre a fidelidade de seu parceiro. A essência do trabalho é abordar se tal conduta está tipificada no Código Penal atual, e caso não esteja, se há a possibilidade e a necessidade de o Estado intervir para a sua tipificação.

Palavras-chave – Direito Penal. Traição. Invasão de dispositivo.

Sumário – Introdução. 1. A tutela dos bens jurídicos no Direito Penal. 2. Intervenção estatal no âmbito virtual atinente às relações conjugais: abusivo ou necessário? 3. A possibilidade jurídica de caracterização de crime na invasão do dispositivo do companheiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de configuração de crime na conduta de invadir o dispositivo do companheiro para averiguar traição. Procura-se discutir se há a necessidade de regular, de forma mais invasiva, as relações privadas, especificamente, as relações amorosas para que se tenha uma maior tutela da privacidade. Além disso, busca-se discutir se a curiosidade do companheiro em saber se foi traído deve prevalecer sob o direito de privacidade e intimidade do outro.

Nesse sentido serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o escopo de analisar se a proteção aos direitos da intimidade e da privacidade deve atingir ao âmbito das relações amorosas de forma rigorosa, na hipótese de invasão de dispositivo.

Muitos casais têm invadido o dispositivo uns dos outros para verificar informações comprometedoras, devido à falta de confiança na relação. Contudo, tal situação não é regulada de forma específica pelo Direito brasileiro, o que suscita algumas indagações, tais como: É possível afastar a aplicação do crime de invasão do dispositivo, art. 154-A, CP, nesse caso? É



necessária a implementação um novo tipo penal específico para tal situação? Há algum impedimento prático ou teórico para aplicar outros ramos do direito ao direito de família?

O presente tema que vem sido debatido de diversas formas, além de ser uma dúvida que enraíza a mente das pessoas.

O trabalho tem o escopo de comprovar que há a violação da intimidade e privacidade quando há invasão do celular do companheiro, quando não houver qualquer tipo de autorização, mas que eles devem ser relativizados, uma vez que não há princípio absoluto. Busca-se também analisar a possibilidade de não incidir o crime disposto no art. 154-A, do CP, caso não haja autorização dada pelo companheiro para o celular seja utilizado. Ademais, busca-se discutir se há a desnecessidade de implementação de uma nova tipicidade legal para tal fato.

O primeiro capítulo consiste em explicar a tutela de bens jurídicos no Direito Penal, parte essencial para que haja uma melhor compreensão de como o ramo penalista do direito trabalha com o tema tratado, uma vez que nele são regidos os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

No segundo capítulo será analisado se a intervenção estatal no âmbito virtual atinente às relações conjugais é abusiva ou necessária, tendo em vista que é um dos pontos cruciais para que possa concluir se há a necessidade de uma maior proteção à intimidade e à privacidade nas relações conjugais.

Já o terceiro capítulo busca tratar acerca da possibilidade jurídica de caracterização de crime na invasão do dispositivo do companheiro, pois este é o principal ponto do tema trabalhado. Para tanto, neste capítulo será analisado se tal fato poderia ser encaixado ou não no art. 154-A, do CP, e caso não seja, se há necessidade de implementação de um novo tipo penal para regulá-lo.

O desenvolvimento da pesquisa será realizado pelo método hipotético-dedutivo, porque no presente trabalho busca-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais são cabíveis para a análise do objeto estudado, com o condão de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Nesse contexto, o objeto desta pesquisa jurídica será a pesquisa qualitativa, uma vez que é pretendido se valer da bibliografia relacionada, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, seja por lei, doutrina e jurisprudência, para que haja o embasamento da tese firmada.

1. A TUTELA DO BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL

O direito penal é o conjunto de normas que busca definir as infrações penais e cominar as suas respectivas sanções, estabelecendo princípios que regulam a atividade penal do Poder Público. Segundo Rogério Greco¹, o Direito Penal pode ser entendido como sendo:

[...] o conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda a legislação penal extravagante, desde que esta não disponha expressamente de modo contrário [...]

A finalidade primordial do Direito Penal é a defesa dos bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade. Ressalte-se que para o melhor entendimento da função do direito penal, faz-se necessário definir o princípio da fragmentariedade. O princípio da fragmentariedade pode ser entendido como o paradigma da intervenção mínima do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos, ou seja, ele só vai agir quando houver lesão grave ao bem jurídico fundamental à sociedade.

Não se pode olvidar da existência de outro princípio basilar para o entendimento do direito penal: o princípio da subsidiariedade. Tal princípio garante que a atuação do Direito Penal apenas se dê quando os outros ramos do Direito mostrarem-se insuficientes para tutelar a vida em sociedade; Logo, ele apenas poderá ser aplicado quando não existirem outros meios de proteção menos gravosos para tutelar determinados bens jurídicos, uma vez que é sabido que a privação da liberdade do indivíduo sempre deve ser o último meio a ser aplicado.

Assim, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal busca proteger bens fundamentais que não são suficientemente tutelados pelos demais ramos do direito, e não sendo mais necessária tal tutela, deve-se afastá-lo para que os demais ramos assumam.

Visando ao Estado Democrático de Direito, é inadmissível que a atividade legislativa do Estado se dê de forma ilimitada. Na esfera penal há diversas limitações, principalmente principiológicas, ao poder punitivo estatal, tais como: a) A Constituição Federal, no que tange aos princípios basilares do Direito; b) a observância dos princípios que ligam o Direito Penal ao ordenamento jurídico como um todo; c) a base principiológica que estrutura e legitima o

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, p.1.



Direito Penal. Ausentes tais limites jurídicos, não haveria se falar em Estado Democrático de Direito, pois haveria o autoritarismo desenfreado do Direito Penal.²

Ainda sobre a limitação do poder do Estado, deve-se ressaltar que pelo princípio da legalidade, expresso no art. 1º, do Código Penal³, não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal. É verificado nesse referido princípio, além de limitador do papel punitivo do Estado, como sendo o protetor do cidadão contra os poderes constituídos, o que defende os direitos individuais e a autonomia de vontade das pessoas que integram o Estado.

Dito isso, faz-se necessária, então, a seleção dos bens jurídicos pelo legislador que merecem proteção pelo direito penal. Muito embora tal escolha dos bens jurídicos a serem tutelados seja evitada de caráter subjetivo, que a primeiro momento aparenta comprometer a sua própria validade, é indispensável que haja a existência de tal, pois trata-se de característica inerente à pessoa humana do legislador.

A principal fonte do Direito Penal é a Constituição Federal, pois nela são abrigados os princípios e normas norteadoras do Estado Democrático de Direito. De acordo com Paulo de Souza Queiroz⁴:

[...] é a Constituição que delinea o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (particularmente, arts. 1º ao 5º da CF) que vão governar a sua atuação. Logo, como manifestação da soberania do Estado, o Direito e, em especial, o Direito Penal partem da anatomia política (Focault), devem expressar essa conformação político-jurídica (estatal) ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, devem traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais constitui, como ressalta Gómez de la Torre, o núcleo específico de legitimação e limite da intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas.

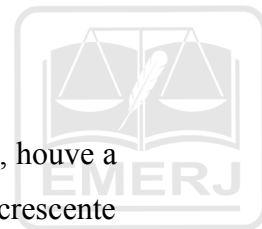
Segundo Rogério Greco⁵, a Constituição Federal exerce um duplo papel, pois de um lado busca orientar o legislador, que o faz eleger valores indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, seguindo a concepção garantista do Direito Penal, impede que o legislador proíba ou imponha determinados comportamentos violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Carta Magna.

² COSTA, Álvaro Mayrink. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011, p.7.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 07 out. 2019.

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17- 18.

⁵ GRECO, op. cit., p. 4.



No que tange a tutela da vida privada no âmbito penal-virtual, recentemente, houve a criação de diversas leis que visam a proteção direta e específica para tal. Com o crescente número de situações de violação da intimidade ou privacidade estabelecidos em toda a sociedade no meio eletrônico, há uma necessidade de impor sanção penal adequada para tais condutas. Como exemplo, tem-se a clássica e comum situação da divulgação na internet de cenas íntimas de pessoas. Com a criação da Lei de nº 13.718/2018⁶, em que passou a ser o crime o fato de a pessoa divulgar/compartilhar cenas de estupro, que faça apologia a essa prática, bem como o fato de repassar foto ou vídeos de cenas de sexo, nudez ou pornografia, sem a autorização da pessoa. A tutela penal da intimidade nada mais é do que a proteção que esse bem jurídico de vital importância recebe do direito penal.

Contudo, por mais importante que seja nenhum direito constitucional é absoluto. Assim, é sabido que sem os direitos da intimidade e da privacidade, a personalidade das pessoas encontraria em grave risco, ainda mais no âmbito virtual. Há, porém, outros direitos que também são protegidos pelo ordenamento jurídico, sendo o direito à liberdade um dos mais importantes para a sociedade, presente inclusive no art. 5º, caput da Constituição Federal⁷. De tal modo, há situações que os direitos da intimidade e da vida privada devem ceder quando colidirem com outros direitos tão ou mais importantes, fazendo, assim, o uso da ponderação, sopesando tais direitos em cada caso concreto para saber qual deles prevalecerá.

2. INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO VIRTUAL CONCERNENTES ÀS RELAÇÕES CONJUGAIS: ABUSIVO OU NECESSÁRIO?

No âmbito conjugal há o dever de fidelidade recíproca, instituído pelo Estado, estabelecendo a monogamia, com o objetivo de garantir a legitimidade da prole, nos moldes dos dizeres de Maria Berenice Dias⁸:

O interesse do Estado na manutenção da família como base da sociedade procura amarrar todas as pessoas dentro de uma estrutura familiar. Por isso gera presunções de paternidade. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal. Para dar sustentação a essa verdade ficta, sente-se o Estado autorizado a impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento. Assim, acaba por obrigar à fidelidade como forma de garantir a legitimidade da pro-

⁶ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 242.



le. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial, para assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos seus “legítimos sucessores”.

Em contrassenso à fidelidade, há a existência da infidelidade, que de acordo com Feldman⁹, diz respeito para a maioria das pessoas ao ato de se estabelecer uma nova relação amorosa (ou relações amorosas), quando já se está comprometido em uma relação anterior com vínculo de afeto.

Insta salientar que atualmente tal ato não está ligado mais apenas a um novo relacionamento amoroso, haja vista que é possível ser infiel por meio de encontros casuais ou até mesmo o sexo virtual por meio de computadores ou até mesmo celulares.

De acordo com o psicólogo Ailton Amélio da Silva¹⁰ “A definição para traição é enganar o outro, tanto na área amorosa como na sexual”. Afirma ainda que “O que caracteriza uma traição é estar enganando. O flerte na internet é o primeiro passo para a traição ir para o mundo real”.

Ressalte-se que no Brasil, com o surgimento da Lei de nº 11.106/2005, ocorreu o abolitio criminis do adultério, não cabendo mais ao Direito Penal se imiscuir casos de cônjuges infiéis. Já em âmbito cível, somente perdeu a sua relevância, com a extinção da discussão de culpa no fim do relacionamento conjugal, com o surgimento da Emenda Constitucional 66/2010.

De acordo com especialistas sobre o assunto¹¹, o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp tem aumentado de forma drástica por conta das facilidades comunicativas trazidas por ele. Em poucos toques no smartphone é possível se comunicar com qualquer pessoa ao redor do mundo, o que por conseguinte, facilita e muito, as possibilidades de uma pessoa de fidelidade duvidosa se interessar por outra e acabar traindo o seu parceiro.

Resta-se indubitável, portanto, que a infidelidade toma conta da população brasileira de diversas formas, sendo observada de forma exponencial no âmbito virtual. Ademais, insta salientar que não obstante o crime de adultério tenha sido banido do ordenamento jurídico, o

⁹ FELDMAN, C. *Sobrevivendo à traição. Incluindo poemas de Cláudia Myriam Botelho*. 4 ed. Belo Horizonte: Crescer. 2005.

¹⁰ BRENTANO, Laura. *Encarada como 'game', paquera virtual vira vício e redefine a traição*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-namorados/2011/noticia/2011/06/encarada-como-game-paquera-virtual-vira-vicio-e-redefine-traicao.html>> Acesso em: 02 mar. 2020

¹¹ GOIS, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>> Acesso em: 02 mar. 2020

crime de bigamia ainda é previsto, o que demonstra que a infidelidade ainda continua sendo um dever conjugal.¹²

Segundo o art.1.513 do Código Civil¹³, é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Neste diapasão, seguindo o referido dispositivo, é possível visualizar o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, em que mesmo que seja dever do estado intervir no âmbito das relações familiares para garantir a proteção dos indivíduos, tal intervenção deve ocorrer de forma moderada, apenas para garantir a vontade dos membros da família sem intervir no âmbito da autonomia privada.

De acordo com Leandro Barreto Moreira Alves¹⁴, o Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse implementar direitos fundamentais da pessoa humana.

Entende-se, pois, que o Estado deve criar mecanismos que possibilitem os indivíduos a obterem uma maior amplitude de direitos fundamentais, sempre em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵ entendem que:

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade da autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre foi lhe estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se, inclusive, que venha, em futuro próximo, a cuidar, com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação).

Nas relações familiares, a regra é autonomia privada, com a liberdade da atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Não se pode deixar de trazer à baila o art. 226, §7º da Constituição Federal¹⁶, que salienta que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

¹² DIAS, op. cit., p. 243.

¹³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.

¹⁴ ALVES, Leandro Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: JusPodivm 2016, p. 48.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.



educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Logo, pode-se concluir que o referido Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família tem como escopo garantir o direito de autodeterminação e autogerenciamento da célula familiar, com base na ideia de que o ser humano tem a capacidade de entender o que é melhor para si, desde que não interfira no direito alheio.

Dessa forma, a atuação interventiva do Estado também está limitada no âmbito virtual, haja vista que a sociedade está em constante evolução, devendo a hermenêutica jurídica segui-la. Além disso não há quaisquer ressalvas nos dispositivos supracitados no que tange o âmbito de sua eficácia, ou seja, não havendo distinção entre o ambiente físico ou virtual.

O Estado, porém, deve atuar de forma incisiva e coerciva quando houver violações maiores, que prejudiquem terceiros. Nesse diapasão, o ponto certo é analisar cada caso de forma isolada, sempre observando a isonomia em seus mais diversos sentidos.

Ainda sobre a análise dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, não se pode deixar de falar acerca da tutela do direito de família. Há na Constituição, em seu artigo 226¹⁷, o dever do Estado de proteger a família. De acordo com Jaques Penteado¹⁸:

[...] a elevada valoração da família justifica que os principais elementos de sua composição e dinâmica mereçam proteção jurídico-penal e, assim, os bens e interesses tratados pelos direitos dos povos e agasalhados nas suas constituições recebem tratamento criminal com o fito de empregada a sanção punitiva, estimular-se o comportamento humano compatível com o respeito daqueles valores [...].

Sendo assim, indo de acordo com o entendimento do renomado autor, a família é também um dos bens jurídicos do qual o Direito Penal não pode deixar de lado, devendo preservá-la, seja ela matrimonial ou extramatrimonial.

Contudo, deve-se tomar cuidado para não extrapolar o viés da razoabilidade e proporcionalidade, bem como outros princípios basilares do Direito penal, para que não ocorra o autoritarismo estatal, e assim, por conseguinte, a ruptura com o Estado Democrático de Direito.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PENTEADO, Jaques de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.32.

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAÇÃO DE CRIME NA INVASÃO DO DISPOSITIVO DO COMPANHEIRO

A Lei nº 12.737/2012¹⁹, alcunhada de “Lei Carolina Dieckmann”, em alusão à famosa atriz brasileira que, em maio de 2012, teve fotos íntimas publicadas indevidamente na Internet, obtidas por “hackers” que invadiram seu computador, foi sancionada em 30 de novembro de 2012 pela ex-presidente Dilma Rousseff, trazendo profundas alterações ao Código Penal Brasileiro. Dentre as principais novas condutas que passaram a ser tipificadas e introduzidas no Código Penal, destaca-se a “invasão de dispositivo informático”, prevista no Art. 2º da retromencionada lei²⁰.

Segundo o referido artigo do atual Código Penal brasileiro²¹, o crime de invasão de dispositivo informático é configurado quando há a invasão do “dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.”

Para melhor entender o que os termos “dados” ou “informações” constantes no mencionado artigo, faz-se imperioso trazer à baila o entendimento do renomado jurista brasileiro Vicente de Paula Rodrigues Maggio²² :

Os termos dados ou informações foram utilizados pelo legislador como sinônimos e de forma ampla para significar tudo aquilo que a vítima possa armazenar em um dispositivo informático (exemplos: contas e senhas bancárias, fotos, vídeos, arquivos de áudio, correspondências em geral etc.). Da mesma forma, dispositivo informático significa qualquer hardware (parte sólida de um dispositivo informático específico ou assemelhado) capaz de armazenar dados e informações (exemplos: computadores, discos externos, smartphones, celulares comuns, pendrives etc.).

Segundo Maggio²³, o tal crime é um tipo misto alternativo, em que o agente por um único crime realiza uma ou mais condutas típicas, uma vez que o referido tipo penal fica configurado pelos verbos invadir (entrar, tomar conhecimento ou acessar sem permissão) e insta-

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

²¹ Ibidem.

²² MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A*. Jus Brasil. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942478/novo-crime-invasao-de-dispositivo-informatico-cp-art-154-a>>. Acesso em: 11 mar. de 2020.

²³ Ibidem.



lar (baixar, copiar ou salvar sem permissão), tendo como objeto material as informações e dados armazenados.

Para entender ainda melhor como funciona o referido dispositivo, Maggio²⁴ aduz que se trata crime formal, cuja consumação ocorre independentemente da produção do resultado naturalístico consistente na efetiva obtenção, e caso haja, será apenas mero exaurimento. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente realiza qualquer tipo penal presente no art. 154-A, do Código Penal²⁵.

Ressalte-se, porém, que quando há o consentimento do ofendido, com a observância de todos os seus requisitos – a existência de bem jurídico disponível, o consentimento ser válido e realizado de forma livre e consciente por pessoa capaz, bem como este ser anterior ou simultâneo entre a lesão ao bem jurídico-, não há tal crime.

Saliente-se que o consentimento do ofendido é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Todavia, é necessário tomar cuidado para não o extrapolar, como bem salienta Pierangeli²⁶ no seguinte trecho:

No que toca à proibição de excesso, tem-se que a conduta do sujeito deve sempre respeitar os limites impostos pela causa justificante. Se o agente ultrapassar a seara do consentido pelo ofendido, desvaliosa será a sua conduta, uma vez que violadora da finalidade protetiva do sistema legal, e portanto, passível de censura quanto ao excesso.

Segundo o estudo da empresa Kaspersky²⁷, o número de usuários que sofreram pelo menos uma tentativa de instalação dos chamados *stalkerware* (programas comerciais usados como ferramentas de espionagem) ultrapassou 37.000 casos nos oito primeiros meses de 2019 (janeiro a agosto), o que representa um acréscimo de 35% em relação ao mesmo período em 2018.

De acordo ainda com a Kaspersky²⁸, os programas espiões contêm funcionalidades para invadir a vida pessoal das pessoas, sendo possível qualquer pessoa acessar qualquer dado pessoal de outra, inclusive em tempo real. Ela aduz ainda, que tais programas são executados

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 58

²⁷ KASPERSKY. Kaspersky: tentativa de espionagem cresce 228% no Brasil. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2019_kaspersky-tentativa-de-espionagem-cresce-228-no-brasil>. Acesso em: 24 mai. 2020.

²⁸ Ibidem.

em segundo plano para permanecer ocultos e são instalados sem o conhecimento ou o consentimento do dono do dispositivo, que em muitos casos trata-se do parceiro.

Logo, com a citada pesquisa verifica-se um aumento desenfreado de casos envolvendo invasões em dispositivos alheios, e que na maioria deles tratam-se dos próprios companheiros querendo investigar sobre o outro.

E, dessa forma, alguns juristas, como, por exemplo, o Guilherme Guimarães²⁹, advogado da área digital e especialista em Segurança da Informação, dando uma interpretação literal ao art. 154-A do Código Penal³⁰, entende que o cônjuge que, sem autorização, invadir ou instalar programa para acessar remotamente um dispositivo poderá incidir no crime previsto no art. 154-A do Código Penal: "Pela Constituição Federal, a vida privada e a intimidade de uma pessoa são direitos fundamentais. Se o cônjuge instalar software para interceptar o fluxo dos pacotes de dados que trafegam pela internet sem a devida autorização judicial, incorrerá em crime previsto na Lei nº 9.296/96, que é interceptação de comunicações de informática sem autorização judicial", explica.

Apesar de ser incontroversa a necessidade da existência do referido tipo penal para a proteção da sociedade contra ataques de *hackers* por pessoas desconhecidas, faz-se mister pensar por outro viés, em um que os cônjuges estariam excluídos da incidência do crime de invasão ao dispositivo, uma vez que por compartilharem suas vidas juntos, formarem uma família, cuja definição desta é deveras ampla para a Constituição Federal³¹, em seu art. 226, se sobrepõem aos direitos de intimidade e de privacidade da vida alheia.

Não há se falar em consentimento do ofendido para que não haja a incidência do mencionado crime em relação aos cônjuges, tampouco da necessidade da tutela penal para regular tal questão, haja vista que os direitos à intimidade e vida privada não são absolutos, e devem relativizados em prol à manutenção da família.

Para melhor compreender a importância da família aos olhos do Direito, é necessário trazer à baila a figura das escusas absolutórias. De acordo com Bittencourt³², o instituto da escusa absolutória tem resquícios primitivos no Direito Romano, que tinha como um de seus princípios base a copropriedade familiar, não sendo, assim, possível a ação penal nos casos

²⁹ VIEIRA, Nathan. *Acessar o celular do parceiro sem consentimento é crime?* Canal Tech. Disponível em <<https://canaltech.com.br/internet/acessar-o-celular-do-parceiro-sem-consentimento-e-crime-154769/>> Acesso em: 24 mai. 2020.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.384.



em que o autor fosse filho ou cônjuge da vítima. Posteriormente, segundo Ana Luiza Ferro³³, a evolução do Direito Romano tenha afastado o princípio da copropriedade, as ideias da escusa absolutória não foram desfiguradas, passando a existir por outro motivo, qual seja, o resguardo das relações familiares, interesse este considerado superior ao interesse punitivo de alguns delitos.

Saliente-se, assim, que o próprio Código Penal³⁴ traz a figura das escusas absolutórias nos crimes patrimoniais, em seu art. 181, excluindo a punibilidade dos agentes elencados. Diante disso, é possível verificar que o legislador penal fez uma inequívoca opção: a família é mais importante e, dessa forma, merece maior proteção do que o patrimônio do lesado.

Ressalte-se que mesmo em uma sociedade capitalista, em que há um grande apego por coisas materiais em detrimento das sentimentais, a lei foi clara em dar prioridade à família.

Ademais, saliente-se que se toda lei fosse interpretada de forma literal, não haveria necessidade da existência do estudo da hermenêutica jurídica, tampouco a existência da jurisprudência em si.

Portanto, vale a pena desestruturar toda uma família por conta de uma simples espionada no dispositivo do companheiro? Apesar de o direito à intimidade, bem como o direito à privacidade serem direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, a família deve prevalecer, pois é ela que é a base de toda a sociedade, conforme o seu próprio art. 226 preceitua.

Ainda sobre família, Caio Mário³⁵ entende que família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; já em sentido estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Saliente-se ainda que não seria viável ao Estado se imiscuir em questões familiares desse âmago, pois estaria extrapolando os limites constitucionais, se tornando abusivo e autoritário, contrariando o próprio Estado Democrático de Direito. Ressalte-se que o direito penal somente pode ser utilizado em *Ultima Ratio*, por conta do seu princípio da fragmentariedade.

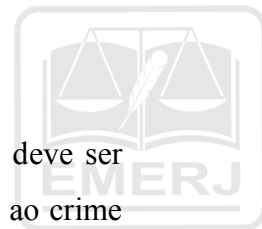
Logo, faz-se necessário dar uma interpretação sistemática e teleológica ao artigo 154-A, do Código Penal³⁶, para que os cônjuges não sejam incluídos como sujeitos ativos do

³³ FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas Absolutórias no Direito Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.6.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.



crime. Não se pode olvidar que para que se tenha justiça, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como todo, e não de forma isolada, como muitos tem feito em relação ao crime em análise.

CONCLUSÃO

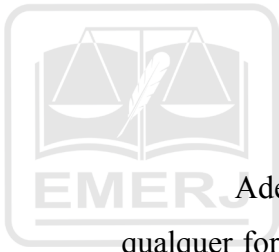
Este trabalho foi resultado de pesquisa essencialmente bibliográfica sobre a possibilidade de configuração de crime na conduta de invadir o dispositivo do companheiro para averiguar traição. Foi percebido ao longo dele que o tema tratado é controvertido, e que qualquer intervenção estatal na vida privada deve ser realizada somente em casos extremos.

No primeiro capítulo foi chegou-se à conclusão de que o direito penal deve sempre respeitar o princípio da fragmentariedade, sendo este o paradigma da intervenção mínima do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos, agindo sempre em *Ultima Ratio*, ou seja, quando mais nenhuma modalidade do Direito é capaz de protegê-los.

Além disso a proteção pelo Direito Penal é necessária no âmbito familiar sendo exceção do princípio da fragmentariedade, pois além de ser considerado um bem jurídico de suma importância para toda a sociedade, é necessária a sua atuação para a preservação da entidade familiar em determinados casos. Contudo essa proteção deve ser de forma dosada, sempre com cautela extrema para não colidir com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como outras bases que formam o Direito.

No segundo capítulo foi discutido se há necessidade de intervenção estatal nas relações conjugais no âmbito virtual. Para tanto, foi analisado se ainda subsiste o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, instituído pelo Estado. A conclusão alcançada foi de que mesmo com a questão do adultério ter sido deixada de ser tratada de forma direta em âmbito civil e penal, ela ainda subsiste de forma indireta, como é observado no caso do crime de bigamia, presente no Código Penal, e que, portanto, o dever de fidelidade recíproca ainda é protegido pelo ordenamento jurídico.

No decorrer do retromencionado capítulo, para responder a sua questão principal, foi ainda trazido o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, em que mesmo que seja dever do estado intervir no âmbito das relações familiares para garantir a proteção dos indivíduos, sua intervenção deve ser dada de forma moderada, seja em âmbito virtual ou não.



Ademais, foi concluído que o Estado deve atuar de forma incisiva e coerciva, seja qualquer for o âmbito, quando houver violações graves, que firam a esfera jurídica de terceiros, devendo para isso, ser analisado cada caso de forma isonômica.

No último capítulo foi tratado sobre a questão chave do trabalho, se há a possibilidade de se caracterizar crime na invasão do dispositivo do companheiro. Para isso foram tratadas diversas questões sobre o crime de invasão do dispositivo alheio, disposto no art. 154-A, do Código Penal, principalmente, de como deve ser dada a sua interpretação.

Foi demonstrado no decorrer do capítulo que a preservação da família possui uma grande força no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a base de toda a sociedade brasileira, tendo proteção constitucional. Inclusive, a própria lei claramente demonstra a sua importância frente aos bens materiais, o centro de uma sociedade capitalista, nas escusas absolutórias, presente o art. 181, do Código Penal.

Por conta disso, entendeu-se que o art. 154-A, do Código Penal, deve ter uma interpretação sistemática, observando todo o ordenamento jurídico, ao ponto de não englobar os cônjuges, haja vista que os direitos à intimidade e vida privada não são absolutos, e devem relativizados em prol à manutenção da família.

Saliente-se, assim, não cabe ao Estado intervir em questões familiares desse âmbito, pois estaria extrapolando os limites constitucionais, contrário ao Estado Democrático de Direito.

Logo, com o presente trabalho conclui-se que apesar disso ser uma certa violação de privacidade e intimidade do companheiro, tal conduta não pode ser considerada criminosa, isto é, o cônjuge que realiza isso com o outro não está violando as regras do Direito Penal por força do princípio da preservação da família. Dessa forma, também pode concluir que não há necessidade de o Estado tipificar isso como crime.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020

ALVES, Leandro Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: A Possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 11 mai. 2020

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRENTANO, Laura. *Encarada como 'game', paquera virtual vira vício e redefine a traição*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-namorados/2011/noticia/2011/06/encarada-como-game-paquera-virtual-vira-vicio-e-redefine-traicao.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos*. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FELDMAN, C. *Sobrevivendo à traição. Incluindo poemas de Cláudia Myriam Botelho*. 4 ed. Belo Horizonte: Crescer. 2005.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas Absolutórias no Direito Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOIS, Eric. *Aumenta o número de traições e divórcios por causa do WhatsApp*. Blasting News Brasil. Disponível em: <<https://br.blastingnews.com/tecnologia/2015/01/aumenta-o-numero-de-traicoes-e-divorcios-por-causa-do-whatsapp-00249685.html>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017.

KASPERSKY. Kaspersky: tentativa de espionagem cresce 228% no Brasil. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2019_kaspersky-tentativa-de-espionagem-cresce-228-no-brasil>. Acesso em: 24 mai. 2020.



MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A. *Jus Brasil*. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942478/novo-crime-invasao-de-dispositivo-informatico-cp-art-154-a>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

PENTEADO, Jaques de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, Nathan. Acessar o celular do parceiro sem consentimento é crime? Canal Tech. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/acessar-o-celular-do-parceiro-sem-consentimento-e-crime-154769/>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

LIMITES DA TRIBUTAÇÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

Iohan Rocha Trézze

Graduado pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – há uma falha muito sutil no sistema de proteção ao contribuinte brasileiro. O Princípio do Não Confisco, presente no art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), tem sido aplicado em unicidade pela doutrina e jurisprudência afim de proteger o contribuinte de eventuais efeitos confiscatórios da carga tributária individual. Contudo, esta interpretação tem se demonstrado ineficiente diante do atual quadro econômico brasileiro, além de não estar em conformidade com os princípios erigidos constitucionalmente para a atuação estatal. Assim, esta pesquisa tem por objetivo explicitar essas incongruências e propor uma nova interpretação para o Princípio do Não Confisco.

Palavras-chave – Direito Tributário. Princípios Tributários. Princípio do Não confisco.

Sumário – Introdução. 1. O Princípio do Não Confisco em sua atual interpretação. 2. Inadequação da atual interpretação acerca do Princípio do Não Confisco 3. Uma nova perspectiva sobre o Princípio do Não Confisco. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica debate a possibilidade de uma nova interpretação para o Princípio do não confisco. Procura-se demonstrar que a atual interpretação é ineficaz, pois falha em evitar a absorção da própria fonte tributada, cerne da norma e, como consequência, propõe-se neste trabalho uma perspectiva mais eficiente para sua aplicação, mais benéfica à economia do país.

Inicialmente destaca-se a natureza jurídica da norma constitucional que veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios para que, em seguida, debata-se se sua natureza é de princípio, regra ou se tal norma pertence a um terceiro grupo.

Para tanto, abordam-se as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da compreensão e aplicação do princípio, confrontando-as com recentes estudos que comprovam o excesso de carga tributária no Brasil, para, por fim, propor-se uma nova interpretação para ele.

Determina o art. 150, IV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 que é vedado utilizar tributos com efeito de confisco. Ao analisá-lo, doutrina e jurisprudência se limitam a afirmar que tal norma veda tributação que absorva a própria fonte



da tributação. No entanto, se limitam a analisá-la de um ponto de vista individual sem se atentar para a carga tributária total que incide sobre a sociedade.

Objetiva-se assim, comprovar a ineficácia da atual interpretação do princípio do não confisco e propor uma nova visão para ele.

Como consequência, as seguintes questões se fazem relevantes: É possível dizer que há efeito confiscatório na tributação levando-se em consideração a carga tributária incidente sobre a sociedade como um todo? Como é possível sustentar juridicamente e cientificamente que o princípio do não confisco deve englobar a proteção de efeitos confiscatórios da sociedade como um todo? Qual deve ser a nova interpretação do princípio do não confisco para proteger a sociedade de efeitos confiscatórios?

O tema é de grande relevância, pois a aplicação do princípio do não confisco à totalidade de tributação na sociedade pode ajudar a tornar mais eficiente a economia brasileira por evitar a absorção das forças econômicas sociais por meio dos tributos, tornando mais eficiente a economia.

O primeiro capítulo deste trabalho tem por objetivo apresentar o Princípio do Não Confisco de acordo com a interpretação majoritária da doutrina e jurisprudência predominantes sobre o tema. Logo após, demonstrará como tal princípio tem sido aplicado e evidenciará suas falhas teóricas.

O segundo capítulo ampliará o campo de discussão sobre a aplicação do Princípio do Não Confisco para a seara econômica, discutindo brevemente sobre suas repercussões e, após, ponderará sobre a legalidade da atual interpretação do Princípio do Não Confisco tendo em vista uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

Por fim, o terceiro capítulo terá como objetivo demonstrar uma nova interpretação para o Princípio do Não Confisco que esteja em conformidade com o sistema jurídico brasileiro. Também terá como objetivo demonstrar a possibilidade de sua aplicação, bem como exemplificará para demonstrar, ainda que brevemente, com esta nova interpretação funcionará.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, os 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, com objetivo exploratório do princípio do não confisco, descritivo quanto a seus defeitos e explicativo quanto à elaboração de uma nova interpretação para o mesmo. Para tanto, se desenvolverá por

meio de procedimentos de pesquisa bibliográficos e documentais.

1. O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO EM SUA ATUAL INTERPRETAÇÃO

Para o desenrolar deste trabalho impende estabelecer as bases teóricas sobre as quais se desenvolverá. Assim, é necessário esclarecer o que se entende por princípio do não confisco.

Robert Alexy¹, doutrinador alemão, enquadra os princípios, juntamente com as regras, na classe das normas. Para este autor² normas são comandos que dizem o que deve ser, sendo formuladas como expressões deônticas de dever, permissão ou proibição.

Por outro lado, regras e princípios podem distinguir-se por diversos critérios apontados por parte da doutrina, tais como o critério da generalidade, a forma de seu surgimento, o explícito caráter axiológico nos princípios, a referência a uma ideia de direito ou à lei jurídica suprema, bem como sua importância para o sistema jurídico.³

Sem negar tais critérios e incluindo-os ao seu próprio, o doutrinador determina como critério de distinção entre princípios e regras aquele que estabelece princípios como normas de otimização. Nas palavras do doutrinador⁴:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.

Desta forma, conclui-se que sob a ótica de Robert Alexy princípios são normas que diferenciam-se das regras por ter sua aplicabilidade restrita às possibilidades fáticas e jurídicas do ordenamento, não obstante terem como características a generalidade, o caráter axiológico e a influência sob as demais normas do ordenamento.

Resta agora estabelecer se a norma contida no art.150 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)⁵ pertence ao campo das regras ou princípios. A

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

² Ibid.

³ Ibid., p. 87-89.

⁴ Ibid., p. 90-91.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2020.



redação dada à referida norma é a seguinte⁶: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”.

Ao olhar mais atento uma contradição surge. Se a referida norma fosse de fato um princípio, este conteria apenas um valor e um consequência jurídica, contudo, pela sua própria redação⁷ percebe-se que o que há no ordenamento jurídico brasileiro é uma determinação, a proibição à utilização de tributos com efeitos confiscatórios.

Justamente por este aspecto a norma do art. 150, IV, da CRFB/88⁸ se aproxima das regras, que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Ou seja, ou há o respeito à proibição de tributação com efeitos confiscatórios ou esta norma está sendo desrespeitada.

Contudo, ainda assim ela não pode ser considerada como regra, pois a referida norma⁹ possui valor de fundamentalidade no campo do direito constitucional tributário além de possuir valor normogenético negativo, impedindo a criação de normas que ferem à vedação de criação de tributos confiscatórios.

Além disso, à vedação ao confisco tem como características uma ampla abertura semântica para sua interpretação, fato que impede que esta norma seja aplicada por subsunção como as regras são.

Refletindo sobre esta questão Luiz Felipe Silveira Difini¹⁰ chega à conclusão de que a norma contida no artigo art. 150, IV, da CRFB/88¹¹ é uma norma de colisão. Em suas palavras¹²:

Entre estas normas se encontra o objeto de nosso estudo: a norma constitucional que proíbe a utilização de tributo com efeito de confisco. Trata-se de norma de colisão: irá reger as colisões entre outros princípios e servirá à definição, em cada caso concreto, do princípio prevalente.

Nesta linha de raciocínio Difini¹³ conclui que, uma vez que a norma de Não Confisco presente na CRFB/88¹⁴ não é regra ou princípio, tampouco é norma de caráter dúplice; para

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. 2005. 438 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹² DIFINI, op. cit., p. 117.

¹³ Ibid., p. 119-120.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.



ele a norma que proíbe a utilização de tributo com efeito confiscatório deve reger a aplicação dos demais princípios, servindo como medida de ponderação desses. Deve ela ser considerada como norma de colisão.

Assim, sempre que existir tributação e, existindo princípios em conflito, como é o caso de frequente ocorrência entre o Princípio do Estado Social e o Princípio da Propriedade Privada, ambos previstos constitucionalmente¹⁵, a norma de Vedação ao Confisco¹⁶ deverá servir como base para a solução do referido conflito.

Tendo isso em mente, resta agora delimitar o conteúdo normativo do princípio do não confisco esclarecido pela doutrina e pela jurisprudência.

Ao analisar o referido princípio, presente no art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)¹⁷ a maior parte da doutrina afirma que tributação com efeitos confiscatórios é aquela excessiva, que absorve a própria fonte da tributação¹⁸.

Ainda nesta linha de raciocínio leciona Cláudio Carneiro¹⁹:

A expressão confisco é um conceito jurídico indeterminado. No entanto, a vedação da utilização de tributos com efeitos de confisco encontra previsão no art. 150, IV, da CRFB, pois preserva-se a tributação dentro dos limites da razoabilidade. Significa dizer que o tributo deve ser estabelecido em proporções razoáveis e suportáveis para o contribuinte, sem que seja excessivamente oneroso, anti-econômico, ou seja, que inviabilize o desenvolvimento de atividades econômicas capazes de produzir riquezas.

Também seguindo esta forma de pensar podem ser citados Kiyoshi Harada²⁰ e Ricardo Alexandre²¹.

Percebe-se então que o princípio do não confisco é conceituado como a vedação de efeitos confiscatórios, que por sua vez são compreendidos como a absorção excessiva de propriedade particular pelo Estado de maneira que absorva a própria fonte da tributação, assumindo caráter antieconômico.

Os tribunais pátrios seguem esta linha de raciocínio desenvolvida pela ciência jurídica, conforme se depreende do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143.

¹⁹ CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

²⁰ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 273.

²¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 175.



Inconstitucionalidade (ADI-MC) 2010/DF²²:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).

Assim, como visto, doutrina²³ e jurisprudência²⁴ majoritárias são uníssonas ao definir o conteúdo do referido princípio.

Contudo, em que pese os acertos e méritos oriundos de tal compreensão por parte da doutrina e jurisprudência, tal entendimento não é suficiente para a proteção dos indivíduos compreendidos como um todo, isto é, da sociedade propriamente dita, de efeitos confiscatórios da tributação.

Isto ocorre, porque ao analisar o excesso de tributação somente a partir de uma fonte tributada perde-se de vista a tributação total que incide sobre a sociedade, fazendo com que a eficácia do princípio em estudo fique aquém de sua teleologia, isto é, proteger a sociedade de excessos Estatais na tributação ao limitar o poder Estatal de tributar.

2. INADEQUAÇÃO DA ATUAL INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

Conforme analisado, o princípio do não confisco detém caráter de norma de colisão, portanto cabe a ela nortear a solução de conflitos entre princípios.

Quanto ao seu conteúdo, o Princípio do Não Confisco tem tido aplicação e interpretação uníssona pela jurisprudência e pela doutrina. Entende-se que tal princípio deve ser aplicado analisando-se individualmente as situações, verificando se a fonte tributada individualmente considerada tem suas forças econômicas exauridas pela cobrança estatal.

Mas será que apenas esta interpretação é suficiente para a proteção da sociedade contra os efeitos confiscatórios?

Em que pese os acertos desta interpretação, é preciso ter em mente que ela reflete apenas uma das faces do Princípio do Não Confisco. Isto é, atualmente ela apenas reflete a

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC n° 2010*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>> Acesso em: 03 jun. 2020.

²³ CARNEIRO, op. cit., p. 362; HARADA, op. cit., p. 273; ALEXANDRE, op. cit., p. 175.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.



proteção individual contra os efeitos confiscatórios da tributação, mas erra ao negligenciar proteção à sociedade contra a absorção de seu poder econômico.

É preciso atentar-se de que não é apenas o indivíduo que a Constituição almeja proteger, ela também pretende proteger a sociedade como um todo contra efeitos confiscatórios.

Os tributos adquiridos pelo Estado não podem ser em tamanha desproporção que acabem por não compensar pelos serviços que ele oferece. Aí está o efeito confiscatório, de exaurimento da própria fonte da tributação, de obstáculo para o desenvolvimento econômico do país.

Tais efeitos são visíveis por qualquer um. Desde o cidadão mais humilde, que por exemplo, sente dificuldade de arranjar emprego devido à escassez de vagas, fato que é ocasionado pelos altos custos de empreender no Brasil, até o meio acadêmico.

Neste sentido, o Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG, na sigla em inglês), fórum global criado em uma parceria entre o Governo do Brasil e o Programa da Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) já publicou ²⁵, tratando sobre a necessidade de uma reforma tributária, trabalho em que reconhecia a existência de defeitos na forma em que a tributação brasileira é feita, conforme se segue²⁶:

A avaliação de um sistema tributário é notoriamente controversa em muitos países. No caso do Brasil, a controvérsia é ainda mais complicada pelo fato de a carga tributária no país ter aumentado, significativamente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, de 23,4 por cento do Produto Interno Bruto (PIB), em 1988, para 33,6 por cento do PIB em 2005. Esse aumento ocorreu em prejuízo da eficiência e da equidade do sistema tributário, principalmente motivado pelo imperativo de se aumentar receitas durante episódios de ajustes fiscais de curto prazo, enquanto questões relacionadas à qualidade de tributação eram consideradas de menor prioridade.

Do meio acadêmico temos como exemplo o estudo realizado por pesquisadores da Universidade Federal de Pelotas e da IBMEC – Minas Gerais que fora publicado na revista *Economic Analysis of Law Review*²⁷.

Neste estudo os pesquisadores buscaram responder se a carga tributária brasileira estava além de seu nível ótimo. Ou seja, tal estudo foi desenvolvido para descobrir se é

²⁵ ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETT, Sergio Wulff. A necessidade de reforma tributária no Brasil – diretrizes para o avanço. Disponível em: <https://ipeig.org/pub/port/OP420PT_A_necessidade_de_reforma_tributaria_no_Brasil_diretrizes_para_o_avanco.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

²⁶ Ibid.

²⁷ CHIKIDA, Cláudio; FERNANDES, Rodrigo Nobre; ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de. A Carga Tributária Brasileira está além de seu Nível Ótimo? Medindo o Excesso de Governo no Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, nº 2, p. 1-21, Jul-Dez, 2017. Disponível em <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7475/pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2020.



positiva a relação entre o gasto estatal e o crescimento econômico brasileiro.

Em suas palavras²⁸:

A maior parte dos teóricos políticos e econômicos entende a necessidade de alguma forma de governo para garantir a propriedade privada, o cumprimento dos contratos, a oferta de bens públicos e para a realização de políticas públicas. Ou seja, a ação do governo gera externalidades positivas para a sociedade. Entretanto, também é reconhecido que existe uma tendência dos governos a serem ineficientes, corruptos e, na margem, gerarem um impacto negativo sobre a atividade econômica produtiva

Partindo de estudos que concluíam a existência da relação entre gasto público e atividade econômica os autores concluem positivamente pela sua existência e, por fim, afirmam²⁹:

O formato da curva de Armey reflete a existência de dois estágios na relação entre gasto público e atividade econômica. No primeiro estágio prevalece o argumento da existência de uma associação positiva entre gasto público e crescimento econômico, o que reflete os ganhos econômicos da existência de um governo. No segundo estágio, essa associação torna-se negativa devido à ineficiência dos novos gastos do governo. Assim o modelo teórico gera como resultado a existência de uma carga tributária ótima.

Os pesquisadores alertam³⁰ para o fato de que após determinada quantidade de gastos públicos a arrecadação estatal para de exercer influência positiva na economia, passando a diminuir o crescimento econômico do país:

Estas proposições são compatíveis com a idéia teórica da curva “BARS” que, de certa forma, incorpora a noção de que governos podem crowd-in ou crowd-out o bem-estar, conforme seu tamanho. Em outras palavras, estas hipóteses dão suporte à idéia de que existiria um tamanho ótimo para o governo e não é preciso muito para perceber que a estimação deste tamanho é importante para qualquer discussão acerca da economia de um país.

Por fim, ao calcular os dados sobre a economia brasileira e o tamanho estatal os pesquisadores chegaram à conclusão de que o tamanho do Estado brasileiro está acima do seu nível ótimo, conforme segue³¹:

Neste sentido, este artigo revisitou este tema, já explorado anteriormente em Shikida (2005), ampliando em dez anos a amostra original. Em contraste com a estimativa anterior – 32.36% (ou “118 dias de servidão”, na nomenclatura do Dia da Liberdade de Impostos) – a nova estimativa é de que este valor seria de 28.38% (“104 dias de

²⁸ Ibid., p. 17.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.



servidão”). Em outras palavras, dada a carga tributária de 33.74% em 2013 – as evidências seguem apontando para um tamanho do Estado acima do seu ótimo. Esse resultado é reforçado por todas as evidências empíricas conhecidas para o Brasil, independente do período de tempo ou da metodologia adotada.

Como uma proposta de política econômica os resultados indicam para a necessidade do governo reduzir os seus gastos.

Desta forma, ainda que com a melhor das intenções, os anseios arrecadatários exacerbados do Fisco acabam por interferir negativamente na economia, afetando a sociedade como um todo devido a sua ineficiência e gerando efeitos confiscatórios, pois absorve as forças econômicas e retira da fonte tributada, a sociedade, seu potencial econômico pleno.

Por fim, é preciso destacar que esse tipo de comportamento Estatal de maneira nenhuma é acobertada pelo ordenamento jurídico brasileiro e deve por ele ser reprimido a todo custo, pois é contrário ao sistema em vigor.

Deve-se ter em mente que arrecadação ineficiente é arrecadação ilegal. Isto, porque a Constituição Federal protege a sociedade contra o comportamento estatal ineficiente em seu art. 37³² quando determina que a administração pública direta deve seguir o princípio da eficiência.

Sobre o assunto, já lecionava José dos Santos Carvalho Filho³³:

Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços.

Que fique claro, porém, que valores relativos à seguridade social, por exemplo, também estão abrangidos pelo limite eficiente de tributação; o que se procura evitar, com o devido respeito a honrável Suprema Corte, são gastos exacerbados do dinheiro público, erros administrativos, como o caso notório de licitação milionária para compra de lagostas pelo Superior Tribunal Federal, ocorrido em 2019.

Além disso, ao ferir a economia, o Fisco está também desrespeitando o princípio da propriedade privada que rege a ordem econômica brasileira. Isto porque a propriedade privada é um direito de todos, não devendo o Estado interferir nela senão em último caso; e, conforme

³² BRASIL, op.cit., nota 5.

³³ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 84.



visto, o excesso na tributação acaba por afetar negativamente a economia, não justificando sua realização.

Conforme leciona o Ministro Gilmar Mendes³⁴:

A tributação pressupõe a propriedade privada, já que nela incide e dela se nutre. Por isso, não pode ser tão exacerbada, que venha a destruí-la, nem tão baixa, que não possa gerar as receitas necessárias para protegê-la, pois “Estado fiscal e economia de mercado implicam-se mutuamente”. Um Estado lastreado no tributo é, portanto, um Estado que necessariamente deve assegurar a propriedade privada.

Assim, não devem restar dúvidas de que o excesso na tributação propicia situações que ferem o art. 170 da Constituição³⁵ gerando danos ao patrimônio particular sem prestar, em contrapartida, um bem econômico correspondente.

Restando claros os efeitos confiscatórios dos tributos excessivos e sua ilegalidade diante de nosso sistema constitucional conclui-se que a interpretação que se dá ao Princípio do Não Confisco é insuficiente para cumprir o objetivo para o qual fora criado, devendo, portanto, assumir novos moldes para que tenha maior efetividade.

3. UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

Conforme analisado, existe uma clara inadequação entre a teleologia, os objetivos, do Princípio do Não Confisco e a maneira pela qual tem sido compreendido. Isto gera repercussões no momento de sua aplicação que reverberam para longe do campo exclusivamente jurídico, alcançando o campo econômico e, conseqüentemente, social.

Portanto, para que se alcancem os objetivos almejados com o referido princípio, se faz necessária uma nova interpretação deste, mas adequada aos fins propostos constitucionalmente.

Notou-se no capítulo anterior que a principal falha na interpretação e aplicação da referida norma tem sido em sua interpretação mais restrita do que deveria ser; notadamente o referido princípio acaba por defender apenas individualmente os indivíduos, falhando em proteger a sociedade como um todo dos efeitos confiscatórios de uma tributação excessiva considerando-se a carga tributária que incide na sociedade como um todo.

Ora, se a falha está em aplicar o Princípio do Não Confisco apenas em casos individuais, a solução está justamente em ampliar sua interpretação de maneira que ela

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1255.

³⁵ BRASIL, op.cit., nota 5.

alcance os efeitos confiscatórios que a sociedade considerada como um todo acaba por sofrer.

Desta forma, o âmbito de aplicação para o Princípio do Não Confisco seria ampliado para que também abranja as situações em que se configurem efeitos confiscatórios causados pela tributação considerando-se a carga tributária nacional como um todo.

Ou seja, esta nova interpretação permitirá que o Princípio do Não Confisco também seja aplicado quando for constatado que a carga tributária nacional esteja retirando o poder econômico da própria sociedade, esteja freando o desenvolvimento econômico do Brasil.

Cumprir destacar que esta nova interpretação tem a capacidade de gerar efeitos positivos na economia, demonstrando-se mais vantajosa e mais adequada aos anseios jurídicos modernos que visam mais aos resultados obtidos pela ação Estatal. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes³⁶:

Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar -se também em razão do resultado obtido

E não há que se negar a existência de efeitos confiscatórios pela carga tributária brasileira atual, uma vez que, conforme visto³⁷, existe sim o efeito confiscatório quando se considera a tributação total incidente sobre a sociedade e, no caso do Brasil, já existem estudos³⁸ que comprovam a existência de excesso de tributação e seus efeitos negativos na economia.

Desta forma, para que a interpretação da norma proibitiva de confisco esteja em conformidade com o restante do sistema jurídico brasileiro é necessário ampliar sua atuação e, com isso, permitir que seja aplicada a hipóteses em que se analisa os impactos negativos da tributação sobre a sociedade.

Como se vê, há clara distinção entre a nova interpretação e a maneira que este Princípio tem sido aplicado e interpretado pelos tribunais superiores, mas tais interpretações não são excludentes. Pelo contrário, sem afetar todo o arcabouço de estudos realizados sobre o Princípio do Não Confisco, a nova interpretação complementa a antiga no que ela era deficitária fazendo com que a aplicação desta norma possa ocorrer em maior consonância com sua teleologia constitucional.

³⁶ MENDES, op. cit., p. 769.

³⁷ CHIKIDA, op. cit., p. 14.

³⁸ Ibid.



Desta forma, as lições de doutrinadores das mais diversas áreas, como Gilmar Ferreira Mendes³⁹ e Alexandre de Moraes⁴⁰ na seara constitucional e Kiyoshi Harada⁴¹, Leandro Paulsen⁴² e Hugo de Brito Machado Segundo⁴³ na seara tributária continuam as mesmas, porém respeitando ainda mais os princípios que regem a Administração Pública e, por consequência, as relações entre Fisco e contribuintes, que nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ devem ser regidas pelo Princípio da Eficiência da seguinte maneira:

Não é desconhecido que o Estado de direito atua subjacentemente à lei e visa alcançar determinados fins que, de uma forma ou de outra, trazem benefício à coletividade. Desse modo, não é cabível supor que tais fins sejam conquistados sem que a atividade administrativa se qualifique como eficiente. O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho.

Desta forma, o Princípio do Não Confisco, que como visto no primeiro capítulo deste trabalho não é um princípio em sentido estrito, mas sim uma norma de colisão a orientar a solução de conflitos entre princípios jurídicos, deverá atuar não apenas quando os princípios em colisão sejam individuais, mas também quando os princípios envolvidos sejam coletivos.

E, portanto, abre-se margem para sua atuação em situações que antes não eram possíveis devido à sua antiga interpretação que limitava sua atuação.

Mesmo não sendo do escopo do presente artigo em razão da impossibilidade do esgotamento do tema devido à sua complexidade, pode-se conjecturar como seria a aplicação deste princípio, com a nova interpretação, em nosso ordenamento jurídico, para responder a eventual indagação sobre a viabilidade da aplicação desta nova interpretação.

Apenas a título de exemplo, sem intenção de esgotar todas as hipóteses de aplicação, pode-se pensar em uma situação hipotética em que uma lei tenha sido criada aumentando a alíquota de determinado tributo, porém ainda dentro de limite legal estabelecido.

Contudo, certo partido político com representação no Congresso Nacional verifica que o aumento da alíquota deste tributo geraria situação em que a carga tributária brasileira extrapolaria a faixa de tributação eficiente e, por tal motivo, decide impetrar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra esta lei. Usa como um dos argumentos a criação de efeitos

³⁹ MENDES, op. cit., p. 1281.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 644.

⁴¹ HARADA, op. cit., p. 273.

⁴² PAULSEN, op. cit., p. 143.

⁴³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 76.

confiscatórios sociais em razão da nova lei, fato que feriria o Princípio do Não Confisco nos moldes de sua nova interpretação.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵

Ao contrário da omissão inconstitucional, em que o controle judicial constata que a falta de ação do legislador impede a realização de norma constitucional, na inconstitucionalidade por ação o juiz vê a inconstitucionalidade no próprio produto do legislador, elaborado em dissonância com o texto constitucional.

Observe-se que não há na propositura da referida ADI hipotética qualquer vício que impeça sua apreciação e eventual julgamento. Neste caso, existiria uma lei nova que estaria sendo contestada por gerar efeitos confiscatórios na sociedade e, portanto, estaria em contrariedade ao Princípio Constitucional do Não Confisco.

Ao final do procedimento, caso fossem constatados tais efeitos, tal lei seria declarada inconstitucional, nula portanto⁴⁶, e os efeitos confiscatórios causados pelo Estado seriam cessados ou evitados conforme o caso.

Conforme se vê, apesar de o atual entendimento majoritário defender a análise e aplicação individualizada do Princípio do Não Confisco a nova interpretação proposta acaba por sanar as falhas da interpretação antiga, além de respeitar todo o arcabouço teórico criado anteriormente.

Além disso, a nova interpretação acaba por estar em maior conformidade com os anseios constitucionais de defesa do indivíduo frente ao Estado e respeita de maneira mais coerente os princípios estabelecidos para a atividade Estatal, conforme previsto no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁷.

Assim, longe de esgotar o tema, mas apresentando uma solução viável para uma aplicabilidade mais eficiente do Princípio do Não Confisco, chega-se à conclusão lógica de que é necessário que ele seja interpretado também levando-se em consideração os efeitos confiscatórios gerados na economia em razão da alta carga tributária nacional.

CONCLUSÃO

O objetivo da pesquisa realizada neste artigo foi trazer uma nova proposta de interpretação para Princípio do Não Confisco levando-se em consideração que, apesar de

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1091.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 1302.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.



muito importante em nosso sistema jurídico, não tem sido aplicado da maneira mais eficiente possível.

Como visto, a norma que proíbe a criação de tributos com efeitos confiscatórios não é um princípio em sentido estrito, nem é uma regra. Tampouco é norma mista por contar características de ambas. Trata-se de norma de colisão a nortear a solução de conflitos entre princípios que se opõem e que não tem sido aplicada de maneira adequada.

Isto ocorre, porque, a delimitação conceitual do referido princípio tem recebido âmbito de aplicação meramente individual, aplicando-se ele de fonte tributada em fonte tributada conforme entendimento majoritário de nossa doutrina e jurisprudência.

Para esse entendimento, o Princípio do Não Confisco deve ser aplicado, quando o excesso de tributação seja tal a ponto de comprometer, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais.

Contudo, apesar dos acertos desta corrente doutrinária, é necessário notar que aplicar o Princípio do Não Confisco individualmente permite que ocorram exageros na carga tributária incidente na sociedade como um todo.

Já existem estudos econômicos que demonstram que a carga tributária brasileira está além de seu limite ideal, chegando a um patamar em que mais prejuízos do que benefícios são gerados à população por conta de seu excesso.

Tais estudos apontam para o fato de que o Estado tem arrecadado mais do que o limite possível para que sua arrecadação tenha resultados positivos na economia.

Assim, continuar interpretando o Princípio do Não Confisco da mesma maneira seria permitir que o Estado exercesse seus poderes em desconformidade com os princípios limitadores erigidos constitucionalmente para a sua atuação, ferindo princípios que extrapolam a seara constitucional, afetando o sistema jurídico em campos jurídicos afins à matéria como o tributário e o administrativo.

Restou clara a inadequação da antiga interpretação e, por tal motivo, o presente estudo desenvolveu uma proposta de nova interpretação, ampliativa, para o Princípio do Não Confisco, de maneira que ao aplicá-lo leve-se em consideração não apenas o seu aspecto individual, mas também social.

Essa nova interpretação tem como objetivo preencher essa lacuna de proteção deixada pela antiga, mas ainda assim abrangendo todo o arcabouço teórico e prático que já foi desenvolvido para ele, permitindo que o referido princípio seja aplicado de maneira mais adequada aos seus objetivos e ao próprio sistema constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 2010*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>> Acesso em: 03 jun. 2020.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIKIDA, Cláudio; FERNANDES, Rodrigo Nobre; ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de. A Carga Tributária Brasileira está além de seu Nível Ótimo? Medindo o Excesso de Governo no Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, nº 2, p. 1-21, Jul-Dez, 2017. Disponível em <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7475/pdf>> . Acesso em: 03 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. 2005. 438 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2017

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017.

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

ORAIR, Rodrigo Octávio; GOBETT, Sergio Wulff. *A necessidade de reforma tributária no Brasil diretrizes para o avanço*. Disponível em: <https://ipcig.org/pub/port/OP420PT_A_necessidade_de_reforma_tributaria_no_Brasil_diretrizes_para_o_avanco.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.



O DIREITO DE OPTAR PELO PROCEDIMENTO DE CRIOGENIA PÓS-MORTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A AUTOTUTELA DO CORPO APÓS A MORTE E A IMPORTÂNCIA DA VONTADE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Isabella Côrtes de Barros Silveira de Amorim

Graduada em Direito pelo IBMEC. Advogada.

Resumo – em vistas da crescente integração mundial nos campos político, econômico e cultural, verificam-se naturalmente na sociedade diversas transformações estruturais, inclusive nas concepções procedimentais relativas à destinação dos restos mortais, desacompanhadas de avanço legislativo com a urgência proporcional. Diante da ausência de regulamentação pertinente, há a necessidade de uma atuação célere e eficaz por parte dos aplicadores do direito, a fim de suprir os anseios sociais. Sob essa perspectiva, o presente trabalho volta-se, essencialmente, a desenvolver a possibilidade de opção por métodos de inumação não tradicionais, com enfoque particular, porém não exclusivo, no procedimento de criogenia.

Palavras-chave – Direito civil. Criogenia. Direito ao cadáver. Manifestação da vontade. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. A dignidade da pessoa humana como fundamento da autotutela do corpo após a morte. 2. O direito ao cadáver e a demonstração inequívoca da última vontade ainda que ausente declaração por escrito. 3. O reconhecimento de outras formas de sepultamento como uma manifestação do valor dignidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a viabilidade do exercício da autotutela do corpo com a opção pelo procedimento de criogenia no que tange a destinação dos próprios restos mortais, considerando-se a ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro nesse sentido, bem como o pouco debate na doutrina e na jurisprudência até o momento. Desse modo, atenta-se não somente à possibilidade da opção, como também à sua própria regulamentação, sempre em consonância com os princípios e regras aplicáveis ao tema.

A discussão se insere sob o fenômeno da globalização e em vistas do avanço da tecnologia nos mais diversos campos científicos da humanidade, contexto em que o direito enfrenta, reiteradamente, desafios para se manter atento às necessidades sociais. Ademais, em um sistema jurídico tal qual o brasileiro, que aproxima as diretrizes do *common law* e *civil law* na variante entre a valorização normativa e o sistema de precedentes, a necessidade do preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico reflete o reconhecimento de sua incompletude, permitindo a inserção de elementos novos, em sintonia com a necessidade social, sem que a sua estrutura normativa principal seja lesada ou comprometida.

Nesse sentido, é irrefutável que, diante de uma realidade de constante transformação, se faz corriqueira a manifestação de determinadas transições sociais, em suas mais variadas impressões, fazendo-se necessária uma resposta célere e eficaz por parte do ordenamento jurídico para a satisfação dos anseios da coletividade. Nessa perspectiva, métodos não tradicionais de inumação, tal qual a criogenia, na qualidade de um ato de disposição de última vontade que se difere das usuais formas de destinação dos restos mortais previstas pelo sistema jurídico brasileiro, se encontram em uma lacuna manifesta da legislação, necessitando ser prontamente preenchida pelas demais fontes do direito.

A pesquisa será realizada de forma bibliográfica, sob abordagem qualitativa. Assim, pretende-se o desenvolvimento do objeto a partir da análise da bibliografia pertinente ao tema e previamente estudada – abarcada aqui em suas mais diversas dimensões, tais como doutrina, jurisprudência e legislação –, em vistas da interpretação do fenômeno social em pauta sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, importa a observância da estrutura constitucional pautada, precipuamente, no valor dignidade da pessoa humana, de forma a permitir o alcance daquilo que legitimamente se espera do ordenamento no preenchimento das lacunas reveladas.

À vista disso, no primeiro capítulo busca-se sustentar que a liberdade da pessoa humana de autotutela do próprio corpo, ainda que prevista excepcionalmente no texto legal, constitui-se como um direito da personalidade, que retira seu fundamento de validade diretamente do valor dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, cuja proteção não cessa com o falecimento do titular.

No segundo capítulo, defende-se a inexigibilidade de forma específica para a manifestação de última vontade no que tange o procedimento escolhido para destinação dos restos mortais, ainda que não convencional, podendo a respectiva vontade ser aferida por outros meios de prova legalmente admitidos no ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo, intenta-se comprovar a opção por procedimentos que se distanciam dos métodos usuais de sepultamento, tal qual a criogenia, como uma forma válida de destinação dos restos mortais, sendo uma manifestação do valor dignidade da pessoa humana, de maneira a estar diretamente coadunado com as disposições da CRFB/88.

Por fim, considerações finais, de cunho crítico, são apontadas conclusivamente, a partir da rejeição ou comprovação do conjunto de proposições hipotéticas trabalhadas no desenvolvimento da pesquisa, por intermédio do método hipotético-dedutivo.



1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA AUTOTUTELA DO CORPO APÓS A MORTE

É crescente, na comunidade jurídica, a busca por um sistema que se pauta precipuamente na estabilização de suas cláusulas gerais por intermédio da aplicação principiológica que se extrai, especialmente, da Constituição da República (CRFB/88). Assim o é, de mesmo modo, com as regras constantes do atual Código Civil brasileiro (CC/02), que, cada vez mais, deixa de se voltar exclusivamente à garantia da amplitude da autonomia privada no campo econômico, e passa a alcançar, mediante interpretações jurisprudenciais e construções doutrinárias, o prevailecimento de institutos e normas que visem a valorização da dignidade humana¹.

Nesse ínterim, encontram-se as progressivas concepções acerca dos aspectos relativos aos direitos da personalidade, reputados como imprescindíveis à consagração dos direitos subjetivos da pessoa natural e “[...] baseados em valores existenciais do ser humano”². Consagrados em capítulo próprio no CC/02, os direitos da personalidade possuem, no plano de sua eficácia positiva, fundamento de validade retirado direta e indiretamente do valor dignidade da pessoa humana, que, na atual conjuntura do ordenamento pátrio, é substancial ao vínculo de todo o sistema jurídico à proteção da pessoa e afirmação positiva da sua dignidade, constituindo, inclusive, um dos fundamentos da República³ e um dos corolários da própria concepção de neoconstitucionalismo, cujo objetivo ideológico é o da concretização dos direitos fundamentais⁴.

Diante da pretensão de pautarem a sua juridicidade no valor em tela, certo é que a interpretação e aplicação dos direitos da personalidade não podem ser estáticas, rígidas ou inflexíveis, tendo-se em vista que têm como objetivo alcançar as necessidades sociais que demandam regulamentação. Por essa razão, em consonância com o Enunciado nº 274 do CJF⁵, a sua regulação pelo CC/02 é meramente exemplificativa, sendo apontados, justamente, como “[...] expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana [...]”⁶. Nesse mesmo sentido,

¹ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

² ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. Direitos para além da vida: a possibilidade de testar sobre direitos da personalidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1, nº 1, p. 1635-1651, 2015, p. 1638.

³ Assim se compreende em consonância com o disposto no art. 1º, III da CRFB/88.

⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 82.

⁵ BRASIL. *Jornada de direito civil, IV, 2006, Brasília*. V. 1. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 33. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁶ Ibid.



ainda, tem-se a lição de Walber de Moura Agra⁷, que é categórico ao afirmar que “[...] o operador não pode ficar enclausurado apenas em filigranas jurídicas; urge estabelecer o contato dialético com a realidade, firmando uma simetria entre a normaticidade e a normalidade”.

Nesse diapasão, insta salientar que, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial, é remansoso o reconhecimento de que, a despeito de a personalidade jurídica da pessoa natural se extinguir a partir de seu óbito, a proteção aos direitos da personalidade não pode cessar com o falecimento do seu titular. Sendo certo que o CC/02 assim expressamente reconhece – pelo disposto em seu art. 12 –, se faz necessário que o aplicador do direito lance ao ordenamento jurídico um olhar cada vez mais apurado, a fim de se repensar determinadas características dos direitos da personalidade para uma melhor adaptação aos anseios da sociedade.

É nesse sentido que se tem compreendido, em conformidade com a necessidade apresentada na realidade social, pela relativização da vitaliciedade, característica inerente aos direitos da personalidade, em face de direitos que, mesmo após o falecimento de seu titular, permanecem com projeção social⁸. A evolução dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais nesse sentido, bem como, a efeito, da própria legislação ordinária a respeito, conotam, a título de exemplo, o consenso afirmativo e negativo no que tange a doação de órgãos e tecidos para fins terapêuticos ou de transplante, o direito à morte digna na figura da ortotanásia e, ainda, a diretiva antecipada de vontade⁹.

Certo é, portanto, que, mesmo que a personalidade jurídica seja extinta com a morte, há direitos dela oriundos que devem continuar a ser tutelados e protegidos pelo ordenamento pátrio¹⁰. É sob essa perspectiva que se encontram as designações referentes a autotutela do corpo, ainda que após o falecimento, originando-se, sob esse mesmo amparo, o direito ao cadáver, que se apresenta não somente face a utilização do corpo conforme aprover ao titular, como, também, face a proteção dos restos mortais até a sua total decomposição física¹¹.

Desse modo, se faz necessário que se privilegie a autodeterminação da pessoa humana, tratando-se, aqui, especificamente de sua delimitação corporal, ainda que, em vistas de evitar o seu exercício disfuncional, tal autodeterminação se dê com as limitações pertinentes. Nesse

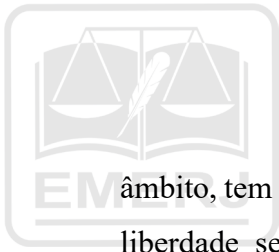
⁷ AGRA, op. cit., p. 81.

⁸ ROCHA; DIAS, op. cit., p. 1644.

⁹ A diretiva antecipada de vontade ou testamento vital é o documento hábil em que determinada pessoa prescreve, de forma escrita, o tipo de tratamento – ainda que, para tanto, o titular opte pela própria ausência de tratamento – que deseja caso, em momento futuro, venha a se encontrar doente, em estado terminal ou incurável, bem como incapaz de manifestar a sua vontade (CASSETTARI, op. cit.).

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.693.718-RJ (2017/02096423)*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/wp-content/uploads/2019/05/37-%C2%BA-artigo-Patricia-Vontade-do-Morto-deve-prevalecer-.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹¹ CASSETTARI, op. cit.



âmbito, tem o indivíduo a liberdade de dispor de sua própria integridade corporal, devendo essa liberdade ser protegida ainda que após o evento morte. Sob essa perspectiva, Anderson Schreiber¹² defende que:

é nesse renovado sentido que deve ser compreendida, na atualidade, a expressão direito ao cadáver, que se consubstancia não em um direito dos familiares, mas como direito de cada ser humano de determinar o destino que se reservará ao seu corpo após seu falecimento e de ter essa destinação respeitada mesmo depois do seu óbito. [...] A destinação do corpo pode servir à realização de qualquer interesse do seu titular, desde que compatível com os valores constitucionais, incluindo, por óbvio, a eventual destinação ao congelamento para preservação por tempo determinado ou não.

Nessa acepção, tem-se a autotutela do corpo após a morte, na qualidade de possibilidade de dispor de seu próprio corpo e de seus restos mortais¹³, como um exercício dos direitos inerentes ao cadáver. Ademais, a despeito de ainda se tratar de tema discutido na doutrina e na jurisprudência em muitos aspectos práticos – como o é no próprio caso da viabilidade de opção pelo procedimento de criogenia, objeto desse estudo –, é reconhecidamente um desdobramento dos direitos da personalidade¹⁴. Assim sendo, extrai o seu fundamento de validade diretamente do valor dignidade da pessoa humana, e a sua preservação não poderá cessar com o falecimento do titular.

Sob essa ótica, ainda, tem-se o dever de abstenção e respeito incumbido a todos, mediante a oponibilidade *erga omnes* dos direitos da personalidade, de forma que a garantia ao indivíduo da devida proteção contra possíveis e eventuais violações à sua dignidade não cessa com o evento morte. Importa destacar que a autonomia individual, ainda, garante aos particulares margem de liberdade suficiente para que, dentro dos limites do ordenamento jurídico, imponham-se quanto ao destino do próprio cadáver, devendo haver, pela coletividade, o devido respeito à vontade manifestada, salvo caso se demonstre contrária à ordem pública.

Nesse cenário, Carlos Alberto Bittar¹⁵ ensina que o falecimento irá representar, portanto, “[...] a separação do ser, remanescendo, por certo tempo, a forma material e alguns componentes, até a consumação definitiva, persistindo, enquanto presentes, o direito de personalidade correspondente (direito ao cadáver e às partes do cadáver) [...]”. Dessa forma, a determinação do próprio titular acerca da destinação a ser dada para os seus restos mortais –

¹² SCHREIBER, Anderson. *O caso da criogenia: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/698743930/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹³ PEDOTT, Laura. *Reconhecimento dos direitos do cadáver*. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/6551/6229>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, [e-book].

isto é, para o seu cadáver –, merece tutela específica e fundamenta-se na busca pela proteção de sua dignidade.

2. O DIREITO AO CADÁVER E A DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA ÚLTIMA VONTADE AINDA QUE AUSENTE DECLARAÇÃO POR ESCRITO

Conforme demonstrado no tópico anterior, a liberdade de autotutela da pessoa humana quanto a seu próprio corpo advém diretamente dos direitos da personalidade, que, por sua vez, consistem em uma faceta específica do ramo dos direitos fundamentais, extraíndo, assim, o seu fundamento de validade do valor dignidade da pessoa humana. Em sua abordagem após a morte, assume a caracterização do direito ao cadáver, cujo tratamento exprime complexidade diante do sistema jurídico atual, principalmente em face da escassa legislação referente aos temas voltados ao direito funerário¹⁶.

Mediante o reconhecimento de sua necessária proteção, diante da contextualização já exposta neste artigo, o cadáver se torna instrumento de realização do desejo, quando em vida, da própria pessoa. Assim sendo, afasta-se da qualidade de objeto voltado a satisfazer interesses institucionais, seja do Estado, de uma determinada religião ou, ainda, da própria família do *de cuius*. Exprime, dessa forma, a proteção à autodeterminação pessoal, conforme já referido, de modo que o evento morte do titular não faz cessar a sua salvaguarda.

É esse o contexto de maior dificuldade prática no que tange a aplicabilidade dos direitos inerentes ao cadáver. Isso, porque a manifestação de vontade do falecido em relação à destinação dos seus restos mortais, por vezes, não encontra respaldo legal ou exteriorização em registros públicos. Desse modo, por não haver corpo normativo suficiente ou, ainda, declaração de vontade expressa a fim de dirimir quaisquer conflitos em relação à salvaguarda de seus interesses, tem-se a possibilidade de que, em última análise, a própria dignidade do *de cuius* seja atingida, mediante o desrespeito de seu último desejo.

Decerto que, diante do exposto até então, o falecido mantém as prerrogativas e os preceitos necessários para a defesa de sua dignidade, a ser efetuada por terceiros, haja vista que essa não se encerra com a extinção da pessoa natural¹⁷. Assim sendo, a vontade do titular do direito não poderá ser afastada, devendo haver especial cautela do aplicador do direito nesse sentido, a fim de evitar inviabilizar o desejo do *de cuius* em prol de interesses outros que não

¹⁶ HONS, Magda Abou El. *O Direito de Sepultar e as consequências no mundo jurídico* (jus sepulchri). Belém: GTR, 2014, p. 70.

¹⁷ PEDOTT, op. cit.



aquele verdadeiramente resguardado em seu íntimo. Sob esse prisma e justamente em defesa dessa questão, Magda Abou El Hons¹⁸ orienta que:

a dignidade da pessoa humana é o valor maior de todos os direitos fundamentais. É o valor e fim último de toda a ordem política, entendendo o ser humano, além de um sujeito de direitos, sendo um ser individual e social ao mesmo tempo. Na esfera privada é um ser individual e, na esfera pública, um ser social. Dessa forma, se entende a dignidade da pessoa humana como um valor único e individual, que não pode, seja qual for pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos ou interpessoais.

No mais, para o desenvolvimento dessa questão, se faz importante salientar que, em conformidade com as disposições da ordem jurídica brasileira, não há exigência de forma específica para fins de esclarecer a exteriorização da vontade do indivíduo no que tange a destinação de seus restos mortais. Conforme elucida Anderson Schreiber¹⁹, “[...] está-se diante de uma escolha existencial que não produz, a princípio, qualquer prejuízo a terceiros, de modo que sua exteriorização pode se dar por qualquer meio, incluindo o meio verbal”.

Como mencionado, a legislação a respeito do tema é precária. Retira-se a conclusão de que não há imposição de forma própria para a declaração de última vontade, em relação à destinação dos restos mortais, a partir da interpretação sistemática da pequena parcela normativa relativa à matéria.

Cumprе assinalar, especificamente, a Lei de Registros Públicos²⁰, que, nas determinações de seu art. 77, trata da possibilidade de disposição do próprio corpo nas hipóteses de cremação, havendo omissão do legislador quanto à necessidade de forma específica para a declaração de vontade do *de cuius* nesse sentido. Certo é que, em sendo a norma em tela legislação de âmbito federal, cabe regulamentação singular em sede de interesses regionais e locais, por parte dos Estados e dos Municípios, respectivamente²¹.

Entretanto, em situações em que a referida normatização regional ou local traz exigência de forma para tanto, a jurisprudência pertinente tende a afastá-la, admitindo outros meios, tal como a manifestação dos familiares, como prova da vontade do falecido. Assim ocorre, a título de exemplo, no Município do Rio de Janeiro, em que a jurisprudência do Tribunal de Justiça volta-se a afastar a regra legal pertinente à imposição de declaração expressa

¹⁸ HONS, op. cit., p. 71.

¹⁹ SCHREIBER, op. cit.

²⁰ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015 consolidado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²¹ DEBS, Martha El. *Legislação notarial e de registros públicos comentada: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 15.



do falecido, constante do Decreto Municipal nº 24.986/04²², quando a manifestação dos parentes é suficiente para traduzir o desejo do *de cuius*.

Da mesma maneira compreendeu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.693.718²³, proveniente do Estado do Rio de Janeiro e cuja controvérsia se referia, justamente, à destinação do cadáver do pai das litigantes. Diante da inexistência de declaração expressa de última vontade do *de cuius*, a Corte em questão atuou pela resolução do conflito mediante a aplicação de analogia jurídica, precisamente sob a mesma fundamentação construída neste artigo, em respeito à liberdade de autotutela do corpo após a morte como decorrência do próprio direito ao cadáver, de forma a perquirir o desejo íntimo do falecido quanto ao destino de seus restos mortais.

Confirmando, ainda, a jurisprudência constante de grande parte dos Tribunais de Justiça do país, a Corte afastou a necessidade de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, afirmando, nesse sentido, ser “[...] perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso”²⁴. Ademais, expressamente admitiu que, em salvaguarda dos interesses do *de cuius*, é crível presumir o seu desejo mediante a manifestação de seus familiares mais próximos.

Importa salientar que, no caso concreto que originou o Recurso Especial supramencionado, a própria manifestação dos parentes mais próximos do *de cuius*, quais sejam, suas filhas, era conflituosa, não havendo possibilidade de hierarquizar suas relações, tendo em vista o mesmo grau de parentesco com o falecido. Ressalte-se, ainda, que, por um lado, duas das filhas expressavam que o verdadeiro desejo de seu pai era o de ser enterrado; ao passo que, por outro, apenas uma das filhas evidenciava o querer do *de cuius* em relação ao procedimento de criogenia.

Na situação em concreto enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, portanto, haveria possibilidade de se considerar que a real escolha do *de cuius* quanto à destinação de seus restos mortais voltava-se ao funeral tradicional, em vistas de ser essa a declaração da maioria de seus parentes mais próximos. Entretanto, importou ao Tribunal atentar

²² BRASIL. *Decreto Municipal nº 24.986*, de 29 de dezembro de 2004. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2004/2498/24986/decreto-n-24986-2004-dispoe-sobre-o-funcionamento-dos-fornos-crematorios-da-concessionaria-e-das-permissionarias-de-cemeterios-do-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ementa do Recurso Especial nº 1.693.718-RJ (2017/02096423)*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/03/REsp-1693718-ementa.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁴ Ibid.



rigorosamente ao que aparentava ser, legitimamente, o incontestável desígnio do falecido, a fim de resguardar a sua própria dignidade. E, nesse sentido, solucionou a controvérsia em face da manifesta afetividade entre o *de cuius* e a única filha que se empenhava pelo procedimento de criogenia em relação aos restos mortais de seu pai.

Por essa lógica, nas palavras do Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze²⁵, a declaração da referida filha

[...] é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida. [...] revela-se incontrovertido nos autos que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por mais de 30 (trinta) anos, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo a maior parte desse tempo – mais de 20 (vinte) anos – em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas).

Nessa perspectiva, embora se reconheça que a forma escrita é, inegavelmente, a mais adequada para que o finado manifeste a sua última vontade em relação à destinação de seus restos mortais, a fim de evitar divergências²⁶, quando não possível entrever o desejo real do falecido, o deslinde da situação deve voltar-se a sua vontade presumível²⁷. Dessa forma, impõe-se aos cenários conflituosos, em contextos práticos árdios, a necessidade de perquirir a vontade do falecido através de meios aptos a comprová-la ou presumi-la inequivocamente, empenhando-se o aplicador do direito em preservar a dignidade do *de cuius*.

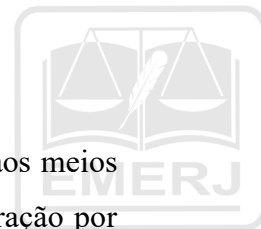
3. O RECONHECIMENTO DE OUTRAS FORMAS DE SEPULTAMENTO COMO UMA MANIFESTAÇÃO DO VALOR DIGNIDADE

Consoante ao até então exposto neste artigo, a dimensão heterogênea prática do direito ao cadáver, especificamente no que tange a destinação dos restos mortais do *de cuius*, exprime a sua complexidade perante o aplicador do direito. A atuação dos diversos profissionais da área, nesse sentido, deverá, sempre, voltar-se à proteção da dignidade do indivíduo, tendo em vista que essa não se perderá após o falecimento do titular.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 23.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0057606-61.2012.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000312018C79F1FFB9A6CE26E0FFCF5465E51CC4032B1658>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253-254.



As dificuldades apontadas no tópico anterior, referentes, especificamente, aos meios mediante os quais se faz possível aferir o desejo do falecido quando ausente declaração por escrito para tanto, não esgotam a adversidade prática da matéria. É de suma importância, ainda, o enfrentamento da possibilidade de reconhecimento de outras formas de sepultamento, para além daquelas tidas como tradicionais perante os costumes sociais, buscando, na lógica do que até então foi elucidado, salvaguardar os interesses do *de cuius*, atuando na efetiva proteção de sua dignidade.

Nesse escopo, elencar estritamente determinados métodos de sepultamento, desconsiderando quaisquer outros que fujam à tradição religiosa cristã na qual foi firmada a construção histórica do Brasil, seria, em última análise, depreciar a concepção contemporânea, conforme estruturado neste trabalho, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, consolidada como “[...] princípio-fundamento da ordem constitucional brasileira”²⁸. É nesse sentido que este trabalho se volta à possibilidade de realização do procedimento de criogenia no que tange a destinação dos restos mortais do *de cuius*.

O procedimento de criogenia consiste em um delicado processo de preservação dos restos mortais a partir da sua submersão em nitrogênio líquido a uma temperatura de até -196 °C, com o intuito de permitir o congelamento do cadáver durante anos²⁹, até que, possivelmente, a ciência alcance o conhecimento necessário para proporcionar a ressuscitação do indivíduo³⁰. Tendo em vista tratar-se de método peculiar e extremamente moderno, sem resolução científica prática que comprove a sua eficácia, há escassez de suporte técnico para tanto, a nível mundial, de forma que, de início, se faz necessário que o cadáver seja trasladado para um país que tenha estrutura para a realização do procedimento.

Assim como diversas outras formas de sepultamento que não seguem a tradicional prática religiosa cristã de enterro ou cremação, não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da criogenia pós-morte. A ausência de regulamentação nesse sentido, para além dos contratempus já enfrentados neste trabalho, é propícia para que o desejo do *de*

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107.

²⁹ BARBOSA, Otton Cássio Ribeiro. *Diretivas antecipadas de vontade: a legitimação da autonomia e dignidade da pessoa humana no fim da vida*. 2019. 31 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. P. 20. Disponível em: < <http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/21118/OTTON%20CASSIO%20RIBEIRO%20BARBOSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

³⁰ RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. De Frankenstein à criogenia: dando vida a corpos inanimados. *Revista de Direito de Família e Sucessões*. Goiânia, ano 5, nº 1, p. 21-39, 2019, p. 25.



cujus, caso assim se manifeste a sua vontade real ou presumível, seja desconsiderado por completo, em face de determinado processo de inumação reputado como mais convencional.

A importância dessa temática pode ser demonstrada no resgate do litígio que deu origem ao Recurso Especial nº 1.693.718-RJ, aludido no capítulo anterior. Em primeira instância, a sentença respectiva concedeu os pedidos autorais para que fosse providenciado o enterro do falecido³¹, cuja última vontade, conforme já mencionado, revelou-se no sentido de que fosse, na verdade, realizado o procedimento de criogenia, para preservação de seu cadáver a fim de uma possível ressuscitação futura.

Em sede de fundamentação, a desconsideração da possibilidade de realização da criogenia em face do enterro do *de cuius* se deu em vistas de o moderno procedimento, supostamente, afrontar “[...] as regras ordinárias e, porque não dizer, os próprios costumes arraigados no meio social”³², bem como por não haver “[...] garantias científicas algumas de sucesso”³³. Ademais, ainda em fundamentação pela autorização de que os restos mortais do falecido fossem sepultados tradicionalmente, o procedimento de criogenia foi citado como sendo “inusitado e esdrúxulo”³⁴.

Conforme o elucubrado neste trabalho, certo é que, em respeito aos postulados constitucionais contemporâneos, cujo sistema garantidor é consentâneo à pauta valorativa voltada à proteção ao ser humano a partir do reconhecimento da dignidade como valor intrínseco³⁵, a última vontade do *de cuius* em relação à destinação de seus restos mortais deve ser, necessariamente, perquirida. Para tanto, ainda, em harmonia com o desenvolvido no capítulo anterior, a inquirição do desejo do falecido deve voltar-se a sua vontade presumível, quando não for possível o alcance de sua vontade real³⁶.

Sob essa ótica, importa salientar que é inconcebível a possibilidade de interpretar o ordenamento jurídico brasileiro como emissário de um sistema que prevê regras e exceções no campo do querer do *de cuius*, em relação ao método de sepultamento que, em seu íntimo, desejar. A última vontade do indivíduo não poderá ser suprimida pelo privilégio de um procedimento de inumação em detrimento de quaisquer outros³⁷, mediante uma falsa concepção

³¹ BRASIL. Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Proc. nº 0057606-61.2012.8.19.0001*. Sentença resolutive de mérito. Disponível em: < <https://a2v.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 19 abr. 2020. [*Processo físico, digitalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, acessado mediante certificado digital*].

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 107.

³⁶ NEVARES, op. cit.

³⁷ SCHREIBER, op. cit.

de que determinadas técnicas são mais legítimas perante as práticas tradicionais e históricas da sociedade ou, ainda, sob o fundamento de que certo método não possui eficácia científica cabalmente comprovada.

Faz-se necessário, portanto, reconhecer como legal e legítima a possibilidade de o falecido eleger outras formas de sepultamento não tradicionais, desde que compatíveis com a ordem constitucional. Atuar na contramão dessa premissa seria ferir a liberdade de autotutela da pessoa humana quanto a seu próprio corpo, desconsiderar a ampliação da tolerância à pluralidade religiosa e de crenças³⁸ e, por fim, afrontar a própria dignidade do falecido, principalmente perante o postulado de autodeterminação pessoal.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida neste artigo expôs as dificuldades advindas, no meio jurídico e em relação aos aplicadores do direito, quanto ao exercício da autotutela do corpo mediante a opção por meios de sepultamento não tradicionais. Deu-se enfoque particular, embora não exclusivo, ao procedimento de criogenia pós-morte, tendo em vista o debate doutrinário e jurisprudencial recente ao tema voltar-se a esse método de inumação.

Em conformidade com o elucidado ao longo dos capítulos, as adversidades referentes ao tema materializam-se, primeiramente, quanto à necessidade de ambientar a autotutela do corpo após a morte, na qualidade de direito ao cadáver, como uma manifestação da dignidade da pessoa humana do próprio *de cuius*. Verificou-se certa resistência doutrinária e jurisprudencial nesse tocante, rompida com a crescente percepção de que determinados aspectos relativos aos direitos da personalidade, tal como a vitaliciedade, carecem de flexibilização, de modo a permitir a compreensão de que o direito ao cadáver expressa a sua projeção social mesmo após o falecimento do seu titular.

Ademais, em vistas da considerável contemporaneidade do tema, averiguou-se um cenário de excepcional dificuldade prática ocasionada pela precariedade legislativa e jurisprudencial pertinente. Consoante as reflexões desenvolvidas no decorrer deste trabalho, utilizando-se a doutrina apropriada e, ainda, analisando o trâmite processual do litígio paradigmático referente à possibilidade de opção pelo procedimento de criogenia pós-morte, foram cognoscíveis as adversidades enfrentadas pelos aplicadores do direito diante das lacunas legais a serem preenchidas.

³⁸ SCHREIBER, op. cit.



Com o progresso da pesquisa, comprovou-se que o mais adequado à resolução dos transtornos decorrentes da falta legislativa e jurisprudencial, em harmonia aos valores constitucionais, é atuar em defesa e respeito à dignidade humana do falecido, cuja proteção não poderá cessar com o evento morte. Sob essa perspectiva, se fez possível legitimar a necessária averiguação do desejo íntimo do *de cuius* quanto à destinação de seus restos mortais, mediante meios aptos a comprová-lo ou presumi-lo inequivocamente.

A partir da construção de tais alicerces, chegou-se à conclusão de que a demonstração inequívoca de última vontade do falecido, em relação a destinação de seus restos mortais, não deve ser limitada a procedimentos burocráticos estritos, devido à possibilidade de que os seus interesses não sejam verdadeiramente salvaguardados. Nesse seguimento, ainda, comprovou-se que o desejo do *de cuius* não poderá ser desconsiderado em face de determinado método de sepultamento reputado como mais convencional, sendo insustentável a interpretação de que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de regras e exceções no campo do querer do falecido.

Assim sendo, o aplicador do direito deve diligenciar a fim de afastar-se de suas próprias concepções pessoais acerca de determinado método de inumação indicado pelo *de cuius*. Em harmonia com as questões desenvolvidas nesta pesquisa, assim se fará possível reconhecer a última vontade do falecido, quando a sua manifestação real ou presumível se der em conformidade com os meios de prova outorgados pelo ordenamento jurídico; bem como alcançar o verdadeiro desejo do *de cuius*, sem, portanto, desconsiderá-lo em face de determinado procedimento que seja erroneamente reputado como mais razoável.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOSA, Otton Cássio Ribeiro. *Diretivas antecipadas de vontade: a legitimação da autonomia e dignidade da pessoa humana no fim da vida*. 2019. 31 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/21118/OTTON%20CASSIO%20RIBEIRO%20BARBOSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, [e-book].

BRASIL. *Decreto Municipal nº 24.986*, de 29 de dezembro de 2004. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2004/2498/24986/decreto-n24986-2004-dispoe-sobre-o-funcionamento-dos-fornos-crematorios-da-concessionaria-e-das-permissionarias-de-cemiterios-do-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Jornada de direito civil, IV, 2006, Brasília*. V. 1. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV % 20 Jornada % 20 volume % 20 I . pdf](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015 consolidado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ementa do Recurso Especial nº 1.693.718-RJ (2017/02096423)*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/03/REs-p-1693718-ementa.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.693.718-RJ (2017/02096423)*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/wp-content/uploads/2019/05/37-%C2%BA-artigo-Patricia-Vontade-do-Morto-deve-prevalecer-.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0057606-61.2012.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000312018C79F1FFB9A6CE26E0FFCF5465E51CC4032B1658>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Proc. nº 0057606-61.2012.8.19.0001*. Sentença resolutiva de mérito. Disponível em: <<https://a2v.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 19 abr. 2020. [Processo físico, digitalizado pelo Superior Tribunal de Justiça, acessado mediante certificado digital].

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

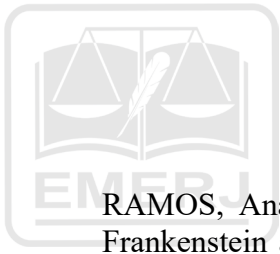
DEBS, Martha El. *Legislação notarial e de registros públicos comentada: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HONS, Magda Abou El. *O Direito de Sepultar e as consequências no mundo jurídico (jus sepulchri)*. Belém: GTR, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEDOTT, Laura. *Reconhecimento dos direitos do cadáver*. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/6551/6229>>. Acesso em: 06 out. 2019.



RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; BENEDITO, Luiza Machado Farhat. De Frankenstein à criogenia: dando vida a corpos inanimados. *Revista de Direito de Família e Sucessões*. Goiânia, ano 5, nº 1, p. 21-39, 2019.

ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. Direitos para além da vida: a possibilidade de testar sobre direitos da personalidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 1, nº 1, p. 1635-1651, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *O caso da criogenia: direito ao cadáver e tutela post mortem da autodeterminação corporal*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/698743930/o-caso-da-criogenia-direito-ao-cadaver-e-tutela-post-mortem-da-autodeterminacao-corporal>>. Acesso em: 06 out. 2019.

PAPEL DO STF NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Isabella Mafei Falcão Andreoli Xavier

Graduada pela Universidade Cândido Mendes-Niterói. Pós-Graduada em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo- o debate sobre homofobia ganhou maior destaque a partir do julgamento da ADO nº26 e MI nº 4733, quando por maioria, o STF entendeu que há mora legislativa na implementação de uma lei destinada a proteção do grupo LGTS. Ocasão em que, determinou aplicação imediata da lei do Racismo, até que o Congresso Nacional edite a norma. Neste contexto, fez-se necessário refletir sobre a possível criminalização da homofobia por meio de uma decisão judicial, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes. Além disso, abordou-se sobre imprescindibilidade da elaboração de uma lei em sentido estrito para criação de tipos penais em razão do princípio da legalidade.

Palavras-chave- Direito Constitucional. Direito Penal. Homofobia. Criminalização por meio de decisão judicial. Princípio da legalidade.

Sumário- Introdução. 1. A interpretação da Constituição e o ativismo judicial: consequências para o Estado Democrático de Direito. 2. Homofobia: criminalização por meio de decisão judicial. 3. Necessidade de elaboração de uma lei em sentido estrito para criação de tipos penais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute o papel do STF na interpretação da norma constitucional e a possível criminalização da homofobia no julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733, analisando-se as consequências dessa decisão para estabilidade das relações jurídicas.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a atuação do poder judiciário é ampla o suficiente a ponto de justificar a sua intervenção nos demais poderes da República.

O debate da homofobia ganhou maior relevância no mundo jurídico, na medida em que, os meios de comunicação de um modo geral, passaram a relatar com mais destaque, o número de pessoas que são vítimas de crimes devido a sua orientação sexual.



A homofobia pode ser enxergada como uma forma de discriminação e por essa razão, a Organização das Nações Unidas contempla o dia 17 de maio como dia internacional contra a homofobia.

Inclusive por isso, o STF passou a entender que essa conduta de intolerância, deveria ser punida pela lei de racismo. Segundo parte dos ministros, a demora do poder legislativo na criação de leis torna legítima a atuação do Supremo para fazer valer os preceitos constitucionais.

Além disso, o art. 5, XLI da CRFB/88 determina que qualquer “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” deve ser punida. Desta maneira, a possível criminalização da homofobia veio como uma forma de combate aos comportamentos de ódio reiterados contra os grupos LGBTQ+.

Inúmeros são os debates envolvendo o presente tema, pois, se de um lado há a necessidade de respeito a liberdade individual, de outro, tem-se o direito do cidadão de só se ver processado perante o Estado- juiz, diante da existência concreta de uma lei incriminadora em sentido formal.

Nesse caminho, para o melhor esclarecimento sobre tema, será dado enfoque a decisão do STF em ampliar a incidência da Lei nº 7716/89 de modo a também abranger os comportamentos homofóbicos. Tudo isso, a pretexto de estar cumprindo o seu dever constitucional.

Inicialmente, no capítulo 1, pretende-se demonstrar o ativismo judicial como elemento importante no desenvolvimento de direitos fundamentais, tendo em vista a mora do Legislativo na implementação das garantias constitucionais, sem, contudo, deixar de abordar as consequências das decisões judiciais para o Estado Democrático de Direito.

A seguir, no capítulo 2, será apresentado o conceito de homofobia, fazendo-se assim, uma reflexão sobre a possível criminalização desta conduta pelo Poder Judiciário além de ser dado enfoque ao método de interpretação conforme a Constituição e os seus limites.

Por fim, no capítulo 3, se analisará o princípio da legalidade e a separação dos três poderes, defendendo a necessidade de elaboração de uma norma específica pelo Congresso nacional como instrumento de criação de tipos penais.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade científica, 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 existente e pertinente à



temática em foco, derivada de fontes primárias e secundárias, tais como: doutrina e legislação, bem como quaisquer outras publicações científicas publicadas sobre o tema para sustentar sua tese.

1. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com Constituição Federal de 1988 instaurou-se uma nova ordem constitucional no Brasil, no qual o país passou a ser qualificado como Estado Democrático de Direito. Dentre as disposições constitucionais, o art. 1 erigiu como princípios fundamentais, a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.¹

Além disso, a função de guardião da Carta Magna foi expressamente confiada ao STF, no seu art. 102. Como decorrência desse poder, lhes coube a interpretação da norma constitucional, em especial, por meio das ações de constitucionalidade, assumindo assim o papel de grande importância na tutela dos direitos fundamentais.²

Segundo Moraes³, a interpretação constitucional pode ser conceituada como:

Atividade intelectual de revelação do sentido, alcance e conteúdo de determinada norma constitucional, por meio de regras e princípios de hermenêutica jurídica, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato, de acordo com a capacidade expressiva do texto da constituição.

É inegável que existem vários métodos de interpretação das normas, mas a nenhum interprete é dado o poder de inferir além do real sentido querido por seu criador. Em um Estado pautado pelo positivismo jurídico, a aplicação da lei deve ser feita buscando-se ao máximo a aproximação com as vontades do legislador.

A Constituição de 1988 se preocupou muito com a organização e estruturação do Estado. Justamente neste contexto é que se repousa uma das questões mais sensíveis quanto a manutenção da ordem constitucional que é a função de encontrar um ponto de equilíbrio afim de se evitar que um determinado Poder da República exerça um papel de protagonismo maior no Estado ou que acabe por superar os demais poderes impedindo o livre funcionamento desses.

¹ MADRIGAL, Alexis. *O estado democrático de direito no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil>> Acesso em: 25 set. 2019.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

³ MORAIS, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016, p.129.



Visando solucionar essa questão, a Carta Magna trouxe uma cláusula geral que é o princípio de que os poderes são autônomos e independentes entre si, chamado de princípio da separação entre os poderes, o qual encontra-se insculpido no art. 2 da CRFB/88⁴

O princípio constitucional de separação dos três poderes, impõe que a interferência de um poder no outro, deve ser entendida como medida excepcional. A harmonia do ordenamento jurídico, depende sobretudo, de respeito ao limite de atuação individual de cada órgão.

Ocorre que, ao aplicar a Constituição, o STF “tem ido além das tradicionais interpretações exegéticas, recorrendo a interpretações extensivas e baseando-se mais em princípios do que em regras para impor obrigações aos demais poderes [...]”⁵

De fato, o exercício da jurisdição é atividade típica do Poder Judiciário mas esta, nunca pode estar distanciada dos seus limites institucionais. As balizas impostas pela legislação corroboram para ideia de que nenhum poder é, ou deve ser, absoluto.

Em verdade, com o aumento das demandas no Judiciário, questões mais sensíveis da sociedade brasileira, que em tese, competem a outros poderes decidirem, passaram a ser resolvidas em sede judicial.

Operou-se, para muitos, o fenômeno conhecido como ativismo judicial. Esse fenômeno não tem um conceito unânime na doutrina e tampouco é de aceitação da população em geral, exigindo-se assim, um trabalho maior do intérprete ao analisá-lo.

Neste sentido, Barroso⁶ pontua que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Normalmente o comportamento ativista está ligado a noção de excesso, extrapolação, podendo ser revelado por diferentes posturas, dentre os quais Barroso⁷, inclui:

A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵ FARIA, José Eduardo. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 set. 2019.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização. Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 25 set. 2019.

⁷ Ibidem.



O ativismo judicial se manifesta como elemento importante no desenvolvimento de direitos fundamentais pois permite a efetivação de direitos que ainda não foram reconhecidos pela lei, mas que são em verdade, essenciais.

Apesar do ativismo judicial possuir essa característica de efetivação, a própria Constituição Federal não previu a conduta em questão como legítima. O ativismo judicial tem espeque no comportamento autoritário e, portanto, atentatório da noção de Estado Democrático de Direito.

Provocados a decidir sobre a suposta omissão do poder legislativo em aprovar uma lei destinada a proteção dos homossexuais contra ataques de ódios reiterados, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, pelo menos de forma provisória, a conduta deveria passar a ser punida pela Lei do Racismo.

Trata-se de atuação com duvidosa constitucionalidade pois revela-se questionável sob a perspectiva do ativismo judicial. A interpretação de uma lei não pode se afastar da vontade almejada pelo Legislativo “pois, caso assim proceda considerar-se-á criação de uma norma regra pelo intérprete e a atuação deste com poderes inerentes ao legislador, o que proibido”⁸

Ao julgar a ADO nº26⁹ e MI nº4733¹⁰ o STF não reconheceu apenas a mora legislativa na criação de um tipo penal punitivo da conduta homofobia, como também alargou o conceito de racismo afim de que a conduta em questão, pudesse se enquadrar na Lei nº 7716/1989.¹¹

Acontece que o papel do STF não pode ser de inovar na ordem jurídica pois a criação de leis, em especial, a criminalização de condutas, foi atribuída constitucionalmente ao legislativo. Se sobrepor ao ditame constitucional, é reconhecer sua supremacia frente ao poder constituinte originário.

Não se está aqui negando o papel político, jurídico ou até social dos juízes. No entanto, a responsabilidade do Poder Judiciário deve ser pautada pela concretização das escolhas do Legislativo, a qual em última análise representa a vontade do povo e da federação.

⁸ LIMA, Caroline Silva. *Em que consiste o método de interpretação conforme a constituição?*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>> Acesso em: 25 set. 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 15 fev. 2020.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 7716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 15 fev. 2020.



Além disso, é preciso reconhecer que diferente dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário exerce o chamado papel contramajoritário. Ocorre que este papel de defesa das minorias, só se revela legítimo, quando escorado nas previsões constitucionais.

Por fim, a manutenção da segurança jurídica também deve ser uma garantia buscada pelo STF ao interpretar a norma constitucional. O princípio citado é composto por dois aspectos, um deles é o objetivo, responsável pela estabilidade das relações jurídicas, e o outro, é o subjetivo, responsável pela proteção a confiança. A decisão judicial não pode ser eminentemente política, pautada por pressões sociais porque afinal, a violação dessa garantia é capaz fragilizar todo um sistema jurídico.¹²

2. HOMOFOBIA: CRIMINALIZAÇÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

A homofobia pode ser enxergada como uma forma de discriminação contra os homossexuais. Trata-se de conduta preconceituosa relacionada a orientação sexual ou a identidade de gênero.

Inconformados com a falta de proteção específica destinada a comunidade LGBTs no Brasil, a Associação Brasileira de Lésbicas, gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos, e o partido Popular Socialista, ajuizaram duas ações, a ADO nº 26¹³ e MI nº 4733¹⁴, argumentando que ao deixar de legislar sobre a homofobia, o Legislativo estaria se omitindo inconstitucionalmente.

No julgamento das ações constitucionais já citadas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que havia uma omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia, determinando que fosse aplicado imediatamente a Lei 7716/1989¹⁵ (Lei do Racismo) até que o Congresso Nacional elaborasse a respectiva norma.

Para tanto, houve a necessidade ampliação do conceito de racismo afim de enquadrar a conduta homofóbica como uma expressão do gênero racismo. Segundo parte dos ministros, o conceito de racismo¹⁶:

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *O STF e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302189,21048-O+STJ+e+o+princípio+da+segurança+jurídica>> Acesso em: 25 set. 2019.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁶ INFORMATIVO, 944. *Homofobia e omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1>> Acesso em: 15 fev. 2020.

Projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável.

Acontece que a resposta dada pelo STF nas ações constitucionais ajuizadas, não encontra amparo nas disposições previstas na Constituição. A função legislativa é típica do Poder Legislativo, não sendo razoável e tampouco constitucional a criminalização de condutas via decisão judicial.

Criminalizar significar tornar algo crime e se for retirada a conclusão firmada no julgamento da ADO nº 26¹⁷ e na MI nº 4733¹⁸, a conduta homofóbica antes praticada nos moldes da lei do Racismo, não era considerada criminosa. Assim, não se tratou de mera interpretação conforme e sim criação de um tipo penal pelo judiciário.

A interpretação conforme a Constituição, hoje entendida como princípio, indica que diante de normas que detém vários sentidos, deve-se sempre buscar a exegese que mais se aproxime da Constituição¹⁹.

Ocorre que a interpretação conforme não é uma técnica ilimitada, destacando-se a propósito, “dois principais limites: Um de ordem literal: não contrariar o texto da lei e outro de ordem teleológica: observar a finalidade, a intenção do legislador[...]”²⁰

Pois bem, a Lei nº 7716/1989, no seu art. 1 consagra expressamente a aplicação da mesma para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional²¹. Dispositivo este que foi inclusive modificado pela Lei nº 9459/97 a fim de ampliar o seu campo de incidência²².

Contudo, não houve qualquer menção a possibilidade de aplicação da Lei do Racismo para criminalizar as condutas homofóbicas, sendo cabível afirmar, portanto, que não foi esta a vontade do legislador ao criar a lei. É importante destacar também que o próprio STF tinha um entendimento de que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 da Lei nº 7716/1989²³ era taxativo (STF. 1ª Turma. Inq 3590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014)

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.161.

²⁰ MENDONÇA, Marilda Watanabe de. *A interpretação Conforme. Análise constitucional de suas peculiaridades*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/17341/a-interpretacao-conforme> > Acesso em 12 fev.2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²² BRASIL. *Lei nº 9459* de 13 de maio de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm > Acesso em 15 fev. 2020.

²³ BRASIL, op. cit., nota 11.



Assim, em observância ao limite teleológico do princípio da interpretação conforme, o qual está atrelado a análise da finalidade do legislador, pode-se dizer que a determinação de aplicação imediata da Lei nº 7716/89²⁴ não representou mera realização do referido princípio.

Ademais, a decisão do STF em questão, sequer pode ser entendida como produto da vontade constitucional. O art. 5, XLI diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” não sendo possível a partir dessa redação, inferir automaticamente que poder constituinte originário desejava a criminalização da conduta, mas sim que objetivava a punição.²⁵

Além disso, a interpretação dos dispositivos constitucionais não pode ser feita de forma isolada, principalmente quando se está diante dos direitos fundamentais. Na colisão entre direitos igualmente fundamentais, cabe a ponderação, não se esquecendo, contudo, que a vulneração dos citados direitos, deve ser feita da forma mais branda possível.

Deste modo, a punição mencionada no art. 5, XLI CRFB/88²⁶ pode não estar associada necessariamente a criação de um tipo penal (mandados de criminalização) e sim, a adoção de outros métodos, previstos em lei, que visam a eficácia do combate aos comportamentos homofóbicos.

Este entendimento de que a punição conta atos discriminatórios não deveria advir de lei incriminadora, prestigia a ideia de intervenção mínima do direito penal, no seu aspecto relacionado com a subsidiariedade, no qual a utilização do direito penal deve ser a *ultima ratio*²⁷. Parte da doutrina sustenta que o princípio em questão é fruto de uma política do direito penal mínimo, que teria sido adotado sobretudo, implicitamente na Constituição de 1988.

Também deve-se considerar que a decisão pode ter representado uma analogia *in malam partem* já a interpretação foi realizada em desfavor do réu. Analogia *in malam partem* é uma consequência da adoção do princípio da legalidade. Segundo ensina Guilherme Nucci²⁸:

A analogia *in malam partem* “é a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador. É proibida a sua utilização no campo penal por lesar a legalidade[...].

Por outro lado, é importante consignar que não há uma omissão total da legislação penal visando a punição do agente homofóbico. O legislador optou por criminalizar condutas que

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ Ibid.

²⁷ A expressão com origem no latim *ultima ratio* empregada significa “última razão” ou “último recurso”.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in malam partem*. Disponível em: <

<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem> > Acesso em: 20 fev. 2020.

entendeu serem mais expressiva, ou seja, que representem lesão ou perigo de lesão grave aos bens jurídicos tutelados, numa noção ligada ao princípio da lesividade. Por exemplo, aquele que mata alguém, aquele que ofende a honra, aquele que pratica lesões corporais em alguém motivado por ideologias preconceituosas, vai responder na forma dos tipos penais já existentes.

Por fim, convém reconhecer que a atitude do Supremo Tribunal Federal pode até ser compreendida como a mais nobre possível, já que é grande o número de pessoas vítimas deste preconceito. Questiona-se, porém, o “mecanismo adotado, pondo em risco não só a estabilidade do sistema jurídico, como também, e principalmente, afastando a primazia do princípio da legalidade [...]”.²⁹

3. NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE UMA LEI EM SENTIDO ESTRITO PARA CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS

O princípio da legalidade encontra-se previsto em dispositivos da Constituição Federal de 1988 e constitui uma garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. De um lado, o princípio consagra que os particulares podem fazer tudo o que a lei não veda e de outro, determina que o Estado só pode fazer aquilo que a lei impõe.³⁰

O princípio revela-se como um importante instrumento que visa inibir os comportamentos autoritários. O princípio da legalidade é “antídoto natural” do poder monocrático ou oligárquico, visto que ele exalta a cidadania [...].³¹

Segundo Guilherme Nucci³², o conceito de legalidade comporta três significados:

[...]a) político (garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais) jurídico em sentido lato (ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5, II CF); c) jurídico em sentido estrito e penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras)

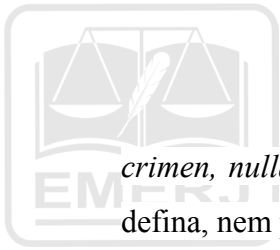
Com relação ao significado jurídico em sentido estrito, o princípio da legalidade também é chamado de princípio da reserva legal, o qual é representado pela expressão latina *nullum*

²⁹ SILVA, Douglas Rodrigues da. *O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/> > Acesso em: 3 mar. 2020.

³⁰ MENDES, João Marcelo Thomaz. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65829/apontamentos-sobre-o-principio-da-legalidade> > Acesso em: 3 mar.2020.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.103.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19.ed. São Paulo: Gen/ Forense, 2019, p. 20-21.



crimen, nulla poena sine praevia lege, significando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.³³

Por este princípio, somente a lei em sentido formal, é que pode criar tipos penais. Essa lei em questão deve ser elaborada pelo Congresso Nacional pois o art. 21, I da CF/88³⁴ prevê que é de competência privativa da União a função de legislar em matéria penal.

Conforme ponderações feitas a luz do conceito do princípio da legalidade, mais especificamente o da reserva legal, adotado por Guilherme Nucci, pode-se inferir que houve violação do referido princípio pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da ADO nº 26³⁵ e da MI 4733³⁶, o STF passou considerar como criminosa, todas as condutas homofóbicas praticadas nos moldes da Lei nº 7716/1989³⁷. Essa decisão, no entanto, foi inadequada sob a perspectiva constitucional.

A Carta Magna consagra o princípio reserva legal como sendo um dos instrumentos responsáveis pela manutenção da segurança jurídica, não sendo razoável e tampouco constitucional a criação de tipo penal feita no bojo de decisão judicial.

A função jurisdicional, desempenhada tipicamente pelo Judiciário, consiste na aplicação das leis aos fatos concretos e não no processo de criação de normas. “A interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas”.³⁸

Observa-se nitidamente que houve um cuidado maior em se atribuir ao Congresso Nacional, a função legislar em matéria penal, considerando justamente que tais temas, atingem mais severamente a esfera individual dos agentes. Desta forma, a criminalização de condutas deve ser feita pelo poder Legislativo, o qual tem a incumbência de representar os anseios do povo e da federação.

Além do mais a lei do Racismo é clara quanto as condutas que nela se enquadram, não cabendo ao interprete aferir um significado que transcende a intenção legislativa, sob pena de ineficácia da previsão constitucional do princípio da legalidade.

Outra questão que merece ser destacada é que a criminalização de condutas feita pelo poder judiciário, ofende o princípio da separação dos poderes, segundo o qual, os poderes são considerados independentes e harmônicos entre si. “Os Poderes Executivo, Legislativo e

³³ A expressão com origem no latim *nulum crimen, nulla poena sine praevia lege* significa “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

³⁸ NUCCI, op.cit., p. 24-25.



Judiciário possuem atribuições próprias, que são aquelas específicas e determinadas a cada esfera de poder, a quem cabe exercê-las com exclusividade[...].³⁹

A Constituição de 1988 prevê expressamente o princípio da separação dos poderes no art. 2 além de erigi-lo como *clausula pétre*a (art. 60, §4, III)⁴⁰. Essa independência dos poderes estaria garantida pelo chamado “sistema de freios e contrapesos”, o que significa que cada poder controla e fiscaliza os demais.⁴¹

Assim, judiciário quando cria uma norma penal, está em verdade, invadindo esfera de atribuição alheia, desrespeitando a ordem constitucional de separação dos poderes. Além do mais o judiciário, por meio do STF, tem a função de zelar pelo cumprimento da constituição e com mais razão, servir de exemplo para os demais poderes.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a fazer uma abordagem sobre o papel do STF na interpretação das normas constitucionais e os limites de sua atuação numa perspectiva relacionada com a possível criminalização da homofobia. Após realizadas ponderações ao longo do trabalho, extraem-se algumas conclusões.

De início, demonstrou-se que a interpretação das normas constitucionais não é ilimitada, e deve estar balizada pelos limites institucionais destinados a cada um dos poderes da república afim de que com isso seja preservado a ordem constitucional de separação dos poderes.

Ao julgar as ações constitucionais propostas sob o argumento de omissão legislativa na elaboração de uma lei voltada à punição dos comportamentos homofóbicos, o STF adotou um posicionamento contrário as disposições previstas expressamente na Lei do Racismo.

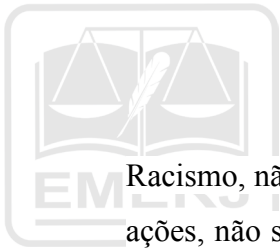
Essa conclusão firmada pela Corte Constitucional, muito se associou a uma atuação ativista uma vez que a interpretação de uma lei não pode estar distanciada da vontade almejada pelo Legislativo. E apesar do ativismo se manifestar como elemento importante no desenvolvimento dos direitos fundamentais, o mesmo tem espeque no comportamento autoritário e traz consequências para o Estado Democrático de Direito, em especial, fragiliza a segurança jurídica.

Verificou-se que ao analisar ADO n ° 26 e MI n° 4733, os ministros acabaram por criminalizar a homofobia já que conduta homofóbica antes praticada nos moldes da Lei do

³⁹ COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação dos poderes em corrente tripartite*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/> > Acesso em 24 mar.2020.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Brasília: Jus Podivm, 2020, p. 291.



Racismo, não era considerada criminosa. Diferente dos argumentos apresentados nas referidas ações, não se tratou de mera interpretação conforme a Constituição e sim criação de um tipo penal pelo judiciário.

Além do mais, optou-se por adotar um entendimento de que o art. 5, XLI CRFB/88 (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) não trouxe necessariamente um mandado de criminalização e sim que objetivava a punição. A partir da noção de intervenção mínima do direito penal, a criação de tipos deve ser feita somente como a *ultima ratio*.

Defendeu-se também a necessidade de elaboração de uma lei em sentido estrito para a criminalização de condutas em razão do princípio da legalidade, o qual constitui uma garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito.

A criação de tipos penais feitas no bojo de uma decisão judicial, ofende o princípio da divisão dos poderes, já que o processo legislativo neste caso, é de competência privativa de União.

Por fim, reconheceu-se como nobre a atuação do Supremo Tribunal Federal diante das ações constitucionais ajuizadas, cuja mentalidade objetivava proteção aos grupos LGBTs. No entanto, questionou-se o mecanismo adotado, o qual trouxe uma preocupação com relação a estabilidade das relações jurídicas.

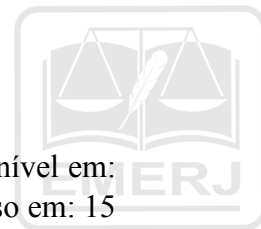
REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização. Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 944: Homofobia e omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1>> Acesso em: 15 fev. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. *Lei nº 7716 de 05 de janeiro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. *Lei nº 9459 de 13 de maio de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

COELHO, Gabriela. *Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação dos poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>> Acesso em: 24 mar.2020.

FARIA, José Eduardo. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 set. 2019.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *STF e a criminalização da homofobia*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Caroline Silva. *Em que consiste o método de interpretação conforme a constituição*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MADRIGAL, Alexis. *O estado democrático de direito no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MENDONÇA, Marilda Watanabe de. *A interpretação Conforme. Análise constitucional de suas peculiaridades*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17341/a-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 12 fev.2020.

MORAIS, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Brasília: Jus Podivm, 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in malam partem*. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem> >. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Código Penal Comentado*. 19.ed. São Paulo: Gen/ Forense, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *O STF e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302189,21048-O+STJ+e+o+princípio+da+segurança+jurídica>>. Acesso em: 25 set. 2019.

SILVA, Douglas Rodrigues da. *O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/> >. Acesso em: 3 mar. 2020.



A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 9º §2º DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Ísis Borges Menezes

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

Resumo – no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constitucional dedicou especial atenção à competência dos crimes dolosos contra a vida, atribuindo-lhe ao Tribunal do Júri. Esse tratamento decorre de inúmeras alterações promovidas ao longo das constituições brasileiras, culminando na redação atual. Fato é que notória a intenção do legislador constitucional em preservar o instituto e dispor, na própria Carta de 1988, sobre uma competência mínima do Tribunal do Júri, cabendo à legislação infraconstitucional, ampliá-la, se assim pretender, mas jamais reduzi-la, como ocorreu no Código Penal Militar. A intenção do trabalho é analisar a supressão de competência trazida pela Lei nº 13.491/2017, a partir do que dispõe o artigo 5º, XXXVIII, “d”, da CRFB, defendendo sua inconstitucionalidade. Da mesma forma, pretende-se corroborar a existência de um corporativismo inerente a instituição militar que compromete o princípio da imparcialidade do julgador e um consequente julgamento justo.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Competência. Crimes dolosos contra a vida. Código Penal Militar.

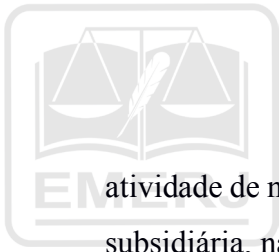
Sumário – Introdução. 1. O viés democrático do Tribunal do Júri e sua evolução no Direito Brasileiro. 2. A Lei nº 13.491/2017 e a alteração do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar. 3. Desdobramentos jurídicos decorrentes da alteração legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho recai sobre a análise da constitucionalidade trazida pela Lei nº 13.491/17, que alterou o Código Penal Militar. Nesse contexto, objetiva-se discutir a inconstitucionalidade da Lei nº 13.491/17 que expandiu o conceito de crimes militares em tempo de paz e ampliou a competência da justiça militar quanto aos crimes dolosos contra vida, praticados contra civis. Também será analisada possível impunidade conferida por esse alargamento de conceito e consequente competência.

De acordo com a nova redação do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar será de competência da Justiça Militar da União o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas praticados contra civis.

Conforme os incisos do dispositivo supracitado, a competência será estabelecida de acordo com o contexto especificados na lei, a saber: na hipótese de cumprimento de atribuição estabelecida pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; na ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; na



atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, na forma do artigo 142 da Constituição Federal.

Em contrapartida, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXVIII, “d” assegura à “instituição do júri”, dentre o rol exemplificativo de direitos fundamentais, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Diante disso, não seria possível que uma Lei infraconstitucional ceifasse tal garantia, quando a própria constituição não permite, nem mesmo, Emendas Constitucionais tendente a abolir direitos e garantias individuais, como dispõe o artigo 60, §4º, IV, da CRFB.

Com base nessa contextualização, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma abordagem histórica a respeito da competência conferida, pelo ordenamento jurídico aos crimes dolosos contra a vida.

Na sequência, o segundo capítulo analisa a Lei nº 13.491/2017 e a alteração do artigo 9º §2º do Código Penal Militar, com objetivo apurar se poderia uma Lei infraconstitucional retirar do Tribunal do Júri a competência para o Julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados pelos integrantes das Forças Armadas tendo como vítima um civil.

Já no terceiro capítulo será analisado possíveis desdobramentos jurídicos decorrentes da alteração legislativa que recaiam sobre a tramitação da Ação Penal Militar nº 7000600-15.2019.7.01.0001, em que é apurada a conduta dos militares responsáveis por uma série de disparos realizados contra o Músico Evaldo Rosa dos Santos e o Catador Luciano Macedo, iniciado na vigência da nova lei; bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5901 que objetiva a declaração de inconstitucionalidade artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar.

A pesquisa é desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo, objetivando comprovar ou rejeitar argumentativamente as proposições hipotéticas que acredita ser viável ao tema. Ademais, a abordagem do objeto é necessariamente qualitativa, se valendo a pesquisadora de bibliografias pertinentes à temática, para sustentar sua tese.

1. O VIÉS DEMOCRÁTICO DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A instituição do Tribunal do Júri traz em sua origem um caráter eminentemente democrático, com a ideia de que as decisões fossem proferidas pelo povo, retirando das mãos

do déspota esse poder¹. A sua criação no ordenamento jurídico brasileiro remonta o ano de 1822.

Em 18 de junho de 1822, mais precisamente, através do decreto do Príncipe Regente, foi criado o Tribunal do Júri no Brasil, com competência para julgar delitos de abuso da liberdade de imprensa. Era composto por 24 cidadãos chamados “juízes de fato” e da decisão por eles proferida era possível recurso ao Príncipe Regente.

Com o advento da primeira Constituição brasileira, em 1824, o Tribunal do Júri foi incluído no capítulo sobre o Poder Judiciário, colocando, assim, os jurados como seus integrantes. Previa a competência territorial para matéria cível e penal, conforme dispunha o artigo 151, da Carta de 1824².

Já no ano de 1832 foi editado o Código de Processo Criminal de Primeira instância, criando dois conselhos de jurados, o grande júri e pequeno júri³. O grande júri, também chamado de júri de acusação, era responsável, nos termos do artigo 244, do referido diploma legal⁴, por decidir acerca do que atualmente se chama de “justa causa”⁵ e dar prosseguimento a acusação. Já o pequeno júri, também chamado de júri de sentença, era a fase seguinte, em que se apurava o mérito da acusação, com conseqüente condenação ou absolvição conforme o caso, como se depreende do artigo 269, do Código da época⁶.

Dentro dessa dinâmica, observa-se, no julgamento pelo Tribunal do Júri, que o próprio grupo de jurados, composto por cidadãos “comuns”, debatiam em todas as fases o fato entre si, sem a interferência do Estado-juiz, de forma a limitar o abuso do poder de acusação, característico do Estado absolutista.

Nas palavras de Paulo Rangel, “a estrutura do júri no império, levando-se em conta a sociedade da época, foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro, até porque originária do berço da democracia e dos direitos e garantias individuais: a Inglaterra”⁷.

1 NASCIMENTO, Paulo Sérgio Rangel do. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 33.

2 BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

3 NASCIMENTO, op. cit., p. 64

4 BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

5 Condição para o exercício da ação penal prevista no artigo 395, III, do CPP, entendida como indícios de autoria e materialidade em relação ao fato narrado, que se presentes levam ao oferecimento da denúncia.

6 Ibidem.

7 NASCIMENTO, op. cit., p. 65.



No ano de 1841, com o advento da Lei nº 261, foi suprimido o grande júri com fundamento e inspiração no sistema francês da época, que se apoiava no sistema político de Napoleão. Essa supressão foi entendida como:

[...] um retrocesso no sistema processual penal brasileiro com nítida intenção de estabelecer um sistema punitivo inquisitor, retirando uma garantia fundamental do acusado: ter a pretensão acusatória apreciada pelos seus pares e não por um juiz e/ou delegado de polícia ⁸.

Com a Constituição de 1891 a instituição do júri deixa de ser abordada nos artigos que tratavam do Poder Judiciário, contudo, passa a constar na seção II intitulada “declaração de direitos”. Assim, ao prevê que “é mantida a instituição do júri”⁹, em seu artigo 72, §31, leis ordinárias posteriores estariam impedidas de alterar a essência da instituição.

Na Constituição de 1934 o Tribunal do Júri deixa de constar entre o rol de direitos dos cidadãos e volta a ser tratado no capítulo sobre o Poder Judiciário. Já a Constituição do Estado Novo, sequer citou a instituição, chegando-se a cogitar a extinção do Tribunal do Júri. No ano seguinte, 1938, voltou a ser tratado infraconstitucionalmente (Decreto-Lei nº167), sem que fosse conferido soberania as suas decisões.

A instituição do júri, enquanto norma constitucional, retornou com a Carta de 1946. Apesar de tratá-la no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o fez em razão de pressões do coronelismo da época, a fim de, deturpadamente, garantir que um órgão do Poder Judiciário absolvesse as pessoas de seu interesse¹⁰.

A Constituição de 1967, seguiu a sua predecessora, mantendo o Tribunal do Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, fazendo o mesmo a Emenda Constitucional nº 1/69. Todavia, em ambas situações, foi retirado a menção ao sigilo de votações e à plenitude de defesa.

Importante destacar que nesse contexto foi restringida a competência do Tribunal do Júri para o julgamento apenas dos crimes dolosos contra a vida, sem que essa competência fosse ampliada novamente.

Promulgada a atual Constituição em 1988, com um novo cenário democrático, o júri voltou a ser previsto no capítulo dos direitos e garantias individuais, seguido dos princípios da soberania dos vereditos, sigilo das votações e plenitude de defesa, em seu artigo 5º, XXXVIII¹¹.

⁸ Ibidem, p. 68-69.

⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.



Contudo, mantiveram a competência mínima para os crimes dolosos contra a vida, que recai para o Tribunal do Júri, tanto de competência comum estadual como de competência comum federal. Entende-se que essa previsão assegura a competência para os delitos dolosos contra a vida, mas não só a eles, podendo a lei infraconstitucional ampliá-la¹² — atualmente, não há lei ordinária alargando a competência do Tribunal do Júri¹³.

Atualmente o Tribunal do Júri é, conforme entendimento pacífico, órgão do Poder Judiciário, com competência especializada. Infraconstitucionalmente é disciplinado sua organização, procedimento e julgamento no Código de Processo Penal, em especial os artigos 406 a 497¹⁴.

Nota-se que a instituição do júri, desde sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese os períodos conturbados da democracia no país, trouxe em sua essência a possibilidade de os próprios cidadãos debaterem e julgarem seus pares, de forma a limitar o exercício abusivo da acusação ou até mesmo impedir que haja impunidade daqueles que deveriam ser julgados.

Desta forma, partindo da contextualização histórica aqui proposta, podemos concluir que o respeito a instituição do júri, enquanto garantia fundamental prevista na CRFB/88, é atender a democracia e demais princípios que regem um Estado Democrático de Direito. É a partir dessa ideia que será analisado nos próximos capítulos se a Lei nº 13.491/17, ao alterar a competência do Tribunal do Júri, entregando-lhe ao juiz singular militar, atende ou não ao caráter democrático que se espera de um Estado Democrático de Direito.

2. A LEI Nº 13.491/2017 E A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 9º §2º DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Da exposição anterior, é possível depreender que o constituinte originário, a fim de que o instituto do Tribunal do júri não se perdesse, previu na própria Carta Magna a sua competência mínima, possibilitando, assim, que leis infraconstitucionais eventualmente dilatasse essa competência, como ocorre no caso de crimes conexos aos dolosos contra a vida. Segundo Renato Brasileiro a competência não poderia nem mesmo ser afastada por emenda

12 NUCCI, op. cit., p. 36.

13 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1233.

14 BRASIL. *Código do Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.



constitucional, entendendo que a previsão diz respeito a cláusula pétrea¹⁵. Nesse contexto, expõe Guilherme Nucci¹⁶:

[...] o júri é direito e garantia humanas fundamentais formais, merecendo ser respeitado, especialmente no que concerne aos princípios constantes das alíneas do art. 5º, XXXVIII, da CF. O seu caráter formal não elimina a situação jurídica de figurar no rol dos direitos e garantias individuais do mencionado art. 5º. O Poder Constituinte Originário ali o inseriu. Não devem o operador do Direito e o legislador ordinário lesar o seu status e as regras constitucionais que o regulam.

No âmbito jurisprudencial, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.491, em 13 de outubro de 2017¹⁷, havia precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mesmo havendo dúvida sobre a intenção de matar do militar, o processo deveria tramitar na Justiça Comum, afastando a competência da Justiça Militar¹⁸. Já no Supremo Tribunal Federal havia entendimento no sentido de que a competência da Justiça Militar, quanto a matéria penal, se dava em razão da natureza da infração e não em razão do agente do delito¹⁹. Em outras palavras, os precedentes dos tribunais superiores buscavam assegurar o direito penal do fato e não do autor, além de assegurar ao máximo a previsão constitucional quanto aos crimes dolosos contra a vida.

Contudo, com advento da Lei nº 13.491, em 13 de outubro de 2017, toda essa concepção foi subvertida. O legislador infraconstitucional ignorando o status de garantia fundamental do instituto, bem como a previsão de uma competência mínima na Constituição Federal, esvaziou a competência do Tribunal do Júri quanto aos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das forças armadas contra civil, atribuindo à Justiça Militar da União, dando enfoque, primordialmente, ao agente do crime.

Cumprе esclarecer que segundo a alteração promovida no Código Penal Militar, entende-se por militares das forças armadas os integrantes da Marinha, do Exército e da

15 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1343.

16 NUCCI, op. cit., p. 41.

17 BRASIL. *Lei nº 13.491*, de 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 129.497*. Relator Ministro Ericson Maranhão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302707172&dt_publicacao=16/10/2014>. Acesso em: 12 abr. 2020.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.915*. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2248289>>. Disponível em: 12 abr. 2020; e *HC nº 109.150*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4104140>>. Disponível em: 12 abr. 2020.

Aeronáutica. Diante disso, com a nova redação do artigo 9º §2º do Código Penal Militar²⁰ temos o seguinte:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: [...]

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: [...]

Percebe-se que a lei, ao ampliar a concepção de crime militar em tempo de paz, foi categórica em afastar àquelas hipóteses da competência do Tribunal do Júri, quando praticados por militares das forças armadas. Tal alteração ganha maior relevância quando nos atentamos ao fato de que a intervenção dos militares das forças armadas tem crescido significativamente nas ações de segurança interna, em virtude do contingente insuficiente da Polícia Militar e da Polícia Civil.

A fim de elucidar esse maior protagonismo dos militares das forças armadas na segurança interna, podemos citar as chamadas “Operações de Garantia da Lei e da Ordem” que têm como objetivo a atuação episódica das forças armadas em área previamente estabelecida quando esgotados os instrumentos previstos no artigo 144 da Constituição para a preservação da ordem ou quando se presume tal situação²¹. Contudo, em que pese se dizer “episódica”, essas operações se tornaram regra para o controle dos conflitos sociais e da violência existente no país. Segundo dados disponibilizados no *site* do Ministério da Defesa, desde 2017, ano de edição da lei, até o momento, já realizaram dezoito operações, dentre as quais constam as operações de pacificação do Governo Estadual em diferentes comunidades do Rio de Janeiro²².

Além do impacto fático promovido pela alteração legislativa, judicialmente é possível a discussão acerca da imparcialidade do órgão atualmente competente para o julgamento.

De acordo com a nova redação, os crimes dolosos contra a vida cometidos pelos integrantes das Forças Armadas contra civil, nos contextos indicados pela Lei, serão da

20 BRASIL. *Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

21 MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, p. 06, nov. 2017.

22 BRASIL. Ministério da Defesa. *Distribuição das operações de GLO 1992-2020*. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/3.TABELAS_GLO_grafico_barras_MAR_2020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.



competência da Justiça Militar da União, como dispõe o artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar. Contudo, considerando a composição desse órgão julgador, depara-se com julgadores preponderantemente militares, sem que seja deles exigido formação jurídica, expondo um cenário peculiar se comparado à justiça comum (Federal e Estadual).

Conforme dispõe o artigo 123 da atual Constituição²³ o órgão de cúpula da Justiça Militar é composto por 15 ministros, sendo dez escolhidos entre membros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica – no número de 4, 3 e 3, respectivamente – e outros cinco de civis-magistrados togados. Todavia, apenas desses cinco civil é exigida formação jurídica, bastando aos restantes serem membros ativos das Forças Armadas e terem determinada patente (oficiais-generais). Nesse contexto, temos que 10 dos 15 membros do Superior Tribunal Militar são militares da ativa e não possuem formação jurídica²⁴.

Já na primeira instância o julgamento é feito pelo Conselho Permanente de Justiça, se os réus forem praças, ou por Conselhos Especiais de Justiça, se os réus forem oficiais. Esses conselhos, por sua vez, são órgãos colegiados, compostos por quatro oficiais e um juiz federal da Justiça militar da União²⁵. Ressalta-se que todos os integrantes de ambos órgãos colegiado possuem ingerência no resultado a ser tomado no caso concreto, uma vez que a todos são conferidos poder de voto para a decisão.

Diante desse cenário é comum a crítica no sentido de que a existência de um corporativismo inerente a instituição militar seria um obstáculo ao princípio da imparcialidade e um conseqüente julgamento justo. Sendo possível, afirmar, igualmente, que essa situação tende a contribuir para uma sensação ainda maior de injustiça e descrédito do judiciário brasileiro. Desta forma, será analisado no capítulo seguinte se haveria ou não razoabilidade para essas afirmações, a partir do caso concreto proposto.

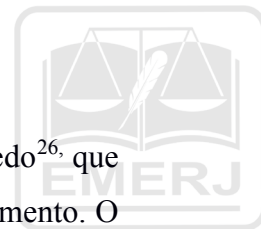
3. DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DECORRENTES DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Do capítulo anterior, muitos questionamentos poderiam surgir, tais como, se de fato haveria a presença de corporativismo nos julgamentos e se isso prejudicaria a imparcialidade dos julgadores. A fim de corroborar os argumentos apresentados anteriormente, será analisado

23 BRASIL, op. cit., nota 9.

24 PASSADORE, Bruno de Almeida; GÓES, Ricardo Alves. A inconsistente ampliação da jurisdição militar: Uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 157/2019, p. 7, jul. 2019.

25 BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Primeira Instância*. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia>>. Acesso em: 06 abr. 2020.



o caso envolvendo o músico Evaldo Rosa dos Santos e do catador Luciano Macedo²⁶, que ganhou grande repercussão na mídia e nas redes sociais em virtude do seu desdobramento. O caso foi escolhido pois, entendendo haver certo clamor social, seria possível afirmar que a tramitação observaria a imparcialidade e justo julgamento.

O caso concreto diz respeito, aos fatos ocorridos no dia 07 de abril de 2019, em Guadalupe, Zona Norte do Rio de Janeiro, como dito alhures, envolvendo o músico Evaldo Rosa dos Santos, o catador Luciano Macedo e doze militares do 1º Batalhão de Infantaria Motorizado, que estavam sob a chefia do Tenente Ítalo da Silva Nunes. A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Militar em 10 de maio de 2019, em decorrência dos elementos de prova colhidos no Auto de Prisão em Flagrante nº 7000461-63.2019.7.01.0001.

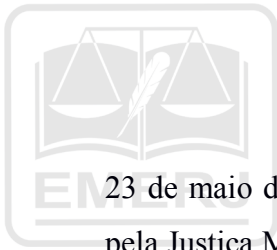
Os fatos dizem respeito a uma sequência de disparos de arma de fogo, a princípio para impedir a fuga de indivíduos que supostamente teriam roubado um veículo, vindo ocasionar a morte de Evaldo, que estava em veículo semelhante ao dos agentes do roubo, e Luciano²⁷, o catador, que tentou prestar socorro a Evaldo. Em virtude disso foi imputado aos militares os crimes de homicídio qualificado, conforme artigo 205, §2º, do Código Penal Militar, e omissão de socorro, na forma do artigo 135, do Código Penal, por suposta ausência de assistência às vítimas²⁸.

O então APF nº 7000461-63.2019.7.01.0001 tramita atualmente como Ação Penal Militar nº 7000600-15.2019.7.01.0001 perante a justiça militar da União, na 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, em observância a alteração do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar, estando na pendência de julgamento. Todavia, em decorrência da conversão da prisão em flagrante, dos militares envolvidos, em prisão preventiva, em 10 de abril de 2019, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 7000375-25.2019.7.00.0000, cuja decisão foi proferida no dia

26 As informações e peças a respeito do caso em questão foram obtidas em Diários Oficiais da Justiça Militar e em reportagens disponibilizadas em jornais eletrônicos. Ressalto que não houve êxito em consulta processual da Ação Penal Militar nº 7000600-15.2019.7.01.0001 e do *Habeas Corpus* nº 7000375-25.2019.7.00.0000 no endereço eletrônico <<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/acompanhamento-processual>>, aparecendo a seguinte mensagem “Nenhum documento da base pesquisada satisfaz à sua expressão de busca.”. Diante disso, foi enviada mensagem, no dia 27/04/2020, para o e-mail sejud@stm.jus.br disponibilizado no endereço eletrônico acima, sem retorno até a presente data. Também houve tentativa de contato telefônico através dos números (21) 3479-4350 e (21) 98478-3815, nos dias 27/04/202 e 30/04/2020, o primeiro disponibilizado no endereço eletrônico <<https://www.stm.jus.br/index.php/1-instancia/1-cjm-rj-e-es>> e o segundo informado eletronicamente pelo primeiro número, os quais restaram infrutíferos.

27 BRASIL. Ministério Público Militar. *Denúncia*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/05/denuncia-guadalupe.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

28 BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Justiça Militar ouve testemunhas de defesa e réus no caso de civis mortos em Guadalupe (RJ)*. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/10045-justica-militar-ouve-testemunhas-de-defesa-e-reus-no-caso-de-civis-mortos-em-guadalupe-rj>>. Acesso em: 04 mai. 2020.



23 de maio de 2019, sendo possível verificar qual está sendo o tratamento atribuído ao caso pela Justiça Militar.

O Acórdão que julgou o *Habeas Corpus* nº 7000375-25.2019.7.00.0000 foi proferido pelo Superior Tribunal Militar, sob a composição de 15 Ministros, sendo 10 militares e 5 magistrados, tendo sido proferido 14 votos na ocasião²⁹.

Para a concessão ou não da ordem foi possível considerar os seguintes elementos levantados, especialmente, no voto da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha:

Observa-se que no início do APF nenhuma das vítimas foi ouvida, o que levou as autoridades judiciárias a capitular os fatos, naquele contexto, como mera infração ao art. 324 do CPM.

Foi só após a repercussão midiática dos fatos, do pronunciamento de pessoas que presenciaram a ação (eventos 91 e 96 do processo originário) e, inclusive, filmaram parte dela (evento 96 do processo originário), é que foram ouvidas pelo próprio Ministério Público Militar as vítimas sobreviventes (evento 82 do processo originário), sendo alterada substancialmente a versão oficial apresentada pelos militares, que se revelou inverídica, comprometendo a credibilidade do próprio Comando Militar que a apresentou à sociedade num primeiro momento, para desmenti-la depois.

Igualmente, foi informado no voto da Ministra que teria havido uma tentativa de manipular as provas, pelo fato de os réus terem apresentado fotos que não eram dos veículos utilizados, o que justificaria a manutenção da prisão dos militares. Afirmou, ainda, que na análise dos esclarecimentos obtidos dos envolvidos, tudo indicava que os carros inicialmente perseguidos foram perdidos de vista, sendo um deles confundido com o veículo em que estava a vítima Evaldo e sua família, cujo modelo era igual a um dos veículos em fuga. No desenrolar dos fatos foi constatado que os denunciados dispararam 257 tiros, tendo o automóvel da vítima sido atingido por, pelo menos, 80 disparos.

Percebe-se que, dos argumentos indicados, haveria fundamento suficiente para a manutenção da prisão. Contudo, a maioria dos julgadores entendeu pela desnecessidade da prisão provisória, com fundamento no artigo 467, “c”, do Código Processual Penal Militar, entendendo ter havido ilegalidade ou abuso de poder por ausência de justa causa ou

29 BRASIL. Superior Tribunal Militar. Diretoria De Documentação e Gestão Do Conhecimento. *Revista De Doutrina E Jurisprudência Do Superior Tribunal Militar*. Brasília: STM, v. 28, nº 2, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://cdn-mflip.sflip.com.br/temp_site/edicao-debe9dfcc3e4dbea1c509ffab6bf9f0b.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2020, p. 304-367.



constrangimento, na decisão do juízo *a quo*, que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva³⁰.

Curioso notar que dentre os votos favoráveis à concessão da liberdade provisória estão todos os Ministros-Militares que compõe o órgão julgador, que seguiram o voto do relator, também militar. Dos cinco Ministros-Togados foram três votos divergentes (um denegatório e dois de concessão parcial), uma ausência justificada e apenas um voto favorável à concessão da liberdade provisória. Isso nos leva a crer que, caso todos os ministros fossem livre de qualquer vinculação com a instituição militar, a decisão poderia ter sido diferente. Além do mais, é relevante atentar ao fato de que apenas em relação aos Ministros-Togados há a exigência de formação jurídica.

Diante da decisão proferida em sede de *Habeas Corpus*, atualmente, todos os denunciados encontram-se aguardando o julgamento do caso em liberdade.

Outra questão jurídica relevante em relação à alteração do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar, é a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5901³¹, proposta no dia 26 de agosto de 2018, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que tramita no Superior Tribunal de Justiça. A referida ADI encontra-se na fase de habilitação de *amicus curie*, pendendo seu julgamento até a presente data.

Como fundamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade é apontada na inicial a ofensa à autoridade do júri, enquanto cláusula pétrea; o rompimento das regras de julgamento imparcial; ofensa ao princípio da igualdade perante a lei; relativização do devido processo legal; e ofensa às normas internacionais de direitos humanos.

Por fim, importante esclarecer que já houve manifestação do Procurador-Geral da República, protocolada em 25 de junho de 2018, pela procedência parcial do pedido de Inconstitucionalidade da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, na parte que alterou o art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar e pelo aditamento da inicial para inclusão do parágrafo único do mesmo artigo, a fim de que seja reconhecida sua inconstitucionalidade. Frisa-se, estando latente a inconstitucionalidade da alteração, bem como havendo parecer favorável do Ministério Público, é esperado que o seu reconhecimento em questão se concretize.

30 BRASIL. Justiça Militar Da União. *Decisão de conversão da prisão em flagrante em prisão Preventiva*. Disponível em: <<http://sedep-site.s3-sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/04/11041118/prisao-militares.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

31 Acompanhamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5359950>>. Acesso em: 04 mai. 2020.



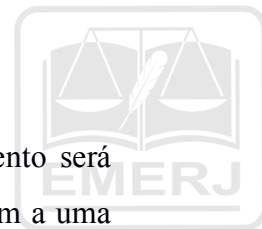
O presente trabalho constatou que há uma inconstitucionalidade em relação à alteração do Código Penal Militar promovida pela Lei n° 13.491, de 13 de outubro de 2017, bem como há um risco real ao bom julgamento dos casos agora atribuídos à Justiça Militar da União, quanto aos crimes dolosos contra a vida cometidos na forma do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar. Ademais, afere-se um prejuízo ao princípio da imparcialidade, a partir da existência de um corporativismo por parte da maioria dos julgadores, apto a influenciar seus votos e consequente resultado da causa.

Essas afirmações se tornaram possíveis, seja pela análise histórica do instituto, considerando que a lei infraconstitucional não poderia reduzir uma competência fixada em sede constitucional, seja pela análise do caso concreto proposto julgado sob a égide da nova competência em relação aos militares das forças armadas. Também levou-se em consideração a Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que houve manifestação do próprio Procurador da República pugnando pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

Como debatido no segundo capítulo do presente trabalho, o deslocamento de competência na forma do artigo 9º, §2º, do Código Penal Militar mostra-se significativo, uma vez que há um desempenho cada vez maior das atividades exercidas pelas Polícias Militar e Polícias Civis, por militares das Forças Armadas, a exemplo do que ocorre nas chamadas “Operações de Garantia da Lei e da Ordem”. Nesse cenário, fica nítido o tratamento diferenciado à semelhantes situações, considerando única e exclusivamente o autor do fato, ao invés da natureza do fato, lógica contrária ao entendimento encampado pelas Cortes Superiores brasileiras.

Nesse ínterim, enquanto os crimes dolosos contra a vida cometidos pelas Polícias Militares e Civis demandam um julgamento perante o Tribunal do Júri, o julgamento dos militares das forças armadas, na mesma situação, ocorrerá na Justiça Militar. No primeiro caso existem jurados sorteados e livre de qualquer vinculação ao agente do fato, já no segundo a corte é composta majoritariamente por militares, dos quais não se exige formação jurídica. Em outras palavras, no julgamento perante a Justiça Militar não é possível assegurar um julgamento justo, em observância estrita à lei, a fim de garantir a justiça ao caso e a manutenção da imparcialidade dos julgadores.

Desta forma, não deveria ser aceito em um Estado Democrático de Direito, como se propõe o Estado brasileiro, que a exemplo de um contexto de homicídio fosse possibilitado um tratamento diferenciado, quicá mais benevolente, pelo simples fato de envolver, como agente,



um militar das forças armadas. Por fim, deve-se atentar ao fato de que o julgamento será decidido majoritariamente por “colegas de farda” do réu, que inevitavelmente tendem a uma proteção da imagem da instituição sem conferir tratamento adequado à ilicitude cometida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2019.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Código do Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. *Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

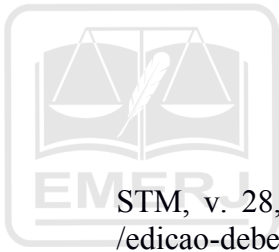
_____. *Lei nº 13.491*, de 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 129.497*. Relator Ministro Ericson Maranhão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302707172&dt_publicacao=16/10/2014>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.915*. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2248289>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109.150*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4104140>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal Militar. Diretoria De Documentação E Gestão Do Conhecimento. *Revista De Doutrina E Jurisprudência Do Superior Tribunal Militar*. Brasília:



STM, v. 28, n° 2, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://cdn-mflip.sflip.com.br/temp_site/edicao-debe9dfcc3e4dbea1c509ffab6bf9f0b.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Justiça Militar da União. *Decisão de conversão da prisão em flagrante em prisão Preventiva*. Disponível em: <<http://sedep-site.s3-sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/04/11041118/prisao-militares.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. *Distribuição das operações de GLO 1992-2020*. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/3.TABELAS_GLO_grafico_barras_MAR_2020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. Ministério Público Militar. *Denúncia*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/05/denuncia-guadalupe.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal Militar. *Primeira Instância*. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal Militar. *Justiça Militar ouve testemunhas de defesa e réus no caso de civis mortos em Guadalupe (RJ)*. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/10045-justica-militar-ouve-testemunhas-de-defesa-e-reus-no-caso-de-civis-mortos-em-guadalupe-rj>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

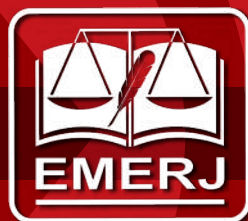
MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, p. 06, nov. 2017.

NASCIMENTO, Paulo Sérgio Rangel do. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASSADORE, Bruno de Almeida; GÓES, Ricardo Alves. A inconsistente ampliação da jurisdição militar: Uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 157/2019, jul. 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br